

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

CÁSSIO SCHNEIDER BEMVENUTI

**A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA ERA DAS METAS DE
PRODUTIVIDADE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO**

São Leopoldo

2013

CÁSSIO SCHNEIDER BEMVENUTI

**A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA ERA DAS METAS DE
PRODUTIVIDADE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães
Ribeiro

São Leopoldo

2013

B455r Bemvenuti, Cássio Schneider.

A razoável duração do processo na era das metas de produtividade do conselho nacional de justiça brasileiro / Cássio Schneider Bemvenuti. – 2013.

141 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.
"Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro."

1. Estado. 2. Constituição. 3. Jurisdição. 4. Processo.
I. Título.

CDU 34

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 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA ERA DAS METAS DE PRODUTIVIDADE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO”, elaborado pelo mestrando Cássio Schneider Bemvenuti, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 05 de dezembro de 2013.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

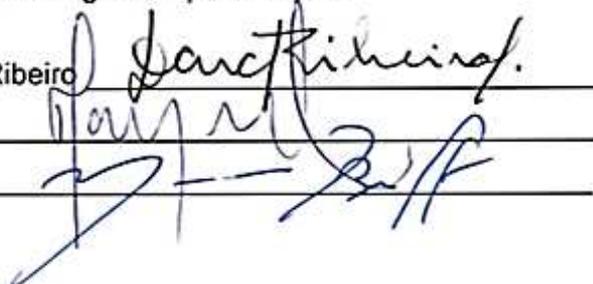
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Marco Félix Jobim

Membro: Dr. Marciano Buffon



*“À minha Mãe Vera Lúcia e meu Pai
Marco Aurélio pelo incansável apoio e exemplo de
trabalho, honestidade e educação”.*

RESUMO

Observa-se o histórico das mutações dos modelos de Estado desde a formação do Estado Liberal Clássico Francês até o surgimento do Estado Democrático de Direito no Ocidente. A genealogia das organizações estatais no Ocidente, ao longo desse período histórico, e a positivação de Direitos Fundamentais emergidos de diversas revoluções sociais consagraram uma série de garantias ao cidadão em face do Poder Estatal, principalmente a partir do século XVII e XVIII. Estabelecido esse itinerário dos modelos de Estado, analisa-se, em um segundo momento, a inclusão do Brasil no rol dos Estados Democráticos de Direito do Ocidente a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Uma série de Direitos e Garantias fundamentais estabelecidos pelo marco constitucional brasileiro passam a reger a Jurisdição e o Processo. Nesse paradigma, ao final do século XX e ao amanhecer do século XXI, o Estado Democrático de Direito Brasileiro depara-se com a explosão da globalização das relações econômicas e sociais potencializadas por ferramentas como o computador pessoal e a *Internet*. Diversos são os fenômenos identificados nesse choque entre a função clássica do Estado e um novo paradigma mundial globalizado. Na terceira e última parte do trabalho, observa-se a relação entre tempo, Jurisdição e Processo Civil, referindo o surgimento Estado Democrático de Direito brasileiro e a Emenda Constitucional n.º 45 que consagrou a garantia constitucional da razoável duração do Processo, e criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo responsável por estabelecer metas de produtividade para os juízes e os tribunais, para diminuir a morosidade dos processos judiciais, dando mais celeridade a sua tramitação.

Palavras-chave: Estado. Constituição. Jurisdição. Processo.

ABSTRACT

Observe the history of changes of state models since the formation of the Liberal State Classic French until the emergence of a democratic state in the West. The genealogy of state organizations in the West during this historical period and the positiveness of Fundamental Rights emerged from various social revolutions devoted a series of guarantees to citizens in the face of State Power, mainly from the seventeenth and eighteenth centuries. Established this itinerary models of state is analyzed in a second moment, Brazil's inclusion on the list of Democratic States Law of the West since the enactment of the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988. A number of fundamental rights and guarantees established by the Brazilian constitutional framework will govern the Jurisdiction and Procedure. In this paradigm, the end of the twentieth century and the dawn of the twenty-first century, the Brazilian Democratic State is faced with the explosion of globalization of economic and social relations enhanced by tools like personal computer and the Internet. Several phenomena are identified in this clash between the classic function of the state and a new paradigm globalized world. It is under this aspect that is observed in a third time the relationship between time, Jurisdiction and Civil Procedure, referring to the emergence Democratic State of Law and the Brazilian Constitutional Amendment No. 45 which established the constitutional guarantee of reasonable duration of the process and created the board national justice, administrative body responsible for establishing productivity targets for the judges and the courts in order to reduce the length of court proceedings , giving more speed to the processing thereof.

Keywords: State. Constitution. Jurisdiction. Process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 JURISDIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CRONOLOGIA DOS MODELOS ESTATAIS: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
2.1 O ESTADO LIBERAL E A LIMITAÇÃO DO PODER NO <i>ÉTAT LEGAL</i> : OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O IDEÁRIO LIBERAL-ILUMINISTA.....	17
2.2 O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E O SURGIMENTO DO <i>WELFARE STATE</i> : O ESTADO CONSTITUCIONAL E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948.....	22
2.3 O SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO OCIDENTE	35
2.4 O AUTORITARISMO POPULISTA NA AMÉRICA LATINA DO SÉCULO XX: A (RE)CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA NO BRASIL	46
3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL: A JURISDIÇÃO NA PÓS- MODERNIDADE / MODERNIDADE LÍQUIDA	52
3.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988 E A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	56
3.2 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL	62
3.2.1 A Legitimação Democrática da Jurisdição Constitucional do Estado Democrático de Direito Brasileiro	71
3.2.2 A Importância da Hermenêutica Jurídica na Jurisdição Constitucional Brasileira Pós-Constituição de 1988	77
3.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO NA PÓS- MODERNIDADE/MODERNIDADE LÍQUIDA: A JURISDIÇÃO E O PROCESSO NA ERA DAS METAS DE PRODUTIVIDADE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	87
4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO BRASIL: CONDIÇÕES E (IM)POSSIBILIDADES PARA A REALIZAÇÃO DE UM PROCESSO CIVIL EFICIENTE E EM TEMPO RAZOÁVEL HODIERNAMENTE.....	104

4.1 AS AÇÕES “EM MASSA” E A TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS: PROCESSO, JURISDIÇÃO E AS NOVAS FORMAS DE TUTELA COLETIVA NO BRASIL	109
4.1.1 Requisito de Admissibilidade Recursal da “Repercussão Geral” e o Processo Coletivo Brasileiro: Um Novo Paradigma na Tutela de Direitos Coletivos e na Tutela Coletiva de Direitos	115
4.2 O CONTROLE DA PRODUTIVIDADE E A CAPACIDADE DA JURISDIÇÃO: UMA AVALIAÇÃO NECESSÁRIA PARA A CONSTRUÇÃO DE METAS DE PRODUTIVIDADE DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	120
5 CONCLUSÃO.....	129
REFERÊNCIAS.....	134

1 INTRODUÇÃO

O estudo tem como objetivo analisar a adaptação da Jurisdição ao tempo de sua sociedade. A pesquisa utilizou o método histórico, comparativo e estudo de dados estatísticos, além da abordagem de doutrina e legislação jurídica, analisando as características do Estado e o itinerário de seus modelos teórico-estruturais. Em um primeiro momento, descreve a cronologia dos modelos de Estado no Ocidente, desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito, revelando a herança deixada pelos modelos estatais e sua relação com as garantias do cidadão em face do Poder estatal. Observa a busca do Estado Social pela efetivação dos direitos sociais e o surgimento do Estado Democrático de Direito no ocidente e a busca pela eficácia dos Direitos Fundamentais.

No segundo capítulo, investigam-se as modificações legislativas e sociais deste início de século XXI as quais visam a tornar o Processo mais célere no Brasil. Caracterizou-se a tentativa do Estado brasileiro de adaptar sua Jurisdição ao tempo da sociedade hodierna. Estabelecido esse paradigma, ilustra-se a inserção do Brasil no rol dos Estados Democráticos de Direito a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O Direito Fundamental da razoável duração do Processo surge nesse contexto descrito.

Ocorre que no fim do século XX e início do século XXI, ocorre um fenômeno apontado por diversos autores, como Jaques CHEVALLIER¹, Zigmund BAUMANN² e François ÖST³, quando a globalização das relações econômicas e sociais é potencializada com o que se denominou de pós-modernidade ou modernidade líquida. O Computador Pessoal (“*Personal Computer – PC*”) invade os lares Ocidentais dotados de uma nova ferramenta de comunicação: a *Internet*. Não só o modelo de Estado Democrático de Direito, mas também a própria

¹ CHEVALLIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Título Original: L'État post-moderne).

² BAUMANN, Zigmund. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

³ ÖST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2007. (Título original: Le temps du droit).

concepção do papel do Estado nas relações econômicas e sociais começa a apresentar profundos reflexos desse novo paradigma.

Em que pesem as diversas críticas conceituais quanto à terminologia da definição do paradigma contemporâneo, certo é que o século XXI testemunhou uma séria mudança paradigmática no que diz respeito às relações pessoais e comerciais. A eliminação das fronteiras por intermédio das relações virtuais, a produção e o consumo cada vez mais aguçado e uma globalização que deixa cada vez mais célere nosso tempo, são algumas das características que compõem o paradigma (principalmente Ocidental) do século XXI. O Estado Democrático de Direito brasileiro depara-se, assim, com uma sociedade em constante e rápida mutação.

Nesse contexto, os preceitos constitucionais assumem papel fundamental, na medida em que, por métodos interpretativos, viabilizam ao aplicador do direito prestar a tutela jurisdicional, conferindo sentido unitário à vontade da Constituição. É nesse cenário que, no mês de dezembro do ano de 2004, foi promulgada pelo Congresso Nacional brasileiro a Emenda Constitucional número 45.

Uma das mais relevantes alterações trazidas na referida Emenda, refere-se à inserção do inciso do LXXVIII no art. 5.º do texto constitucional brasileiro, contemplando a previsão da razoável duração do Processo. O citado artigo refere que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do Processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁴.

A supramencionada Emenda Constitucional também estabeleceu as funções do Conselho Nacional de Justiça, criando um órgão administrativo que pretende fiscalizar as ações do Poder Judiciário e impor metas de produtividade para os Tribunais, buscando diminuir o tempo de tramitação do Processo. Obviamente, tais reformulações devem ser alvo de profunda reflexão e questionamento. Se, por um lado, essas metas de produtividade impuseram aos Magistrados e Tribunais uma fiscalização eficiente, que os obriga a relatar sua

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2013.

produtividade, por outro lado, também parecem ser um perigo para a qualidade da Jurisdição.

O problema que se apresenta no presente estudo é investigar em que medida a Jurisdição exercida pelo Estado brasileiro tem mecanismos para concretizar o Direito Fundamental à razoável duração do Processo inserido em nosso ordenamento jurídico por intermédio da Emenda Constitucional 45 de 2004. A simples imposição de metas de produtividade imposta pelo conselho nacional de justiça tem se mostrado um mecanismo administrativo eficaz para o controle da qualidade e da celeridade de nossa Jurisdição? Esses são alguns dos questionamentos que se pretendem fazer, quando se reconhece a dificuldade do Poder Judiciário de efetivar o mandamento Constitucional da “razoável duração do processo”.

A relação entre tempo e Jurisdição está posta no que se chamou de reforma do Poder Judiciário brasileiro, por meio daquela Emenda à Constituição. Para compreender o fenômeno social e jurídico que levou o Estado brasileiro a consagrar o Direito a um Processo de duração razoável, mostrou-se necessário caracterizar e situar o Estado Democrático de Direito brasileiro no paradigma social e jurídico do século XXI. No enfrentamento processual das situações oriundas da sociedade em rede, o Processo Civil deve readequar-se para conceder efetividade à tutela dos interesses violados, dentro de ambientes processuais democráticos, aos moldes do Estado Democrático de Direito, ajustando-se à realidade contemporânea.

Na terceira e última parte do trabalho, faz-se necessário, portanto, uma análise da adaptação do Processo à nova realidade social, permitindo que o intérprete encontre as soluções para as novas controvérsias dentro de um parâmetro condizente com os problemas trazidos pela sociedade em rede. O Estado Democrático de Direito, fundado nas experiências e garantias fundamentais advindas das revoluções liberais e socialistas, por exemplo, ingressa no século XXI com o desafio de adaptar sua Jurisdição ao tempo de uma nova sociedade. A Jurisdição passa a viver em uma crise entre a necessidade de decisões judiciais cada vez mais céleres e a garantia de Direitos Fundamentais consagrados constitucionalmente.

No âmbito do direito processual civil, observa-se que, diante do dinamismo próprio do ambiente virtual, nem sempre a tutela oferecida pelo Estado possui a efetividade necessária, o que se deve ao fato de que o Processo Civil encontra-se, ainda, atrelado ao paradigma racionalista próprio do Estado liberal, baseado no alcance da verdade da lei pelo juiz como um pressuposto matemático.

Essa desconexão entre o mundo real e o modelo processual impede a concretização de um ideário processual democrático. Aos operadores do direito em geral cumpre fazer uma releitura do Processo, não só no âmbito legislativo, mas principalmente quanto à participação de seus intérpretes para que esse novo pacto, Constituição Federal de 1988, não sirva para solidificar a formatação liberal, modelo já ultrapassado.

Por outro lado, é necessário investigar a importância da admissão da celeridade do Processo como nova fase de estudo do exercício do monopólio da Jurisdição por parte do Estado, com o fim último de fortalecer a efetividade do Poder Judiciário, tão essencial para o desenvolvimento da República. Deve-se estudar a relevância de ter-se a previsão expressa do *direito a um processo em prazo razoável* na Constituição Federal, provocando os operadores do direito para uma efetiva reforma judicial que atenda aos anseios da sociedade por um Processo Civil justo e efetivo, mas sem ofensa às garantias constitucionais derivadas do devido Processo legal.

É percorrendo esse caminho, observando como a Jurisdição modificou-se ao longo da evolução do Estado – desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito brasileiro – que se pretende abordar o Direito Fundamental à “duração razoável do processo” no paradigma do século XXI e na era das metas de produtividade impostas pelo Conselho Nacional de Justiça aos Magistrados dos Tribunais brasileiros.

A genealogia da organização do Estado e a digressão de seus modelos teóricos no tempo são conceitos basilares que devem ser traçados, quando se propõe tratar sobre Processo e Jurisdição. É sob esse prisma que se analisa o paradigma vivido pelo Estado Democrático de Direito brasileiro nesse século XXI.

2 JURISDIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CRONOLOGIA DOS MODELOS ESTATAIS: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A formação do Estado Liberal Clássico é caracterizada pela resposta da sociedade civil ao Poder Absolutista, que dominava grande parte dos países Europeus até meados do século XVII e XVIII. A partir de então, o modelo liberal foi adotado por vários países, e consagrado posteriormente em diversas ordens constitucionais do Ocidente. Nesse cenário, cada Estado vivenciou essas fases de maneira diferente, variando conforme o desenvolvimento econômico de cada país e suas particularidades culturais.

A Revolução francesa de 1789 e o conseqüente surgimento do que se reconhece como *état legal* francês é um exemplo dessa transformação estatal e social vivida após longos séculos de reinado absolutista e feudal. Os Direitos Fundamentais do cidadão, calcados na ideologia liberal responsável pela sua positivação, ainda reluzem em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente na Europa e parte do Ocidente. O papel do Juiz nesse contexto deve ser ressaltado. A função de reproduzidor da letra da Lei e a aplicação das garantias individuais no Processo evidenciavam a própria participação do cidadão na limitação do poder estatal. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck⁵ afirma que:

Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do Rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro desses caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contra majoritários que se engendra a própria noção de Jurisdição constitucional percorrendo diversas etapas, até o advento do Estado Democrático de Direito.

Sob essa ideologia, desenvolvem-se uma série de revoluções sociais no ocidente, buscando limitar a atuação do Estado e estabelecer garantias individuais do cidadão. São muitas as abordagens históricas que reconhecem

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77.

esses movimentos sociais como formadores do que se conhece como Estado de Direito, tendo a consagração da Lei como limitador do poder monarca seriam as garantias da sociedade civil.

A origem e evolução do Estado ocorrem pela necessidade de uma passagem do Estado Absolutista para um Estado racional, doutrina fundada pelos iluministas, denominando o novo Estado de “Governo das Leis”. Surgindo a partir da metade do século XIX, veio a institucionalizar-se na França, porquanto foca-se apenas em países que adotaram o regime da *civil law*, no período Pós-Revolução Francesa, 1789, o primeiro regime jurídico-político. Destaca-se também que, em momento próximo, eclodem as revoluções sociais nos Estados Unidos da América (1776). A partir daí, várias outras nações declararam sua independência, criando esse novo modelo de Estado. O povo, representado pelos parlamentos, passa a ser o soberano do Estado, o que hoje se conhece por Poder Legislativo, devendo este representar “vontade do povo”.

Já o Estado de Direito Social supera o modelo anterior analisado, pois, como se verá, esse modelo visa ao “clamor social” que os cidadãos vinham a procurar. Desta feita, buscou-se proficuamente a formalização das garantias individuais dos cidadãos e o cumprimento dos direitos sociais reconhecidos até então. Vem a estruturar-se jurídica e politicamente frente a uma organização social e popular, surgindo, assim, os direitos sociais e trabalhistas que passarão a ser institucionalizados constitucionalmente, onde passam a serem direitos tratados como Direitos Fundamentais de Segunda Geração.

Conforme se analisará em tópico específico, o Estado Social tem sua ideologia retratada em ordenamentos constitucionais como a República de Weimar na Alemanha, a Constituição do México e, por fim, a Revolução Russa Social dos Trabalhadores. O modelo de Estado de Direito Social, ou Estado de Providência pautar-se-á pelo bem-estar coletivo, buscando, desse modo, a concretização, a justiça social e a realização dos programas sociais constitucionalmente erigidos. A lei nesse modelo de Estado tem novas finalidades como se verá.

O Estado Democrático de Direito representa o advento estabelecido pela modernidade que se lapidou nas Constituições Modernas, sendo que suas

normas dividiram-se em regras e princípios, trazendo dessa maneira grande carga axiológica e principiológica a ela. Desse modo, ganhou grande valorização por meio dos Direitos Fundamentais, passando assim, a dar realização e efetivação da proteção dos direitos individuais, difusos e coletivos, visando à proteção das minorias frente às majorias. Por ter uma Constituição de perfil mutante, seus conteúdos não ficam mais congelados ou rígidos, agregando-se desse modo aos princípios democráticos. Esse é o momento em que a democracia passa a vincular-se inteiramente ao Estado de Direito.

Dessa forma, nesse modelo de Estado, que se demonstrará altamente avançado, vige o Princípio da Supremacia Constitucional, visando amplamente às garantias e às liberdades de direitos individuais e sociais e mirando sempre o bem-comum, por meio de preceitos de justiça social e substancial, sempre com a consonância dos Direitos Fundamentais. Os princípios desse modelo de Estado, serão apresentados para que se veja que surgem, sim, para superar as desigualdades sociais, instaurando-se um regime democrático que venha a realizar a justiça social.

Interessante observar a caminhada da Jurisdição⁶ desde as Revoluções Liberais, que consagraram Direitos Fundamentais de primeira ordem, até a formação do que se entende por Estado Democrático de Direito no Ocidente atualmente. No Estado Social, a preocupação era formular leis que efetivassem direitos sociais e garantissem aqueles direitos de cunho liberal consagrados no Estado Liberal Clássico. O Estado Liberal de Direito, com o passar dos tempos e com a necessidade de relações sociais, dá origem ao Estado Social de Direito que, da mesma forma que o anterior, é caracterizado pelo próprio ideário liberal. Desse modo, começam a surgir os direitos e os deveres da sociedade, que são garantidos pela limitação dos poderes do Estado.

⁶ Nesse sentido, Darci Guimarães Ribeiro destaca que “O monopólio da Jurisdição é resultado natural da formação do Estado, que traz consigo consequências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros, afastou definitivamente a possibilidade de reações imediatas por parte de qualquer titular, consequentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses” (RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado: n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.102-103).

De nada adiantava ao cidadão possuir o direito subjetivo à liberdade, se o Estado não proporcionasse uma série de eventos que realizassem este direito. O Estado social, portanto, não se preocupava apenas em positivizar Direitos Fundamentais que limitassem o poder do Estado. Tinha a preocupação também de efetivar esses direitos. Uma das características da formação do Estado Social é justamente a reação à visão individualista mencionada anteriormente, ou seja, uma nova percepção do papel do Estado, que seria mais intervencionista. No Estado Social, o rol de Direitos Fundamentais ampliou-se, exigindo que as liberdades e igualdades formais apregoadas pelo Estado Liberal tivessem o amparo do Estado para ocorrer. Conforme se denotará, as revoluções mexicana e soviética, do século XIX são exemplos de um Estado de cunho *socialista*.

Mas é em meados do século XIX e início do século XX que a doutrina observa o surgimento de um Estado Constitucional, já com características do Estado Democrático de Direito hodierno. Os Direitos Fundamentais⁷ do cidadão consagrados ao longo de séculos e calcados em revoluções sociais responsáveis pela sua positivação, ainda reluzem em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente na Europa e parte do Ocidente. Segundo DALLARI⁸: “A ideia moderna de um Estado Democrático tem raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana.”

Ocorre que a nova ordem constitucional e as novas concepções de Estado, promovidas principalmente no período pós-Segunda Guerra Mundial, trouxeram outras necessidades para o Direito, surgindo ondas de renovação para o sistema processual concebido no Estado liberal clássico, na medida em que é natural que o instrumento se altere, para adaptar-se às mutantes necessidades

⁷ Sobre os Direitos Fundamentais, Luigi FERRAJOLI ensina que “[...] os direitos fundamentais vem de fato a se configurar, diversamente de outros direitos, como outros tantos vínculos substanciais normativamente impostos – a garantia de interesses e necessidades de todos estipulados como vitais, ou exatamente “fundamentais” (a vida, a liberdade, a sobrevivência...) – tantos as decisões de maioria quanto ao livre mercado. A forma universal, inalienável, indisponível e constitucional desses direitos se revela, em outras palavras, como a técnica – ou garantia – apresentada para a tutela disso que no pacto constitucional vem configurado como fundamental: ou seja, daquelas necessidades substanciais cuja satisfação é condição de convivência civil, e tampem causa ou razão social daquele artifício que é o Estado” (FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanetti Junior e Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 22).

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145.

funcionais e estruturais decorrentes da variação dos objetivos substanciais que a sociedade de massa persegue e precisa. Para tanto, fazem-se necessárias mudanças na estrutura do sistema processual.

O papel do Juiz nesse contexto deve ser ressaltado. A função de reprodutor da letra da Lei e a aplicação das garantias individuais no Processo evidenciavam a própria participação do cidadão na limitação do poder estatal. Assim, o Estado Democrático de Direito tem o condão de ser transformador da realidade, não se restringindo apenas a reparar as condições de existência, como o Estado social de Direito. Daí que sobrevém a necessária releitura e adaptação do Processo Civil aos princípios constitucionalmente postos, superando valores que não se coadunam mais com a sociedade complexo e plural em que vivemos.

A manutenção dos Direitos Fundamentais está intimamente ligada à presença do Estado. Para contextualizar o paradigma hodierno dessas Garantias Fundamentais, questionar-se-á a digressão no tempo das dimensões do Estado e sua correlação com os paradigmas Estatais de proteção dos Direitos, caracterizando cada período histórico, desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito brasileiro promulgado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim, para enfrentar as novas relações processuais de modo coerente com as situações contemporâneas, faz-se necessário um meio de refletir democraticamente acerca das necessidades da sociedade. Afinal, o Direito tem o dever de acompanhar a realidade, devendo manter-se em constante adaptação às situações sociais e jurídicas que se apresentam. Nesse sentido, é brilhante a referencia de Leonel Severo Rocha⁹:

Salienta-se que a função básica do Direito é a de criar institutos, institucionalizando determinados valores, mas com a consciência de que em instantes esses valores (para alguns autores franceses como Lipoveski, nós vivemos no império do efêmero) podem mudar. A Constituição tem que ser pensada e vivenciada como um lugar para que o Tempo do Direito continue sendo uma instituição dominante na sociedade.

⁹ ROCHA, Leonel Severo. O Direito e o tempo social. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Orgs). *A construção sócio-jurídica do tempo*. Teoria geral do direito e do processo. Curitiba: Juruá, 2012. p. 20.

É por isso que a atuação do Poder Judiciário deve ser norteada por uma prestação jurisdicional redemocratizada. Disso, observa-se a premente necessidade de uma releitura das normas jurídicas processuais aos princípios constitucionais, na medida em que somente com a devida interpretação da Constituição será possível almejar a efetivação dos direitos, aplicando seus princípios na readequação da legislação ao conteúdo e ao ideário do constituinte.

2.1 O ESTADO LIBERAL E A LIMITAÇÃO DO PODER NO ÉTAT LEGAL: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O IDEÁRIO LIBERAL-ILUMINISTA

O Estado de Direito francês (*état legal*) teve sua efetivação na Revolução Francesa de 1789, no fim do século XVIII. O lema dos revolucionários era: "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", e buscava a liberdade individual e a igualdade de todos perante a Lei, submetendo a aristocracia e o poder monárquico ao ordenamento jurídico que passaria a ser a representação da vontade geral.

A limitação do poder estatal já havia sido reconhecida na Magna Carta da Inglaterra de 1215¹⁰. A obra de John Locke¹¹ e a Revolução Gloriosa de 1688 também são eventos anteriores à Revolução Francesa e já tinham em seu núcleo a ideia de um contrato entre o povo e seus governantes. Contudo, é nesta revolução ocorrida na França e na Constituição Estadunidense, promulgada em 1791, que se dá a ideia de Estado de Direito de ideologia Liberal.

Nesse sentido, a concepção dos Direitos Fundamentais baseava-se na filosofia política liberal que imperou durante o século XVIII e início do século XIX.

¹⁰ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, "The rule of law significa, em primeiro lugar, na sequência da Magna Carta de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os de sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, Rule of law significa a proeminência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, Rule of Law aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, Rule of Law terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim destes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (Common Law) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos)" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 93-94).

¹¹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*: ensaio relativo à verdadeira origem, extinção e objetivo do governo civil. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

A sociedade civil buscava conter a ingerência estatal por intermédio da consagração de direitos que visavam a garantir a propriedade, a legalidade e a igualdade dos cidadãos. Importante destacar o papel da resposta civilizatória ao Poder Absolutista. Os Direitos Fundamentais firmados pela ideologia liberal inauguram a tentativa da civilização ocidental de enfrentar os abusos de poder resultantes do período absolutista. Nesse sentido, André Leonardo Copetti dos Santos¹² explica que:

O constitucionalismo aconteceu como uma resposta civilizatória a manifestações de abuso de poder. E o que hoje encontramos positivados nas Constituições contemporâneas (sistemas positivos de Direitos Fundamentais, regras de organização e limitação do poder, mecanismos de garantia processual, etc.) são técnicas de controle e organização do exercício do poder e mecanismos de garantias dos indivíduos frente a possíveis abusos de poder por parte de agentes políticos.

É nesse paradigma descrito que surge o que se convencionou chamar de Estado Liberal Clássico ou Estado de Direito Liberal. O surgimento do que se entende atualmente como Estado Democrático de Direito revela alguns conceitos empregados na sua criação, em especial, Estado de direito, Estado social e a Democracia. O ideário liberal privilegiava a função das partes na condução processual, pressupondo cidadãos autossuficientes, que não precisavam do auxílio estatal para defender seus direitos.

O Juiz, por isso, deveria estar investido em um papel passivo, sem contato direto com as partes (garantindo sua imparcialidade), apresentando-se somente no momento de proferir a decisão. Buscava-se, assim, uma igualdade processual formal, que pressupunha a inexistência de disparidade entre os indivíduos, impossibilitando à atividade judicial compensar desigualdades sociais e econômicas.

Esse paradigma racionalizou o Poder Judiciário, incumbindo-o de proteger o passado legislado e de defendê-lo das interferências da política e dos valores que determinam as reais desigualdades sociais. Essa racionalização dos

¹² SANTOS, André Leonardo Copetti dos. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98.

conflitos de ordem individualista traz consigo a incapacidade de juridicizar conflitos coletivos, diferentemente do Estado Democrático de Direito hodierno, conforme se verá adiante.

Nesse sentido, o papel estritamente declaratório dos magistrados, que pouco podiam fazer além de aplicar a Lei, era a certeza do cidadão de que sua vontade estava formando o próprio Estado. Era justamente isso que a revolução buscava – a submissão do Poder à Lei. O Estado Liberal de Direito era caracterizado, pelo conteúdo jurídico do liberalismo e pela limitação da ação estatal. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck e José Luís Bolzan de Moraes¹³ observam:

O Estado Liberal de Direito apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilégio das liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade estatal. A lei, como instrumento da legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social através do não impedimento de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a coerção através da sanção das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo.

Conforme já referido, a luta pelo Estado de Direito expandiu-se pelo Ocidente por intermédio do advento do Estado liberal Clássico em países como Inglaterra, Estados Unidos, França e Alemanha. Como bem destaca Michelle Taruffo¹⁴:

Dar protección judicial a los derechos privados se convierte en una de las obligaciones fundamentales del Estado frente a los ciudadanos. Este cambio cultural comporta importantes consecuencias, relativas a la naturaliza de la protección judicial de los derechos. Por una parte, el procedimiento va no se entiende sólo como una especie de extensión auxiliar del derecho privado y se convierte en asunto de derecho público. Por la otra, proteger y aplicar los derechos de los ciudadanos se concibe como una

¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 102.

¹⁴ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 32.

función social fundamental que tiene que ser desempeñada por El Estado de manera efectiva, económica y equitativa.

É preciso ressaltar que tais Direitos exigiam do Estado, no exercício do monopólio da Jurisdição, uma espécie de “omissão estatal” ao não invadir a esfera particular do indivíduo, que deixou de ser considerado mero súdito, e foi elevado formalmente à condição de cidadão detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes estatais.

A Jurisdição no *état legal*, portanto, tinha como fundamento a própria defesa do cidadão em face do Estado. Daí a noção de um Juiz que fosse mero reproduzidor da letra fria da Lei. Essa limitação na atuação do Magistrado era a própria garantia da Democracia do Estado Francês.

Teóricos, como Thomas Hobbes¹⁵, John Locke¹⁶, Montesquieu¹⁷, e Rousseau¹⁸, são expoentes na defesa de institutos como a propriedade, igualdade formal e contenção de poder monárquico. Reinava o individualismo e a defesa de um absentismo do Estado absoluto. É galgado nesse paradigma que se desenvolve um Processo técnico, que aplicasse as Leis sem nenhum tipo de “contaminação” política. Na observação do paradigma liberal que permeou a Revolução Francesa de 1789, tem-se claramente a busca pela limitação do Poder estatal, por meio da positivação de Direitos civis que garantissem ao cidadão sua liberdade.

A Lei seria a vontade geral e revelaria justamente a própria democracia. O papel declaratório dos magistrados, que pouco podiam fazer além de aplicar a letra fria da Lei, era a certeza do cidadão de que sua vontade estava formando o próprio Estado. Era justamente isso que a revolução buscava. As mutações do

¹⁵ Nesse sentido, André Leonardo Copetti dos Santos destaca que “Hobbes escreveu o texto fundamental da filosofia política inglesa, o *Leviatã* (1651), fundando ao mesmo tempo uma filosofia política dominante para a modernidade, o liberalismo político, e uma nova ética social, a defesa dos próprios direitos. Há, nesta obra referencial, toda uma perspectiva de esperança de um novo mundo, de uma modernidade fundada na confiança do poder da razão e na liberdade da fé particular” (SANTOS, André Leonardo Copetti dos. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 91).

¹⁶ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extinção e objetivo do governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

¹⁷ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

¹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os Pensadores, I).

Estado e as bases teóricas que fundamentaram tais movimentos ainda espraíam-se por diversos sistemas jurídicos, reconhecendo sua importância na fundamentação da Democracia moderna¹⁹. Não há como negar que o liberalismo utilizou a lei de forma diversa do anteriormente feito, usando-o para limitar o poder e as funções do Estado. Nessa passagem, limitava-se o Juiz a aplicar a lei na sua literalidade, não lhe cabendo ir adiante, porque o faria em desrespeito à soberania popular, que ditou a lei. Restava enquadrar o fato na lei e aplicá-la literalmente. Cumpria-se o desiderato do positivismo jurídico exegético.

No paradigma do Estado Liberal há uma divisão bem evidente entre o que é público, ligado às coisas do Estado e o privado. Essa separação dicotômica era garantida por intermédio do Estado que, lançando mão do império das leis, garantia a certeza das relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade. A separação de poderes ganhou maior projeção como garantia contra o abuso do poder estatal, técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade, em razão do exercício fracionado e simultâneo das funções administrativas, legislativas e judiciais.

Diversas foram as mutações do Estado e da sociedade civil. Contudo, identifica-se claramente até hoje a influência desse período histórico na formação do que se entende hodiernamente por democracia. As circunstâncias históricas faziam com que essas garantias individuais fossem meramente formais. Contudo, a busca pela positivação da limitação do poder estatal é mantida até os dias de hoje. As exigências do Estado Liberal Clássico com relação às garantias individuais da Jurisdição foram se modificando juntamente com o próprio Estado, que hoje em dia é entendido como Estado Democrático de Direito.

Observa-se que muitas das garantias individuais consagradas nesse período ainda fazem-se presentes nos dias atuais, mesmo que tratemos hoje de um Estado Constitucional como o brasileiro, promulgado pela Constituição de

¹⁹ Nesse sentido, cumpre ressaltar a ideia de Amartya Sen: “Há, naturalmente, a visão mais antiga e mais forma de democracia que a caracteriza principalmente com relação às eleições e a votação secreta, em vez da perspectiva mais ampla do governo por meio de debate. Contudo, na filosofia política contemporânea, a compreensão de democracia ampliou-se enormemente, de modo que já não seja vista apenas com relação às demandas por exercício universal do voto secreto, mas de maneira muito mais aberta, com relação aquilo que John Rawls chama de “exercício da razão pública” (SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. (Título original: *The idea of justice*). p. 358.

1988. Os Direitos Fundamentais do cidadão calcados na ideologia liberal responsável pela sua positivação, ainda reluzem em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente na Europa e parte do Ocidente. O Processo Civil, a partir das filosofias iluministas do século XVII, priorizou o valor “segurança” como exigência fundamental à construção de um Poder Judiciário eficiente. O papel do Juiz nesse contexto deve ser ressaltado. A função de reproduzidor da letra da Lei e da aplicação das garantias individuais no Processo evidenciava a própria participação do cidadão na limitação do poder estatal. É observando essa evolução do conceito de Estado e das garantias individuais do Processo que se busca analisar o surgimento do *état legal* francês e a consagração de garantias processuais demarcadas até os dias de hoje.

É nesse sentido que as garantias individuais oriundas das lutas sociais do século XVIII que visavam a limitar o poder estatal ainda permanecem em diversos ordenamentos jurídicos do Ocidente, mais especificamente da Europa, dos Estados Unidos e da América Latina. Contudo, ver-se-á que a digressão do Estado no Tempo²⁰ e a íntima relação da Jurisdição com a evolução dos Direitos Fundamentais fez com que o Estado sofresse profundas modificações, que obviamente atingiram a própria Jurisdição exercida por ele.

2.2 O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E O SURGIMENTO DO *WELFARE STATE*: O ESTADO CONSTITUCIONAL E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

Conforme já ressaltado, o ideário Liberal e Iluminista alastrava-se pela Europa ao raiar do século XIX. Se as Revoluções Francesa e estadunidense do final do século XVIII são exemplos de movimentos de ideologia Liberal, a segunda Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra, já em meados do século XIX, é

²⁰ Leonel Severo Rocha refere que “O Tempo é a sucessão continua de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas. Para a Teoria dos Sistemas, é a observação da realidade a partir da diferença entre passado e futuro. A Constituição é a forma estruturada nas sociedades diferenciadas e pode ser considerada a característica principal da modernidade para a operacionalização/observação das relações entre Direito e Política” (ROCHA, Leonel Severo. O Direito e o tempo social. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Orgs). *A construção sócio-jurídica do tempo*. Teoria geral do direito e do processo. Curitiba: Juruá, 2012. p. 15).

expoente da positivação de garantias de cunho social. A industrialização dos meios de produção na Inglaterra teve como consequência uma série de problemas sociais.

O Estado Social consagrou direitos sociais e trabalhistas, de modo que os indivíduos pudessem exigir a atuação mais ampla do Estado. Com a intenção de melhoria da vida dos indivíduos, e o pretensão de exercício da igualdade jurídica formal, consagrado no Estado Liberal, o cidadão buscava um Estado que atuasse na busca da concretização de melhores condições de vida e de trabalho. O objetivo dos chamados “direitos sociais” consistia, assim, na melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social.

Com o passar do tempo, o modelo político liberal esgota sua capacidade de organizar uma sociedade marcada pelas diferenças sociais oriundas da radicalização do Processo de produção industrial. Como reflexo, introduz-se no meio político uma questão social responsável pela idealização de um Estado que se responsabilizasse pelo social, primando pela intervenção e pela preocupação em assegurar aos cidadãos condições mínimas de dignidade.

Também chamada de segunda dimensão de Direitos Fundamentais, não mais foi marcada por direitos de liberdade, mas, sim, que o Estado assegurasse a igualdade de oportunidade e de acesso. A busca, desse modo, não era somente de liberdade do cidadão perante o Estado, mas de liberdade por intermédio do Estado. As ideias socialistas tinham em seu bojo a busca de uma classe operária que avançasse na conquista de novos Direitos que pudessem ser objetivados em melhores condições de vida. As críticas de teóricos socialistas, como Karl Marx, lembravam as promessas propagadas pelas revoluções burguesas.

A segunda Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra em meados do século XIX é o exemplo desse movimento. Nesse mesmo período, foi lançada a histórica obra de Karl Marx e Engels, “O Manifesto Comunista”, que, apesar de retratar exatamente o paradigma socialista da época, não teve uma ingerência

direta na Revolução industrial. Nesse sentido, André Leonardo Copetti dos Santos²¹ aponta:

O manifesto Comunista de Marx e Engels foi publicado no mesmo ano das Revoluções de 1848, mas não teve influência direta sobre esses acontecimentos. Surgiu como um programa da Liga dos Comunistas, organização de caráter socialista que agregava representantes de vários países e da qual ambos participavam. A palavra comunista foi usada para diferenciar o socialismo marxista do socialismo “utópico” dos pensadores franceses.

Com o advento do paradigma social, o intervencionismo estatal volta a ter uma postura ativa com relação a condutas dos indivíduos e dos grupos, de modo a propiciar a igualdade substancial, o que acarretou na redução da liberdade econômica. A concretização de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e da solidariedade social caracterizou a limitação do âmbito de atuação dos particulares. A autonomia da vontade é relativizada pela consagração da ética da solidariedade e da tutela da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, André Leonardo Copetti dos Santos²² ressalta:

O contraponto à tradição liberal, já consolidada em termos filosófico-políticos e com profundos reflexos na vida institucional de países europeus, deu-se num ambiente de fatos e ideias que proporcionaram o surgimento de construções teóricas organicistas, que alimentaram o surgimento de uma nova tradição de pesquisa, com graves reflexos na configuração das sociedades dos séculos XIX e XX: o socialismo.

Os Direitos Fundamentais de ideologia Liberal davam lugar a um movimento social da classe trabalhadora inglesa que, cansada da jornada de trabalho sem limites e da ausência de garantias e direitos trabalhistas, estabelece um contraponto ao governo e às indústrias. As projeções socialistas, de cunho coletivista, pregavam um Estado interventor e que promovesse instrumentos de efetivação dos Direitos. Em 1867, Karl Marx lançou o primeiro volume de “O

²¹ SANTOS, André Leonardo Copetti dos. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 121.

²² SANTOS, op. cit., p. 130.

Capital – Análise Crítica da Produção Capitalista”. É a consagração de uma teoria socialista que tomou o Ocidente em contraponto ao ideário dos teóricos liberais já mencionados. A Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição da República de Weimar, de 1919, são exemplos de ordenamentos constitucionais que revelam esse movimento tratado pela doutrina como *constitucionalismo social*²³. O ideário socialista, assim, deixa o século XIX, e ingressa no século XX com um viés democrático e constitucional. Posteriormente, no início do século XX, o Estado do bem-estar social ou *Welfare State* surge como mecanismos de proteção social para garantir a cidadania dos indivíduos, sendo realizados por meio da intervenção do Estado, restringindo os privilégios empresariais e, por isso, contando com grande apoio popular. Enrique de la Garza Toledo²⁴ resume a extensão do Estado de Bem-Estar Social da seguinte maneira:

1) a redefinição das relações clássicas entre sociedade civil e política, a politização das relações civis por meio da intervenção do Estado na economia e das corporações na política econômica, e um processo de “civilização” das relações políticas (pela importância da planificação nas decisões políticas); 2) a legalização da classe operária e de suas organizações, institucionalizando uma parte do conflito interclasses. A sociedade deixa de ser pensada como somatório de indivíduos e implicitamente reconhece-se conformada por classes sociais; as organizações, representantes de interesses setoriais (não simplesmente de cidadãos), além de serem legitimadas, podem

²³ “Em contraposição, das projeções socialistas a partir do século XIX, surgiram uma série de lutas sociais por parte dos trabalhadores que forçaram os quadros hegemônicos capitalistas a cederem uma série de Direitos sociais aos proprietários que redundaram em positivamente constitucionais que inauguraram uma nova fase do constitucionalismo no início do século XX – o constitucionalismo social -, notadamente com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. Estes documentos marcaram definitivamente uma nova era constitucional que definiu novos papéis e obrigações ao Estado. Neste sentido, a principal contribuição do constitucionalismo social, como decorrência parcial das construções teóricas coletivistas-socialistas, foi uma ampliação material das Constituições, especialmente através da constitucionalização de Direitos não individuais. Este processo ampliou-se durante o século XX, chegando-se ao paroxismo dos Estados constitucionais de Direito com a consolidação do que hoje se conhece como para de Estado Democráticos e Sociais de Direito, onde coabitam simultaneamente nos textos constitucionais, soluções liberais aos problemas do mau uso do poder e direitos individuais que negam ações ao Estado que possam atingir os indivíduos em suas perspectivas de liberdades, juntamente com soluções coletivistas materializadas nos sistemas positivos de direitos fundamentais através de direitos não individuais que impõe ao Estados obrigações de efetivação substancial de uma vida boa aos cidadãos considerados em uma perspectiva de grupos de interesse” (SANTOS, André Leonardo Copetti dos. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 137).

²⁴ GARZA TOLEDO, E. de la. Neoliberalismo e estado. In: LAURELL, A. C. (Org.). *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. São Paulo: Cortez, 1995. p. 75.

participar de pactos e relações que transcendem a democracia parlamentar. Os pactos corporativos assumem um papel central nas grandes decisões das políticas do Estado. Finalmente, assume-se que o conflito interclasses, em vez de ser abolido em nome de supostas homogeneidades liberais de natureza humana, deve ser canalizado através de instituições e regulado com normas especiais a serem constituídas; 3) em síntese, o Estado social é, em parte, investidor econômico, em parte regulador da economia e dos conflitos, mas também Estado benfeitor que procura conciliar crescimento econômico com legitimidade da ordem social.

Mesmo com a transformação, o Estado Social de Direito reveste-se, contudo, de certa autonomia em face dessa concepção antitotalitária e liberal do Estado. Procurará manter os princípios da divisão dos poderes, da garantia dos Direitos Fundamentais, da legalidade da administração, da previsibilidade e a calculabilidade das medidas do Estado, do seu controle judicial, ambos os princípios esculpido naquele anterior modelo de Estado, haja vista a sua moderada expansão das tarefas públicas de natureza social cujos componentes principais são o Estado-providência e a justiça social.

“É uma realidade que surgia com a 1.^a Grande Guerra Mundial, mas toma tendência após a 2.^a Grande Guerra Mundial”²⁵, onde se encontra marcado por uma profunda transformação social, gerada pela crise econômica, por violentos conflitos de classe, pelo crescimento urbano desordenado, pela subversão dos direitos liberal e dos princípios de democracia arcaica.

Frente a isso, os indivíduos passam a serem considerados substancialmente, assegurando dessa forma as possibilidades de valor, e não naquele individualismo originário, no apoliticismo e na neutralidade do Estado Liberal, que não conseguia satisfazer as exigências “de liberdade pessoal e igualdade formal”²⁶ dos setores sociais e economicamente mais deprimidos sobrecarregados de transformações sociais.

O Estado de Direito Social toma partido efetivo na vida social – a serviço de todos os cidadãos. Como social e democrático, tal Estado deverá criar

²⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 5. ed.. Madrid: Technos, 2005. p. 230.

²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fundamentos actuales do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. v. I. p. 99-100.

condições sociais reais que favoreçam a vida do indivíduo, porém, para garantir o controle pelo mesmo cidadão de tais condições, deverá ser, além disso, um Estado democrático de Direito. Pelo que se nota, esse modelo de Estado tem origem híbrida, fruto de um compromisso entre ideologias fortemente díspares. De um lado, é fruto do pensamento liberal mais progressista que lhe concebe como instrumento de adaptação do aparato político para as novas exigências do neocapitalismo, como acima mencionado; já, de outro lado, representou uma das maiores conquistas da democracia social que foi manifestada e dissipada na Constituição de Weimar. Para conseguir instituir junto ao ordenamento jurídico por meio das Constituições, muito se tentou expurgar o adjetivo social do Estado de Direito.

O conceito de Estado social carregou consigo, desde o início, uma enorme ambiguidade, institucionalizando-se em constituições e realidades tão diferentes logo após a primeira Guerra Mundial na forma da Constituição de Weimar de 1919 juntamente com a Constituição Mexicana de 1917 e diante da Revolução Russa dos Trabalhadores de 1918. Constituiu assim o quadro histórico por excelência de recepção do século XX. Posteriormente, esse conceito foi vivificado pela Constituição da República Federal da Alemanha (Constituição de Bonn) de 1949, por meio de seus Tribunais.

Quanto ao conceito de Estado de Direito Social constitucionalmente construído, ele projeta-se de um modelo em que o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público, fazendo com que passe a autoexigir uma permanente ação deste, com o objetivo de financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, dos fundamentos desses direitos e das expectativas por ele legitimadas. Desse modo, conduz inevitavelmente o Estado a superar os limites das funções tradicionais de “proteção” e repressão. Em complementariedade, é de se notar, segundo Bockenforde.²⁷, que o Estado social de Direito assim entendido invade em dois aspectos o edifício constitucional do Estado de Direito:

²⁷ BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 38-39.

O primeiro deles, é a renúncia ao conceito de lei como norma geral para o âmbito a administração prestacional, nele que se admitem as chamadas leis medida, de natureza jurídica especial em tanto dirigem e regulam diretamente situações concretas. Estas leis medida são instrumento necessário para um legislador que intervém na economia na sociedade configurando, dirigindo e promovendo objetivos próprios do Estado de Direito.

A Constituição de Weimar transcendentalmente converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade da Constituição. Finda a Segunda Grande Guerra Mundial, logo se promulga a Constituição de Bonn, que, em termos de realidade institucionalizada e significativa, mereceu sua definição constitucional primeira, sob a forma de Estado de Direito Social. Nele, busca-se integrar os valores do Estado de Direito de inspiração liberal com o Estado comprometido com o aprofundamento e a extensão da função social, com a justiça social, e, ainda, representou uma das maiores conquistas da democracia social. Dessas definições de Estado de Direito adjetivado como social, várias outras Constituição adotaram-nas, espalhando-se assim mundo a fora.²⁸

Esse modelo de Estado ganha legitimidade dada a alteração global das relações entre Sociedade e Estado, pois radica sua capacidade para resolver os problemas e conflitos sociais, *justiça social*, que se inspira na dignidade da pessoa humana.²⁹ Ele tem como objetivo a integração das camadas até então marginalizadas, desenvolvendo-se não apenas em uma política econômica, mas também na providência estadual das condições de existência vital dos cidadãos, a prestação de bens, serviços e infraestruturas materiais, sem os quais o exercício

²⁸ “Por el contrario, la idea de Estado social de Derecho es relativamente reciente. Puede ser situada en la doctrina alemana siguiente a la II Guerra Mundial, cuya obra fue recogida por los redactores de la Constitución de Bonn de 1949 y finalmente, vivificada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Desde entonces, fue extendiéndose a Italia en la Carta Fundamental de 1947; a Francia; por virtud de la sentencia del Consejo Constitucional de 1971, y la Constitución española de 1978, cuyo artículo 1 proclama que la Madre Patria se constituye en un Estado social de Derecho” (EGAÑA, José Luiz Cea. *Presente y futuro del Estado social de derecho. Una visión latinoamericana. Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay Konrad Adenauer Stiftung, n. VII, p. 205-217, 2005. p. 207-208.)

²⁹ CABALLERO, Alejandro Martínez. Estado social de derecho en la constitución de 1991. In: URIBE, Darío Botero *et al. Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. 1. ed. [Santa Fé de Bogotá]: Ediciones Rosaristas, [c. 1997]. p. 110.

dos Direitos Fundamentais não passa de uma possibilidade teórica e a liberdade de uma ficção. Portanto, a organização e forma de atuação devem estar em função da nova configuração dos princípios que nutrem.

Confirme-se que a dignidade do ser humano perante seu direito de organizar a vida responsabilmente conforme suas próprias medidas tornou-se, além de toda economia, o núcleo do novo modelo econômico e liberal e o fundamento da ordem democrática. Constitucionalmente, a independência do poder judicial é reforçada como um meio de evitar-se a reintrodução de um poder arbitrário dos entre públicos, tendo assim crescente papel de controle dos governos, sobretudo, a generalização e o aprofundamento das regras da democracia³⁰ de expressão social sinalizam para o propósito de corrigir/superar o individualismo clássico de caráter liberal pela afirmação dos direitos sociais, com a conseqüente realização.

O juiz ganha tónus frente à realidade social, tornando-se um “treinador”, intimado a corrigir todas as injustiças do mercado e a tratar dos prejuízos da industrialização, bem diferente do que se via anteriormente, por uma atividade de subsunção do estrito critério de legalidade. Dentro desse novo tónus imposto pela realidade social, o juiz deve respeitar três exigências fundamentais, derivadas dos princípios que assim constituíram o Estado Social de Direito, sendo elas, as seguintes:

De un lado, y conforme a la filosofía liberal, el juez debe garantizar las libertades de las personas por medio de decisiones previsibles, esto es, jurídicamente seguras. La seguridad jurídica es así no sólo un mecanismo indispensables al capitalismo y a la economía de mercado – como lúcidamente lo ha mostrado por Max Weber – sino que constituye sobre todo un instrumento para la actividad del juez no sea arbitraria y no vulnere los derechos y libertades de los asociados.

De otro lado, en virtud de la idea de la soberanía popular, el juez debe respetar las decisiones tomadas mayoritariamente por los órganos políticas, puesto que el juez no tiene una fuente de poder autónomo, ya que carece de legitimación democrática. El juez debe entonces respetar los acuerdos sociales mayoritarios expresados en los órganos políticos de origen popular.

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 218.

*Y, finalmente, como si fuera poco, el juez debe lograr decisiones materialmente justas, puesto que, en virtud del principio social, la actividad judicial debe contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa.*³¹

Dotados de perceptível e necessária intervenção nos campos sociais, o Juiz caracteriza-se por “uma justiça terapêutica e distribuidora sob o Estado providência, deveria ser simultaneamente simbólica e reintegradora numa sociedade em que a exclusão é o maior problema.”³²

Avalie-se que o Estado Social de Direito estimula o reconhecimento do valor da dignidade humana e dos direitos essenciais que fluem dela, e assegura a garantia judicial eficaz para a proteção e exercício dos atributos que lhes são inalienáveis, pois, em virtude do princípio social, a atividade judicial deve contribuir para o fim profícuo de uma sociedade materialmente justa.

Aqui se faz a crítica de que o Estado Social de Direito tampouco se transformou para servir mais e melhor a pessoa humana, pois criou um mecanismo letal como implemento a um pressuposto público que obriga a todos os órgãos públicos, em específico a justiça, que anteriormente não regulavam a vida social, senão à margem, a adaptarem-se, por meio de um funcionamento burocrático que demonstra ser impermeável e excessivamente oneroso, estreitando-se em procedimentos ritualistas difíceis, além de apresentarem índice de corrupção elevado, devastando a democracia social construída constitucionalmente. Com a positivação dos Direitos Fundamentais de Primeira e Segunda Gerações, cidadãos, por meio deles, participam do produto social, em todas as ordens, a fim de lhes ser possível o real exercício da sua liberdade, cuja afirmação é figura de retórica, se desacompanhada dos meios mínimos para efetivá-la.

³¹ YEPES, Rodrigo Uprimy. Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. In: URIBE, Darío Botero et al. *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. 1. ed. [Santa Fé de Bogotá]: Ediciones Rosaristas, [c. 1997]. p. 119-120.

³² GARAPON, Antonie. *O Guardador das promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 219.

Veja-se que o Estado Social de Direito transforma-se em Estado material de direito, enquanto adota uma dogmática, e pretende realizar a justiça social³³ em que encontra no termo “social” a sinalização para o propósito de corrigir e/ou superar o individualismo clássico de caráter liberal pela afirmação dos direitos sociais, com a conseqüente realização. Não só se está compelido ao atual marco da estrita legalidade, mas é como algo distinto de seus antecessores, pois este passa a ser um executor de normas jurídicas, ou seja, dos mandatos que recebe do texto constitucional para operar como uma organização ativa, com a finalidade efetivarem-se na realidade os valores das ordens socioeconômicas.

O ora modelo de Estado em óbice gera uma profunda transformação que não se dá apenas no seu conteúdo finalístico, mas, também, na reconceitualização de seu mecanismo básico de atuação – a lei –, ou seja, a lei é legitimamente estabelecida com respeito ao texto e às práticas constitucionais indiferentemente de seu caráter formal ou material.

Esse Estado deve ter como norte o que se chama de técnica promocional. Ela visa ao controle social, consistindo na prescrição de programas e desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes ainda sua execução gradual, e quando ela criar sua legislação, esta deve ser uma legislação social, que trate mais de direitos sociais do que meramente individuais. “O direito deve, sim, atingir fins universais nas formas extremas das teocracias e da ditadura do trabalho, e quando o corporativo”³⁴.

Essa é uma estrutura jurídico-política, organizada socialmente por uma democracia social, que tem como tarefa do Estado velar por um equilíbrio adequado entre os poderes sociais; reagir contra os processos de concentração; impedir abusos de posição de poder, ou seja, controlar de forma mais adequada

³³ “O Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do direito. O Estado de direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transforma-se em Estado material de direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 115).

³⁴ “Não é possível reduzir o Direito ao Direito individualístico, ao Direito em que o Estado só se justifica para assegurar a posse de cada um, considerado como Unidade, ainda que esta posse seja a concreta submissão de Outro, ou de Muitos. Tanto é Direito, este, quanto o universalístico, nas formas extremas das teocracias e da ditadura do trabalho, e quando o corporativo” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 99-100).

as arbitrariedades, ficando sob a proteção e guarda das garantias institucionalizadas pelas constituições que, assim, harmonizarão de forma adequada os interesses conflitantes; e, ainda, proteger o sistema econômico contra crises e danos, implementando uma política econômica conjuntural, e promovendo a regulação ao controle dos sistema monetário e de crédito. Nesse sentido, Bernhard Vogel³⁵ afirma:

No centro de tudo se encontra o ser humano, e não o Estado. O Estado existe em função do ser humano, e não o ser humano em função do Estado. Mas cabe ao Estado tomar providências necessárias para que o ser humano possa desenvolver suas próprias forças.

O *Welfare State* surge, portanto, como resultado natural do itinerário do Estado, agregando os Direitos Fundamentais de ideologia liberal aos movimentos socialistas, na busca de uma atitude mais efetiva do Estado na garantia desses Direitos. Durante a Segunda Guerra Mundial, entre os anos de 1938 e 1945, o Direito passou por várias transformações. O modelo do Estado Social já começa a ser questionado. As sociedades pós-revolução industrial comportam relações fluidas entre Estado e Sociedade. Tem lugar aqui o advento dos Direitos Fundamentais de terceira dimensão, os chamados direitos difusos e coletivos, que compreendem a proteção ao consumidor, ao meio ambiente, e a outros interesses que passam a ser tutelados pelo Estado.

Os Direitos Fundamentais de primeira dimensão conquistados pelos revolucionários de ideário iluminista e liberal somam-se aos Direitos Sociais de segunda dimensão, ganhando o Estado uma nova formatação e um novo significado. É o surgimento do Estado Democrático de Direito no Ocidente. A Evolução do Estado de Direito e dos Direitos Fundamentais sofre profundas

³⁵ VOGEL, Bernhard. Economia social de mercado e crise dos bancos. In: VOGEL, Bernhard *et al.* *Sair da crise: economia social de mercado e justiça social*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009. (Cadernos Adenauer, 3). p. 11.

reflexões no período pós-Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, Alfonso de Julios-Campuzano³⁶ observa que:

A evolução do Estado de Direito desde sua aparição no século XIX experimentou transformações que não passam incólumes à filosofia jurídica contemporânea e que atinge diretamente a própria configuração do Direito, alcançando, em consequência, o paradigma jurídico dominante, a teoria do direito e o modelo de ciência jurídica. O Século XX foi testemunha de catástrofes colossais, de enormes cataclismas (*sic*), responsáveis pelas modificações das bases morais da civilização, emocionada pelo impressionante cenário de ódio e guerra, de destruição e morte que o funesto apogeu fascista desencadeou. Assim, não foi ao acaso, a reação que o pensamento e a cultura jurídica europeia experimentaram depois do fatal desastre. Não seria afortunado, nem verdade, atribuir às transformações que o Estado de Direito sofreria, nos anos imediatamente subsequentes à Segunda Guerra Mundial a uma casual coincidência cronológica, por considerá-lo fruto de uma realidade puramente conjuntural. Por tudo isso, não se pode julgar casual que, justamente depois da catástrofe, constatasse a ineficiência cultural e jurídica do modelo baseando no Estado de Direito, e, passasse adquirir consciência de sua extraordinária fragilidade para promover instrumentos teóricos aptos a combater os elementos demolidores do formalismo jurídico sobre a estrutura do Estado de Direito.

A transição entre o Estado liberal e o Estado social é reflexo da busca pela implementação de obrigações positivas para o Estado, alterando a visão de Estado meramente garantidor de liberdades individuais para a concepção de um Estado obrigado a prestações sociais tendentes à obtenção de uma maior igualdade social. Essa revisão dos preceitos que informavam a ordem liberal possibilitou dar conteúdo material aos direitos acima citados, passando o Estado a atuar na efetivação dos direitos, diferentemente da atuação negativa (em que só se sancionavam os atos atentatórios aos direitos, sem preocupação com a sua promoção) no Estado liberal.

Com a instauração deste novo modelo, o exercício da função jurisdicional assume uma nova roupagem, pois o Judiciário precisa dar conta da multiplicação das demandas por direitos sociais, diante da inefetividade do

³⁶ CAMPUZANO, Antonio de Julios. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p 72.

Executivo. Desse modo, o Judiciário, necessitando intervir em espaços tradicionalmente reservados ao Executivo, a fim de garantir direitos sociais, passa a (ter de, por força constitucional) adotar uma postura ativista, de aproximação com a sociedade. Isso exige uma atuação mais presente do magistrado, redefinindo os papéis da atividade jurisdicional que deve atender à aplicação de um direito amparado em uma base axiológica.

Tal intervenção traria o que se conhece como Estado do Bem-Estar Social que orientou as ações dos governos no pós-guerra, pois partia do princípio de que os governos são responsáveis por garantir aos cidadãos um mínimo de existência e padrão de vida, o que não significava o abandono do ideário do liberalismo econômico, mas acrescentou a necessidade de uma ampla intervenção do Estado na economia. O reconhecimento desse Estado importa no reconhecimento da legitimidade do sistema de proteção, pois rompe com o liberalismo tradicional ao denunciar que o capitalismo não produz um equilíbrio no mercado nem igualdade, seja entre as pessoas, seja entre produção e demanda. Por isso, houve a necessidade da regulação do Estado.

No dia 10 de dezembro de 1948, com quarenta e oito votos a favor, nenhum contra e oito abstenções (a maior parte do bloco soviético: Bielorrússia, Tchecoslováquia, Polônia, Ucrânia, União Soviética e Iugoslávia, além da África do Sul e Arábia Saudita) ³⁷, é promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, positivando e consagrando esses Direitos Fundamentais consagrados ao longo de séculos de digressão do Estado no tempo. Todavia, esse Estado redistribuidor não foi capaz de conduzir a mudança social. Fez-se necessário um Estado intervencionista, transformador da realidade por intermédio de políticas públicas, um Estado que efetivamente inserisse a democracia social na sociedade. Daí o surgimento do Estado Democrático de Direito.

³⁷ CÁCERES, Florival. *História geral*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1999. p. 231.

2.3 O SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO OCIDENTE

As transformações apresentadas são somatizadas³⁸, tendo como seu reconhecimento e realização que constituem a razão de ser, o compromisso e a tônica do chamado Estado Democrático de Direito. Veja-se que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social aparecendo como um superconceito do qual se extraem — por derivação, inferência ou implicação. As ideias de democracia imposta pelas revoluções inglesa e francesa ligaram o governo do povo no sentido de interesse geral, em que todos devem escolher a fórmula ou o Processo pelo qual sejam conduzidos aos resultados (condução voluntária, porque todos quiseram a forma ou Processo), de modo que a parte vencida nos resultados fique obrigada a respeitar a decisão da maioria. Saliente-se que a tendência, na atualidade, é para que se assegurem e garantam-se interesses que são das minorias, demonstrando-se que estes são elementos representados insuficientemente resguardados.

Veja-se que os conceitos de Estado de Direito e Democracia apresentam-se opostos. De um lado o Estado de Direito pode existir onde o poder de governar não tenha sido democratizado até então, ou melhor, o seu governo político é sempre exercido na forma jurídica, o sistema legal pode existir onde a força política não foi ainda domesticada por instituições constitucionalizadas democraticamente. Em resumo: o Estado de Direito, como se viu nos seus demais modelos adjetivados, pode existir sem democracia. A democracia contemporânea reclama outra técnica, uma que seja contemplativa e que se edifique como forma de Estado e de Governo, não podendo ignorar-se que um dos signos dos tempos é a irrefreável vocação dos povos para uma maior participação do poder, gerando o domínio dos homens sobre homens. Percebe-se, assim, a heterogenia dos reclamos, e, nas coincidências das vontades, a oportunidade dos passos além na integração do Estado e na solução harmônica dos problemas da vida,

³⁸ “Poder-se-á acrescentar que o adjetivo Democrático pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos equivalentes, em última análise, a Estado de Direito e de Justiça Social” (REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2).

impulsionando desse modo maior adequação entre os corpos governantes e as várias tendências perceptíveis ou, melhor, captáveis (porque as tendências individuais não o são) que fazem parte (partidos, profissões, unidades político-territoriais) do cosmo dos valores.

O Estado Democrático de Direito é identificado principalmente a partir do período pós-Segunda Guerra Mundial, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³⁹. Os movimentos constitucionais do início do século XX já identificavam uma democracia participativa e um Estado cada vez mais ativo na efetivação de Direitos. A evolução do Estado de Direito para o Estado Constitucional está intimamente ligada ao surgimento desse modelo de Estado (Democrático de Direito). A aproximação entre Ética, Moral e Lei está no bojo das constituições democráticas aparecidas no Ocidente a partir da Declaração Universal de 1948. Surgem como resultado das experiências liberais e sociais vividas nos séculos XVIII e XIX. Os Direitos Humanos, consagradores dos Direitos Fundamentais conquistados ao longo de diversas revoluções sociais, aparecem como uma espécie de fundamento moral do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito. Conforme ressalta Amartya Sen⁴⁰:

Admitir que o reconhecimento dos Direitos Humanos possam inspirar novas leis relativas a esses direitos não significa supor que a importância dos Direitos Humanos consiste exclusivamente em determinar o que pode ser objeto adequado de normas jurídicas coercitivas, e seria especialmente equivocado converter esse aspecto na própria definição de Direitos Humanos. Com

³⁹ Segundo Vicente Paulo Barreto, “A forma de equilíbrio internacional que dominou o cenário político das décadas seguintes ao término da II Guerra Mundial – o sistema da Guerra fria – desintegrou-se, não tendo sido substituído por forma alternativa viável de governança. Precisamente esta fluidez político-institucional tem apontado para a necessidade da construção de uma ordem internacional baseada nos princípios da constitucionalidade e da democracia. A tradição dos debates da teoria democrática tem sido a de trabalhar com os questionamentos que surgem no âmbito do Estado nacional, tendo pouco refletido na perspectiva da ordem internacional que sofreu mudanças radicais com repercussões na vida dos cidadãos. A teoria democrática tem se preocupado, principalmente, com estruturas partidárias, a burocracia, a fragmentação do Poder, a governabilidade, o peso do Estado, etc. Não analisa os fundamentos de uma nova ordem interestatal e qual o papel do Estado nacional no âmbito do processo de globalização” (BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Orgs.). *20 anos de constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 258).

⁴⁰ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. (Título original: *The idea of justice*).p. 158.

efeito, se os Direitos Humanos são entendidos como pretensões morais dotadas de força, como sugere o próprio Hart ao defini-los como Direitos Morais, então certamente temos razão para alguma catolicidade ao considerar diversos caminhos para promover essas pretensões morais.

O Estado, portanto, passa a comprometer-se com a garantia e a efetivação de uma série de direitos. O impacto do paradigma pós-guerra e da Declaração Universal dos Direitos Humanos têm reflexos em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente na Europa (Alemanha, Itália, França, Espanha). O Estado Constitucional, receptivo aos tratados de Direitos Fundamentais, passa a estabelecer o Estado Democrático de Direito no Ocidente. Acerca da relação entre os Estados liberal, social e Democrático de Direito, Cristiano Becker Isaia⁴¹ afirma que o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito é fruto da superação de uma série de conquistas.

Ao prognóstico da legalidade, o Estado Democrático de Direito agrega o qualitativo da busca pela igualdade da comunidade, o fazendo através de sua vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade através de um complexo sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, o qual vê na justiça social a condição de possibilidade na correção de desigualdades. Por isso é que o adjetivo “democrático” se justifica em razão da superação de um Estado de direito meramente formal a um Estado que estampa ao concretizar a justiça social, pretendendo fazê-lo a partir da consolidação dos valores fundantes da comunidade.

Esse modelo de Estado é caracterizado pela consolidação constitucional dos Direitos Humanos como elementos axiológicos fundantes do ordenamento jurídico. Conforme observa Norberto Bobbio⁴², o Estado Democrático de Direito funde as ideias iluministas de garantia da liberdade do indivíduo com a necessidade de um Estado Democrático que atue para garantir aqueles direitos:

⁴¹ ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 43.

⁴² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 20.

Estado Liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um Estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.

A Democracia consolidava-se em um Estado Constitucional, em que a força axiológica e a normatização dos Direitos Fundamentais, recepcionados no ordenamento jurídico de diversos países do ocidente (EUA, França, Alemanha, Itália, Brasil e outros) por meio da assinatura de tratados internacionais, funcionavam como vetor de uma nova ordem mundial. A doutrina jurídica acerca dos Direitos Fundamentais é vasta. Como se observa, é íntima a relação entre a evolução dos Direitos Fundamentais e dos modelos de Estado. Os Direitos e Garantias Fundamentais fundados por cada estrutura política e jurídica estatal refletem o paradigma de cada época. Paulo Bonavides⁴³ traz importante lição acerca da utilização da expressão “dimensão de Direitos Fundamentais” em detrimento à “geração de Direitos Fundamentais”:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturas, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63.

dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

O Estado Democrático de Direito, portanto, surge como ápice da evolução dos Direitos Fundamentais e das relações político-sociais. O Ocidente ingressa no período pós-Segunda Guerra Mundial em um novo paradigma político e jurídico. O Estado Democrático de Direito surge, portanto, nesse paradigma. A Democracia e os Direitos Fundamentais são os fundamentos legitimadores estruturantes do Estado Democrático de Direito. A Jurisdição, nesse modelo de Estado, é permeada pelos Direitos Fundamentais fundantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Os países da Europa e do Ocidente passam a ter o exercício da Jurisdição permeado pelo elemento axiológico de todos os Direitos e Garantias individuais de ideologia Liberal e Socialista identificados até aqui.

Os tratados internacionais e a nova formatação do Estado regem a Jurisdição do Estado Democrático de Direito do século XX. Os Direitos de primeira dimensão, de ideário liberal-iluminista, e os de segunda dimensão, considerados de ideologia socialista, somam-se a outros. O novo modelo democrático de direito começa a apresentar ao Estado outros direitos e funções. A doutrina identifica aí o surgimento de Direitos Fundamentais de terceira⁴⁴ e quarta dimensão⁴⁵ (ou geração). Obviamente que essa evolução do Estado e dos Direitos ocorre de forma orgânica e não sedimentada e anacrônica em cada

⁴⁴ Sobre Direitos Fundamentais de terceira dimensão: “A aparição dessa terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas” (ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004. p. 81).

⁴⁵ De acordo com jurista italiano Norberto Bobbio, “tal dimensão de Direitos decorre dos avanços em engenharia genética e biotecnologia”. Segundo o autor, “Já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 92).

época. Os Direitos Fundamentais⁴⁶ têm em suas dimensões a própria evolução de Direitos e garantias já consagradas. Quando se fala em Direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensões⁴⁷, fala-se da evolução sincrética desses direitos e sua íntima relação valorativa com a formação do Estado.

Nesse paradigma, o Estado Democrático de Direito surge no Ocidente como ápice da evolução do Estado, desde o Estado Liberal. Trata-se de um Estado preocupado com um amplo espectro de Direitos Fundamentais. Nesse sentido Alfonso de Julios-Campuzano⁴⁸ ensina que:

A evolução do Estado de Direito desde sua aparição no século XIX experimentou transformações que não passam incólumes à filosofia jurídica contemporânea e que atinge diretamente a própria configuração do Direito, alcançando, em consequência, o paradigma jurídico dominante, a teoria do direito e o modelo de ciência jurídica. O Século XX foi testemunha de catástrofes colossais, de enormes cataclismos, responsáveis pelas modificações das bases morais da civilização, emocionada pelo impressionante cenário de ódio e guerra, de destruição e morte que o funesto apogeu fascista desencadeou. Assim, não foi ao acaso, a reação que o pensamento e a cultura jurídica europeia experimentaram depois do fatal desastre. Não seria afortunado, nem verdade, atribuir às transformações que o Estado de Direito sofreria, nos anos imediatamente subsequentes à segunda Guerra Mundial a uma casual coincidência cronológica, por considera-lo fruto de uma realidade puramente conjuntural. Por tudo isso, não se pode julgar casual que, justamente depois da catástrofe constatasse a ineficiência cultural e jurídica do modelo baseado no Estado de Direito, e, passasse a adquirir consciência de sua extraordinária fragilidade para promover instrumentos teóricos aptos a combater os elementos demolidores do formalismo jurídico sobre a estrutura do Estado de Direito.

⁴⁶ Consoante à doutrina, Jorge Miranda é didático em sua definição de Direitos Fundamentais: “Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivadas pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente considerados, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 127).

⁴⁷ Zulmar Fachin classifica os direitos de quinta dimensão como: “Os direitos fundamentais que dizem respeito ao cuidado, à compaixão e ao amor por todas as formas de vida, e compreende o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado” (FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 138).

⁴⁸ CAMPUZANO, Antonio de Julios. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

Obviamente que Jurisdição, como monopólio do Estado, passou por profundas mutações ao longo dos séculos. Os Direitos Fundamentais têm íntima relação com essas alterações. Quando se propõe tratar das características da Jurisdição exercida atualmente pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, urge observarem-se essas mutações.

É inegável que, com o passar do tempo, começa a surgir uma crise no modelo de Estado existente. O Poder Judiciário é o representante que busca a aplicação das normas. A crise do Estado, que também é a crise do Direito, é a não aplicação do direito como uma função social do Estado. É de fácil entendimento que o Brasil, assim como o resto do mundo, atravesse uma crise do modelo de sociedade capitalista. O modelo constitucional brasileiro tem suas bases em um pacto voltado para alcançar as ideias de uma sociedade econômica e socialmente isonômica, baseada em sistema jurídico e constitucional, voltado para uma nova ordem mais justa e humana, interligada aos princípios da liberdade, da igualdade, e da dignidade da pessoa humana, sem cuja devida efetivação, nenhum Estado poderá alcançar os ideais de felicidade do seu povo.

O Poder Administrativo, no que tange à sua discricionariedade, sempre está sob o julgo das normas positivadas, como a própria Constituição Federal, pois, se afrontar o poder normatizado ou as leis postas no sistema normativo, tratará de ser considerado ato inconstitucional. Veja-se a importância do ordenamento constitucional em países de modernidade tardia como o Brasil. A Constituição da República Federativa do Brasil consagrou uma série de Direitos e Garantias Fundamentais. A própria promulgação do Estado Democrático de Direito pelo marco constitucional demonstra a consagração desses Direitos.

Em uma nação que viveu um longo período ditatorial, a Constituição mostra-se um importante documento político e jurídico. O Estado Constitucional, agora erigido à categoria de Democrático de Direito espalha-se pelo Ocidente, irradiando uma nova ordem Internacional, a partir da consagração dos Direitos Humanos. Nesse modelo de Estado, são amplamente tuteladas as garantias e as liberdades de direitos individuais e sociais, mirando sempre o bem-comum, por meio de preceitos de justiça social e substancial, e sempre com a consonância dos Direitos Fundamentais.

Ao lado da Supremacia das Constituições, que se difundiu para garantir os direitos amealhados nelas, estão a democracia e os Direitos Fundamentais dos homens, que esse modelo de Estado de Direito funda-se diante da Democracia. Manteve-se nesse modelo de Estado de Direito não somente a sua conceituação substancialista, mas também sua conceituação procedimentalista⁴⁹, que incide diretamente para com a tarefa política de legislação, que tem:

Como crivo de universalidade enquanto (*sic*) aceitabilidade generalizada por que tem que passar as normas a serem genérica e abstratamente adotadas, vê no Judiciário o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre os discursos de justificação e discursos de aplicação através do qual revela ao máximo o postulado de Ronald Dworkin da exigência de imparcialidade não só do Executivo, mas, sobretudo, do juiz na aplicação e definição cotidiana do Direito⁵⁰.

A caminhada histórica dos modelos estatais abordados até aqui deixa claro os principais aspectos que compuseram o surgimento do Estado Democrático de Direito no Ocidente pós-Segunda Guerra Mundial. Nessa nova etapa, o Poder Judiciário tem papel fundamental, para assegurar o princípio democrático, elevando-o à sua proteção jurídica. Lenio Luiz Streck⁵¹ arrola como princípios do Estado Democrático de Direito:

A – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B – Organização Democrática da Sociedade; C – Sistema

⁴⁹ Lenio Luiz Streck ainda destaca que “Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa, e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentalistas e, de outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvida que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela Jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais) o que, para os substancialistas, reforça a relação constituição-democracia; para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Uma *Jurisdição constitucional* interventiva “coloniza” o mundo da vida, na acepção da palavra de Habermas, corifeu da teoria procedimental do direito” (STRECK. Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80-81).

⁵⁰ STRECK. Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 155.

⁵¹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 98-99.

de Direitos Fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os Direitos Fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; E – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F – Divisão dos Poderes ou de Funções; G – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H – Segurança e Certeza Jurídicas.

E, ainda, manteve-se com esse modelo de Estado não somente a sua conceituação substancialista, mas também sua conceituação procedimentalista, que incide diretamente para com a tarefa política de legislação.

Quanto ao seu conceito substancialista, é importante salientar, que, este se assenta em dois pilares que apresentam alto grau de importância, e que também são muito debatidos na época presente, sendo eles, a democracia e os Direitos Fundamentais, e nesta linha de raciocínio que Lenio Luiz Streck⁵², discorre sobre os mesmos, que:

Não há democracia sem o respeito e a realização dos Direitos Fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. Há, assim, uma co-pertença entre ambos. O contemporâneo constitucionalismo pensou nessa necessária convivência entre o regime democrático e a realização dos Direitos Fundamentais, previstos nas Constituições.

O Estado de Direito Democrático, dada a sua substancialidade, vai além de seu formalismo, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que sua porção estática – formal, versando assim à “criação de um novo conceito, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.”⁵³

⁵² STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 104.

⁵³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. 4. ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 125 -133.

Pelo exposto, é correto afirmar que as Constituições democráticas apresentam alto grau de substancialidade, assim, diz-se que “o direito (poder) emana do povo, é este, por todos os componentes da sociedade jurídica, construtor do fundamento de confirmação legitimante do direito no espaço procedimental garantido pelo devido Processo constitucional”.⁵⁴ Ocorre, dessa forma, uma reviravolta paradigmática ao compatibilizar a democracia (como direito e como Processo) com a Constituição, voltada a assegurar direitos e deveres, sem a efetividade dos quais a democracia não prospera.

Quanto ao seu conceito procedimentalista, parece lícito afirmar que, sem a sua ampla garantia, não se vive num Estado de Direito⁵⁵, dada sua importância, este ainda passa a garantia para que o jogo político ocorra dentro da lei, ou seja, por intermédio da ordem Constitucional, ele vem garantir o acesso aos meios democráticos de participação das sociedades, sendo de importante relevância, que se faça valer pelos valores plenamente substantivos. Conclui-se: “que com a defesa dos direitos, esta repousa sobre um conjunto de garantias processuais e procedimentais, que faz delas uma das manifestáveis mais conhecidas do Estado de Direito”.⁵⁶

O cerne do atual relevo atribuído ao Poder Judiciário estabelece-se sobre dois planos. De um lado, tem-se a superação do formalismo que impõe apego exagerado ao império da lei, superado pelo materialismo conteudista; de

⁵⁴ LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 171-172.

⁵⁵ “Os exemplos poderiam multiplicar-se. Quer se trate de regras ou princípios a observar nos processos em tribunal (garantias processuais), quer se trate de regras ou princípios a observar nos procedimentos administrativos (garantias procedimentais), parece lícito dizer que, sem garantias processuais e procedimentais, não se vive num Estado de Direito. Muitas vezes, só quando essas garantias desaparecem do nosso quotidiano, ou porque o Estado é fraco, ou porque o Estado é forte e até demasiado forte, nos damos conta da importância delas para se respirar a liberdade a segurança individual e coletiva” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 72).

⁵⁶ “A defesa dos direitos repousa sobre um conjunto de garantias processuais e procedimentais que faz delas uma das manifestáveis mais conhecidas do Estado de Direito. Nem sempre estas garantias são compreendidas, acusando-se os juristas de, por amor à forma, desprezarem o conteúdo do direito e a realidade das coisas. Há muito que foi resolvido aos críticos do formalismo que a forma, no Estado de Direito, é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade. Talvez a melhor maneira de convenceremos os nossos interlocutores sobre a bondade material das garantias processuais e procedimentais seja a de as indicar (*sic*) de um modo mais explícito, embora sem pretensões de exaustividade. Ninguém hoje admitiria discutir em tribunal os seus direitos sem a garantia de um juiz legal, independente” (CANOTILHO, op. cit., p. 70).

outro, o império frente aos poderes políticos constituídos do atual procedimentalismo, legitimado democraticamente, testificado nas constituições, e engessado diante do procedimento Parlamentar. O procedimento dado ao Judiciário, como já se viu, tende historicamente às melhores respostas, principalmente no que se refere à proteção dos princípios basilares e fundadores do Estado Democrático de Direito que, desde a pureza do Estado Clássico, apresenta várias transformações na relação Sociedade, Estado e Direito. Nesse sentido, aponte-se que a substancialidade lhe é somada, tendo como fundamento o direito que emana do povo. Pontes de Miranda⁵⁷ refere que o “Estado Democrático de Direito pertence aos tribunais, através de juízes independentes, dizer o direito em nome do povo.”.

O direito dimensionado aos juízes, como se avalia, garante-os efetivamente para os fins aos quais se propõe este modelo de Estado. Dessa forma, ele passa a servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo as quais representem retrocesso social ou ineficácia dos direitos individuais ou sociais, protegendo assim o sistema político-jurídico em que vincula a vontade geral. Já os parlamentares democráticos, pelo contrário, são vistos como tecnocratas politicamente irresponsáveis; emitem caoticamente comandos específicos por meio dos quais caracterizam a sua atividade legislativa; e, ainda, no que diz respeito à eficácia de textos por eles produzidos, ela é perturbada pelo jogo de alianças e de coalizões, calcados em seus próprios interesses ideológicos. Esses interesses fazem com que a lei deixe de ser expressão da vontade geral, para transformar-se na subtração de múltiplas negações, criando, assim, alto grau de incerteza e ingovernabilidade para todo o sistema político-jurídico. É também correto afirmar que o Legislativo, pela natureza de sua atividade, não tem como prever tudo, dado que não tem o dom da premonição perfeita⁵⁸.

⁵⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Fundamentos Actuales do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. v. I. p. 393.

⁵⁸ “O legislador, por arguto que fosse, não teria como prever tudo, dado que não tem o dom da premonição perfeita. Ainda que o tivesse, é claro que lhe seria impossível fazer com que nas leis coubessem todas as condutas, os mais mínimos gestos, as reações humanas mais desusadas e as inovações mais insuspeitadas. Se tal ocorresse, argumentando por absurdo, mesmo assim haveria, isto é claro, impossibilidade prática, pois não mais teríamos leis, porém oceanos imensos de textos legislativos, constantemente se desatualizando, por força da presença de novas exigências da normal evolução da sociedade e do homem. Bastaria citar a

A Jurisdição Constitucional apresenta-se como um dos elementos do Estado Democrático de Direito Ocidental do período pós-guerra. No Brasil, esse papel deve ser ainda mais ressaltado. Em países onde o déficit de legitimidade do Poder Legislativo é latente, a Constituição e a Jurisdição Constitucional apresentam-se como pilares desse sistema de Estado. Assim, o Estado Democrático de Direito tem o condão de ser transformador da realidade, não se restringindo apenas a reparar as condições de existência, como o Estado social de Direito. Daí que sobrevém a necessária releitura e adaptação do Processo Civil aos princípios constitucionalmente postos, superando valores que não se coadunam mais com a sociedade complexa e plural em que vivemos.

2.4 O AUTORITARISMO POPULISTA NA AMÉRICA LATINA DO SÉCULO XX: A (RE)CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA NO BRASIL

Na América Latina, o Estado Democrático de Direito, que se espalhava pelo Ocidente após a Segunda Guerra Mundial, ainda era uma utopia. As ditaduras militares comandavam o continente latino-americano, tendo seu auge mais sangrento nas décadas de 50, 60 e 70 do século XX. Conforme destaca Florival Cáceres⁵⁹:

Foi no pós-guerra que os principais países latinos americanos se industrializaram e a população urbana superou a rural. Antes, só a Argentina possuía razoável parque industrial, pois suas fábricas processavam produtos agropecuários destinados ao mercado externo. A industrialização latino-americana acentuou os contrastes nesses países. Surgiram grandes cidades, com setores ultramodernos, onde a elite possuía um altíssimo padrão de vida e boa parte dos pobres vivia em habitações improvisadas, sofrendo privações de diversas áreas, como saúde e educação.

liberdade do querer e os avanços científicos, assim como as mudanças sociais. Novos fatos e situações, imprevisíveis, sequer imagináveis num dado tempo, de um instante para outro rebentam com a potência dos grandes convencimentos e dos mais poderosos estímulos à conduta” (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 159-160).

⁵⁹ CÁCERES, Florival. *História geral*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1999. p. 384.

Países como Brasil, Argentina, Uruguai e Chile, em suas diferentes formas de Estado autoritário, impossibilitavam os processos democráticos e restringiam a ação de partidos políticos, sindicatos e organizações que poderiam fazer reivindicações para um maior alcance das políticas sociais. O populismo⁶⁰ dos governantes autoritários é a marca do paradigma político latino-americano no período pós-guerra. A perda de prestígio e força política da classe dominante, unida a uma massa proletária alienada de sua posição no meio social e a um líder político e carismático capaz de mobilizar todo o poder e a nação sempre em um contexto pós-crise econômica associada à crise política, são os produtos mais comuns do fator denominado de governos populistas.

Assim, nos entremeios do século XX, pode-se notar uma verdadeira manifestação de governos populistas na América Latina. São governos que aliciaram a massa trabalhadora, isenta de seu potencial social, para que circunscrevessem, ao lado do Estado, a concessão de benefícios sociais e, por outro lado, continuassem com a perpetuação elitista no poder. A mutação de uma sociedade basicamente agrária para outra em busca de modernização e voltada para o ramo industrial nacional, ressaltando a intervenção estatal na economia também são marcas desses governos.

Durante a guerra fria, em diversos países da América Latina, foram implantadas ditaduras por meio de golpes de Estado. Os ditadores justificavam os golpes de Estado como necessários para evitar que os comunistas chegassem ao poder. Essas ditaduras perseguiram seus opositores, fossem eles comunistas ou

⁶⁰ O Populismo foi o fenômeno de manipulação das camadas populares por meio de promessas e eliminação dos intermediários no processo de contato com as massas. Sua base é o poder carismático de líderes com capacidade de mobilizar e empolgar as massas em defesa das ações típicas e exclusivas do poder político. Os governos populistas tendiam a ser autoritários e paternalistas, pois concediam direitos aos trabalhadores e mantinham-nos sob controle através de sindicatos organizados pelo Estado. O Populismo propôs ser uma política aliada aos trabalhadores. Teoricamente, nos discursos populistas esteve presente a ideia de que a vontade do povo era soberana. Na prática, as políticas populistas favoreceram mais as elites nacionais do que os setores médios da sociedade. Nesse sentido, Florival Cáceres afirma que “Depois da queda do Estado oligárquico, a maioria dos países latino-americanos importantes conheceu governos populistas. Em alguns deles, tal fato representou a experiência política mais importante da segunda metade do século XX. O populismo latino-americano foi um fenômeno urbano, característica da passagem da sociedade rural para a sociedade urbana. Os partidos populistas eram partidos de massa com vagos projetos de reformas sociais, políticas e econômicas, cujas lideranças provinham dos setores reformistas das classes altas (burguesas e mesmo oligarcas)” (CÁCERES, Florival. *História geral*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1999. p. 355).

não. Mesmo aqueles que não fizeram oposição declarada sofreram os problemas criados pelas ditaduras. Com isso, vemos serem postas em prática formas de violência extrema, engendradas por meio do terrorismo de Estado aberto, para garantir a exploração excessiva do trabalhador e, desse modo, assegurar o fluxo do sistema capitalista.

Na segunda metade do século XX, a maior parte dos países da América do Sul e alguns países da América Central tiveram governos autoritários⁶¹, exercidos por grupos que chegaram ao poder por meio de golpes de Estado. Em vários casos, os golpes de Estado foram planejados por políticos liberais para derrubar governos populistas e nacionalistas. O continente tornou-se um alvo exposto a experiências políticas atroz — fruto das mentes mórbidas de ditadores nascidos nas alcovas do imperialismo e que o transformaram em quintal dos interesses (principalmente) norte-americanos. O mundo bipolarizado pela Guerra Fria⁶² foi marcado pela competitividade ideológica, econômica,

⁶¹ O autoritarismo brasileiro caracteriza-se pelo desprezo à participação social, o que obriga a recorrer à censura policial e à negação dos princípios democráticos, o que implica um esfacelamento das instituições da sociedade civil. O autoritarismo, para impor suas decisões, é obrigado a utilizar-se da força, num permanente desrespeito aos direitos humanos. Dai a necessidade da utilização da ideologia da segurança nacional para justificar a violência empregada e da defesa do desenvolvimento econômico para justificar a concentração de capital nas mãos das classes ricas, o que produziu, a partir dessa matriz, eu Estado extremamente forte, baseado numa tecnocracia, que procurou, através de uma concentração de poderes jamais vista, intervir em todos os setores da sociedade (ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 122).

⁶² A Guerra Fria, que teve seu início logo após a Segunda Guerra Mundial (1945) e a extinção da União Soviética (1991), é a designação atribuída ao período histórico de disputas estratégicas e conflitos indiretos entre os Estados Unidos e a União Soviética, disputando a hegemonia política, econômica e militar no mundo. A União Soviética buscava implantar o socialismo em outros países para que pudessem expandir a igualdade social, baseado na economia planificada, partido único (Partido Comunista), igualdade social e falta de democracia. Enquanto os Estados Unidos, a outra potência mundial, defendia a expansão do sistema capitalista, baseado na economia de mercado, sistema democrático e propriedade privada. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o contraste entre o capitalismo e o socialismo era predominante entre a política, ideologia e sistemas militares. Apesar da rivalidade e tentativa de influenciar outros países, os Estados Unidos não conflitou a União Soviética (e vice-versa) com armamentos, pois os dois países tinham em posse grande quantidade de armamento nuclear, e um conflito armado direto significaria o fim dos dois países e, possivelmente, da vida em nosso planeta. Porém ambos acabaram alimentando conflitos em outros países, por exemplo, a Coreia e o Vietnã. Com o objetivo de reforçar o capitalismo, o presidente dos Estados Unidos, Harry Truman, lançou o Plano Marshall, que era um oferecimento de empréstimos com juros baixos e investimentos para que os países arrasados na Segunda Guerra Mundial pudessem recuperar-se economicamente. A partir dessa estratégia, a União Soviética criou, em 1949, o Comecon, que era uma espécie de contestação ao Plano Marshall e impedia seus aliados socialistas de interessarem-se pelo favorecimento proposto pelo então inimigo político. A Alemanha, por sua vez, aderiu o Plano Marshall para restabelecer-se, o que fez com que a União Soviética bloqueasse todas as rotas terrestres que davam acesso a

armamentista e espacial de duas grandes potências. Logo, garantir que a América estivesse sempre entre as suas áreas de influência foi o interesse velado que instigou o país norte-americano a financiar a ideia de redemocratização na América Latina.

As ditaduras militares latino-americanas do século XX são frutos de diversos elementos sociais e econômicos. Sob esse espectro, as Forças Armadas engendraram e levaram a cabo um discurso político-econômico reacionário que expressava uma série de elementos homogêneos nos países da região. É possível estabelecer certos aspectos comuns que conformam a ideologia dessa doutrina, no caso brasileiro, a partir de 1964, assim como no Chile e Uruguai, em 1973, e ainda na Argentina de 1976⁶³. Nesse sentido, cumpre destacar a assertiva de Leonel Severo Rocha:

O autoritarismo manifestou-se no Brasil contemporâneo entre 1964, momento da eclosão do golpe de Estado autodenominado Revolução de 64, e os anos de 1984-85, dividindo-se neste período em três fases distintas: a primeira, que vai de 1964 a 1968, instauração do Regime autoritário; a segunda, entre 1968 e 1975 (morte de Wladimir Herzog no DOI-CODI de São Paulo), endurecimento do regime, principalmente na fase inicial (1968-71); e a terceira, chamada abertura política, entre 1975 e 1984, momento da eleição indireta de um candidato de oposição à Presidência da República. Até então, a liberdade política, embora amplamente desenvolvida na abertura, esteve sempre dependendo do comando da Revolução sendo uma das explicitações do fracasso da campanha popular desenvolvida em todo país para a eleição direta do Presidente em 1984.⁶⁴

Berlim. Dessa forma, a Alemanha, apoiada pelos Estados Unidos, abastecia sua parte de Berlim por vias aéreas provocando maior insatisfação soviética. Isso provocou a divisão da Alemanha em Alemanha Oriental e Alemanha Ocidental. Em 1949, os Estados Unidos juntamente com seus aliados criaram a OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte) que tinha como objetivo manter alianças militares para que estes pudessem se proteger em casos de ataque. Em contrapartida, a União Soviética assina com seus aliados o Pacto de Varsóvia que também tinha como objetivo a união das forças militares de toda a Europa Oriental. Entre os aliados da OTAN destacam-se: Estados Unidos, Canadá, Grécia, Bélgica, Itália, França, Alemanha Ocidental, Holanda, Áustria, Dinamarca, Inglaterra, Suécia, Espanha. E os aliados do Pacto de Varsóvia destacam-se: União Soviética, Polônia, Cuba, Alemanha Oriental, China, Coréia do Norte, Iugoslávia, Tchecoslováquia, Albânia, Romênia (CÁCERES, Florival. *História geral*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1999. p. 213).

⁶³ CÁCERES, Florival. *História geral*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1999. p. 371.

⁶⁴ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 123.

Nesse paradigma, cria-se a figura do inimigo público interno (os comunistas) que incutia nos sujeitos a necessidade ideológica de uma guerra interna constante e permanente contra a influência do comunismo internacional. Impunha, assim, a adoção de um projeto de desenvolvimento com segurança que colocava os militares como salvaguardas dos anseios nacionais no terreno das políticas socioeconômicas, na medida em que se entendia que estes compunham o único corpo social apto a transformar o caos instalado pelos subversivos em paz e estabilidade duradouras.

Em meados da década de 1980, a dívida externa pública crescente nos países latino-americanos (mais especificamente Chile, Brasil, Argentina e Venezuela), que financiava déficits públicos cada vez maiores, transformou-se em crise fiscal do Estado. A decisão de continuar com uma estratégia de crescimento e com um modo de intervenção estatal (a substituição de importações) não mais funcionava. Nessa década, a América do Sul também apresentava bolsões de autoritarismo que desapareceram na década de 1990. O Chile era governado por Augusto Pinochet; o Brasil esteve sob um regime militar até 1985; e o Paraguai teve uma ditadura até 1989.

A frustração de amplas camadas sociais e a falta de perspectiva ou de projetos alternativos têm gerado situações de apatia social que estimulam a descrença no aparentemente único ganho político dos anos de 1980, que foi a consolidação democrática. No plano político, derrubadas as ditaduras e em meio à crise, a América Latina inicia a construção de um espaço democrático favorável à intensificação da luta pela integração econômica e pela retomada do desenvolvimento independente da região.

Ao final do século XX e no raiar do século XXI, os regimes militares latino-americanos, fruto da chamada política de segurança nacional, cederam lugar (no Brasil, Chile, Uruguai, Argentina e na esmagadora maioria dos países da América Latina) às democracias que, com maior ou menor intensidade, esforçam-se para vencer aquele que é, historicamente, o maior desafio do continente: unir num mesmo molde de liberdade uma democracia política sólida com uma democracia social consistente. Poucos dos fenômenos ocorridos na região na última década foi previsto, e os acontecimentos superaram a capacidade de imaginação dos analistas, dos intelectuais e dos meios de comunicação.

Certamente os movimentos políticos representados pelas velhas esquerdas, pelas ditaduras ou pelos populismos não constituem fatos nem conformam bases suficientes para tornar possível o reconhecimento e a identificação do que está ocorrendo hodiernamente na região.

Não se pode tentar explicar essas tendências políticas, sem levar em conta as particularidades nacionais e as especificidades conjunturais, e sem reconhecer a profunda insatisfação com a ordem política e econômica vigente sentida por boa parte da população do continente, uma das regiões mais desiguais do mundo. É evidente que não se podem negar também as ambiguidades e as incertezas que rondam essas experiências.

Trata-se de um mosaico de respostas específicas a estruturas políticas desgastadas, a cada vez mais altos níveis de desigualdade e exclusão social, mas também a um cada vez maior grau de consolidação democrática e de participação política de movimentos sociais que representam etnias e grupos sociais excluídos do poder por séculos.

3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL: A JURISDIÇÃO NA PÓS-MODERNIDADE / MODERNIDADE LÍQUIDA

Conforme se verificou, diante de toda discussão internacional acerca dos Direitos Humanos proclamados pela Assembleia da ONU, em 1948, efervescida no período pós-guerra, o Estado Brasileiro habitava o século XX ainda com um modelo político ditatorial, vinculado ao Exército e às forças armadas. É na década de oitenta do século XX que começa uma série de movimentos sociais na América Latina buscando a democratização do Poder e a implementação do Estado Democrático de Direito. É o que ensina Florival Caceres⁶⁵: “Na década de 1980, começou a queda das ditaduras militares latino-americanas”.

É nesse paradigma que é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São muitos os Direitos Fundamentais assegurados no referido marco constitucional, comportando Direitos difusos, coletivos, individuais e transindividuais, como: a liberdade de associação, a propriedade privada, a legalidade, a igualdade perante a lei, a inviolabilidade da propriedade privada, a liberdade de consciência, entre outras. Nesse sentido, cumpre ressaltar o destaque de André Leonardo Copetti dos Santos⁶⁶, que entende:

Diferentemente de outras Constituições brasileiras que se revestiram de um caráter altamente autoritário, o texto de 1988 contemplou como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo jurídico.

Quer-se, aqui, que a Constituição seja uma ordem jurídica a ser aplicada à sociedade, mas que seja fundada em princípios, em uma democracia participativa e garantista de direitos e que o Estado reafirme o seu papel de

⁶⁵ CÁCERES, Florival. *História geral*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1999. p. 185.

⁶⁶ SANTOS, André Leonardo Copetti dos. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78.

proteger e garantir direitos sociais e manter o equilíbrio do exercício dos poderes. Para Canotilho⁶⁷:

Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado

Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.

A Constituição de 1988 estabelece formalmente o Estado Democrático de Direito brasileiro. É nesse paradigma que teóricos como Jaques Chevallier⁶⁸ destacam observação sobre algumas alterações na própria perspectiva do papel do Estado. Segundo ele:

A interpretação mais radical é a de ver estas transformações como indício, ou signo precursor do fim do Estado enquanto forma de organização política. [...] o Estado teria entrado, a partir de agora, numa fase irreversível de decadência. A globalização, cada vez mais intensa, desencadeou o 'esvaziamento' de um 'Estado que se tornou oco' (*hollow state*) pelo fato de ter perdido suas funções essenciais.⁶⁹

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 92-93.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 524-526.

⁶⁹ Contudo, Chevallier não se filia completamente a esta interpretação. Para ele: "Sem dúvida com a globalização o Estado perdeu alguns de seus atributos; isso não significa, no entanto, que tenha se tornado ultrapassado como forma de organização política, a perspectiva de um mundo sem soberania, um simples mito" (CHEVALLIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Título Original: L'État post-moderne). p. 12).

É justamente esse “choque” entre um Estado Democrático de Direito brasileiro proclamado ao fim do século XX e a nova dimensão do próprio Estado na ordem internacional, a partir de uma globalização econômica e social cada vez mais potencializada, que trazem profundos reflexos à Jurisdição. Então surge um aparente paradoxo entre o aparecimento de um Estado e um paradigma internacional de fragilização do próprio ente estatal⁷⁰. Portanto, deve-se observar a Constituição do Estado Democrático de Direito brasileiro, a partir do marco constitucional de 1988, quando é identificado um fenômeno denominado por Jaques Chevallier como Pós-Modernidade.

Com certo descompasso em relação à Europa devido, obviamente, às diferenças históricas de civilização e grau de desenvolvimento, o Processo Civil brasileiro tem incorporado no respectivo ordenamento jurídico as grandes ideias florescidas no Velho Mundo. No Império e nas quatro primeiras décadas da República, nosso Processo permaneceu atrelado às tradições do praxismo lusitano. Dominava todo o sistema um Processo escrito e submetido a excessivo formalismo, sujeito, portanto, ao risco de nulidades abundantes, de exceções numerosas e uma quantidade de recursos injustificável.

Por outro lado, o Estado brasileiro é uma República constitucionalmente nova, pois ainda busca uma afirmação de suas instituições e de suas práticas jurídicas. Todavia suas bases são extremamente frutíferas e com largo apreço pelos direitos humanos no âmbito interno e internacional, o que, de certa feita, corrobora esse Estado Democrático de Direito em constante construção.

A Constituição Federal de 1988, marco dessa reformulação do Estado, trouxe profundas mudanças no seu arcabouço, privilegiando diversas dimensões de direitos, em especial os Direitos Fundamentais individuais. É notório que um Estado Constitucional novo como o Brasil, ainda necessita de discussões

⁷⁰ Chevallier destaca que: “Mais precisamente, ainda que os fenômenos não estejam ligados por um vínculo de causalidade, mas sim de concomitância, a dinâmica pós-moderna que sacode as sociedades contemporâneas atravessa simultaneamente, e como um mesmo movimento, tanto o Direito como o Estado: paralelamente ao direito clássico, ligado à construção do Estado e característico das sociedades modernas, assiste-se à emergência progressiva de um novo Direito, reflexo da Pós-Modernidade” (CHEVALLIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Título Original: L'État post-moderne.) p. 115).

aprofundadas em certas searas, *exempli gratia* a aparente colisão de direitos e princípios que transcorrem o texto jurídico maior.

Nos dias atuais, erigem problemas da sociedade que tornam as pessoas fragilizadas e altamente permissivas quanto às condutas frente ao Estado, pois os medos modernos permeiam suas relações sociais. É indispensável compreender os passos desse fenômeno e suas consequências. A nova ordem constitucional erigida pela Constituição Federal de 1988 estabeleceu o Estado Democrático de Direito no Brasil, consagrando, em seu art. 1.º, princípios fundamentais como soberania, cidadania, dignidade à pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Para o Estado ser considerado Democrático de Direito, é imprescindível, primeiramente, que todo Poder emane do povo, bem como, que a proteção e a garantia dos Direitos Fundamentais sejam uma questão primordial, como meio de proteção e respeito aos cidadãos. A Carta de 1988 mantém como pressuposto fundamental, o respeito aos direitos e garantias individuais, afiançando, em seu artigo 5.º, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Nota-se que o Estado Democrático de Direito está calcado nos referidos princípios, em objetivos, direitos e garantias individuais inerentes à pessoa humana.

A garantia de acesso à Justiça e a instrumentalidade e efetividade da tutela jurisdicional passaram a ocupar a atenção da ciência processual, com preferência sobre as grandes categorias que haviam servido de alicerce à implantação do Direito Processual como ramo independente do direito material, integrado solidamente ao direito público.

Foi nesse “novo relacionamento” com o Direito Constitucional que o Processo mais se distinguiu em seu eminente caráter publicístico. Mas não foi somente na publicização que se notabilizou o Processo moderno. Além de ter sido, desde logo, reconhecido como instrumento de atuação de soberania estatal, aos poucos o caráter mais marcante do instituto foi se deslocando para a sua qualidade cívica, até que a generalidade das Constituições democráticas passasse a incluir o devido Processo legal como um dos Direitos Fundamentais assegurados aos cidadãos. Mais do que um meio de atuação da soberania do

Estado, o Processo assumiu a categoria de garantia de acesso do cidadão à tutela jurídica declarada e assegurada pelas Constituições.

Observando a digressão do Estado e dos Direitos Fundamentais, desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito brasileiro promulgado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é que se demonstrará o paradigma vivido pela Jurisdição brasileira nesse início de século XXI, em que as metas de produtividade do Conselho Nacional de Justiça estabelecem a celeridade processual como vetor da Jurisdição. O Estado democrático de Direito brasileiro surge, assim, no ceio da Pós-modernidade.

3.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988 E A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

O Estado Democrático de Direito é o atual sistema político-constitucional brasileiro, consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo primeiro⁷¹. Uma das grandes virtudes atribuídas à Constituição de 1988 foi a de instituir o Estado Democrático em nosso país, assegurando direitos e garantias individuais, coletivos, sociais e políticos, entre outros valores que, de certa forma, mostravam-se inéditos sob o ponto de vista de obrigação e responsabilização do Estado. Nesse sentido, os Direitos Fundamentais, além de referirem-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informar a ideologia política de cada ordenamento jurídico, são reservados para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e

⁷¹ Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2013. *on-line*.).

instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. De modo geral, as questões de ordem internacional sobre os direitos humanos têm sua origem no final da Segunda Guerra Mundial, quando foi percebido que os Direitos Humanos não são propriedade de um único Estado, mas, sim, de toda a humanidade. O acontecimento da Segunda Guerra Mundial colocou os direitos humanos como um novo ordenamento axiológico mundial.

A Constituição da República Federativa do Brasil recepcionou um alto número desses Direitos Fundamentais. O Brasil inseria-se assim no rol dos países Democráticos de Direito, um Estado Constitucional. Basta ressaltar as inúmeras previsões de atuação do Estado brasileiro na defesa do Consumidor, da Criança e do Adolescente, do Idoso e em outras diversas esferas de atuação como meio ambiente a previdência. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito:

Ultrapassou as formulações do Estado Liberal de Direito, como também o Estado Social de Direito vinculado ao *Welfare state* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e a atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é o plus normativo em relação às formulações anteriores.⁷²

O Estado Brasileiro ingressa no século XXI como uma das maiores democracias formais do mundo. O Artigo 5.^{o73} do ordenamento constitucional

⁷² STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 99.

⁷³ Art. 5.^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

consagra uma diversidade de Direitos Fundamentais de ideário liberal iluminista. Representam normas de legitimidade desse Estado, tendo validade até mesmo contra ele, desde que revestidos sob a forma de direitos constitucionais por ele reconhecidos. A nossa Constituição expressamente assume os direitos provenientes dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil se obriga.

Os Direitos Fundamentais, consagrados pelo tratado de Direitos Humanos de 1948, insculpem o texto Constitucional de 1988. Em um sistema internacional econômico cada vez mais neoliberal e globalizado⁷⁴, surge um Estado latino-americano com pretensões imensas. O Artigo 7.^{o75} do texto Constitucional abarcou Direitos provenientes das revoluções sociais da classe trabalhadora. Assim, pode ver-se que o Estado Democrático de Direito é o Estado que veio com a Constituição Federal de 1988, para tentar tornar a sociedade brasileira o mais organizada possível, subordinando os cidadãos a essa

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] (BRASIL, 1998, op. cit. p. *on-line*).

⁷⁴ E, nas palavras do Paulo Bonavides: “A globalização política neoliberal, caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do ‘status quo’ de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente” (BONAVIDES, 1999, op. cit., p. 257).

⁷⁵ Art. 7.^o São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XIX - licença - paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...] (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2013. *on-line*).

Constituição e fazendo dela um meio para tentar alcançar a igualdade e a organização dentro da sociedade.

Esse Estado Democrático de Direito é caracterizado pela democracia em que o cidadão é o legítimo titular do poder embora o exerça por representantes, é o que se pode ver a seguir. O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no *caput* do artigo, adotou igualmente o parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.⁷⁶

A teorização do Estado Democrático de Direito parte de duas ideias básicas, o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território ou pertence ao Estado.

O Estado constitucional molda-se pelos conceitos de direito fundamental, democracia, Estado de direito, primazia do direito e distribuição de competências e poderes do Estado, formulando sua imagem integral. Com o intuito de tornar mais efetiva a proteção judicial dos direitos individuais e coletivos, cada vez mais vem-se acentuando no Estado Democrático de Direito dos dias de hoje, a positivação dos direitos e garantias fundamentais nos textos constitucionais. O direito é influenciado constantemente por esses preceitos constitucionais, uma vez que a dignidade da pessoa humana corresponde à aspiração maior da sua existência. O compromisso ideológico e doutrinário desses Direitos Fundamentais que serve de pilar básico ao Estado Democrático de Direito, aparece logo a partir do preâmbulo da nossa Constituição de 1988⁷⁷:

[...] para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a

⁷⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2013. *on-line*

⁷⁷ BRASIL, 1988, op. cit., *on-line*.

justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].

Em que pese a ausência de força normativa do preâmbulo de nossa Constituição, certo é que a ciência do Direito, em especial, o Direito Processual Civil, tem sofrido profunda influência dos preceitos constitucionais. Desse vínculo entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil nasce para o cidadão uma série de garantias inerentes ao Estado democrático – um amplo Processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.

Então, considerando que a Carta Magna precedeu de um período marcado por forte dose de autoritarismo atribuiu-se importância aos Direitos Fundamentais. Essa relevância, somada ao reforço de seu regime jurídico e até mesmo à configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e, até mesmo, de aniquilação das liberdades fundamentais.

Em razão disso, a norma insculpida no art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, conferiu aplicação imediata às normas reguladoras dos direitos e garantias fundamentais, entre elas, a garantia do acesso à justiça, aos princípios da efetividade, da duração razoável do Processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Se não bastasse, para garantir a aplicabilidade dos direitos e garantias individuais, o Constituinte incluiu-os no rol das cláusulas pétreas, previsto no art. 60, § 4.º, da Constituição Federal, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos Direitos Fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado. Desse modo, para que o Processo cumpra seu papel, é indispensável que a norma constitucional disponha de permissivos que outorguem ao cidadão efetividade às suas garantias que deverão ter como ponto de partida os princípios processuais constitucionais. Porém, a incidência destes não se encontra adstrita àqueles positivados pelo ordenamento jurídico.

A intenção do legislador constituinte (*mens legislatoris*), ao cunhar a expressão “Estado Democrático de Direito”, no primeiro artigo de nossa Carta política, foi evidenciar que se pretende um país governado e administrado por

poderes legitimados, submissos à lei e obedientes aos princípios democráticos fundamentais. Essa denominação do princípio da legalidade em sentido genérico é um dos objetivos fundamentais de nossa Constituição. Apesar dessa classificação, não é fácil de alcançar o nível de entendimento do povo brasileiro sobre o Processo de legitimação de poder. Têm-se todos os dispositivos necessários (mecanismos de participação popular) para realizá-la, como o direito ao sufrágio, conforme disposto no art. 14 da Constituição Federal, mas a vontade popular nem sempre é acatada pelos representantes eleitos. Há, pois, uma lacuna na classificação de Estado Democrático de Direito.

Podemos dizer que a intenção do legislador, ao elaborar a Constituição Federal, foi a de procurar estender os direitos a todos os cidadãos brasileiros sem nenhuma distinção. Assim, no artigo 14, incisos I, alínea III, verifica-se a presença dos mecanismos de participação popular nas decisões políticas: pela democracia semidireta, pelo sufrágio universal, pelo plebiscito, pelo referendo e pela iniciativa popular – eleição dos seus representantes na Assembleia Nacional Constituinte – ou pela democracia representativa – e pelo mandato político. Não sendo o poder social exercido a favor do povo por desconhecimento dos instrumentos de participação popular garantidos em lei, haverá sérias consequências sociais tais como fome, miséria, entre outros do mesmo gênero. O povo brasileiro, em relação à formação política, aprendeu que o voto é uma obrigação do cidadão, quando deveria ser uma afirmação de sua vontade, para atingir o bem comum.

O Estado Democrático de Direito apresenta-se como a consolidação dos Direitos Fundamentais como elementos axiológicos do sistema jurídico. A Democracia está no âmago da garantia desses Direitos. Os institutos jurídicos passam a ser permeados pelo novo paradigma instituído por esse novo modelo de Estado. A Jurisdição constitucional assume papel fundamental na garantia de Direitos em face do Poder Estatal. A identificação dessa evolução e desses movimentos de fundação desse modelo de Estado traz em si as mutações sofridas pela Jurisdição.

Isso demonstra a importância que os Direitos Fundamentais assumem, ao criar pressupostos básicos para uma vida em liberdade e para a dignidade humana, evoluindo de um sentido puramente abstrato e metafísico da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, a partir da Declaração Universal dos Direitos do

Homem de 1948, para uma nova universalidade dos Direitos Fundamentais. A Constituição de 1988 trouxe à população brasileira a esperança de um Estado disposto a tutelar uma infinidade de interesses e garantias. E é justamente essa a identificação necessária para compreender-se o paradigma vivido atualmente pelo Poder Judiciário brasileiro.

3.2 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Após a demonstração das crises institucional e social vivenciada dentro do próprio Estado, a Jurisdição Constitucional transcende realmente a partir de 1989, fazendo assim renascer o Poder Judiciário, que se arraigou mais do que adequadamente ao modelo de Estado Democrático de Direito, legitimada democraticamente por suas Constituições Democráticas. Essa legitimação é reconhecida também no que diz respeito à proteção das minorias frente às majorias, distinguida também a legitimidade quanto à neutralidade. É de atual importância salientar o que se diz da legitimidade material em relação ao exercício jurisdicional.

Pela engenhosidade fundante do Estado Liberal de Direito quanto à complexidade dos funcionamentos políticos, estes vêm persistir até mesmo com o Estado Democrático de Direito. Todavia, evoluído pelas crises institucionais e sociais, e erigido pelas exigências de legitimidade democrática, o ora modelo de Estado encontra em sua Jurisdição Constitucional por meio de suas decisões “[...] a possibilidade de exercerem o seu julgamento acerca dos valores essenciais da democracia no Estado bruto: a liberdade, o erro, a sanção.”⁷⁸ A Jurisdição Constitucional, dotada de legitimidade neutral no que se refere aos demais poderes politicamente institucionalizados (Poder Executivo e o Legislativo), visto também como poder ativo, surge com importante papel moderador, freando e detendo as intenções despóticas, infundadas e incabíveis dos demais poderes. É de suma importância que venha a resolver os conflitos políticos entre os poderes, e entre os poderes e a sociedade. Arzuaga corrobora, ensinando que:

⁷⁸ GARAPON, Antonie. *O Guardador das promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 281.

“O efeito da declaração de inconstitucionalidade importa ‘deter ou frear’ a vontade de outro poder” de modo que o exercício da Jurisdição constitucional implica um “poder ativo na distribuição e equilíbrio dos Poderes”.⁷⁹

A independência e a autonomia em sentido forte constituem atributos próprios do poder do juiz, entendidos como estrutura e, assim, qualificações da magistratura como instituição. Todavia, tais atributos também representam indiretamente condições para garantir a imparcialidade do realizado pelo juiz individualmente e, assim, para o exercício do seu poder entendido como função. O modo pelo qual obra concretamente o princípio da independência e da autonomia depende, pois, em grande medida do concreto funcionamento dos órgãos de garantia do judiciário, instituídos nos Estados singularmente considerados. O fato que não se encontre sobre o ponto uma completa correspondência contribui, talvez, para explicar por que o “renascimento” do poder judiciário não assuma, em todos os lugares idêntico significado.⁸⁰

É de se concluir que, diante de todas estas transformações, diante da crise Estatal, e especialmente diante das sociedades democráticas em que o Processo legislativo tornou-se particularmente lento, obstruído e pesado forçando, por consequência, o aumento do grau de criatividade judiciária, “A verdade é que a situação atual termina por colocar em discussão os próprios pressupostos da Jurisdição, que concernem à formação do Estado moderno e, por via consequência, à própria organização dos poderes e da relação entre os poderes”.⁸¹ Com essa, intensa alteração, passou-se para os juízes uma grande responsabilidade, em especial por meio da Jurisdição Constitucional, que detém o Controle de Constitucionalidade das Leis e dos atos da administração, tornando-se assim um “terceiro poder”. Nesse sentido Mauro Cappelletti⁸² ressalta que:

⁷⁹ Num cenário de conflitos políticos entre poderes, a Jurisdição constitucional possui um importante papel moderador. Consoante afirma Arzuaga, “*el efecto de la declaración de inconstitucionalidad importa ‘detener o frenar’ La voluntad del otro Poder*”, de modo que o exercício da Jurisdição constitucional implica um “*poder activo en la distribución y equilibrio de los Poderes*”. Existe, todavia, controvérsia em relação ao modo como se deve exercer tal Jurisdição, cumprindo aqui destacar duas formas de exercício: (a) pelo Poder Judiciário, (b) por um Tribunal ou Corte Constitucional. (ARZUAGA, Carlos I. Salvadores. *Los controles institucionales en La Constitución Argentina (1853-1994)*. Buenos Aires: La Ley, 1999, p. 111).

⁸⁰ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Forense, 2000. p. 27-28.

⁸¹ PICARDI, op. cit., p. 29.

⁸² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 46.

Pelo fato de que o “terceiro poder” não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. Como demonstrou a evolução de número crescente de países, no Estado Moderno o legislador-gigante não poderia mais, sem gravíssimos perigos, ser subtraído a controle. [...] E um aspecto dessas novas responsabilidades, talvez ainda mais incisivo e frequentemente anterior, foi o crescimento sem precedentes da justiça administrativa, vale dizer (mais precisamente), do controle judiciário da atividade do exercício e de seus derivados.

Cabe delinear que, com o modelo de Estado Democrático de Direito nas suas Constituições Contemporâneas, o controle de legitimidade Jurisdicional desenvolve-se de um ambiente político devido a sua expansão que, por estes motivos, viabilizou sua participação em processos decisórios. Preleciona Ernani Rodrigues de Carvalho que com:

A expansão do poder judicial é um fenômeno que tomou conta do final do século passado. A grande maioria dos países ocidentais democráticos adotou o Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes. [...] Essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios.⁸³

A ideologia que se forma com a renovada “divisão dos poderes” ocorre na evolução que a Jurisdição constitucional sofre como poder estatal instituído pelas constituições. Antes, detentora somente do *poder simbólico*, tem na atualidade amplos poderes incididos pela nova nomenclatura. A Constitucional detém em sua gramática normativa enunciados abertos e indeterminados em que os princípios dão abertura axiológica e substancialista. Além disso, constitucionalizou ideologicamente a própria concepção de justiça.

Sua legitimação democrática deu-se com o advento do Estado Democrático de Direito, renascendo o Poder Judiciário na Jurisdição Constitucional, frente a uma nova gramática social e institucional. É social, pois a

⁸³ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, 2004. p. 115.

Constituição legitima a proteção dos Direitos Fundamentais, tornando-se o Judiciário o salvaguarda deles. Além disso, dá-se a tutela de direitos e liberdades frente aos demais órgãos estatais que, desta feita, torna-se um elemento essencial. Portanto, passa a ser poder instituído de efetivação, realização, concretização e de realização das promessas Constitucionais. Isso, sim, é o governo dos juízes que buscam a preservação da ordem democrática. Jayme Gonzaga corrobora afirmando que:

A Jurisdição Constitucional apresenta-se como elemento essencial do Estado Democrático de Direito, por ter como fundamentação precípua garantir a Constituição através da realização e concretização do Direito Constitucional. Sua função é essencial na defesa dos direitos e liberdades fundamentais, bem como na preservação da ordem jurídica democrática.⁸⁴

Essa renovada Jurisdição Constitucional, além de ser importante para o controle e a limitação dos demais poderes, dada essa nova gramática Constitucional também se legitima pela nova gramática social, tendo-a como elemento de sua própria existência, “[...] os problemas mais fundamentais, os conflitos mais profundos entre o indivíduo e a sociedade sejam expostos e debatidos como questões de princípios, e não definitivamente resolvidos na arena das disputas de poder”.⁸⁵

Há de salientar-se que há uma elevada aceleração e expansão judicial, que passa a explodir diante dos anseios da sociedade democrática contemporânea, pela abertura do seu acesso gratuito à justiça para todos, conforme estabelecido nas Constituições. Nessa senda, a legitimidade democrática jurisdicional ocorre pela legitimidade de seu exercício.

Ante os problemas fundamentais e os conflitos mais profundos entre o indivíduo e a sociedade, o Processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos de atividade pública. Será por ele que a democracia perpassará o “sentimento de participação”, socialmente se desencadeando pela

⁸⁴ JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 25.

⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2004. p. 93.

“[...] direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamento direto de serem ouvidas⁸⁶”.

Com a supremacia da Constituição, busca-se a sua efetivação pelos procedimentos jurisdicionais e não mais pelos políticos, tendo o “[...] progreso del Estado de derecho es entonces simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción⁸⁷”. Nesse sentido, Luca Mezzetti⁸⁸ aponta que:

Secondo tale posizione dottrinale, l'organo di giustizia costituzionale è chiamato a svolgere una funzione di stabilizzazione della Costituzione, agevola contestualmente un mutamento sociale controllato (funzione evolutiva), fungendo anche da valvola capace di prevenire (od ovviare a) fenomeni di ristagnamento delle forze politiche e sociali (funzione-valvola).

In quanto organo di controllo competente a verificare che il processo di formazione della volontà politica si svolga all'interno dell'alveo e dei limiti ad esso assegnati, il Tribunale costituzionale federale corregge in modo vincolante comportamenti contrastante con la Costituzione (funzione di controllo). Il componimento dei conflitti realizzato dall'organo di giustizia costituzionale contribuisce alla formazione della pace sociale e risolve conflitti politici e sociali mediante una procedura di tipo giurisdizionale (funzione di pacificazione). L'attuazione dei diritti fondamentali promuove un'attivazione della libertà (funzione educativa) e la conservazione del carattere aperto del processo politico, in particolare attraverso la protezione delle minoranze, consente di superare crisi di legittimazione del sistema politico, portando alla realizzazione della democrazia (funzione di integrazione). Accanto a posizioni dottrinali, quale quella ora esaminata, tendenti a conferire una pluralità di compiti e funzioni alla giustizia costituzionale, altre hanno inteso individuarne finalità più specifiche e mirate.

Conclui-se que o direito, frente a essa nova textura Jurisdicional, assume “[...] a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas.

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 100-101.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado del derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (Orgs.). *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 88.

⁸⁸ MEZZETTI, Luca. Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale. Chile, Talca, *Estudios Constitucionales*, a. 8, n. 1, 2010. p. 322-323.

A justiça toma-se um espaço de exigibilidade da democracia.”⁸⁹, que, sobretudo, sendo um espaço de exigibilidade democrática, versa de modo a conservar a coexistência de forças políticas diferentes. Portanto, a conservação e a reinvidicação dessas políticas tornam-se a própria eficácia do órgão jurisdicional. Nesse sentido, Konrad Hesse⁹⁰ confirma que:

A Jurisdição constitucional contribui para a conservação da coexistência de forças políticas diferentes, aproximadamente equilibradas, pela sua atividade que pressupõe a ordem constitucional da Lei Fundamental e que, simultaneamente, é condição fundamental de sua própria eficácia; e a Constituição escrita ganha na vida da coletividade um significado muito superior do que em uma ordem sem Jurisdição constitucional – o papel que a Constituição, nomeadamente em seus Direitos Fundamentais, desempenha na vida da República Federal assenta-se, não em último lugar, nisto, que a questão da observância das vinculações jurídico-constitucionais sempre pode ser feita acessível à decisão do Tribunal Constitucional Federal.

Em vista da importância e das respostas positivas dadas pela Jurisdição Constitucional para a sociedade e para os demais entes institucionais, até mesmo a França rende-se a sua atual conjectura de cunho democrático, pois foi país mais “[...] avesso ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, o Conselho Constitucional originariamente criado para impedir o parlamento de invadir a esfera de poder reconhecido ao governo,”⁹¹ que embora foi criado em 1958, tendo como sentido originário de “[...] manter o poder legislativo do parlamento dentro das apertadas baias que a Constituição lhe estabeleceu, garantindo assim a autonomia materialmente legislativa reconhecida ao governo á título de poder regularmente independente.”⁹² Antes disso, a França detinha um Conselho de Estado dotado de Jurisdição administrativa.⁹³

⁸⁹ GARAPON, Antonie. *O Guardador das promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 46.

⁹⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 419-420.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 100.

⁹² MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional e princípio majoritário. In: BRITO, José de Sousa; SANCHES, Sydy;

A Jurisdição constitucional é “[...] considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de Direito Democrático,”⁹⁴ inclusive na França com a reforma da constitucional de 2008. Sai assim da concepção clássica da “separação dos poderes” que tinha sido imposta pelo seu pacto constitucional de 1958, pois o Conselho Constitucional ganha um novo papel, tornando-se o guardião da Constituição. Nessa senda: *“La riforma costituzionale francese del luglio 2008 ha aggiunto un importante tassello al fenomeno della espansione della giustizia costituzionale che ha caratterizzato il XX secolo e che non sembra conoscere battute d’arresto”*⁹⁵. A expansão da Jurisdição Constitucional segue o movimento democrático, e introduz-se rapidamente nos ordenamentos jurídicos com essa nova concepção de poder ativo por meio das Constituições, como explicita Tania Groppi⁹⁶:

Se da un lato tale fenomeno va di pari passo con la democratizzazione, dall’altro però si assiste alla nascita o al potenziamento della giustizia costituzionale anche in ordinamenti già democratici (come, ad esempio, la Francia, il Belgio, il Lussemburgo, la Svezia, la Finlandia), secondo una linea di sviluppo che può essere ricondotta entro il più generale tema della circolazione dei modelli: è acquisizione ormai compiuta che occorra dar vita a forme di difesa giurisdizionale della Costituzione, in modo che nessun tipo di atto (neppure la legge del parlamento) e nessun comportamento politico sia sprovvisto di un proprio giudice. Esiste, in altri termini, un modello di democrazia costituzionale che comprende tra i suoi elementi necessari la

STARK, Christian *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 177-178; p. 177; p. 185-186.

⁹³ “[...] en Francia se estableció una jurisdicción administrativa encomendada al Consejo de Estado dentro de la esfera formal de Ejecutivo, primero como órgano de jurisdicción retenida, es decir, que sus decisiones estaban sometidas a la aprobación de las autoridades administrativas de la mayor jerarquía, pero a partir de la ley de 24 de mayo de 1872, adquirió el carácter del jurisdicción delegada, o sea, que resolvía de manera autónoma, pero a nombre de la administración. Lo cierto es que en la realidad, el Consejo de Estado no obstante su encuadramiento formal adquirió de manera paulatina una gran independencia, aun cuando en un principio no podía conocer de los citados actos de gobierno, ni tampoco aquellos considerados de carácter discrecional” (FÍX-ZAMUDIO, Héctor. *La Legitimación democrática del Juez Constitucional*. In: FERRER MAC-GRECOS, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (Coords.). *El juez constitucional: en el siglo XXI*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. t. I. p. 143-144).

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 100.

⁹⁵ GROPPI, Tania. *Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l’Italia?* *Rassegna Parlamentare*. v. 52, fascicolo 1, 2010. p. 37.

⁹⁶ *Id.*, p. 38.

giustizia costituzionale, e che rappresenta un punto verso il quale tendere non solo per le «nuove democrazie», ma anche per le democrazie consolidate.

A Jurisdição constitucional vista como o Processo jurisdicional é o mais participatório de todos os processos de atividade pública, percebido como um conjunto de procedimentos de caráter processual que, por meio de suas decisões, deve interpretar hermeneuticamente as Constituições, ou melhor, deve interpretá-las em conformidade com o poderio normativo da Constituição, haja vista que toda “[...] Constituição tem, por sua natureza mesma, um alto teor de politicidade, superior ao de juridicidade.”⁹⁷ Dessa forma, “[...] a Jurisdição constitucional está vinculada ao poder que têm os juízes de controlar e interpretar a supremacia da Constituição nacional, qualquer que seja a instância ou foro que pertence.”⁹⁸ Nesse sentido, Fernando Gonzaga Jayme explica que:

A Justiça Constitucional é vista como conjunto de procedimentos de caráter processual, por meio dos quais determina-se (*sic*) aos órgãos do Estado o cumprimento dos mandamentos jurídicos supremos. [...] A Jurisdição constitucional está vinculada ao poder que têm os juízes de controlar e interpretar a supremacia da Constituição nacional, qualquer que seja a instância ou foro que pertence.⁹⁹

Muito mais que a supremacia da Constituição, a justiça constitucional passa a ser a guardiã das promessas constitucionais, mas, com a aplicação da hermenêutica e da interpretação constitucional, ela passa a ser vista mais que uma guardiã, mas, sim, como o “senhor do direito”, pois, deve-se render ao direito e garantir a coerência do ordenamento jurídico por meio de suas decisões. Luca Mezzetti¹⁰⁰ refere que:

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 7, 2003. p. 100.

⁹⁸ JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.8.

⁹⁹ Id. *ibid.*

¹⁰⁰ MEZZETTI, Luca. Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale. Chile, Talca, *Estudios Constitucionales*, a. 8, n. 1, 2010. p. 328.

Strumento finalizzato a rendere chiaro il diritto, a garantire la coerenza dell'ordinamento e ad individuare il surplus di diritto (realizzandolo nelle proprie decisioni) esistente rispetto alle statuizioni positive del potere statale, un diritto non coincidente con l'insieme delle leggi scritte che ha la sua fonte nell'ordinamento giuridico costituzionale inteso come totalità e che può fungere da correttivo della legge scritta.

Quanto à legitimidade de que é dotada a Justiça Constitucional na tomada de decisões que adentram a esfera política, o órgão deve, sim, respeitar a Supremacia Constitucional. Dessa forma, passa-se a prover a democracia e a proteção dos Direitos Fundamentais, pilares principais das Constituições Contemporâneas, que passam a antecipar o círculo hermenêutico para resguardar o que lhes é tutelado. Ainda a senda hermenêutica do existir deste modelo de Estado, a espiral hermenêutica passa a ser considerada uma possibilidade de agir legítimo jurisdicional. Lenio Luiz Streck elucida a questão, dizendo que:

É nesse contexto que se assenta a legitimidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, não somente na especificidade própria dos tribunais *ad hoc*, mas nas existencialidade dos pilares que fundamentam essa mesma noção. Enquanto existencial. O Estado Democrático de Direito fundamentada, antecipadamente (círculo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais e democracia) desse modelo de Estado de Direito. O caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada até mesmo – no limite – para viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão e repetidamente, constituir-se tal instância – a justiça constitucional – como remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra maiorias.

Por isso, quando perguntamos pela legitimidade desse agir da justiça constitucional, a resposta já encontrou guarida no caráter existencial do Estado Democrático de Direito, fulcrado no modo-de-ser próprio das democracias engendradas pela tradição segundo pós-guerra.¹⁰¹

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 106.

Chega-se à conclusão de que o Estado Democrático de Direito encontra acolhimento existencial dentro de um corpo hermenêutico estrutural que passa a dar condições de agir legitimamente, cabendo ao Poder Judiciário fazer com que se opere a Justiça Constitucional, agasalhando os fundamentos desse modelo de Estado de Direito, fazendo-se cumprir políticas públicas, não realizadas pelos demais poderes estatais.

3.2.1 A Legitimação Democrática da Jurisdição Constitucional do Estado Democrático de Direito Brasileiro

Desde já se devem demonstrar os pontos fulcrais da legitimação democrática da Jurisdição Constitucional frente ao Estado Democrático de Direito e aos demais poderes estatais. A legitimidade constitui-se pela soberania popular esculpida nas constituições modernas. Além disso, legitima-se pela minoria frente às maiorias, necessitando de maior proteção no que se refere à busca da efetivação de Direitos Fundamentais. Nesse sentido, vai o ensinamento de Luis Fernando Linzán¹⁰²:

Cuando se habla de legitimidad, se piensa en la aceptación de las decisiones del poder y del alcance de las instituciones políticas y sociales; se habla sobre la correspondencia de estas decisiones con la realidad social imperante; y, se piensa sobre el referente mismo de lo que se considera válido socialmente. Pero esta legitimidad que entendemos supera a la mera legalidad – teóricamente insuficiente. Esto ya no está en discusión –, sigue siendo en la teoría de la política y del derecho tradicionales un espacio institucional (reglas y procedimientos), de conformación de la decisión de las/os actores/as políticas/os, – para el caso, las/os servidoras/es judiciales del sector justicia (agencia política) –, o de la verificación de un problema estructural que se evidencia como contradictorio socialmente (cibajes).

¹⁰² LINZÁN, Luis Fernando Ávila (ed.) *Política, justicia y constitución*. 1. reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Crítica y Derecho, 2). p. 25.

A legitimação social¹⁰³ da Jurisdição constitucional, tanto no modelo de sistema jurídico *common law*, quanto no romano-germânico (*civil law*), legitima-se como poder frente à soberania estatal que, por um poder constituinte no pacto constitucional com a “divisão dos poderes dá a legitimidade” das decisões políticas, corrobora que esta é a “[...] *primera fuente de legitimidad de nuestra justicia constitucional, que es sencillamente la consciencia de que existe en cada Estado una norma a la que todos están sometidos, todos los ciudadanos, y también todos los poderes públicos.*”¹⁰⁴ Lucidamente corroborando o exposto, colaciona-se o ensinamento de Ferrer Mac-Grecos e Molina Suárez¹⁰⁵, que:

Si la Constitución es manifestación de la voluntad del Pueblo como Poder Constituyente originario, la misma debe prevalecer sobre la voluntad de los órganos constituidos, por lo que su modificación sólo puede llevarse a cabo conforme se dispone en su propio texto, como expresión-imposición de la voluntad popular producto de ese Poder Constituyente originario.

A sociedade detentora da soberania popular dimensionada nos textos constitucionais obedece na realidade ao princípio da maioria. A Constituição de cunho democrático realiza-se “[...] na história de uma determinada sociedade o princípio democrático. Ela só é democrática na medida em que é o resultado da decisão da maioria do povo e as suas normas se podem justificar racionalmente a partir do princípio democrático”.¹⁰⁶ Frise-se que o ora princípio democrático deve

¹⁰³ Toda a legitimidade em matéria constitucional é mais política que jurídica. No entanto — até parece um paradoxo! —, justamente por assentar sobre bases políticas, faz dela a estabilidade do poder e, por consequência, sua solidez, seu reconhecimento social. (BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 7, 2003. p. 85).

¹⁰⁴ VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e o princípio da maioria. In: BRITO, José de Sousa; SANCHES, Sydy; STARK, Christian *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 85-86.

¹⁰⁵ FERRER MAC-GRECOS, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (Coords.). *El juez constitucional: en el siglo XXI*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. t. I. p. 386.

¹⁰⁶ BRITO José de Sousa. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: BRITO, José de Sousa; SANCHES, Sydy; STARK, Christian *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 42-43.

ser visto como “[...] princípio da organização racional da sociedade nesta base”.¹⁰⁷

As decisões da sociedade (calcadas na decisão do princípio da maioria) ou dos órgãos designados por ela tornam-se decisões democráticas “independentemente de seu conteúdo”, portando o seu “caráter democrático” de decisão depende, por um lado, da sua “[...] adoção direta e indireta pela maioria, mas depende também da sua conformidade com as próprias razões do princípio democrático, com a democracia como sistema de princípios. E é isto que nos leva aos direitos do homem.”¹⁰⁸ Nessa senda, os direitos dos homens que se encontram livres e formalmente iguais frente ao individualismo dado pelo Estado Liberal de Direito, passam a deter a soberania estatal, detendo assim “[...] o poder de se dar a sua própria lei, e cujos fins pessoais são os fins últimos de todo o direito.”¹⁰⁹

O Processo das decisões tomadas pelo órgão responsável pela Jurisdição Constitucional provém da e nasce diretamente na “*legitimidad democrática del poder político se referirá a que todo poder que emane del Estado debe ser atribuido o relacionado a esa legitimidad democrática, es decir, bajo la expresión de la soberanía del pueblo.*”¹¹⁰ A perspectiva político-jurídica da soberania popular calcada na democracia como princípio de organização racional do Estado faz emanar a Jurisdição constitucional, como uma construção Constitucional que passa a ser “*la norma que recoge esa voluntad soberana que sea un poder independiente e imparcial el que administre justicia.*”¹¹¹

A democracia constrói-se pelo sufrágio universal, ou seja, o direito ao voto para a escolha dos representantes do povo, mais precisamente para a escolha dos Parlamentares (Poder Legislativo) revestidos da soberania estatal perpassada pelo mandato em branco (mandato popular) que lhes é dado pelo soberano “povo” nas eleições que ocorrem de acordo com cada Estado,

¹⁰⁷ Id. *ibid.*.

¹⁰⁸ Id. *ibid.*.

¹⁰⁹ Id. *ibid.*.

¹¹⁰ BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia: un acercamiento teórico*. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2006. p. 6.

¹¹¹ Id., p. 29.

delimitando-se-as pela Constituição. O “[...] sufrágio universal está, portanto, na origem de toda a decisão democrática, mas ele não assegura o caráter democrático da decisão”¹¹².

Quanto à legitimidade constitucional dada à Jurisdição Constitucional, muitas vezes frente aos Poderes Legislativo e Administrativo, e ainda na busca pela tutela de direitos, clama-se “[...] socorro à justiça para manter a coesão e assegurar o laço com o pacto fundador”¹¹³. A legitimidade da Jurisdição constitucional dá-se na legitimidade da minoria frente à maioria (contra majoritário)¹¹⁴, quando na busca da tutela (efetivação-realização) dos “[...] *derechos fundamentales es una legitimidad de la minoría, la legitimidad de una esfera que se garantiza a todos los ciudadanos, en todo o caso, con independencia de la voluntad de la mayoría*”¹¹⁵.

A interpretação conforme a Constituição é um procedimento operativo de “controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos”, que exige do magistrado, antes que julgue uma lei inconstitucional, a busca por meio interpretativo, pelo seu real sentido, tornando-a compatível com a Lei Fundamental. Celso de Albuquerque Silva¹¹⁶ alude que:

Assentando que a interpretação conforme a Constituição é uma técnica operativa do controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos, a exigir do juiz, antes de proclamar a inconstitucionalidade da lei, uma atitude de busca, via interpretação, de um sentido que torne a norma compatível com a Constituição, parece correto o raciocínio que, com tal técnica, se visa (*sic*) garantir a validade de normas que por outros meios seriam reputadas inconstitucionais. [...] Na dúvida entre vários

¹¹² BRITO José de Sousa. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: BRITO, José de Sousa; SANCHES, Sydy; STARK, Christian *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 42-43.

¹¹³ GARAPON, Antonie. *O Guardador das promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 185.

¹¹⁴ “[...] o princípio maioritário e, em geral, sublinha a importância do processo para a determinação da democracia.” (BRITO José de Sousa. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: BRITO, José de Sousa; SANCHES, Sydy; STARK, Christian *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 42).

¹¹⁵ VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e o princípio da maioria. In: BRITO, José de Sousa; SANCHES, Sydy; STARK, Christian *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 85-86.

¹¹⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 73-74.

sentidos, de presumir-se e mais que isso prestigiar-se, aquele que compatibiliza com o texto básico, pois ela teria sido a intenção do legislador.

Para que a interpretação busque o sentido por meio do círculo hermenêutico fornecido pela Ciência do Direito, e utilize-se das formas que se consubstanciam nos expedientes da real intenção da Constituição, que faz com que o Direito passe a ser algo mais do que dogmática, e deixe de ser a prolixidade que sempre foi mal utilizada, ela coloca para si as coexistências sociais, as inatas do homem e afins, repensando dessa forma o ser e o dever ser. Além disso, o interpretar as normas constitucionais denota “compreender, investigar, renovar o significado e o alcance dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional. É um trabalho de mediação que torna possível concretizar, realizar e aplicar os preceitos de uma Constituição.”¹¹⁷

Vale salientar que a interpretação constitucional é uma operação que deve ser desenvolvida por todos os Órgãos Públicos Constitucionais, “cada um em seu âmbito de atuação, bem como pelos demais agentes operativos da sociedade, enquanto entendamos que a interpretação final é reservada ao Poder Judiciário.”¹¹⁸ Faz-se o fechamento quanto ao Poder Judiciário, diante do princípio do *check and balances*. Cabe a este afastar as normas que sejam inconstitucionais, em que a lei somente pode ser aplicada se a Corte Suprema lhe conferir aceção por meio de métodos de interpretação. Assim colaciona Celso Ribeiro de Bastos¹¹⁹, afirmando que:

Uma interpretação conforme a Constituição, nesse caso, esbarra no princípio da separação dos poderes. Ao Judiciário não cabe colocar as normas em vigor, mas apenas afastar da vigência aquelas que contrariem as normas superiores do ordenamento jurídico. [...] Na interpretação conforme a Constituição, a lei só pode ser constitucionalmente aplicada se o for com a significação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, assumindo grande

¹¹⁷ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 53.

¹¹⁸ SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 70.

¹¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 275 - 276.

relevo à constatação de que esta significação não seria alcançada com a aplicação dos métodos de interpretação convencionais.

Superados os métodos convencionais de interpretação, a interpretação conforme a Constituição consubstancia-se na (nova) hermenêutica jurídica, visto que o círculo hermenêutico assume o caráter de *interpretatio*, cuja etimologia radica da práxis romana. O termo significa mediação entre duas partes por meio da linguagem, comunicação do homem com o homem¹²⁰, e, assim, vê-se que interpretar é compreender temporalmente e pré-compreender temporalmente. Nesse sentido, serve como “via” para que se dê uma solução adequada ao caso concreto. Lenio Luiz Streck¹²¹ esclarece:

A hermenêutica que proponho – e o presente posfácio tem o intuito de reforçar essa convicção – forja-se no interior de duas rupturas paradigmáticas: a revolução do constitucionalismo, que institucionaliza um elevado grau de autonomia do direito, e a revolução copernicana provocada pelo *giro-linguístico-ontológico*. De um lado, a existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos, que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista. De outro, parece não restar(em) dúvida(s) de que, contemporaneamente, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível dizer que não existem respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação. Nesse sentido, “conceitos” que tenham a pretensão de abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação, nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico – caracterizado pelo emprego sistemático da análise lógica da linguagem a partir do descobrimento do significado dos vocábulos e dos enunciados, da distinção entre enunciados analíticos e enunciados empíricos e da diferenciação entre fato e valor.

A Constituição desenvolveu-se por mais de dois séculos, ao longo dos quais passou a ter um papel de relevância, estabelecendo o funcionamento do Estado no que se refere à superação da “clássica separação dos poderes”, chegando-se a “divisão dos poderes” (*check and balances*). Essas mudanças

¹²⁰ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 231.

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 588.

foram assim ocasionadas pela nova “[...] estruturação da sociedade e do Estado e das relações entre si. Nenhum desses fenômenos pode deixar de se (*sic*) repercutir no significado e relevância constitucional do princípio da maioria¹²²”. Porquanto, as mudanças trazidas pelas novas texturas Estatais e Sociais postas no pacto constitucional acabam não diretamente influenciando no princípio da maioria, mas sim, indiretamente.

3.2.2 A Importância da Hermenêutica Jurídica na Jurisdição Constitucional Brasileira Pós-Constituição De 1988

O trabalho de interpretação do Direito é uma atividade que tem por escopo levar ao espírito o conhecimento pleno das expressões normativas, a fim de aplicá-las às relações sociais. Interpretar o Direito é revelar o sentido e o alcance de suas expressões. Fixar o sentido de uma norma jurídica é descobrir a sua finalidade, é pôr a descoberto os valores consagrados pelo legislador, aquilo que teve por mira proteger. Fixar o alcance é demarcar o campo de incidência da norma jurídica, é conhecer sobre que fatos sociais e em que circunstâncias a norma jurídica tem aplicação. Para cumprir o Direito, é indispensável o seu conhecimento e este é obtido pela interpretação. Interpretar o Direito é conhecê-lo; conhecer o Direito é interpretá-lo.

Aqui, será abordada a Hermenêutica Jurídica e a Interpretação Conforme a Constituição, de modo a demonstrar a importância de utilização da hermenêutica jurídica contemporânea. Encontra-se a justificação da superação da hermenêutica clássica pela filosófica, justamente pelo que se refere ao apego exagerado aos métodos daquela, vendo-se esta última forçada a renovar as expectativas e ressignificações tanto do direito quanto do próprio homem em si.

Nesse sentido, é necessária reflexão acerca da célebre premissa (que a mesma detém tese e antítese com notável sofisticação, dada à nova consciência filosófica que se impunha pelo giro ontológico-linguístico) de Lenio Streck, que

¹²² MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional e princípio majoritário. In: BRITO, José de Sousa; SANCHES, Sydy; STARK, Christian *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 180.

reza: “Interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido (Sinnggebung)”.¹²³

Questão do mais alto quilate, central para a arena jurídica que se encontra na contemporaneidade, é a afirmação do caráter hermenêutico do direito e a centralidade que assume a Jurisdição nesta etapa da história – na medida em que o Legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação¹²⁴, notadamente a Jurisdição por meio do Tribunal –, o Juiz passa a ser o intérprete que faz operar a hermenêutica jurídica.

Outra questão, reflexo do que se viu anteriormente, deve ser levantada e cuja interpretação jurídica que a Constituição apresenta como mote basal à luta pela superação do positivismo (e de suas variações, como o realismo, o normativíssimo, as posturas analíticas etc.): “o constitucionalismo coloca freios”¹²⁵ à arbitrariedade interpretativa.

Ao contrário das teorias que se edificam pela interpretação de acordo com a Constituição, existem algumas não interpretativas, com modelos retirados de alguma outra fonte, como a moralidade popular, teorias de justiça bem fundadas ou alguma concepção de democracia genuína. Tem-se a atual teoria como incompatível com a realidade que se construiu com a normatividade constitucional erigida no Estado Democrático de Direito.¹²⁶ Alguns apontam que foi a Suprema Corte Constitucional americana que fez prevalecer a interpretação conforme a Constituição no paradigmático caso do juiz Marshall, consagrando

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 198.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 269.

¹²⁵ *Idem*, p. 277-278.

¹²⁶ “As teorias interpretativas (de acordo com essa distinção) afirmam que a revisão judicial de decisões legislativas deve basear-se na interpretação da própria Constituição. Isso pode ser uma questão de interpretar o texto ou determinar a intenção dos constituintes ou, mais plausivelmente, alguma combinação de ambos. As teorias não-interpretativas, segundo se afirma, supõem, ao contrário, ser válido que o Tribunal, pelo menos algumas vezes, confronte decisões legislativas com modelos retirados de alguma outra fonte que não o texto, como a moralidade popular, teorias de justiça bem fundadas ou alguma concepção de democracia genuína” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 43).

assim que todas as leis devem ser aplicadas e interpretadas em consonância com a Lei Fundamental. Paulo Bonavides¹²⁷ aponta que:

As origens americanas do método de interpretação conforme a Constituição são patentes desde a máxima haurida na irrefutável tese de Marshall de que todas as leis devem aplicar “em harmonia com a Constituição” (“in harmony with the Constitution”), critério, este, consagrado nos Estados Unidos pela jurisprudência de todos os tribunais, nomeadamente a da Suprema Corte, donde deriva.¹²⁸

Originam-se do caso dois princípios que têm fortes laços de conexão e afinidades com a Lei Fundamental. São o princípio da interpretação conforme a Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. O ideário acima paradigmaticamente eclodiu e introjetou-se no Estado do pós-guerra, ou seja, o Estado Democrático de Direito, em que o juiz, mediante o poder que detém constitucionalmente, e que lhe foi conferido pela Jurisdição constitucional, passando de mero fiscalizador a Guardião da Constituição, para solucionar os casos, deve achar sempre solução igualitária e justa. Para isso, deve utilizar-se da Hermenêutica Jurídica Constitucional, em que vai ser dirigido ao acatamento de como deve desempenhar o poder-dever jurisdicional, devendo então fazê-lo à luz da interpretação da Lei Fundamental Suprema. Nesse sentido, Sergio Alves Gomes¹²⁹ corrobora, afirmando que:

No Estado Democrático de Direito, o juiz é chamado a utilizar o aludido poder na Constituição Democrática, ao aplicar Direito aos casos concretos, visando à solução justa e equitativa destes. Para tanto, dispõe de amplo campo de atuação por meio da hermenêutica constitucional e da jurídica, em geral, cujos princípios e métodos orientam o julgador a respeito de como deve exercer o poder-dever jurisdicional. Há de fazê-lo à luz de uma interpretação que leve em conta a supremacia da Constituição, considerando válido, acima de todo e qualquer outro argumento jurídico aquele que tem por fundamento o respeito aos princípios e

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 126.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 257.

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 58.

regras constitucionais, vinculantes que são de todos os poderes – políticos, jurídicos, econômicos [...] – às normas da Constituição.

Arrole-se ainda que, por intermédio da procura pela concretização e efetivação do Estado Democrático de Direito, todo o “ato interpretativo (e, portanto, aplicativo) é um ato de Jurisdição constitucional”¹³⁰, em que os poderes constituídos e demais leis nesse modelo de Estado devem ser interpretadas e aplicadas somente depois de passar pelo Processo hermenêutico-constitucional. Nesse sentido, há de apontar-se o que inclui Hesse¹³¹, que a interpretação constitucional é a concretização do conteúdo da própria Constituição, pois é:

Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da “realidade” a ser ordenada (supra, número de margem e seguinte). Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação; naturalmente, ela tem também somente nesse aspecto caráter criador: a atividade interpretativa permanece vinculada à norma.

Aqui segue que, por interpretação conforme a Constituição entende-se o mecanismo por meio do qual a Jurisdição constitucional formula a única interpretação compatível. Veja que a única interpretação compatível tem como objeto: “o texto constitucional com suas regras e princípios, enquanto portador de um significado ou sentido, cuja compreensão plena é o objetivo final da interpretação.”¹³² Em resumo, essa interpretação jurídica conforme a Constituição dá-se pelo sentido do que é constitucionalmente adequado.

A interpretação conforme a Constituição é um operar hermenêutico que configurou-se longe do paradigma que consubstanciou a hermenêutica clássica, de caráter reprodutivo. Trata-se de um instituto construído pela tradição jurídica visando à otimização dos textos jurídicos, mediante a agregação de sentidos,

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 313.

¹³¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 61.

¹³² BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 143.

portanto, produção de sentido¹³³, conseqüentemente dilatou-se com o ápice Estado Democrático de Direito, e, nesse modelo de Estado, consubstanciam-se pela Jurisdição (Comum e, principalmente, Constitucional), assumindo lugar absolutamente diferenciado daquele que tinha diante do Estado de Direito Clássico, ou Liberal de Direito ou, até mesmo, do Estado Social de Direito, em que a hermenêutica jurídica era, sim, um cânone colmatado por métodos.

Ultrapassado o positivismo, o Constitucionalismo dos modelos de Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional) volta a incidir seu horizonte na interpretação conforme a Constituição, alteando-se que ela deve respeitar o princípio da Unidade da Constituição. Isso significa que é necessário, pois, que o intérprete procure as recíprocas implicações, tanto de preceitos quanto de princípios, até chegar a uma vontade unitária da Constituição¹³⁴. Nesse sentido: “O *plus* normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que assume a regulação social com o resgate das promessas da modernidade¹³⁵”. A interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a arbitrariedades e deciosinismos. A partir da hermenêutica filosófica, busca-se “alcançar aquilo que pode ser denominado a resposta hermeneuticamente adequada a Constituição”¹³⁶, que é refletida pela Interpretação Jurídica conforme a Constituição.

No que tange à interpretação conforme a Constituição, as normas constitucionais são, portanto, não só são normas de exame, mas também normas materiais para a determinação do conteúdo das leis ordinárias. Essa interpretação pode ser vista como mecanismo de conservação da lei diante do princípio da unidade da Constituição, e ainda pode ser vista como instrumento que visa a preservar o sistema jurídico por via de controle de constitucionalidade.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 449.

¹³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 174.

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 205-215.

¹³⁶ Id. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 328.

Dessa cisão, conclui-se que a Constituição passa a ser em toda a substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação jurídica restante do sistema jurídico (normas de exame), e, ainda, reflete diretamente na materialização da ordem política e social de uma comunidade (normas materiais), “colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico”.¹³⁷ Em observância com o princípio (imane) da unidade da Constituição “ele cria vínculo obrigacional para que o interprete (juízes e tribunais) faça a interpretação dos demais textos infraconstitucionais normativos em conformidade com a Constituição, sob pena de violação da própria Constituição.”¹³⁸ “Porquanto toda aplicação do direito passa pela prévia interpretação”¹³⁹.

Pelo exposto, é correto afirmar que o Processo hermenêutico é sempre produtivo, construtivo e adjudicador de sentido. Assim, a criatividade do julgador vai além do mero texto de lei, sendo que, este adaptará o texto de acordo com a Constituição. Dessa maneira, o intérprete (Juiz-Tribunal) cumpre seu papel de guardião da constitucionalidade das leis, conforme aponta Lenio Luiz Streck¹⁴⁰:

Uma questão, entretanto, parece indiscutível, qual seja, a de o processo hermenêutico é sempre produtivo. Quando se adiciona sentido ou se reduz o sentido (ou a própria incidência de uma norma”, estar-se-á fazendo algo que vai além ou aquém do texto da lei, o que não significa afirmar que o Tribunal estará legislando. Pelo contrário. Ao adaptar o texto legal à Constituição, a partir dos diversos mecanismos interpretativos existentes, o juiz ou o tribunal estará tão-somente cumprindo sua tarefa de guardião da constitucionalidade das leis.

A hermenêutica que aqui se defende, teve sua origem numa intenção de preservação ou conservação das normas legais no quadro da constitucionalidade, no sentido de ver nele uma exigência de compreensão e de determinação

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 205-215.

¹³⁸ Id. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 443.

¹³⁹ GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 57.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 445.

hermenêutico-normativas das normas legais, adotando os trilhos das possíveis significações jurídicas apregoadas na conformidade com a Constituição. Assim a interpretação conforme a Constituição também passa a ter um papel de recuperar nas normas legais à constitucionalidade falhada (por erro ou por alteração circunstancial)¹⁴¹.

Destaque-se que, por intermédio de sua substancialidade e materialidade, as atenções voltam-se para a hermenêutica jurídica que se calca no princípio básico da presunção de constitucionalidade que deve levar em conta a interpretação conforme o nexó normativo entre regras e princípios por óbvio constitucionalizados. Consequentemente, por tudo isso, ascende-se um degrau hermenêutico constitucional residido em uma esfera totalmente abstrata, haja vista que a interpretação realiza-se por meio da concretude. Conjuntamente elas dão a função ao Poder Judiciário para que ele venha a fazer com que se cumpra

¹⁴¹ “Esse cânone hermenêutico teve sua origem numa intenção de preservação ou conservação das normas legais no quadro da constitucionalidade (ou de exclusão de sua inconstitucionalidade), no sentido de que, dentre as possíveis significações jurídicas, devia dar-se preferência à significação que fosse conforme ou compatível com a Constituição. Dessa intenção inicial logo que passou, no entanto, e um entendimento do mesmo cânone no sentido de ver nele uma exigência de compreensão e de determinação hermenêutico-normativas das normas legais que as integrasse hierárquico-sistematicamente no todo normativo do sistema jurídico. Ou seja, com um sentido análogo ao que atrás vimos ser interpretação conforme aos princípios – substituindo agora, decerto, os princípios pela normatividade constitucional. Só que a interpretação conforme a constituição não deveria iludir a inconstitucionalidade das normas legais, imputando a estas uma significância jurídica que as compatibilizasse com a Constituição, mas que o método comum da interpretação jurídica não lhes justificaria. Ou seja, este tipo de interpretação não admitiria uma correção análoga à que antes vimos justificada por referência aos princípios pressupostos o (real ou intencionalmente) pela norma legal. Conclusão que não vemos, todavia necessária. Pois se abandonamos o plano político-constitucional de discriminação legitimidades e de delimitação de competências para os fixarmos apenas no plano normativo-metodológico, terá de reconhecer conforme a Constituição comumente, admitida análoga à interpretação conforme aos princípios, e a afirmação de inconstitucionalidade, também análoga à preterição e superação das normas legais por aberta contradição com os princípios relevantes, há lugar para uma interpretação conforme a constituição que recupere nas normas legais a constitucionalidade falhada (por erro ou por alteração circunstancial), mas que ia na sua normativa intenção. A anulação por inconstitucionalidade visa sancionar uma rebeldia ou uma objetiva contradição, não tem sentido para uma falha normativa superável por uma correção em tudo análoga à que a teoria da teoria da interpretação jurídica já hoje dominante admite geral. Nem a particular dignidade da normatividade constitucional sairá deste modo ferida, já que é essa mesma normatividade que através da correção se afirma e sem a situação normativa que a jurídica tenha a intencional ou objetiva gravidade que a sanção constitucional propõe prevenir” (NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 195-196).

um efetivo controle de constitucionalidade, para que se possa preservar a unidade do sistema jurídico. Nesse sentido, o ilustríssimo Paulo Bonavides¹⁴² delinea que:

Com efeito, quem caminha do princípio da presunção de constitucionalidade para o princípio da interpretação conforme a Constituição, sobe um degrau na hermenêutica constitucional; o princípio da presunção reside na esfera abstrata e é primeiro momento na reflexão do hermeneuta; já o da interpretação se realiza noutro reino – o da concretude. Ambos, porém, são afins e se conjugam em termos de interdependência com respeito à formulação efetiva de um controle de normas constitucionais volvido para conservar a unidade do sistema jurídico e da tripartição constitucional dos poderes, designadamente no contexto da complexa e delicada relação do poder judiciário com o poder legislativo.

A interpretação conforme a Constituição é um procedimento operativo de “controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos”, que exige do magistrado, antes que julgue uma lei inconstitucional, busque por meio interpretativo o seu real sentido, tornando-a compatível com a Lei Fundamental. Celso de Albuquerque Silva¹⁴³ alude que:

Assentando que a interpretação conforme a Constituição é uma técnica operativa do controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos, a exigir do juiz, antes de proclamar a inconstitucionalidade da lei, uma atitude de busca, via interpretação, de um sentido que torne a norma compatível com a Constituição, parece correto o raciocínio que, com tal técnica, se visa (*sic*) garantir a validade de normas que por outros meios seriam reputadas inconstitucionais. [...] Na dúvida entre vários sentidos, de presumir-se e mais que isso prestigiar-se, aquele que compatibiliza com o texto básico, pois ela teria sido a intenção do legislador.

Para que a interpretação busque o sentido por meio do círculo hermenêutico fornecido pela Ciência do Direito, e utilize-se das formas consubstanciadas nos expedientes da intenção real da Constituição, fazendo com

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 254.

¹⁴³ SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 73-74.

que o Direito passe a ser mais do que dogmática, seja ele a prolixidade que sempre foi mal utilizada, focaliza para si as coexistências sociais, as inatas do homem e afins, repensando assim o ser e o dever ser. Além disso, o interpretar das normas constitucionais denota em “compreender, investigar, renovar o significado e o alcance dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional. É um trabalho de mediação que torna possível concretizar, realizar e aplicar os preceitos de uma Constituição”¹⁴⁴.

Vale salientar, que a interpretação constitucional é uma operação que deve ser desenvolvida por todos os Órgãos Públicos Constitucionais, “cada um em seu âmbito de atuação, bem como pelos demais agentes operativos da sociedade, enquanto entendamos que a interpretação final é reservada ao Poder Judiciário.”¹⁴⁵ Faz-se o fechamento quanto ao Poder Judiciário, com o princípio do *check and balances*, pois cabe a esse afastar as normas que sejam inconstitucionais onde a lei somente pode ser aplicada, se a Corte Suprema conferir-lhe aceção por meio de métodos de interpretação. Celso Ribeiro de Bastos¹⁴⁶ diz que:

Uma interpretação conforme a Constituição, nesse caso, esbarra no princípio da separação dos poderes. Ao Judiciário não cabe colocar as normas em vigor, mas apenas afastar da vigência aquelas que contrariem as normas superiores do ordenamento jurídico. [...] Na interpretação conforme à Constituição, a lei só pode ser constitucionalmente aplicada se o for com a significação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, assumindo grande relevo a constatação de que esta significação não seria alcançada com a aplicação dos métodos de interpretação convencionais.

Essa interpretação/aplicação dos juízes pode ser ampliativa e elástica, concretizando-se destarte por aquilo que a Constituição tem por sua égide, por intermédio de um Processo constitucional, avaliado por uma Suprema Corte,

¹⁴⁴ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 53.

¹⁴⁵ SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 70.

¹⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 275 - 276.

visando sempre às questões jurídicas e às partes materialmente afetadas, Peter Haberle¹⁴⁷, nesse sentido, assinala que:

A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (atingidos). A íntima relação contextual existente entre a Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui.

Em inteligente análise, Lenio Luiz Streck¹⁴⁸ passa a concordar que, em ocasiões, o Poder Judiciário poderá intervir com possibilidade de este órgão dar e frisar a própria validade da Lei Suprema por meio do conjunto principiológico que ela detém. Segundo Streck:

Se entendemos a Constituição como mecanismo que se interpõe inclusive contra o desejo de maiorias eventuais, haverá ocasiões em que a intervenção do Judiciário será condição de possibilidade da própria validade do texto constitucional. Isso significa afirmar que, mesmo que de um texto se possa extrair a “intenção do legislador” (*sic*) e a “vontade normativa objetiva” (*sic*), o critério delimitador deverá ser o sentido que a ele devemos atribuir a partir do conjunto princípio lógico da Constituição.

Dada a hermenêutica que por todo o trabalho se explicitou, o intérprete deve desviar-se das afrontas à Constituição. Não se pode aprisioná-la nas amarras de forma estático-dogmática, mas, sim, deve-se considerá-la como algo dinâmico, que se renova continuamente ao compasso das transformações,

¹⁴⁷ HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. reimp., 2002. p. 48.

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 459.

igualmente constantes, da própria realidade que as suas normas intentam regular.¹⁴⁹

Esse paradigma revela que a Hermenêutica não é apenas relevante para o Direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade, que faz redimensionar o existir do ser humano no mundo. Essa metateoria altamente reflexiva na interpretação conforme a Constituição, deve o intérprete usá-la para que o Direito deixe de ser o sistema rígido estático que se apresenta até o momento.

3.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO NA PÓS-MODERNIDADE/MODERNIDADE LÍQUIDA: A JURISDIÇÃO E O PROCESSO NA ERA DAS METAS DE PRODUTIVIDADE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Estado Democrático de Direito, como se viu, surge na esteira histórica da evolução dos Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, das funções do Estado. O Século XX chegava ao seu fim, caracterizando-se pelo surgimento do computador pessoal (*Personal Computer – PC*) e da *Internet*. As relações econômicas e sociais expandiam-se, e as relações humanas rompiam as fronteiras estatais. Nesse sentido, segundo Fabiana Marion Spengler¹⁵⁰:

Porém, quanto mais depressa se vai, menos tempo se tem; a modernidade se construiu em torno da crítica à exploração do tempo de trabalho, por outro lado, e época hipermoderna é contemporânea da sensação de que o tempo se rarefaz. Nesse universo de pressa, os vínculos humanos também são substituídos pela rapidez, a qualidade de vida pela eficiência, a fruição livre de normas pelo frenesi. Já não se fala mais em ociosidade, de contemplação e de relaxamento voluptuoso: o que importa é a auto superação, a vida do fluxo nervoso, os prazeres abstratos da onipotência proporcionado pelas intensidades aceleradas.

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p.105.

¹⁵⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e constituição*. Reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 86.

Se a Constituição de 1988 incluiu o Brasil no rol dos Estados Democráticos de Direito do Ocidente, certo é que a cultura ocidental sofreu profundas alterações ao fim do século XX. As relações (hiper)modernas ou pós-modernas, apresentam características próprias do paradigma desse tempo. O Estado e a Jurisdição, por isso, também passam por adaptações e profundas modificações. O tempo ganha novo sentido e nova formulação. Um novo Estado Democrático surgia na América Latina com o desafio de adaptar-se aos novos tempos. Nesse sentido, Leonel Severo Rocha¹⁵¹ refere:

No entanto, no início do século XXI, surgiu uma nova forma de sociedade, que se pode chamar, conforme os autores, de globalizada, pós-moderna, modernidade reflexiva, modernidade líquida, que tem como uma das características fundantes a dissolução desta noção de Tempo/Espaço tradicional. Portanto, uma das possibilidades de se pensar, de se entrar, nessa nova forma de sociedade poderia ser tentada a partir da ideia de Tempo: qual o significado que o Tempo adquire dentro dessa nova sociedade? E onde é que o Direito contribui para a construção do Tempo? Qual a diferença entre o Tempo do normativismo e o Tempo do Direito na globalização?

A sociedade contemporânea não aceita mais uma prestação jurisdicional lenta e sem efetividade. O que se busca em qualquer Processo é uma decisão efetiva que reestabeleça o equilíbrio jurídico entre as partes. O monopólio da Jurisdição, exercido pelo Estado brasileiro, passa a ser exigido dentro de um novo paradigma. O avanço tecnológico ocorrido nos últimos anos do século XX e no início do século XXI tem como protagonista a Internet, a rede mundial de comunicação que revolucionou a sociedade.

Nesse contexto, operou-se uma transformação na sociedade, que passou da era industrial para a era da informação, cuja característica essencial é tratar-se de um sistema social no qual a riqueza econômica e a concentração de poder cultural, militar ou político têm por pressuposto o controle e o processamento da informação. Diversos são os autores contemporâneos da filosofia e do direito que tratam dessa nova formatação da Sociedade, do Estado

¹⁵¹ ROCHA, Leonel Severo. O Direito e o tempo social. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Orgs). *A construção sócio-jurídica do tempo*. Teoria geral do direito e do processo. Curitiba: Juruá, 2012. p. 16.

e do tempo da Jurisdição: Jaques Chevallier¹⁵², em sua obra *O Estado Pós-Moderno*, define:

Os múltiplos desafios com os quais o Estado foi confrontado ao final do século XX não colocaram em questionamento de modo algum a pertinência da esfera estatal: não somente o Estado superou esses desafios, mas também a existência de Estados robustos é doravante considerada como a condição para o desenvolvimento econômico e a paz social, bem como uma garantia contra a instabilidade do mundo e do terrorismo.

Chevallier¹⁵³ ainda segue:

Essa nova fisionomia do Estado pós-moderno, confrontada ao desafio da globalização, não é senão uma tendência; ela é acompanhada de uma série de variáveis nos países liberais e de distorções alhures; nos países em desenvolvimento, notadamente, a coesão social é aleatória, o Estado não dispõe dos meios para garantir uma segurança mínima à população, a regulação econômica é impossível tendo em vista o contexto de dependência e a rede de proteção social é geralmente inexistente. Convém, enfim, assinalar que essas funções não são novas: são as condições de seu exercício que se alteram.

Compartilho da opinião do autor Jaques Chevallier no sentido de que a ideia de uma “fragilização” do Estado na contemporaneidade não condiz com a realidade global. Em que pese a exacerbação das relações econômicas e sociais e a “eliminação” de fronteiras, o papel do Estado na regulação econômica, por exemplo, apresenta-se inexoravelmente importante. O Estado ganha novos contornos e novos sentidos. Como se viu, as mutações dos modelos estatais refletem diretamente no Direito. Leonel Severo Rocha¹⁵⁴ é preciso nesse sentido, ao afirmar:

¹⁵² CHEVALLIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Título Original: L'État post-moderne). p. 23.

¹⁵³ CHEVALLIER, op. cit., p. 174.

¹⁵⁴ ROCHA, Leonel Severo. O Direito e o tempo social. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Orgs). *A construção sócio-jurídica do tempo. Teoria geral do direito e do processo*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 18.

Isso exige a capacidade de des-institucionalizar aquilo que foi instituído, ou seja, o Direito tem que ter no questionamento, hodiernamente na globalização, a capacidade de se institucionalizar rapidamente, uma vez que não dispõe mais da comodidade da longa duração para a criação de seus institutos. Em outras palavras, é preciso, uma vez que o sentido seja institucionalizado, admitir sua des-institucionalização, para uma re-institucionalização. O Direito tem que ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o tempo e a si próprio.

Um Estado que assume o monopólio da Jurisdição passa a ter como exigência exercê-la dentro da velocidade instaurada pela sociedade atual. François Ost ensina que o tempo, mais do que o curso das estrelas e a relação subjetiva do ser humano com ele, é uma construção social¹⁵⁵:

O tempo é uma instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Sem dúvida, ele apresenta uma realidade objetiva ilustrada pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite, ou o envelhecimento de um ser vivo. Do mesmo modo, ele depende da experiência mais íntima da consciência individual, que pode vivenciar um minuto do relógio, ora como duração interminável, ora com instante fulgurante. Mas quer o apreendamos sob sua face objetiva ou subjetiva, o tempo é, inicialmente, e antes de tudo, uma construção social – e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico.

A contribuição de François Ost é imprescindível para que compreendamos o paradigma atual das metas e objetivos instaurados pelo Estado brasileiro para a produtividade de nossos Tribunais. A sociedade brasileira, nesse início de século XXI, urge por um judiciário que atue de acordo com o seu tempo.

A preocupação com a celeridade do Processo passa a ser um vetor da atuação do Judiciário brasileiro. O tempo aqui, visto como uma “construção social”¹⁵⁶, permeia a atuação do judiciário que precisa adaptar-se à velocidade social. A atual morosidade enfrentada pelo Processo não é exatamente fruto do

¹⁵⁵ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2007. (Título original: *Le temps du droit*).p. 12-13.

¹⁵⁶ Idem, p. 12.

fator segurança jurídica, mas das carências estruturais do Poder Judiciário e do exacerbado número de ações, crescente ano a ano, dentre outros fatores.

O Estado Democrático de Direito contemporâneo enfrenta a influência voraz do tempo de uma sociedade fundada em relações digitais que não respeitam mais a organicidade prevista anteriormente. O Ocidente, caracterizado basicamente nos continentes europeu e americano, enfrenta um novo paradigma, e este tem influência direta na Jurisdição e no Processo. A Jurisdição colocasse em uma divisa tênue entre as garantias fundamentais fundadas ao longo de séculos, e a nova disposição de uma sociedade globalizada e rápida. O Processo e a Pós-Modernidade cruzam-se em um caminho que rompe o século XXI em busca de novas respostas para que o Estado exerça o monopólio do exercício jurisdicional dentro do prazo evocado pela sociedade. Na medida em que o avanço das tecnologias da informação, em especial da Internet, revolucionou a sociedade contemporânea, o Direito também é influenciado.

Diante de uma realidade processual atrelada a teorias dos séculos XVIII e XIX, observa-se que o Processo Civil ordinário, que tem por característica a morosidade, encontra-se totalmente desadaptado às novas realidades sociais. É nesse contexto que o Processo Civil necessita amoldar-se para, no cenário atual da Internet, garantir aos seus jurisdicionados uma tutela ágil e eficiente, a partir da criação de novas estruturas capazes de regular tais situações.

Verifica-se, então, um dilema latente para os juristas no mundo contemporâneo: a busca pela efetividade processual e a necessidade de readequá-lo para a tutela dos novos direitos decorrentes das novas tecnologias, especialmente a Internet. Não é de hoje que o confronto entre a necessidade de uma decisão judicial célere entra em aparente conflito com a busca de uma Jurisdição que garanta ao indivíduo um Processo que respeite seus Direitos e Garantias fundamentais, e traga uma decisão devidamente fundamentada.

Também não é nova a tentativa do Estado, detentor do monopólio da Jurisdição, de garantir uma resolução rápida dos conflitos. Contudo, o paradigma enfrentado pelo Poder Judiciário brasileiro neste início de século XXI é verdadeiramente intrigante. A Constituição Federal de 1988 “é um marco como

documento protetor do princípio da dignidade humana, fundamento da existência e da proteção dos direitos humanos¹⁵⁷.

A morosidade dos órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário na prestação de uma tutela efetiva às partes, em tempo útil e justo é um problema sério a ser sanado atualmente. As garantias fundamentais do cidadão recepcionadas pelo texto constitucional de 1988 são cotidianamente solapadas por um Poder Judiciário que não vence as demandas diárias levadas até ele.

Não restam dúvidas de que, em tempos de pós-modernidade, a morosidade do Poder Judiciário tende ser combatida. Contudo, é de questionar-se se a necessidade de uma Justiça eminentemente célere não está se confrontando com garantias fundamentais de nosso sistema jurídico. É imperioso buscar-se a desburocratização do nosso ordenamento jurídico, encontrar meios de facilitar o acesso do cidadão à justiça e prestigiar a criação de instrumentos processuais que permitam proteger de modo eficaz e efetivo os interesses difusos e coletivos. Tornar o Processo célere e efetivo sem deixá-lo arbitrário ou aleatório, e sem perder de vista os princípios e garantias fundamentais é o desafio do Processo contemporâneo, especificamente o brasileiro. A celeridade é, hodiernamente, uma condição da efetividade do Processo. Fabiana Marion Spengler¹⁵⁸ ressalta esse paradigma atual:

Na maioria das vezes, acusa-se a justiça de ser demasiado lenta e para muitos o antídoto para essa morosidade é o tratamento dos processos “em tempo real”. Desse modo, a justiça, que se flexibiliza e desformaliza, é solicitada com mais frequência. Na ânsia de dar respostas céleres às demandas, o Judiciário brasileiro passou por uma reforma trazida pela Emenda Constitucional 45 (EC/45), cujas expectativas são de que suas alterações possam gerar transformações necessárias para implementar uma efetividade quantitativa e qualitativamente junto ao sistema judiciário nacional.

¹⁵⁷ SANTOS, André Leonardo Copetti dos. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 179.

¹⁵⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e constituição*. Reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 45.

Assim, atendendo a uma necessidade premente da sociedade, após vários anos de tramitação nas duas Casas do Congresso Nacional, no ano de 2005 foi aprovada a Emenda Constitucional 45, conhecida como “Reforma do Judiciário”. Tal reforma, todavia, focou prioritariamente em aspectos institucionais do que propriamente funcionais, cabendo à legislação infraconstitucional o dever de adequar o preceito elevado à garantia constitucional de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do Processo e os meios que garantam a celeridade na sua tramitação”¹⁵⁹.

No ambiente da Internet, o alcance da informação vai além da realidade virtual, refletindo na vida do indivíduo, razão pela qual necessita de uma resposta eficiente. A origem da questão, como já enfrentado, é a forte influência liberal no Processo Civil brasileiro que acabou por reduzir a atuação jurisdicional à busca da verdade (vontade) da lei, dispensando totalmente um Processo interpretativo (hermenêutico) por parte do julgador, impedindo uma prestação jurisdicional eficaz diante das novas exigências sociais oriundas da sociedade em rede (novas mídias, tecnologia, agilidade na transmissão de dados e informações).

Contudo, toda a busca por uma Jurisdição mais célere deve ter como vetor a observância das garantias fundamentais conquistadas ao longo de séculos pelo cidadão. Trata-se de um equilíbrio constantemente buscado quando se fala em realização da Justiça e o monopólio da Jurisdição por parte do Estado. É nesse sentido o ensinamento de Joan Picó I Junoy¹⁶⁰:

El carácter normativo de la Constitución, unánimemente admitido en nuestros días, comporta que los derechos fundamentales vinculen a todos los poderes públicos; requiriendo um adecuado sistema de garantías constitucionales dentro de las cuales se halla la exigência dirigida a los jueces de aplicar, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales.

¹⁵⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2013. *online*.

¹⁶⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José María Bosch, 1997. p. 42.

A busca pela efetividade da Jurisdição não pode servir de justificativa para um Processo estritamente individualista e um Judiciário que busca solucionar conflitos o mais rapidamente possível para atingir as metas impostas pela sociedade atual. O Estado Democrático de Direito promulgado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 depara-se com uma sociedade cada vez mais veloz em seu consumo e necessidade. A explosão das relações econômicas ocorridas nesse início de século XXI, e o estabelecimento de metas de produtividade pelo capital privado demonstram a sociedade de consumo instaurada hodiernamente. É o que destaca Hannah Arendt¹⁶¹:

O movimento é a meta, mas não porque houvesse uma beleza ou um significado no “movimento”. Antes porque parar de se mover, parar de desperdiçar, parar de consumir cada vez mais sempre mais rápido e mais rápido, dizer a qualquer momento que basta, é o suficiente, significaria a ruína imediata. Esse progresso, acompanhado pelo incessante barulho das agências de propaganda mantém-se à custa do mundo em que vivemos e dos objetos com sua obsolescência embutida, que já não usamos mas abusamos, que empregamos mal e jogamos fora.

Com efeito, parece que a simplificação dos procedimentos e a restrição às vias recursais para determinadas causas, assim como outras medidas tendentes a conferir celeridade à tramitação, podem conduzir a uma queda na qualidade da prestação jurisdicional, e violar direitos como o da ampla defesa e contraditório. A Justiça começa a ter o tempo¹⁶² como principal objeto das preocupações do Conselho Nacional de Justiça, o que reflete, também, em diversas reformas Legislativas que atingem principalmente os Códigos de Processo Civil e Processo Penal brasileiro. A celeridade e sua relação com a qualidade da prestação jurisdicional é amplamente abordada por Jean-Claude Magendie, em sua obra *Célérité et qualité de la Justice: La gestion du temps dans*

¹⁶¹ ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Título original: *Responsibility and Judgement*. p. 332-333.

¹⁶² Para François Ost: “O tempo não permanece exterior a matéria jurídica, como um simples quadro cronológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo, o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. Antes, é muito mais desde o interior que direito e tempo trabalham mutuamente” (OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2007. (Título original: *Le temps du droit*). p. 14).

le proces. Para ele, a imposição “tirânica” da sociedade deste início de século por decisões céleres confronta com a morosidade dos Tribunais: “*Notre société, qui privilegie l’instant présent et impose la tyrannie de l’urgence, dénonce solvante les lenteurs de la justice*”¹⁶³.

O Poder Judiciário brasileiro, portanto, estabeleceu como vetor as metas de produtividade impostas aos Tribunais pelo Conselho Nacional de Justiça, para que acelerem as resoluções dos processos estocados em seus gabinetes, devido à ineficiência do próprio Estado em gerir o monopólio de sua Jurisdição frente ao paradigma do século XXI¹⁶⁴. A simplificação dos procedimentos e a restrição às vias recursais para determinadas causas, assim como outras medidas tendentes a conferir celeridade à tramitação, não podem conduzir a uma queda na qualidade da prestação jurisdicional, tampouco violar o direito à ampla defesa e contraditório.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o dever ético da prestação jurisdicional foi ressaltado no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, tanto pela enumeração dos deveres das partes e procuradores quanto pela severa censura aos atos de litigância de má-fé, assim como pela investidura de poderes ao juiz para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça.

Deve-se atentar, portanto, para a qualidade de nossa Jurisdição. A necessidade de proferir decisões de forma célere para atingir as metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça pode fazer com que a preocupação de nosso Judiciário volte-se para atingir os objetivos de julgar determinado número de processos em um prazo menor. A Jurisdição célere encontra no solipsismo das decisões um “parceiro” com quem se tomam decisões rápidas, mas que dizem “qualquer coisa sobre qualquer coisa”. Contudo, a celeridade, agora, erigida à

¹⁶³ MAGENDIE, Jean-Claude. *Celerité et qualité de la justice*: La gestion du temps dans le proces. Paris: Relatório ao Ministro da Justiça, 2004. p. 17.

¹⁶⁴ Leonel Severo Rocha afirma: “Em suma, a sociedade está se transformando numa velocidade muito grande, o que força o jurista a adquirir a consciência de que só será sujeito da construção do Tempo histórico se tiver a capacidade de decidir a partir de outra configuração temporal. Para tanto, deve-se levar em consideração as teorias que enfrentem essa complexidade e os paradoxos e os riscos que começam a surgir a partir daí. Pode-se começar essa tarefa de reconstrução de um Direito efetivo por meio da observação do Tempo” (ROCHA, Leonel Severo. O Direito e o tempo social. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Orgs). *A construção sócio-jurídica do tempo*. Teoria geral do direito e do processo. Curitiba: Juruá, 2012. p. 32.).

garantia fundamental do cidadão, só terá eficácia, se for compatibilizada com o princípio do devido Processo legal, insculpido na Constituição Federal no artigo 5.º, inciso LIV, que, em seu enunciado, reúne todas as demais garantias processuais, tais como: ampla defesa, contraditório, inafastabilidade do Poder Judiciário, duplo grau de Jurisdição e outros.

Com a clara e evidente intenção de reduzir o tempo de tramitação dos processos nos Tribunais brasileiros, a Emenda Constituição n. 45, de 8 de dezembro de 2004, intitulada "Reforma do Judiciário", inseriu, expressamente no artigo 5.º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, prescrevendo que "a todos são assegurados, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do Processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"¹⁶⁵.

A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, além de incluir o direito à duração razoável do Processo entre os Direitos Fundamentais do cidadão, estabeleceu, também, no artigo 92, inciso I-A, a criação do Conselho Nacional de Justiça, ao qual compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, bem como a elaboração de relatório estatístico de julgamento de processos.

A preocupação com a maior celeridade processual demanda maior racionalização e planejamento do aparato jurisdicional, sendo essencial a elaboração de indicadores para avaliar o funcionamento da justiça e a eficácia da prestação jurisdicional. Com a elaboração dos relatórios estatísticos, o Conselho Nacional de Justiça passa a atuar como elemento exterior ao Poder Judiciário, capaz de averiguar quais áreas necessitam de maior atenção, devendo então propor as providências que entender pertinentes. Após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, foi celebrado o primeiro Pacto de Estado por um Judiciário mais rápido e republicano, firmado pelos chefes dos três Poderes.

Com a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário no Ministério da Justiça, em meados do ano de 2006, a prioridade para o Poder Executivo brasileiro foi sistematizar propostas de aperfeiçoamento normativo para a celeridade da prestação Jurisdicional e de acesso à Justiça. Em 19 de abril de

¹⁶⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2013..

2009, foi elaborado o segundo Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais ágil, célere e efetivo. Novamente pactuado pelos três poderes da República, o acordo prevê uma série de medidas que buscam o incremento do acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; o aprimoramento da prestação jurisdicional, sobretudo mediante a efetividade do princípio constitucional da razoável duração do Processo e a prevenção de conflitos e o aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e à criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana.

Os três poderes da República Federativa do Brasil, signatários do pacto, buscaram criar mecanismos que conferissem maior agilidade e efetividade à prestação jurisdicional, assim como fortalecer os já existentes instrumentos de acesso à Justiça e outras prioridades como informatização do Poder Judiciário. Para a realização dos objetivos estabelecidos nesse pacto, os chefes dos poderes assumem alguns compromissos, elencados literalmente no Segundo Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais “Ágil, Célere e Efetivo”. Dentre estes compromissos, chama a atenção o “objetivo II” que refere o seguinte: “Aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do Processo e pela prevenção de conflitos”¹⁶⁶.

Admitir que o tempo no Processo interfere na realização do direito do litigante que o reivindica é, em outras palavras, aceitar que a delonga no Processo geralmente produz um efeito negativo àquele que detém o Direito Material. Daí a preocupação e a busca da sua efetividade e da celeridade processual. A necessidade de respostas rápidas em direito passa a sobrepor-se a uma Jurisdição que realize os direitos insculpidos na Constituição da República

¹⁶⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. *II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>> Acesso em: 14 jul. 2011.

Federativa do Brasil de 1988. O ensinamento de Ovídio de Araújo Baptista da Silva¹⁶⁷ é nesse sentido:

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 arvores e estamos ofuscados pela sua grandiosidade.

A preocupação com a maior celeridade processual demanda maior racionalização e planejamento do aparato jurisdicional, sendo essencial a elaboração de indicadores para avaliar o funcionamento da justiça e a eficácia da prestação jurisdicional. A busca de uma Jurisdição mais célere é, portanto, um objetivo traçado pelos três Poderes da República. Desde a Emenda Constitucional 45, que estabeleceu profundas modificações na estrutura do Poder Judiciário, até a assinatura do II Pacto Republicano, muitas foram as reformas Legislativas que buscaram acelerar o andamento dos processos.

Não se pode deixar de reconhecer o regime caótico em que os órgãos encarregados da prestação jurisdicional no Brasil trabalham, tanto do ponto de vista organizacional, quanto principalmente em torno da busca de solução para sua crônica inaptidão para enfrentar o problema do acúmulo de processos e da intolerável demora na prestação jurisdicional.

Na esteira das modificações instituídas pela reforma do judiciário trazida pela Emenda Constitucional 45, o II Pacto Republicano revelou uma clara preocupação com a celeridade da prestação da tutela jurisdicional. O Estado brasileiro demonstrava sua preocupação com a morosidade na solução dos conflitos levados até seu Poder Judiciário. Fabiana Marion Spengler¹⁶⁸ aborda a

¹⁶⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Da função à estrutura. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 90.

¹⁶⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e constituição*. Reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 46.

Reforma do Poder Judiciário a partir da Emenda Constitucional 45, referindo o seguinte:

Na verdade, a EC/45 é apenas uma das tentativas (não a primeira e, com certeza, nem a última) de buscar celeridade através da alteração/introdução de legislação que tenha por objetivo estimular a eficácia quantitativa das decisões através da celeridade processual. O texto da Emenda Constitucional 45 (EC/45), promulgada em 08 de dezembro de 2004, produz alterações consideráveis nas instituições encarregadas de administrar a Justiça, estabelecendo, por exemplo, um controle externo do Poder Judiciário e do Ministério Público, propondo uma nova forma de administração. Além disso, federaliza os crimes contra direitos humanos, estabelece como direito constitucional a razoável duração do processo e determina o fortalecimento da defensoria pública, institucionaliza súmulas vinculantes, inclusive com efeitos extensivos às ações diretas de inconstitucionalidade e, dentre outras coisas, trata dos mecanismos de admissibilidade dos recursos.

De acordo com o relatório de cumprimento de metas do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, a Meta 1 (que estipula que os tribunais deveriam julgar quantidade igual a de processos distribuídos em 2010 mais uma parcela do estoque) foi atingida apenas pelos Tribunais Superiores e a Justiça Eleitoral, diferentemente do índice divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (que atua justamente como órgão “externo” de controle do Poder Judiciário, estipulando metas de produtividade aos Tribunais e atuando em outras esferas administrativas).

A maior parte dos Tribunais brasileiros (estaduais e federais), em todas as esferas do Judiciário, chegou perto de julgar o mesmo número de ações novas distribuídas durante o ano. No entanto, a Meta 1 previa também o julgamento de uma parte do acervo de processos. Os índices divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (conforme os dados relatados¹⁶⁹) tratam apenas do julgamento do mesmo número de ações distribuídas, sem levar em conta a "parcela do estoque".

Nos Tribunais Regionais Federais, por exemplo, foram distribuídas 2.327.812 ações. No entanto, os desembargadores deram conta de 2.247.956.

¹⁶⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório anual 2010*. 4. comp. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-anuais/cnj/relatorio_anual_cnj_2010.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011.

Isto é, não conseguiram julgar o mesmo número que entrou nem uma parte do estoque. Mesmo assim, o índice de cumprimento da meta divulgado pelo Conselho é de 95,51%. Segundo os dados, para a Meta 2, que prevê o julgamento de todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1.º grau, 2.º grau e tribunais superiores) até 31 de dezembro de 2006, além dos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007, a média nacional é baixa: apenas 37%. A Justiça Militar foi a que conseguiu o melhor número, com 84% contra 32% da Justiça Estadual.

O número pode ser considerado ainda mais baixo, se comparado com o ano anterior. Em 2009, a Meta 2 previa a identificação dos processos mais antigos e adoção de medidas concretas para o julgamento de todas as ações distribuídas até 31 de dezembro de 2005, incluindo 1.º, 2.º grau e tribunais superiores. Mas, a meta de 2010 considerou apenas os processos de 2006. E os 4,4 milhões de processos pendentes de 2009 não foram somados aos desse ano.

Sobre a tentativa de reduzir em pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e, em 20%, o acervo de execuções fiscais, a média é boa para processos de natureza não fiscal (94%) e baixa para os fiscais (44%). Apesar de a média nacional apontar 69% de cumprimento, poucos tribunais atingiram a meta. Outros, além de não conseguir reduzir o acervo, ficaram negativos.

As metas para 2011 têm um formato diferente. Aquela que trata da celeridade é a única que pode ser medida objetivamente: julgar durante o ano um número de processos maior que o número de ações que deram entrada no tribunal ou naquela vara, mais uma parte do acervo¹⁷⁰. Divididas em dois blocos, o primeiro deles estabelece metas para a Justiça como um todo: Conciliação e Gestão, Modernização, Celeridade e Responsabilidade Social. Já as Metas Específicas preveem objetivos a serem alcançados por cada segmento da Justiça. As metas foram escolhidas em votação, pelos presidentes de todos os 91 tribunais brasileiros. Foram selecionadas quatro metas para todo Judiciário, e

¹⁷⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório anual 2010*. 4. comp. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-anuais/cnj/relatorio_anual_cnj_2010.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011. *on-line*.

uma meta específica para cada segmento de Justiça – Trabalhista, Federal, Militar e Eleitoral, com exceção da Justiça Estadual.

Chama a atenção a Meta 3 promulgada no referido encontro, e estabelece a produtividade do Poder Judiciário nesse ano de 2011. O texto refere: “Meta 3: Julgar quantidade igual a de processos de conhecimento distribuídos em 2011 e parcela do estoque, com acompanhamento mensal”¹⁷¹.

Em tempos de questionar o verdadeiro papel do Poder Judiciário e seus limites, a preocupação em simplesmente estabelecer metas, sem atentar para a qualidade da Jurisdição, é mais um perigo que um Estado como o brasileiro encara. Contudo, essa preocupação com a celeridade revela uma característica da filosofia liberal do Iluminismo. Ainda na esteira da crítica feita por Ovídio de Araújo Baptista da Silva¹⁷²:

Ao contrário de priorizar o valor segurança, inspirada em juízos de certeza, como uma imposição das filosofias liberais do Iluminismo, o sistema renunciou a busca de efetividade – que nossas circunstâncias identificam com celeridade –, capaz de atender as solicitações de nossa apressada civilização pós-moderna.

Vale lembrar que o Poder Judiciário, para gozar de eficiência, não deve apenas julgar com celeridade, mas, acima de tudo, combinar essa qualidade com outros atributos, sem negligenciar os aspectos relacionados aos custos, à equidade e ao acesso dos cidadãos. Uma resposta célere em direito, não pode, contudo, estar calcada em uma filosofia que visa às decisões rápidas e sem qualidade. Aliás, a grande questão que se apresenta é diferenciar a celeridade da tramitação processual e da prolação de sentenças, de um Processo realmente efetivo. A efetividade processual atinge outros valores. A celeridade, pura e

¹⁷¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. *II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>> Acesso em: 14 jul. 2011. *on-line*.

¹⁷² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Da função à estrutura. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado: n. 5*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

simples, buscando atingir metas de produtividade, é causa de uma série de mazelas e efeitos colaterais no sistema jurídico.

Os litígios que abarrotam nossos Tribunais só aumentam, a estrutura do Poder Judiciário não acompanha a evolução da própria sociedade civil privada, o que faz com que os processos demorem a chegar a seu fim. O Estado brasileiro, por sua vez, cria órgãos de controle, modifica legislações a fim de solucionar o problema da morosidade de sua Jurisdição.

Nesse sentido é que a Emenda Constitucional 45 inaugurou uma série de medidas que tentam aliviar as prateleiras de nossos tribunais e assegurar uma tutela célere ao cidadão brasileiro que busca nossos Tribunais. A necessidade de prestar uma tutela dentro de um prazo razoável de duração do Processo é um dever do Estado no exercício do monopólio de sua Jurisdição. Contudo, o choque da morosidade dos Tribunais brasileiros com o paradigma neoliberal, bem destacado pelo ilustre Ovídio de Araújo Baptista da Silva, desperta no Estado brasileiro a necessidade de estabelecer metas de produtividade para seus Tribunais, exatamente dentro dos padrões das grandes empresas privadas.

Os Tribunais, aqui, assumem a responsabilidade de atingir um determinado número de resolução de processos, sem uma avaliação da complexidade e da dificuldade que isso importa. A morosidade de nossos Tribunais seria simplesmente a falta do estabelecimento de metas ou devemos observar com mais atenção a profundidade do problema?

O mesmo Poder Judiciário, que não deu conta de solucionar suas demandas com celeridade, será capaz de cumprir suas metas, mantendo a qualidade de sua prestação jurisdicional? Por outro lado, cumpre atentar para a realidade de nossa sociedade. Os litígios que abarrotam nossos Tribunais só aumentam a estrutura do Poder Judiciário que não acompanha a evolução da própria sociedade civil privada, o que faz com que os processos demorem a chegar a seu fim. O Estado brasileiro, por sua vez, cria órgãos de controle, modifica legislações, a fim de solucionar o problema da morosidade de sua Jurisdição.

Deve-se atentar, portanto, para a qualidade de nossa Jurisdição. A necessidade de proferir decisões de forma célere para atingir as metas impostas

pelo Conselho Nacional de Justiça pode fazer com que a preocupação de nosso Judiciário volte-se para atingir os objetivos de julgar determinado número de processos em um prazo menor. Dessa forma, o mesmo Estado que estabelece metas de produtividade, modifica sua legislação para prestar uma cognição mais célere da lide levada ao judiciário.

4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO BRASIL: CONDIÇÕES E (IM)POSSIBILIDADES PARA A REALIZAÇÃO DE UM PROCESSO CIVIL EFICIENTE E EM TEMPO RAZOÁVEL HODIERNAMENTE

Os Direitos Fundamentais apresentam-se como elementos basilares do Direito Processual Civil no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Nesse sentido, o Processo deve ter como escopo os princípios constitucionais norteadores do sistema jurídico¹⁷³. Contudo um dos grandes problemas contemporâneos, conforme já revelado, é o da duração do Processo. O número de demandas aumenta vertiginosamente a cada dia. A inadequação dos instrumentos processuais faz com que a prestação jurisdicional seja demorada. A Jurisdição prestada tardiamente significa o mesmo que não prestá-la (em alguns

¹⁷³ A constitucionalização do Processo Civil é abordada por Francisco Ramos Mendes, que ensina: *“Los diversos preceptos constitucionales puede sistematizarse en torno a varios aspectos del ordenamiento procesal: Un primer grupo de preceptos constitucionales sienta las bases sobre la organización de la jurisdicción en el Estado de derecho. Los principios fundamentales sobre la significación del poder judicial en el Estado de derecho, el principio de la unidad jurisdiccional, la garantía de la protección jurídica estatal y la exclusividad de la jurisdicción encuentran, en diversos artículos constitucionales, formulación precisa. Por otra parte, se sientan asimismo los principios básicos sobre la estructura jerárquica y postulados fundamentales del estatuto del personal jurisdiccional. En este grupo de preceptos, aun predominando su finalidad organizativa, se contienen también diversos principios que deben inspirar la actuación práctica de los Tribunales. Un segundo grupo de normas constitucionales lo integran aquellas que califican la actuación de la función jurisdicción en el Estado de derecho. Son, por así decirlo, los principios constitucionales de la propia jurisdicción en el ámbito civil. La sumisión del Juez a la ley, la seguridad jurídica, la libertad de acceso a Tribunales de Justicia y del principio dispositivo constituyen las fuentes constitucionales que inspiran la actuación jurisdiccional en el orden civil. Estas normas constituyen la verdadera filosofía del proceso civil en nuestro sistema procesal. En fin, un tercer grupo de artículos del texto constitucional establecen un cuadro de garantías básicas del proceso. Estas garantías están concebidas en servicio de una mejor protección. Estas garantías fundamentales de la persona en el proceso y de la tutela de los derechos legítimos hechos valer en el proceso civil. El sistema establecido por nuestra Constitución es realmente amplio y en él tienen cabida todas cuantas aspiraciones de protección jurídica pueden surgir en la práctica. Este grupo de normas constitucionales son las verdaderas <<tablas de la ley>> para el proceso, de tal manera que deben cumplirse en todos los preceptos concretos contenidos en los Códigos procesales. Pero la Constitución no se ha limitado a promulgar un decálogo de mandamientos procesales, sino que su programa va más lejos. Como refuerzo operativo de dichas garantías ha establecido asimismo unos instrumentos procesales de tutela directa de esas garantías del proceso en vía constitucional. Sin duda los más expeditivos, se han puesto directamente al alcance de cualquier ciudadano, que de esta forma puede hacer oír su voz ante las más altas instancias judiciales del Estado, e incluso, como se verá, ante organismos internacionales. La mutua interacción de estas normas en el ámbito de la Constitución en función del objetivo justicia programado por la misma da unidad teleológica al sistema de principios constitucionales del derecho procesal civil en nuestra concreta experiencia jurídica”* (MÉNDEZ, Francisco Ramos. La influencia de la constitución en el derecho procesal civil. *Justicia: revista de derecho procesal*, n. 1, p. 9-40, 1983. p. 10-11).

casos). Pelo exposto, é preciso que seja estabelecida uma atividade dialógica entre o Direito Processual Civil e as garantias constitucionais, na busca de um Processo em um prazo razoável. Candido Rangel Dinamarco¹⁷⁴ destaca que:

No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas e as ondas renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir. Todo esse discurso envolvendo a correspondência do instrumento aos objetivos e a afirmação do processo como microcosmos tem valor relativo, porém, quando sujeito ao circo de uma apreciação fenomenológica (a correspondência deveria ser constante e absoluta, mas não é).

O Processo, como técnica de formulação e realização do direito, está fortemente comprometido com a carga ideológica, as política e a economia “que conformam o próprio direito a que ele se vincula, instrumentalmente”¹⁷⁵. “A vocação democrática do mundo moderno”¹⁷⁶ nasce comprometida com determinado pensamento filosófico que embasou a compreensão de mundo e do homem e que necessariamente defluiu das expectativas econômicas e políticas, capitaneadas pelas Revoluções Industriais idealizadas pela classe burguesa. Dessas expectativas, vislumbra-se que “[...] a política, a economia e o direito são indissociáveis, interagindo entre si, determinando uma realidade única: a de convivência humana politicamente e organizada”¹⁷⁷. A democracia participativa é ensejadora de legitimidade decisória no que diz respeito as decisões políticas, realizando-se-as por meio do Processo. Rosemiro Pereira Leal¹⁷⁸ refere que:

¹⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 37-38.

¹⁷⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 86.

¹⁷⁶ Em resumo: a democracia direta assenta no convencimento de que todo e qualquer poder, entregue a si mesmo, livre de controles ou fragilmente controlado, degenera, aliena-se, distancia-se, oprime e desserve. Nesses termos, é essencial à democracia participativa institucionalizar controles, pela sociedade civil, tanto do poder político quanto do poder econômico. Não a ponto de paralisá-los, fazendo-os inoperantes, mas suficientes para detê-los, quando tornados ameaçadores (PASSOS, op. cit., p. 93).

¹⁷⁷ Idem, p. 86.

¹⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p 150.

É que, quando escrevemos, em direito democrático, sobre cidadania como conteúdo de processualização ensejadora de legitimidade decisória, o que se sobreleva é o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica para, individual ou grupalmente, instaurarem procedimentos processualizados à correição (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de auto-inclusão do legislador-político-orifinário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico da estabilidade constitucionalizada.

O Processo, como técnica de formulação e realização do direito, está fortemente comprometido com a carga ideológica, políticas e economias que “conformam o próprio direito a que ele se vincula, instrumentalmente”¹⁷⁹.

Aliás, na verdadeira evolução do Estado Democrático, é, principalmente, pelo Processo que se revela o grau de aprimoramento das funções estatais. Assim, no antigo regime aristocrático, nem mesmo existia o poder judiciário autônomo, e o autoritarismo dos detentores do governo fazia com que as normas procedimentais fossem inoperantes para satisfazer qualquer anseio de justiça. Tudo, afinal, resumia-se num ato arbitrário de vontade do soberano, ou de agentes subalternos que reproduziam com fidelidade sua vontade incontestável. A primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial, e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade.

Pode-se afirmar por isso que o Poder Judiciário frente aos demais poderes instituídos ganha tónus que se justifica pelo sensível deslocamento do centro de decisões devido às inércias do executivo e à falta de atuação do legislativo, que passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Ou isto, ou tais mecanismos legais/constitucionais podem ser expungidos do texto magno.

Portanto, a atividade jurisdicional significa a garantia de efetivação e manutenção do Estado Democrático de Direito. Consequentemente garante

¹⁷⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 86.

também os princípios que nele se construíram, pois esse poder assume constitucionalmente independência frente aos demais poderes instituídos politicamente. Devido a esses fatores, adquire papel central no funcionamento do sistema político-jurídico, provendo o conceito de regime democrático, fazendo com que se respeitem fielmente os Direitos Fundamentais e os demais princípios que se arquitetaram nesse Estado e que são vistos como pilares das atuais sociedades. Alente-se que a independência de que os juízes dotam-se assume pleno significado nas democracias que se apoiam especialmente na divisão dos poderes.

O Processo judicial é elemento representante de uma democracia participativa, por meio do espírito participativo do indivíduo. Ele justifica-se pela superação da democracia representativa. É um procedimento público que se transforma politicamente em um espaço de debate democrático, redimensionando assim o indivíduo a um renovado espírito participativo. Também, por ser o Processo um procedimento, ele passa a ser uma fonte normativa criada pelas sentenças que se realizam judicialmente. Quanto ao escopo humanizador do Processo faz-se necessária sua adequação nesse aspecto, pois o entendimento perpassa o próprio termo. Conforme destaca Eduardo J. Couture¹⁸⁰:

La garantía de orden estrictamente procesal, ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía de debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario.

A missão do Processo faz com que se transcenda tudo o que parece tê-lo legitimado como instrumento notadamente jurídico, tomando mais que isso a legitimação político-jurídica, desenterrando este daquela realidade em que habitava, desde sua formulação inicial em que era visto como mero instrumento de resolução de conflito, na atualidade o Estado demonstra evoluir aceleradamente desde seu amago até mesmo influenciando na reformulação de suas

¹⁸⁰ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Soc. Anón., 2005. p. 58-59.

instituições e da sociedade. Tanto sociedade quanto as instituições foram submetidas a uma erosão submetida pelo pós-guerra surgindo as Constituições Democráticas erigidas pelos anseios do Estado Democrático de Direito submetendo-se a sua nova conjectura.

Portanto com o Estado Democrático de Direito se impõe muitas transformações, sendo a principal, há que ocorre no seio da sua sociedade em que tornou-se complexa e plural, que ambienta-se em características tipicamente conflituais que perpetraram-se diretamente pela via processual tornando este um instrumento realizador da democracia. Ocorre assim que a democracia participativa não é anarquista em meio essa sociedade moderna, mas, sim, reflete-se diretamente no que diz respeito ao espírito participativo do cidadão (ativo). Supera-se a obscuridade do individualismo do Estado liberal de Direito, e este se torna posteriormente reativo no Estado Social de Direito.

Ativa-se a democracia participativa pela incidência do novo sujeito com espírito participativo, um sujeito que busca a participação nas decisões das instituições estatais por meio do procedimento, do Processo como instrumento da democracia direta que lhe garanta o contraditório. A democracia ganha relevo com o Processo. É nesse paradigma analisado até aqui que deve ser buscado um Processo em prazo razoável no Estado Democrático de Direito Brasileiro do século XXI. Nesse sentido, o ensinamento de Hermógenes Acosta¹⁸¹ diz que:

El principio de plenitud de jurisdicción, consiste precisamente en que a través del Poder Judicial, el Estado no sólo les garantice a las personas un proceso justo y una decisión en un tiempo razonable, sino que también le permita a la parte que ha resultado beneficiada con la decisión, ejecutarla forzosamente si fuere necesario.

Superada a enorme crise político-social da Segunda Guerra Mundial, as atenções dos estudiosos do Direito voltaram-se para problemas da prestação jurisdicional até então não cogitados. Depois de um século de extensos e

¹⁸¹ ACOSTA, Hermógenes. *Proceso Civil y Constitución*. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, José Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ I JUNOI, Joan (Coords.). *Constitucionalización del Proceso Civil*. 1. ed. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005. p. 39.

profícuos estudos sobre os conceitos e as categorias fundamentais do Direito Processual Civil, os doutos atentaram para um fato muito singelo e muito significativo: a sociedade como um todo continuava ansiosa por uma prestação jurisdicional mais efetiva. Sem embargo de todos esses propósitos e mecanismos, o ideal de celeridade processual continuou inatingido, e o clamor social contra a morosidade da justiça avolumou-se, levando o legislador a inovar tanto por meio de alterações do Código quanto pela criação de outros remédios processuais disciplinados em leis extravagantes.

A última década do século XX, dessa maneira, caracterizou-se, em termos de Jurisdição civil, por duas frentes de renovação do direito positivo: (1) uma voltada para a criação, ao lado do Código de Processo Civil, de ações especiais para tutelar os interesses difusos e os direitos coletivos (ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ações coletivas de defesa do consumidor etc.); (2) outra endereçada ao aprimoramento da codificação processual civilista.

4.1 AS AÇÕES “EM MASSA” E A TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS: PROCESSO, JURISDIÇÃO E AS NOVAS FORMAS DE TUTELA COLETIVA NO BRASIL

Conforme já se verificou, com a chegada do Pós-Guerra (após 1945), o Direito Judicial passou a desenvolver-se pelo advento das “revoluções Constitucionais”. Antes disso, frente ao Estado Liberal de Direito, o Juiz guiava-se pelo Direito Legal, buscando sempre a segurança jurídica da Lei, sendo considerado como a “mera boca da lei” caracterizando-se como “uma justiça formal e exclusivista”¹⁸² em que ele é visto como um “técnico que mecanicamente aplica a lei”¹⁸³. No que tange ao Estado Social de Direito, o Juiz teve grande importância por caracterizar-se como “uma justiça terapêutica e distribuidora sob

¹⁸² GARAPON, Antonie. *O guardador das promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 219.

¹⁸³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 188.

o Estado providência, deveria ser simultaneamente simbólica e reintegradora numa sociedade em que a exclusão é o maior problema.”¹⁸⁴

Com as “revoluções constitucionais” e com o surgimento do Estado Democrático de Direito, o Juiz, passa a ser “uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar fissuras”¹⁸⁵. Na atualidade imposta pela nova conjuntura democrática, o Juiz busca a efetivar por meio de princípios e dos Direitos Fundamentais. A partir das velhas e arraigadas concepções aristocráticas e autoritárias no desempenho do poder público, a humanidade evoluiu para uma democracia e para a república primeiro fundada nas solenes declarações de Direitos Fundamentais e, depois, para a inclusão da efetivação desses declarados direitos entre os deveres estatais. Nesse sentido o texto de Alfonso de Julios-Campuzano¹⁸⁶:

Uma das novidades mais relevantes do constitucionalismo do pós-guerra é a introdução de princípios e normas programáticas. O Estado Social de Direito supõe a ampliação do catálogo de direitos para aqueles que se convém denominar direitos econômicos, sociais e culturais, direitos que, inspirados pelo valor da igualdade, comportam uma atuação positiva do Estado como direitos-prestações com a conquista de objetivos de caráter social que requerem do Estado o desenvolvimento de determinadas políticas. Frequentemente, essa dimensão social do Estado que implica a incorporação de novos direitos se materializa nas Constituições mediante normas programáticas, que contemplam fins de caráter social e estabelecem linhas fundamentais de ação política que deve desenvolver o Estado em seu projeto de reforma da sociedade. É necessário advertir que, mesmo sendo muito tênue, a linha de demarcação entre normas programáticas e princípios, aquelas que respondem a concretos objetivos de política social que se condensam em direitos prestacionais – que implicam, portanto, uma obrigação de fazer por parte do Estado para garantir determinados serviços ou tutelar situações concretas – enquanto os princípios expressam orientações axiológicas gerais que concernem a coerência interna do ordenamento.

¹⁸⁴ GARAPON, Antonie. *O guardador das promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 219.

¹⁸⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 188.

¹⁸⁶ CAMPUZANO, Antonio de Julios. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 promoveu profundas modificações no Processo Civil brasileiro, como não poderia deixar de ser. Os instrumentos assentados na estrutura clássica da tutela de direitos individuais abrem-se para a tutela de direitos coletivos e para a tutela coletiva de direitos. O Código de Processo Civil Brasileiro, instituído em 11 de janeiro de 1973, vem sofrendo sucessivas alterações em sua estrutura. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 refletiu diretamente nos conceitos basilares da doutrina processual civilista que deu origem à nossa codificação. Calmon de Passos¹⁸⁷ alude que:

A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra ordem do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumentos de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo.

É óbvio que tal fato não ocorre somente pela questão hierárquica de tais legislações, mas, também, pela elevada carga de princípios que nossa Constituição possui. A estrutura clássica de nossa tutela jurisdicional civilista, que registra, em suma, a tutela de conhecimento, a tutela de execução e a tutela cautelar, previa um sistema processual a tutelar interesses individuais. É nesse sentido o entendimento de Teori Albino Zavascki¹⁸⁸:

Tal sistema, por outro lado, foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais mediante demandas promovidas pelo próprio lesado.

¹⁸⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

¹⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Atualizado até 20.02.2006. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 17.

Assim, como regra, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (CPC, art. 6.º).

Contudo, conforme o entendimento do mesmo autor supracitado, esta estruturação clássica começou a ser mitigada a partir das primeiras leis regulamentadoras das “ações civis públicas”, a começar pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (que disciplinou “a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”), e os direitos e interesses difusos e coletivos em geral. Sucedendo tal legislação, diversas outras vieram tutelar interesses difusos e coletivos, servindo às causas coletivas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o Mandado de Segurança Coletivo (art. 5.º, inc. LXX, da CF/1988) e Ação de improbidade administrativa (Lei Federal 8.429/92), por exemplo.

Portanto, com tais modificações na legislação infraconstitucional, e com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notou-se uma profunda alteração no plano processual civil brasileiro. A Previsão de “Repercussão Geral de questão constitucional pré-questionada” para a admissibilidade do Recurso Extraordinário, instituída pela Emenda Constitucional 45/2004, que acrescenta um terceiro parágrafo ao art. 102 da Constituição de 1988, é mais um sinal do Legislador na busca pela tutela de interesses coletivos em geral. Assim, o direito processual coletivo tornou-se uma realidade no Brasil. Diversas são as ações fundadas nas legislações supracitadas a tutelar os direitos coletivos (ou tutelar coletivamente direitos transindividuais homogêneos). A Constituição Federal assume importante papel, atuando como base para a interpretação e aplicação da norma processual. Nesse sentido Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior¹⁸⁹ dão a conhecer que:

Revela-se, desta forma, que o Código de Processo Civil perdeu sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, seus princípios e regras não mais contêm caráter subsidiário que anteriormente lhes era natural. As lacunas, as

¹⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. 3. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2008. v. IV. p. 38.

antinomias, os conflitos entre leis especiais não são mais resolvidos por prevalência direta dos códigos. O caminho percorrido sempre converge para a Constituição, que em si mesma não porta antinomias, dada a sua unidade narrativa.

Contudo, desde a Carta Imperial de 1824 e até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que se mostrou foi sempre a dificuldade de transformar suas normas e princípios em realidade. A aquisição de eficácia dos princípios jurídicos depende de consagração legislativa (positivação). Sua obrigatoriedade reside na integração com a consciência coletiva e na qualidade de fonte do direito, da qual decorre a condição jurídica da própria existência, independentemente de regulamentação. O “Processo Coletivo”, portanto, surge para tutelar direitos difusos e/ou coletivos e interesses transindividuais homogêneos, ou seja, direitos cuja titularidade é indeterminada, já que pertencente a grupos ou classes de pessoas. As decisões que derivam da tutela coletiva têm como característica especial a coisa julgada das sentenças. Tais sentenças têm eficácia *erga omnes*, salvo quando proferido juízo de improcedência por falta de provas. É imperioso destacar a seguinte distinção feita por Teori Albino Zavascki¹⁹⁰:

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular determinado e materialmente indivisível). Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. “Direito Coletivo” é a designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*”.

O próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) conceitua em seu artigo 81, o seguinte:

¹⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Atualizado até 20.02.2006. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 41-42.

Artigo 81: A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; [...]¹⁹¹.

Ainda com relação à tutela de direitos transindividuais, cumpre ressaltar que a nossa Constituição de 1988 decretou que “qualquer cidadão” pode promover ação popular para “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando ao autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (Art. 5.º, LXXIII). Não há dúvidas de que o legislador buscou uma ampla tutela acerca dos direitos difusos/coletivos e transindividuais, outorgando a qualquer cidadão o direito de buscar tutela jurisdicional por intermédio de ação popular, visando a defender bem jurídico de cunho público. Assim, tanto a tutela de interesses coletivos (difusos) quanto a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos assumem um importante papel no Processo Civil brasileiro, demonstrando clara necessidade de regulamentação no que diz respeito ao seu procedimento. No entendimento dos doutrinadores Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior¹⁹²:

Os processos coletivos servem à “litigação de interesse público”; ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a

¹⁹¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei 8078*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 jul. 2011.

¹⁹² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. 3. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2008. v. IV. p. 38.

exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas.

A Constituição brasileira de 1988 potencializou, portanto, ao máximo o papel do Judiciário e do Direito, fundado em um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito¹⁹³. Consequentemente, é inequívoco o interesse do legislador em tutelar interesses difuso-coletivos, transindividuais e individuais homogêneos. Dessa forma, foi mitigada aquela estrutura clássica do Processo Civil brasileiro, adotada na década de 1970. A Jurisdição abre-se para tutelar interesses coletivos, e o Processo coletivo mostra-se um instrumento eficaz para tal tutela.

4.1.1 Requisito de Admissibilidade Recursal da “Repercussão Geral” e o Processo Coletivo Brasileiro: Um Novo Paradigma na Tutela de Direitos Coletivos e na Tutela Coletiva de Direitos

Os direitos dos cidadãos, em nosso tempo, saíram do âmbito das meras declarações solenes para entrar no campo das missões práticas que ao Estado cumpre implementar. Essa nova postura político-social em relação à cidadania iria refletir sobre todas as funções do moderno Estado Democrático de Direito, inclusive as do Poder Judiciário.

Outra forte modificação no plano processual reside nas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, descritas na Constituição da República. A Emenda n.º 45/2004 acrescenta um terceiro parágrafo ao art. 102 da Carta, cujo teor é: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”.

¹⁹³ “Las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora.” (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 151).

Trata-se de novo requisito de admissibilidade do apelo extremo, normalmente chamado de transcendência. Para ser admitido, o extraordinário deve encartar questão transcendente, de repercussão geral. O *quórum* qualificado, de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal para a inadmissão do recurso, deixa transparecer que a nova disposição da Lei Fundamental presume a relevância dos temas levados à Corte por meio do apelo extremo, pois, em princípio, cuida-se de questões constitucionais transcendentais, cujo conhecimento só pode ser rejeitado por aquela maioria especial.

Em tempos de expansão dos direitos coletivos, difusos, individuais homogêneos, mostra-se imperiosa a necessidade de um instrumento para sua tutela. Por óbvio, existem divergências quanto às definições de tais direitos e interesses. No entanto, parece muito importante adotarmos tal distinção para entendermos a ideia de Processo coletivo no Brasil e a sua vinculação com assuntos constitucionais de “repercussão geral”.

Não há dúvida de que o interesse do legislador em buscar mecanismos que tutelem direitos de maior abrangência social ou coletiva, visa também, a desafogar nossos Tribunais, sempre abarrotados de processos. O Processo Coletivo, desse modo, assume um importante papel para selecionar as demandas judiciais de verdadeira repercussão geral, para levar até o poder judiciário e sua suprema corte (quando o litígio tratar de casos constitucionais de repercussão geral).

A tutela do Meio Ambiente, dos Direitos do Consumidor, dos Direitos Fundamentais do Cidadão fundados principalmente no artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, os princípios da Administração Pública elencados no artigo 37 da mesma Constituição, e todos os demais interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos são exemplos concretos de direitos a serem tutelados por intermédio de um sistema processual coletivo próprio. A preocupação com a tutela de novos Direitos mostra-se latente. Cumpre destacar o texto preciso de Antonio Enrique Perez Luño¹⁹⁴:

¹⁹⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Tradução de José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 41.

No curso dos últimos anos poucas questões suscitaram tão ampla e heterogênea inquietude como a que se refere às relações do Homem com o Meio Ambiente, em que se faz imerso, que condiciona sua existência e pelo que, inclusive, pode chegar a ser destruído.

Como já citado, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos estão tutelados em nosso direito material infraconstitucional e constitucional. Deve-se atentar para um instrumento que leve ao judiciário tais interesses coletivos. As audiências públicas propostas por nossa Suprema Corte (nos casos de anencefalia, demarcação de terras indígenas etc.) são exemplos claros do paradigma processualista atual. Os interesses coletivos e as questões constitucionais de repercussão geral têm recebido uma atenção diferenciada, tanto por parte do judiciário quanto por parte do legislativo. Desse modo, não há como negar que o paradigma clássico da tutela de interesses individuais, abre-se para uma nova fase de tutela de direitos coletivos ou tutela coletiva de direitos.

Tanto a tutela coletiva de direitos quanto a tutela de direitos coletivos, tão em voga em nossa atualidade, necessitam de um instrumento eficaz para a sua efetivação/concretização. A estrutura clássica do Processo Civil brasileiro não comporta a defesa de interesses de maior apreço social. As modificações postas desde 1985 vêm moldando nosso sistema, a fim de tutelar e dar ênfase aos interesses da coletividade.

Conforme assentado na doutrina constitucional, essa alteração é coerente com o papel de uma Suprema Corte que exercita Jurisdição constitucional, pois, se compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição (Artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988), é correto permitir-lhe decidir as causas que vai ou não julgar. Cumpre apenas ressaltar que esse mesmo mecanismo de delimitação das causas a serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal ocorre na Suprema Corte dos Estados Unidos e em boa parte dos Tribunais Constitucionais europeus. É nesse sentido a afirmação do professor Candido Rangel Dinamarco¹⁹⁵:

¹⁹⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do poder judiciário. *Revista Jurídica*. São Paulo, 2003. p. 18.

Essa exigência, muito semelhante a uma que já houve no passado (a arguição de relevância), tem o nítido objetivo de reduzir a quantidade dos recursos extraordinários a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e busca apoio em uma razão de ordem política: mirando o exemplo da Corte Suprema norte-americana, quer agora a Constituição que também a nossa Corte só se ocupe de casos de interesse geral, cuja decisão não se confine à esfera de direitos exclusivamente dos litigantes e possa ser útil a grupos inteiros ou a uma grande quantidade de pessoas. Daí falar em repercussão geral - e não porque toda decisão que vier a ser tomada em recurso extraordinário vincule todos, com eficácia ou autoridade erga omnes, mas porque certamente exercerá influência em julgamentos futuros e poderá até abrir caminho para a edição de uma súmula vinculante.

O “Processo Coletivo” mostra-se, por conseguinte, um instrumento eficaz na concretização tanto da tutela de interesses/direitos coletivos quanto na tutela coletiva de direitos/interesses. O Requisito de Admissibilidade do Recurso Extraordinário, que prevê “Repercussão geral dos assuntos constitucionais”, demonstra um paradigma de preocupação com a tutela de interesses sociais.

Deve-se atentar para a intenção do legislador de diminuir o número de processos que litigam interesses individuais em nossa Suprema Corte. Tal Tribunal passa a discutir questões constitucionais que representem “importante repercussão”. Diante de tal paradigma, mostra-se imperiosa a sistematização de um “Código de Processo Coletivo” levar ao judiciário os interesses de ordem coletiva. Por óbvio, que a “filtragem” feita mediante o exame de admissibilidade recursal, pode gerar uma grande margem de discricionariedade para os Ministros. Contudo, deve-se atentar para a intenção de colocar em pauta assuntos realmente relevantes e de interesse coletivo.

Portanto, o “Processo Coletivo” no Brasil insere-se em um paradigma de tutela de interesses coletivos e tutela coletiva de direitos. A ideia de sistematizar um Código de Processo Coletivo no Brasil, passa pela compreensão de tal paradigma. Por outro lado, o requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, insculpido em nossa Constituição por intermédio da Emenda Constitucional 45, que exige que a questão constitucional pré-questionada seja de “repercussão geral” é outro exemplo de como o legislador tem-se preocupado com a tutela de interesses coletivos de real importância.

Diante de tal contexto, resta questionar se a sistematização de um código e a exigibilidade de questão constitucional de “repercussão geral” para admissibilidade de recurso extraordinário serão suficientes e eficazes para a tutela de interesses coletivos ou se irão servir como “barreira” de processos que visem à tutela de interesses individuais. Afinal, a discricionariedade dada ao jurista que considera, ou não, uma questão constitucional de “repercussão geral” resta inegável.

Contudo, o que se considerou foi o paradigma em que a ideia de sistematização de um “Código de Processo Coletivo” no Brasil se insere, bem como, a real importância que tal fato teria na tutela de direitos coletivos ou individuais homogêneos. Assim, cumpre delimitar a real eficácia que a sistematização de um Código de Processo Coletivo teria na tutela de interesses e nos direitos das categorias elencadas até então, bem como se o requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, previsto no artigo 102, parágrafo 3.º, de nossa Constituição, tem real aplicabilidade para levar à Corte Suprema interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos ou se funciona como “barreira” para diminuir a carga de processos e o volume de trabalho dessa Corte.

É que o Supremo Tribunal Federal, na aplicação do novo instituto, perceberá sua idoneidade para selecionar aquilo que será, ou não, por ele apreciado, podendo, assim, romper com sua tradicional jurisprudência. O Processo Coletivo, por sua vez, sistematiza-se para atender à tutela de interesses realmente coletivos, quebrando o paradigma no qual se assenta nosso Processo Civil.

Nosso Processo Civil, tal qual o Processo dos principais países europeus, portanto, confere ao litigante o mais amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário. Nada obstante toda essa modernização processual, a justiça brasileira continua desacreditada aos olhos da sociedade pela excessiva demora na solução dos litígios. É a dura e lastimável realidade. O fim a que se presta e o clamor público diante de suas necessidades, nitidamente impingiram ao Processo uma dimensão ética e valorativa, além de política e social, encerrando em seu

bojo a própria concepção axiológica do justo e da justiça. Outra não é a ideia de Humberto Theodoro Júnior¹⁹⁶ a esse respeito, quando afirma que:

Nas últimas décadas o estudo do Processo Civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional. Muito mais do que com os clássicos conceitos tidos como fundamento ao direito processual, a doutrina tem se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Ideias como a de instrumentalidade e efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de 'garantia de um processo justo', mais do que um 'processo legal', colocando no primeiro plano ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento.

A necessidade de efetividade reflete em um novo Processo que seja ao mesmo tempo instrumental, substancial, social, ético e justo. Para tentar compreender esse fenômeno, devemos lembrar o que se passou de inovação nos últimos duzentos anos, não apenas em torno das instituições processuais, mas da própria estrutura política das nações. Por mais que juristas e legisladores se esforcem por aperfeiçoar as leis de Processo, a censura da sociedade ao aparelhamento judiciário parece sempre aumentar, dando a ideia de que o anseio de justiça das comunidades esvai-se numa grande e generalizada frustração. O Poder Judiciário, é lamentável reconhecê-lo, é o mais burocratizado dos Poderes estatais, é o mais ineficiente na produção de efeitos práticos, é o mais refratário à modernização, é o mais ritualista.

4.2 O CONTROLE DA PRODUTIVIDADE E A CAPACIDADE DA JURISDIÇÃO: UMA AVALIAÇÃO NECESSÁRIA PARA A CONSTRUÇÃO DE METAS DE PRODUTIVIDADE DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O Ocidente, em seus principais Países, assiste a um generalizado clamor contra a pouca eficiência do Processo e da Jurisdição para solucionar a

¹⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I. p. 9.

contento os casos que lhe são submetidos. A consequência imediata desse quadro de insatisfação social é a onda de reforma das leis processuais da qual não escapa ninguém, nem mesmo aqueles povos que se gabam de ter produzido, no campo da ciência jurídica, monumentos gloriosos na edição de seus Códigos. Dessa forma, analisando-o sob a seara do Direito Processual Civil, deve-se garantir aos cidadãos, ao próprio Estado ou a qualquer um que possua uma posição jurídica relevante, o exercício do direito fundamental para a tutela jurisdicional efetiva, com a resolução do litígio, alcançando-se a paz social.

Contudo, para alcançar-se esse escopo é necessária a existência de um Processo efetivo, em que haja o respeito ao equilíbrio entre os valores da celeridade e da segurança, oferecendo-se às partes o resultado desejado pelo direito material. Busca-se, assim, a efetividade do Processo, detectando imperfeições no sistema jurídico que criem obstáculos ao seu pleno e regular desenvolvimento e, conseqüentemente, à prestação da tutela jurisdicional efetiva. Portanto, efetividade não tem somente o significado de “celeridade”.

Atenta-se, também, pela necessidade de interpretar-se e aplicar as normas processuais norteadas pelos princípios constitucionais de justiça e pelos Direitos Fundamentais. Essa concepção é um reflexo do Estado Constitucional que deu novo conteúdo ao princípio da legalidade, considerando-o substancialmente. A efetividade¹⁹⁷ e a celeridade da prestação da Tutela Jurisdicional¹⁹⁸ são, pois, direitos garantidos ao cidadão em face do Estado. Entretanto, apesar de reconhecer-se o primado do princípio da dignidade da

¹⁹⁷ Luis Guilherme Marinoni entende que: “A concepção de direito de ação com direito de sentença de mérito, não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito, somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado – além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito a sentença deve ser entendido como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial o que significa efetividade no sentido estrito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 140-141).

¹⁹⁸ O cidadão, identificado como parte no processo, busca através da tutela jurisdicional a realização de um direito concreto. Nesse sentido, o ensinamento de Tito Carnacini: “Efectivamente, si el proceso encuentra origen y desarrollo a través de la actividad de las partes, y si esta actividad determina su propia duración aparece como manifestación no de una obligación, sino de una libre elección, quiere decir que la parte, a su vez, tiene poder de utilizar el proceso y más aún: que necesita convertirse en parte para servirse de él (como conviene el Estado a través del ministerio público cuando quiere aprovecharse de él en interés público. En particular, quiere decir que la parte lo utiliza con la esperanza de que la tutela jurisdiccional implique para ella una ventaja, o sea con la esperanza de que la actuación o reintegración objetiva del derecho implique la realización de un interés concreto” (CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e técnica del processo*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1953. p. 23).

pessoa humana como vetor do sistema do direito, é certo que o atual desenvolvimento das teorias pelas quais sempre seria obtível uma decisão justa ainda não possibilita sua execução fática. Em outras palavras, ainda não existem condições de disciplinar um Processo que sempre conduza, invariavelmente, a um resultado eficaz e célere. Nesse sentido, vale ressaltar as palavras bem ditas por Luís Guilherme Marinoni¹⁹⁹ ao lembrar que:

A inexistência de tutela adequada à determinada situação conflitiva significa a própria negação da tutela a que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da Jurisdição, já que o processo nada mais é do que a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela.

Pretende-se observar que a prestação jurisdicional efetiva deita suas raízes na proposta de que a estrutura técnica do Processo e a função jurisdicional devem viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material, mediante as linhas da Constituição e dos Direitos Fundamentais. A análise das categorias e dos institutos processuais sob a luz das normas constitucionais e dos Direitos Fundamentais tem o objetivo de efetivar os resultados do Processo e inibir ofensas à Constituição que impossibilitem o seu desenvolvimento célere e seguro, garantindo a qualquer um que assumira uma posição jurídica processual, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada.

Sem o apoio em dados cientificamente pesquisados e analisados, a reforma legislativa dos procedimentos é pura inutilidade que só serve para frustrar, ainda mais, os anseios da sociedade por uma profunda e inadiável modernização da Justiça. Sem estatística idônea, qualquer movimento reformista perde-se no empirismo e no desperdício de energias por resultados aleatórios e decepcionantes. Além disso, pensar-se em reformar a lei sem preocupação com a reforma simultânea ou sucessiva dos agentes que irão operar as normas

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 48.

renovadas. Chega a ser uma utopia, para não dizer uma temeridade. Nesse sentido, Moniz Aragão²⁰⁰ ressalta que:

De há muito tenho notado que não há no Brasil preocupação com duas questões de suma importância para localizar dificuldade no funcionamento do aparelho judiciário e tentar resolvê-las com dados reais e concretos, ao invés de ensaiar experiências fundadas em dados empíricos. Uma dessas questões é a da estatística judicial, que permitirá radiografar e diagnosticar os males que afligem e entram a justiça; outra é a dos rendimentos que é lícito esperar dos magistrados, pois há os que produzem mais e os que produzem menos, sem que jamais se tenha tentado apurar qual a produção que se deve esperar de cada um e quais os meios de obter que ela seja alcançada.

Nesse sentido, mostra-se necessário que a organização dos serviços da Justiça faça-se segundo os preceitos técnicos da ciência da administração e com o emprego dos meios e recursos tecnológicos disponíveis. Como é intuitivo, não será a simples reforma das leis de procedimento que irão tornar realidade, entre nós, as garantias cívicas fundamentais de acesso à justiça e de efetividade do Processo²⁰¹.

O certo é que sem órgãos adequados de estatística e de planejamento, o que a visão empírica do grave problema da justiça brasileira evidencia para os pensadores do direito processual é a realidade de “um grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado; e a prática judiciária, de outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça”²⁰².

O que é lícito esperar é que, por meio de modernas técnicas de gerenciamento de qualidade, os responsáveis pela Justiça brasileira assumam postura de maior ousadia e criatividade. Ousadia para traduzir em provimentos

²⁰⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. As tendências do processo civil contemporâneo. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 4 n. 11, p. 154-161, jan./ mar. 1999. p. 155.

²⁰¹ “*La jurisdicción se cumple mediante un adecuado proceso. El proceso es una relación jurídica continuativa, consistente en un método de debate con análogas posibilidades de defensa y de prueba para ambas partes, mediante el cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada.*” (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 42).

²⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 177.

práticos aquilo que a ideologia da Carta Magna assegura aos cidadãos em termos de garantias fundamentais e da respectiva tutela jurisdicional. Criatividade, para superar vícios e preconceitos arraigados nas arcaicas praxes do foro e para forjar “uma vontade firmemente voltada à edificação de uma nova Justiça. Mais transparente, mais eficaz e efetiva, econômica e, sobretudo, rápida²⁰³”.

O que retarda intoleravelmente a solução dos processos são as etapas mortas, isto é, o tempo consumido pelos agentes do Judiciário para resolver a praticar os atos que lhes competem. O Processo demora é pela inércia e não pela exigência legal de longas diligências. A legislação processual é sem dúvida um sistema de técnica de realizar a composição dos litígios, mas não é um sistema completo e exaustivo, pois pressupõe organismos oficiais por meio dos quais irá atuar. Os métodos e recursos de trabalho desses organismos são vitais para que o propósito sistemático da lei processual seja corretamente alcançado.

Para manter uma sincronia entre a norma legal e sua operacionalidade administrativa, é preciso conhecer, cientificamente, as causas que, *in concreto*, frustram o desiderato normativo. Isso, obviamente, será inatingível, pelo menos com seriedade e segurança, se a organização dos serviços judiciários não contar com órgãos especiais de estatística e planejamento. Cabe, agora, à sociedade do século XXI, exigir dos responsáveis pela Justiça brasileira que a façam “passar pela mesma revolução tecnológica por que estão passando as modernas administrações públicas e privadas, sob o impacto do planejamento, coordenação, controles, estatística, economia, ciência da administração, teoria das comunicações, informática, cibernética, processamento de dados, etc.²⁰⁴”.

Na década de 1990, mais de uma dezena de leis ocupou-se em alterar o texto do Código de 1973, todas com o declarado intuito de simplificar seus procedimentos, com vistas à maior celeridade na solução dos litígios, e de, sobretudo, impregnar o Processo de maior efetividade na realização da tutela jurisdicional. Inovações importantíssimas ocorreram por meio, por exemplo, da generalização das medidas de antecipação de tutela (arts. 273 e 461), da adoção

²⁰³ NALINI, José Renato. A gestão de qualidade na justiça. *Revista dos Tribunais*, v. 722, p. 367-373, dez, 1995. p. 373.

²⁰⁴ PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 387

da citação postal (arts. 222), pela criação da “ação monitória” (arts. 1.102-a e segs.), pela adoção da audiência preliminar para conciliação e saneamento do Processo (art. 331), pela ampliação dos títulos executivos extrajudiciais (art. 585, II), entre outras modificações.

Como os órgãos jurisdicionais disponíveis quase nunca se achavam servidos por pessoal, recursos e meios suficientes para o bom atendimento dos postulantes, logo tiveram início as insatisfações e reclamações dos jurisdicionados. Logo, tudo, que o direito intermédio havia estruturado acerca dos procedimentos judiciais teve de ser revisto, desde as ideias básicas de ação e Processo até a Jurisdição.

A sociedade cresceu, os conflitos multiplicaram-se e a prestação jurisdicional tornou-se morosa. O Processo é um instrumento indispensável não somente para a efetiva²⁰⁵ e concreta atuação do direito de ação, mas também para a remoção das situações que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.

Não restam dúvidas de que a parte que postula direitos em juízo pretende que seu Processo seja prioritário e, por consequência, célere, sob pena de existir ofensa às mesmas garantias pessoais que, por vezes, travam uma prestação jurisdicional mais eficaz e em tempo mais reduzido. Por imposição do

²⁰⁵ Recorro ao ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira, que enumera os aspectos relevantes na busca da eficácia jurisdiciona, abordando sua relação com a celeridade processual: “Efetividade, não abrangente, comporta dose inevitável de fluidez. Em trabalho que já conta mais de dez anos, mas em cuja substância, no particular, não nos pareceria necessário introduzir hoje alterações de monta, procuramos sintetizar em cinco itens algo que, sem excessiva pretensão de rigor, se poderia considerar como uma espécie de ‘programa básico’ da campanha em prol da efetividade. Escrevíamos, então: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam interferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impede de assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição temática do procedimento*. 25. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 189).

seu próprio modo de ser, o direito processual sofre de natural propensão ao formalismo e ao isolamento. A efetividade do Processo é um instituto formador do Processo Civil que demanda uma reformulação constante do sistema processual, por meio da participação de todos os segmentos, jurídicos ou não, sem afastamento absoluto dos demais princípios garantidores da relação processual.

A busca por uma efetiva e célere prestação jurisdicional que não ofenda a cidadania, têm-se duas premissas básicas: primeiro, a democratização da justiça com maior participação dos variados segmentos da sociedade com função fiscalizadora sobre o Poder Judiciário, quebrando dogmas conservadores que, com certeza, não trazem orgulho a qualquer operador dos foros, incluindo advogados.

Com isso, a busca da efetividade e da celeridade processual enquanto promovem a função jurisdicional²⁰⁶, também consolidam as demais garantias processuais previstas na Constituição Federal de 1988, integradas como um fim mediato da celeridade processual, a ser verificada na estrutura legislativa, com a reforma processual que ora tramita.

O Processo Civil adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o Processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados. Ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado no exercício do monopólio da Jurisdição, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade. Vale afirmar que a ideia da prestação jurisdicional efetiva deita suas raízes na proposta de que a estrutura técnica do Processo e a função jurisdicional devem viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material, mediante as linhas da Constituição e dos Direitos Fundamentais.

As reformas efetuadas, ao longo dos últimos anos, no Código de Processo Civil inspiraram-se declaradamente no instituto básico de simplificar o

²⁰⁶ *“Pero, conviene destacar, que el proceso no sólo constituye un vehículo o un medio para el logro de pretensiones, sino además, le permite al Estado ejercer la potestad jurisdiccional a través de los tribunales, potestad, que como veremos más adelante, es, en relación al Estado, una obligación con rango constitucional, y obviamente, un derecho fundamental en relación a los justiciables”* (ACOSTA, Hermógenes. *Proceso Civil y Constitución*. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, José Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ I JUNOI, Joan (Coords.). *Constitucionalización del Proceso Civil*. 1. ed. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005. p. 14-15).

itinerário dos feitos, assegurando-lhes trajetória mais desembaraçada e mais rápida, e, com isso, tornando mais efetiva a prestação jurisdicional. Também, há que se reconhecer o cidadão como consumidor de um produto (justiça) de qualidade.

Para isso, a necessidade de atualização das normas instrumentais é constante em qualquer Estado, especialmente considerando a natureza cada vez mais diferenciada dos direitos materiais objetos dos litígios. No Brasil, essa atualização deve ser ampla, atingindo o âmago da problemática da saturação das demandas nos tribunais.

A eficiência pela reforma legislativa está sendo buscada, mas, como na maioria dos problemas sociais brasileiros, as soluções relativas à celeridade correm o risco de terem um efeito sintomático e não preventivo e constante, como seria o ideal. Poder-se-ia ter avançado muito, de forma preventiva, mesmo porque o crescimento das demandas é natural em qualquer civilização, pois tal incremento dá-se na mesma proporção que o crescimento da politização das relações pessoais e aumento da cultura dos cidadãos, por mínimos que sejam tais avanços sociais.

Na mesma proporção do crescimento de demandas judiciais, impõe-se que sejam recicladas as formas e o tempo dos atos processuais, para que a solução das lides atenda ao clamor da sociedade, isto é, sejam céleres, seguras e justas, sem, contudo, perder a consciência finalística do Processo, considerado o seu caráter instrumental, verificado a partir da evolução do Estado, principalmente pelo abandono da visão individual e privada dos direitos em favor da coletividade, do social.

O Processo Civil brasileiro já evoluiu nesse sentido, mas não se verifica a mesma consideração com a celeridade prática e específica do Processo, cuja solução ainda está distante, mesmo que o sistema já preveja formas de tutela imediata de direitos, sem ofensa às garantias processuais constitucionais como o contraditório e a igualdade. Há apenas um aparente antagonismo entre a garantia do devido Processo legal e a necessidade de celeridade e eficácia na prestação jurisdicional. É inegável que a tutela jurídica, antes de buscar a efetividade, entendida como a eficácia de decisões judiciais justas, volte sua atenção à

efetividade da prestação jurisdicional²⁰⁷. Os efeitos buscados pelas decisões exaradas nas lides judiciais de nada servem ao cidadão ou à sociedade, se forem proporcionados intempestivamente.

A eficiência processual é a busca da excelência em produtividade no trâmite dos processos no Poder Judiciário, ou seja, fazer mais pelo Processo em menos tempo, e, ainda assim, cumprir e assegurar o devido Processo legal, sob pena, de estar-se transformando a celeridade numa falácia, pois o estudo do Processo Civil sob o prisma da celeridade e da procura de um procedimento mais justo que atenda aos anseios da sociedade, pressupõe a abordagem do direito processual constitucional.

A excelência nos serviços judiciários depende dos princípios assentados na Lei Maior, especialmente ao discutirem-se a reforma processual e a reforma do Poder Judiciário, como um todo. A celeridade é instituto que consagra e reafirma as garantias processuais contidas na Constituição Federal de 1988, que apenas devem adaptar-se às exigências da eficiência pretendidas pela sociedade segundo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Essa intenção integradora do aprimoramento da prestação jurisdicional é patente.

²⁰⁷ “Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da Jurisdição” (DINAMARCO, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178).

5 CONCLUSÃO

A pretensão do estudo foi abordar, em um primeiro momento, o itinerário cronológico dos modelos estatais do Ocidente, desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito. Observou-se a formação do Estado Liberal e o resultado de revoluções sociais ocorridas ao longo dos séculos XVII e XVIII. Mostrou-se que a Revolução Francesa de 1789 e a Constituição dos Estados Unidos da América de 1791 são pilares desse modelo de Estado Liberal clássico, buscando a limitação do poder despótico e autoritário das monarquias vigentes e estabelecendo um regime democrático fundado na legalidade e na igualdade, controlando assim o absolutismo monárquico por meio da Lei. Deu-se, assim, a consagração de Direitos Fundamentais como liberdade, igualdade, legalidade e fraternidade.

Tal divisão temporal e classificação conceitual dos modelos de Estado (no seu aspecto jurídico, econômico e social) trazem consigo uma série de aspectos que podem ser aprofundados em outros Estudos. Contudo, a investigação desse itinerário de conceitos de Estado no Ocidente auxilia na compreensão das mutações sofridas pela Jurisdição e pelo Processo ao longo dos séculos. E foi exatamente essa compreensão que o presente estudo buscou aprofundar em seu primeiro capítulo.

Nesse sentido, o primeiro e o segundo capítulos buscaram traçar as características fundamentais do Estado Democrático de Direito advindas das Constituições Ocidentais do início do século XX, principalmente no período pós-guerra. Conforme se observou ao longo da pesquisa, já no final do século XIX estava presente a busca por um Estado com garantias ao cidadão e prerrogativas para o desenvolvimento social, especialmente como meio para a efetividade e segurança dos Direitos Fundamentais oriundos das Revoluções pós-iluminismo.

É nesse itinerário, tratado na primeira e segunda parte do trabalho, que a Constituição da República Federativa de 1988 institui o Estado Democrático de Direito no Brasil. O país saía de um regime ditatorial, com características próprias das ditaduras latino-americanas do século XX, para uma Constituição de múltiplas garantias ao cidadão e profundos deveres ao Estado.

O choque entre o passado autoritário e a previsão de um futuro democrático estava compilado em uma Constituição “apelidada”, à época de sua promulgação, de “Constituição Cidadã”. Contudo, a pesquisa demonstrou que esse rompimento do autoritarismo para uma democracia plena ocorreu em um paradigma mundial de explosão das relações sociais e econômicas, por intermédio, principalmente, do surgimento da Internet e da difusão do Computador Pessoal que, em meados de 1990, impulsionaram as relações sociais, rompendo fronteiras. A função do Estado e da Jurisdição nas sociedades Ocidentais que ingressavam no século XXI começava a sofrer profundas influências desse paradigma mundial.

O Brasil (sociedade e Estado) finalizava o século XX buscando um equilíbrio em sua economia. O plano Real estabelecia uma moeda “sólida” e a democracia consolidava-se em eleições diretas e democráticas, conforme previsto pela Constituição de 1988. A América Latina (abordada na primeira parte do trabalho) mostrou uma consolidação democrática de seus países, mediante a eleição direta de representantes.

É justamente nesse paradigma que o Poder Judiciário brasileiro, no exercício do monopólio da Jurisdição conferido pela Constituição de 1988, depara-se com uma sociedade com novos direitos tutelados (os Direitos Coletivos, abordados na terceira e última parte do trabalho, por exemplo) o que gerou um grande aumento de Ações Judiciais a um órgão com uma estrutura (Judiciário) ainda deficitária para atender as novas demandas. Nesse sentido, é inegável que o Estado brasileiro e sua Jurisdição passem a enfrentar uma grave crise: a lentidão e consequente ineficiência da Tutela Jurídica realizada pelo Estado.

O descompasso entre as novas demandas da sociedade brasileira e a estrutura de nosso Poder Judiciário passa a ser latente. O tempo de tramitação dos processos passa a ser cada vez mais dilatado, enquanto a comunidade exige cada vez mais celeridade na prestação da tutela jurídica. Nesse sentido, durante toda a produção do presente estudo, buscou-se estabelecer a importância da justiça na sociedade, e, por consequência, a necessidade da admissão efetividade da prestação jurisdicional como importante fase de estudo do

Processo Civil hodierno, com fim último de fortalecer o Poder Judiciário, tão essencial para o desenvolvimento da República.

Dessa forma, apresentou-se uma proposta que estuda a relevância de ter-se previsão expressa do direito à razoável duração do Processo na Lei Maior do país, com vistas a provocar os operadores do direito para uma efetiva reforma judicial que atenda aos anseios da sociedade por um Processo Civil efetivo e célere, mas sem ofensa às garantias constitucionais derivadas do devido Processo legal. A busca por estruturas legislativas processuais que tutelem Direitos Coletivos e limitem a atuação da Corte Constitucional (como o requisito da Repercussão Geral) são algumas das mutações observadas que atingem e dizem respeito diretamente à técnica processual.

As recentes modificações introduzidas no Código de Processo Civil e os projetos que ainda tramitam (abordados no terceiro capítulo do estudo), são orientados por tal princípio que, mesmo nas sombras das necessidades estruturais procedimentais brasileiras, orienta a alteração do Diploma Processual Civil, para que torne mais eficiente à prestação jurisdicional, impondo-se seu reconhecimento como nova fase de evolução no estudo do Processo. A participação no Processo não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrínseca complementadora e integradora dessas mesmas esferas.

O próprio Processo passa a ser meio de formação do direito, seja material ou processual. Isso, porque o Processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, mas, além disso, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas. Assim, chegou-se à concepção de que efetividade, em linhas mestras, é o alcance imediato da finalidade precípua do Processo, proporcionando à parte a tutela jurisdicional mais adequada, reconhecendo e realizando o direito material de forma rápida, satisfatória e segura, tudo isso com comprometimento social. Pode-se assim, portanto, enunciar a efetividade também como princípio programático do Processo Civil moderno, implícito no princípio constitucional do devido Processo legal e da justiça das decisões jurisdicionais.

Dada à multiplicidade de problemas e de fatores desencadeadores e complicadores da referida crise da prestação do monopólio da Jurisdição por parte do Estado, é fundamental a consciência de que não será uma única medida que tudo resolverá. Um conjunto de medidas e ações deverá ser implementado, e os resultados conquistados em longo prazo. Nesse sentido, a maioria das reformas necessárias independem de modificações legislativas que modifiquem a estrutura do Processo Civil.

As metas de produtividade estipuladas pelo Conselho Nacional de Justiça atingem assim uma espécie de paradoxo: por um lado, exige dos Juízes e Tribunais que apresentem os resultados de seu trabalho. Por outro lado, podem “forçar” os mesmos a tomar decisões céleres e sem a devida qualidade na busca de atingir a imposição de produção. Concluiu-se ser essencial a compreensão dos operadores do Direito no sentido de superar a cultura histórica e marcadamente “individualista” das demandas judiciais, incentivando a propositura de ações que interessem e vinculem mais a coletividade, bem como uma permanente qualificação e atualização dos Magistrados.

Ainda nesse sentido, é de suma importância punir os atos meramente e manifestamente procrastinatórios das partes (Proposta trazida no Projeto de Lei 166/2010 que institui o “Novo Código de Processo Civil”), bem como promover a integração entre o Poder Judiciário e as universidades brasileiras para o melhor desempenho dos serventuários e estagiários que atuam no dia a dia dos órgãos judiciais e tomam cada vez mais importância no gerenciamento dos atos cartorários. A informatização dos atos processuais tem-se mostrado, também, uma ferramenta eficiente na busca de maior efetividade do Processo.

É observando a formação do Estado, em seu itinerário cronológico no Ocidente, que se estabelece o paradigma vivido pela Jurisdição e o Processo hodiernamente. Esses institutos jurídicos apresentaram diversas mutações ligadas às metamorfoses dos modelos estatais e dos anseios sociais. Atualmente, a Jurisdição exercida pelo Estado Democrático de Direito brasileiro apresenta diversas características moldadas ao longo de séculos, encarando a necessidade atual de um Processo célere e eficiente. Tentou-se, assim, demonstrar a íntima relação entre o Estado, a Jurisdição e o Processo com os anseios sociais de cada época, para concluir que as principais alterações legislativas no campo

Processual Civil e Administrativas, através da criação do CNJ, buscam maior celeridade à prestação jurisdicional e efetividade ao Processo.

Nesse sentido, a sociedade em rede do século XXI clama por uma Jurisdição e um Processo que garantam a efetividade da tutela jurídica em prazo razoável. E para tentar compreender o que leva os anseios sociais por um Processo mais efetivo, deve-se entender justamente essa íntima relação entre Tempo, Sociedade e a Qualidade da Jurisdição. Os Magistrados e Tribunais, agora, são avaliados por sua produção, cumprindo metas estipuladas para que deem conta da demanda social por um processo efetivo e célere. Foi observando as mazelas da prestação jurisdicional hodierna brasileira e o papel do Processo Civil no paradigma atual que, a partir de uma matriz teórica que aborda os Direitos e Garantias Fundamentais na estrutura da Teoria Geral do Estado.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Hermógenes. Proceso civil y constitución. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, José Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ I JUNOI, Joan (Coords.). *Constitucionalización del proceso civil*. 1. ed. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. As tendências do processo civil contemporâneo. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 4 n. 11, p. 154-161, jan./mar. 1999.
- ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. (Título original: Responsibility and Judgement).
- AROCA, Juan Montero. En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional. *Revista de Derecho Procesal Ibero Americana*, n. 177, 1976.
- ARZUAGA, Carlos I. Salvadores. *Los controles institucionales en La Constitución Argentina (1853-1994)*. Buenos Aires: La Ley, 1999.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Orgs.). *20 anos de constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BAUMANN, Zigmund. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia: un acercamiento teórico*. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* – uma defesa das regras do jogo. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapio Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 7, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2013.

_____. Presidência da República. . Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei 8078*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 jul. 2011.

_____. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. *II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>> Acesso em: 14 jul. 2011.

BRITO, José de Sousa; SANCHES, Sydy; STARK, Christian *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CABALLERO, Alejandro Martínez. Estado social de derecho en la constitución de 1991. In: URIBE, Darío Botero *et al.* *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. 1. ed. [Santa Fé de Bogotá]: Ediciones Rosaristas, [c. 1997].

CÁCERES, Florival. *História geral*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1999.

CAMPUZANO, Antonio de Julios. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e técnica del processo*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1953.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, 2004.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

CHEVALLIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Título Original: L'État post-moderne).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório anual 2010*. 4. comp. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-anuais/cnj/relatorio_anual_cnj_2010.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Soc. Anón., 2005.

_____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. 3. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2008. v. IV.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O processo civil na reforma constitucional do poder judiciário. *Revista Jurídica*, UNICOC, Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, 2005.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EGAÑA, José Luiz Cea. Presente y futuro del Estado social de derecho. Una visión latinoamericana. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay Konrad Adenauer Stiftung, n. VII, p. 205-217, 2005.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado del derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (Orgs.). *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanetti Junior e Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRER MAC-GRECOS, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (Coords.). *El juez constitucional: en el siglo XXI*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. t. I.

FÍX-ZAMUDIO, Héctor. La Legitimación democrática del Juez Constitucional. In: FERRER MAC-GRECOS, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (Coords.). *El juez constitucional: en el siglo XXI*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. t. 1.

GARAPON, Antonie. *O guardador das promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARZA TOLEDO, E. de la. Neoliberalismo e estado. In: LAURELL, A. C. (Org.). *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. São Paulo: Cortez, 1995.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GROPPI, Tania. Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia? *Rassegna Parlamentare*. v. 52, fascicolo 1, 2010.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. Reimp., 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo*. Curitiba: Juruá, 2011.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LINZÁN, Luis Fernando Ávila (ed.) *Política, justicia y constitución*. 1. reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Crítica y Derecho, 2).

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extinção e objetivo do governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MAGENDIE, Jean-Claude. *Celerité et qualité de la justice: La gestion du temps dans le proces*. Paris: Relatório ao Ministro da Justiça, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. La influencia de la constitución en el derecho procesal civil. *Justicia: revista de derecho procesal*, n. 1., p. 9-40, 1983.

MEZZETTI, Luca. Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale. Chile, Talca, *Estudios Constitucionales*, a. 8, n. 1, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Fundamentos actuaes do direito constitucional. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932. v. I.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1987.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição temática do procedimento*. 25. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional e princípio majoritário. In: BRITO, José de Sousa; SANCHES, Sydy; STARK, Christian *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 177-178.

NALINI, José Renato. A gestão de qualidade na justiça. *Revista dos Tribunais*, v. 722, p. 367-373, dez, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 1987.

OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2007. (Título original: *Le temps du droit*).

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Technos, 2005.

_____. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Tradução de José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Forense, 2000.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José María Bosch, 1997.

REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado: n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. O Direito e o tempo social. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Orgs.). *A construção sócio-jurídica do tempo*. Teoria geral do direito e do processo. Curitiba: Juruá, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os Pensadores, I).

SANTOS, André Leonardo Copetti dos. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. (Título original: The idea of justice).

SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Da função à estrutura. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado: n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e constituição*. Reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justiça civil*. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e o princípio da maioria. In: BRITO, José de Sousa; SANCHES, Sydy; STARK, Christian *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

VOGEL, Bernhard. Economia social de mercado e crise dos bancos. In: VOGEL, Bernhard *et al.* *Sair da crise: economia social de mercado e justiça social*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009. (Cadernos Adenauer, 3).

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

YEPES, Rodrigo Uprimy. Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. In: URIBE, Darío Botero *et al.* *Hermenéutica Jurídica: Homenaje al Maestro Darío Echandía*. 1. ed. [Santa Fé de Bogotá]: Ediciones Rosaristas, [c. 1997].

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Atualizado até 20 fev. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.