

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

**NOELI FERNANDES**

**O TEMPO RAZOÁVEL DE DURAÇÃO DO PROCESSO  
E A SOCIEDADE DA URGÊNCIA:  
A TRANSFORMAÇÃO DA JURISDIÇÃO NO SÉCULO XXI  
- DO PROCESSO INDIVIDUALISTA AO PROCESSO COLETIVO**

**SÃO LEOPOLDO**

**2010**

Noeli Fernandes

**O TEMPO RAZOÁVEL DE DURAÇÃO DO PROCESSO  
E A SOCIEDADE DA URGÊNCIA:  
A TRANSFORMAÇÃO DA JURISDIÇÃO NO SÉCULO XXI  
- DO PROCESSO INDIVIDUALISTA AO PROCESSO COLETIVO**

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

Orientadora: Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

São Leopoldo

2010

F363t Fernandes, Noeli

O tempo razoável de duração do processo e a sociedade da urgência: a transformação da jurisdição no século XXI : do processo individualista ao processo coletivo / Noeli Fernandes. – 2010.

150 f.; 30 cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

“Orientadora: Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha”.

1. Direito processual coletivo. 2. Tutela coletiva. 3. Razoável duração do processo. 4. Efetividade processual. I. Título.

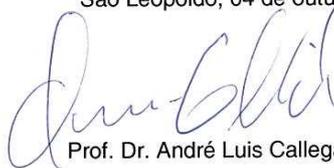
CDU 347.91/95

Catálogo na Publicação:  
Bibliotecário Vladimir Luciano Pinto - CRB 10/1112

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**O TEMPO RAZOÁVEL DE DURAÇÃO DO PROCESSO E A SOCIEDADE DA URGÊNCIA: A Transformação da Jurisdição no Século XXI – do Processo Individualista ao Processo Coletivo**", elaborada pela mestranda **Noeli Fernandes**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 04 de outubro de 2010.



Prof. Dr. André Luis Callegari

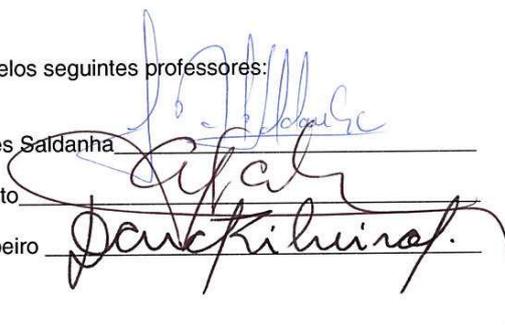
Coordenador do Programa de Pós-Graduação  
em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

Membro: Dr. Eugenio Facchini Neto

Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Àqueles que são minha razão de viver:  
Rodrigo, Henrique e Gabriel,  
meus filhos;  
e, ao Beto,  
pai dos nossos amores.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos professores que, por ocasião de minha entrevista para o ingresso neste mestrado, acreditaram que meu projeto de pesquisa poderia se transformar em uma dissertação, principalmente ao Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

Especialmente, a partir de minhas aulas de Jurisdição e Processo, senti que minha mestra, naquela disciplina, necessariamente teria que ser minha orientadora, porque “Um mestre, à diferença de um professor, não está interessado em lhe dar o livro certo, pois sabe que esse livro não existe. Ele está interessado em mudar você, a pessoa, colocando-o de cabeça para baixo, mexendo com a totalidade de seu ser. As palavras unicamente são valiosas, quando você não conhece o valor do ser. O verdadeiro mestre é aquele que lhe coloca em situações de aprendizagem e não o que lhe indica um “bom” livro” (WARAT, Luis Alberto).

E foi isso que ocorreu, pois minha mestra e orientadora mexeu com a totalidade de meu ser. Desse modo, meras palavras não serão suficientes e valiosas, para expressar meu sincero agradecimento, exatamente porque conheço a preciosidade do seu ser Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha.

Finalmente, como não poderia deixar de ser, imprescindível agradecer àquele que criou este curso, pois, “Toda a arte e toda a investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a um bem qualquer; e por isso foi dito, não sem razão, que o bem é aquilo a que as coisas tendem” (ARISTÓTELES). Muito obrigada Dr. Leonel Severo Rocha.

## *O tempo*

*A vida é o dever que nós trouxemos para fazer em casa.  
Quando se vê, já são seis horas!  
Quando se vê, já é sexta-feira!  
Quando se vê, já é Natal...  
Quando se vê, já terminou o ano...  
Quando se vê perdemos o amor da nossa vida.  
Quando se vê passaram 50 anos!  
Agora é tarde demais para ser reprovado...  
Se me fosse dado um dia, outra oportunidade, eu nem olhava o relógio.  
Seguiria sempre em frente e iria jogando pelo caminho  
a casca dourada e inútil das horas...  
Seguraria o amor que está a minha frente e diria que eu o amo...  
E tem mais: não deixe de fazer algo de que gosta devido à falta de tempo.  
Não deixe de ter pessoas ao seu lado por puro medo de ser feliz.  
A única falta que terá será a desse tempo que, infelizmente,  
nunca mais voltará.*

(Mário Quintana)

## RESUMO

O presente trabalho estuda a necessidade da superação do individualismo processual consubstanciado em um modelo de processo que se critica. Procura, a partir do esgotamento de um padrão, ver possível a prática jurisdicional constitucional na perspectiva da coletivização do processo. Nesse contexto a pesquisa se desenvolve, reconhecendo que os paradigmas que informaram a sociedade industrial já não são suficientes para resolver os conflitos da sociedade nas últimas décadas. Considerando a função do direito no sentido de promover a mudança e reprimir a conservação, são enfocadas as reformas havidas nos pactos por um judiciário republicano e a finalidade de atender ao poder econômico, circunstância que vem afastando o direito da justiça, e tendente a patologias quando o trabalho jurisdicional for desempenhado de forma meramente burocrática, visando apenas à quantificação dos julgamentos. A busca pela eficiência, quando se abstém de considerar os fins almejados, enfocada apenas pela ótica da quantificação e do fluxo pode ser vista como um mal em si mesmo, gerando um desafio relativo à própria legitimidade do Poder Judiciário. Tendo-se em conta que a sociedade complexa, repleta de conflitos nascidos em uma coletividade de consumo, exige respostas democráticas aos problemas levados à Jurisdição, e que as reformas visam o aperfeiçoamento da gestão judiciária, sem a preocupação com a qualidade das decisões, é de ser pensado um novo modelo de Jurisdição. Como consequência a revisão e criação de novos institutos para que consiga dar respostas adequadas aos problemas jurídicos da sociedade de urgência, decorrente do contexto contemporâneo de um Estado que se diz Democrático e de Direito. Nesse sentir, necessário pensar no desafio da transformação de um processo individualista para um processo coletivo. Um processo no qual o tratamento de conflitos em dimensão coletiva permitirá o acesso mais fácil à justiça e atenderá ao princípio da economia processual, promovendo, assim, a efetividade e a tempestividade na prestação da jurisdição, de modo a efetivar-se a garantia constitucional do tempo razoável de duração do processo.

**Palavras-chave:** Jurisdição. Função. Estrutura. Individualismo. Ações Coletivas.

## RIASSUNTO

Questo lavoro studia la necessità del superamento dell'individualismo processuale prendendo in considerazione un modello di processo che si critica. Parte dunque dalla critica dell'attuale sistema per provare a tracciare, partendo dalla pratica giurisdizionale costituzionale, una prospettiva di collettivizzazione del processo. A tal fine la ricerca prende atto, intanto, del fatto che i paradigmi che hanno informato la società industriale non sono più sufficienti per risolvere i conflitti nella società negli ultimi decenni. Partendo dal ruolo della legge, al fine di promuovere il cambiamento e superare una visione conservatrice, ci concentriamo sulle riforme che si sono affermate nel patto per una magistratura repubblicana allo scopo di contrastare il potere economico, circostanza che allontana il diritto dalla giustizia e costituisce una patologia, quando il lavoro è giocato su un campo meramente burocratico, che mira solo alla quantificazione dei processi. La ricerca di efficacia, quando si astiene dal prendere in considerazione ai fini desiderati, solo incentrata sulla prospettiva di quantificazione e il flusso, può essere vista come un male in sé, creando un distacco circa la stessa legittimazione del potere giudiziario. Tenendo conto che la società complessa, piena di conflitti nati in una società dei consumi, esige risposte democratiche ai problemi relativi alla Giurisdizione e riforme volte a migliorare la gestione giudiziaria, senza la preoccupazione per la qualità delle decisioni, si potrebbe pensare a un nuovo modello di Giurisdizione. Il risultato che si vuole raggiungere è la previsione e la creazione di nuovi istituti in grado di dare risposte adeguate ai problemi giuridici urgenti della società, derivanti dal contesto contemporaneo di un Stato che si dice democratico e del diritto. In questo senso, è necessario abbracciare la sfida della trasformazione del processo individuale in processo collettivo. Un processo in cui la soluzione dei conflitti nella dimensione collettiva permetterà un più facile accesso alla giustizia, in vista anche del rispetto del principio di economia processuale, in modo da ottenere un più efficace e tempestivo esercizio della giurisdizione, in ossequio alla garanzia costituzionale della ragionevole durata dei processi.

**Parole chiave:** Giurisdizione. Funzione. Struttura. Individualismo. Azioni collettive.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 O PROCESSO SOB CRÍTICA: A TENSÃO ENTRE FUNÇÃO E ESTRUTURA E O ESGOTAMENTO DE UM MODELO.....</b>	<b>16</b>
2.1 A SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO PROCESSUAL NA SOCIEDADE COMPLEXA.....	19
<b>2.1.1 A sociedade moderna e a origem do individualismo.....</b>	<b>23</b>
<b>2.1.2 O Constitucionalismo Comunitário como forma de superação do individualismo.....</b>	<b>29</b>
2.2 A NECESSIDADE DE IR ALÉM DO DEBATE ENTRE ESTRUTURA E FUNÇÃO.....	35
<b>2.2.1 Função do Direito: promover a mudança e reprimir a conservação através do aperfeiçoamento da função jurisdicional.....</b>	<b>39</b>
<b>2.2.2 Estrutura racionalista: a indispensável reaproximação do processo com o direito material.....</b>	<b>47</b>
2.3 AS REFORMAS QUE NÃO REFORMAM: OS PACTOS PARA UM JUDICIÁRIO “REPUBLICANO”.....	57
<b>2.3.1 Reformas processuais: a tensão entre a efetividade da jurisdição voltada aos valores constitucionais e a pretendida eficiência visada pelo Banco Mundial.....</b>	<b>60</b>
<b>2.3.2 A patologia da burocratização: a ausência do pensar em nome da busca pela produtividade .....</b>	<b>67</b>
<b>3 O PROCESSO QUE SE ALMEJA: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO COLETIVO ORIENTADO POR PRINCÍPIOS.....</b>	<b>73</b>
3.1 O PROCESSO COLETIVO: ALTERNATIVA POSSÍVEL PARA RACIONALIZAR O TRABALHO DO PODER JUDICIÁRIO?.....	77
<b>3.1.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas: situações idênticas recebendo tratamentos idênticos.....</b>	<b>80</b>
<b>3.1.2 <i>Microsistema</i> da tutela coletiva: legislação “descodificada” para regulação da tutela coletiva.....</b>	<b>86</b>
3.2 OS DESAFIOS À DOGMÁTICA PARA A COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO: INSTITUTOS REVISTOS, INSTITUTOS CRIADOS.....	92

<b>3.2.1 Institutos revistos: Legitimidade e coisa julgada nas ações coletivas.....</b>	<b>96</b>
<b>3.2.2 Institutos criados: <i>Amicus curiae</i> e audiência pública.....</b>	<b>105</b>
<b>3.3 O PRINCÍPIO DO PRAZO RAZOÁVEL DO PROCESSO HERMENEUTICAMENTE INTERPRETADO: ESCAPANDO DO “FLUXO” EM NOME DO DIREITO MATERIAL.....</b>	<b>111</b>
<b>3.3.1 A garantia constitucional da fundamentação da decisão judicial.....</b>	<b>115</b>
<b>3.3.2 Da discricionariedade à arbitrariedade: a busca da resposta correta.....</b>	<b>120</b>
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>127</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>137</b>

## 1 INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Vivendo a humanidade na sociedade da urgência, em um mundo que se modifica rapidamente, assentada se verifica a pressa como pressuposto de todas as conexões, mais precisamente das relações obrigacionais. Considerada a obrigação jurisdicional do Estado, no campo do direito processual a ligação do tempo com o direito assume considerável importância, tanto que a Lei Maior elevou ao *status* constitucional o tempo razoável de duração do processo, afigurando-se necessário que a tutela jurisdicional se adapte ou se desenvolva de acordo com a realidade cultural.

O direito assegurado a todos, no âmbito judicial e administrativo, da razoável duração do processo (inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988) configura-se em garantia fundamental decorrente da insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional, que deve ser efetiva, tempestiva e adequada.

O tema, proposto para a investigação científica, delimita-se no campo do direito constitucional e processual. Consiste na busca de um novo modelo de processo que tem por objeto a superação do paradigma individualista, em razão da evidência do crescimento progressivo dos processos coletivos para o tratamento dos problemas sociais, tendo como fundamento a economia processual e o efetivo acesso à Justiça.

Tendo em conta que o Estado ainda é responsável pela produção do direito e da jurisdição, pois a criação legislativa e jurisprudencial está a ele intimamente vinculada, pertinente à análise da (in)adequação do modelo vigente de jurisdição do paradigma racionalista, que se mostrou útil por longos anos na solução de conflitos individuais. Entretanto, diante da complexidade social e observada a Constituição, a jurisdição não pode ficar dissociada das transformações sentidas na contemporaneidade. Meras reformas e alterações legislativas não se mostram suficientes ao objetivo de reformas paradigmáticas no processo civil. Verifica-se a necessidade de uma releitura dos institutos processuais e do modelo dominante, com a criação de novos institutos, em busca de novas formas de atuação, para que a jurisdição consiga acompanhar as modificações da realidade cultural moderna e dar respostas adequadas aos chamados decorrentes dos novos direitos.

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi redigido em consonância com as regras do novo acordo ortográfico.

O trabalho será dividido em duas partes. No primeiro momento é analisando o processo que vigora, ainda sob a tradição romano-canônica, entendendo-se os conceitos jurídicos como produto de lógica pura, da mesma natureza que as categorias geométricas<sup>2</sup>, como algo dotado da mesma eternidade que a matemáticas.

Considerando que os paradigmas que informaram a sociedade industrial já não são mais suficientes para resolver os conflitos da sociedade nas últimas décadas, surge a necessidade da superação do individualismo processual, de perfil liberal-normativista, apresentando-se o constitucionalismo comunitário como forma de superar esse individualismo. Necessário ir além do debate entre função e estrutura para identificar a forma como a jurisdição possa dar respostas democráticas aos problemas jurídicos da sociedade complexa e de urgência, decorrente do contexto contemporâneo de um Estado que se diz Democrático e de Direito. Para tanto, vem enfocada a função do direito, no sentido de promover a mudança e reprimir a conservação através do aperfeiçoamento do desempenho jurisdicional e da necessária reaproximação do processo com o direito material. São questionadas as reformas havidas e a tensão entre a efetividade da jurisdição voltada aos valores constitucionais e a pretendida eficiência capitalista visada pelo Banco Mundial.

O julgamento visando apenas à quantidade sem a preocupação com a qualidade, a cada dia mais fragmentado, pode gerar patologias decorrentes da burocratização<sup>3</sup>, procurando-se identificar o problema de, em qual medida a adoção do processo coletivo pode ser capaz de promover a reforma estrutural e funcional da jurisdição e aproximar o judiciário das demandas da sociedade do século XXI e, assim, cumprir, subsidiariamente, a garantia constitucional do prazo razoável.

A idéia do estudo é analisar a necessidade da transformação da jurisdição diante das contingências do século XXI, com a adoção do processo coletivo, para poder concretizar a garantia constitucional do tempo razoável de duração do processo e acesso à Justiça de modo qualificado.

Para tanto, na segunda parte do trabalho, a abordagem se dá a partir de um modelo de processo que se busca tendo em conta as mudanças da política nacional e internacional que provocaram profundas alterações no Estado e, em decorrência dos

---

<sup>2</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia** - o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 299.

<sup>3</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 163-203.

compromissos firmados pela Constituição com a sociedade. Um deles garantindo, como direito fundamental, o tempo razoável de duração do processo, impondo-se traçar alguma perspectiva, a partir da jurisdição constitucional, na probabilidade da coletivização do processo. A proposição é visualizar a possibilidade de o processo coletivo ser visto como alternativa possível para democratizar o trabalho do Poder Judiciário, impondo à revisão dos institutos do processo consolidados em época passada, para dar-se lugar a criação de novos, observando-se o princípio do prazo razoável do processo hermenêuticamente interpretado, mas escapando do “fluxo” em nome do direito material. A aproximação do processo com o direito material impõe a prática de decisões fundamentadas, atendendo exigência do processo constitucional e democrático, garantia<sup>4</sup> disposta na Constituição Federal, na busca da resposta correta sem decisionismos e arbitrariedades<sup>5</sup>. A intenção não é expor o funcionamento das ações coletivas, elencando a sistemática das ações coletivas brasileiras, mas apenas sustentar a hipótese do processo coletivo promovendo a reforma estrutural e funcional da jurisdição como condição de possibilidade de tornar efetivo o princípio constitucional do prazo razoável de duração dos processos judiciais, adotando-se à pesquisa o método<sup>6</sup> fenomenológico-hermenêutico.

---

<sup>4</sup> Embora se refira a fundamentação como garantia, a doutrina a trata como princípio. Para tanto ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedine, 1997. p. 1124-1131. Também CASTRO, Fábio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico Brasileiro. *In: Revista AJURIS*, n. 90, Porto Alegre: 2003. pp. 131-144.

<sup>5</sup> Ver: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. **Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 310-311. O autor refere que “A idéia de resposta estará ligada, também e por conseqüência, à fundamentação, mas não como fundamentação apodíctica. Aqui, reside o diferencial. Trata-se de inserir na hermenêutica jurídica as teses da ontologia fundamental que fundamentam a fenomenologia hermenêutica, para superar a ‘resposta transcendental’ produzida pelas teorias da consciência. No lugar do sujeito solipsista, auto-suficiente, ‘consciente de si’, colocam-se os limites desse sujeito, que são as condições histórico-concretas (sempre lembrando a questão da tradição, da coerência e da integridade, para inserir essa questão na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica). Estas são as bases a partir das quais deve ser compreendida a ‘resposta correta’ proposta na presente obra”. Ver também: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>6</sup> O Dicionário de Filosofia de Niccola Abbagnano: conceitua método como “um procedimento de investigação organizado, repetível e autocorrigível, que garanta a obtenção de resultados válidos”. (ABBAGNANO, Niccola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1998, p. 668). O método fenomenológico destina-se a empreender pesquisas sobre fenômenos humanos, vividos e experienciados, através de descrições de experiências. No presente estudo, a partir da investigação acerca da origem do individualismo e de sua determinação na configuração da jurisdição que se mantém vigorante por décadas, mas, que se mostra insuficiente na contemporaneidade, busca-se um novo modelo, o que impõe uma releitura dos institutos de Processo Civil, que se obtém a partir de um olhar fenomenológico-hermenêutico. Ver: MOREIRA, Daniel Augusto. **O método fenomenológico na pesquisa**. São Paulo: Thomson, 2002.

Para tanto os objetivos específicos são de identificar a necessidade da superação do individualismo processual a fim de provocar novo conceito de Jurisdição, com a mudança estrutural do processo civil brasileiro em favor do prazo razoável; analisar as reformas que na realidade nada modificam se não houver uma integração entre a técnica processual e a função jurisdicional a fim de viabilizar as tutelas prometidas na Constituição e, diante do contexto, verificar se o processo coletivo configura-se em uma alternativa possível para concretizar o acesso à justiça de modo qualificado, buscando o princípio da economia processual e obtendo provimento jurisdicional em tempo razoável.

Assim, a partir da garantia fundamental do direito ao prazo razoável de duração do processo, cumpre ao direito processual o poder de construir um tempo específico para o processo, de modo a superar o mero funcionalismo ou normativismo absoluto e obediente ao poder econômico que exige quantidade sem a preocupação com a qualidade, efetividade<sup>7</sup> ou com a justiça das decisões.

O tema enquadra-se na linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, na perspectiva de que o tempo razoável de duração do processo é garantia insculpida na Constituição Federal e se encaixa, dentre outras, na disciplina de Jurisdição e Processo do Mestrado e, portanto, condiz com o Programa de Pós-Graduação oferecido pela instituição.

É de importância social, na medida em que as transformações ocorridas na sociedade trazem enormes reflexos ao Poder Judiciário, sendo a morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia das decisões tema de discussões constantes, circunstâncias que geram impunidade e descrença dos cidadãos quanto ao regime democrático, retardando o desenvolvimento do país e propiciando a inadimplência.

---

<sup>7</sup> “[...] *efetividad se opone a formalismo en tanto que éste hurta al ciudadano la solución del problema de fondo planteado, por cuestiones secundarias a la finalidad de la norma. De ahí que el antiformalismo sea un principio inspirador del derecho a la tutela judicial*”. Bernal elenca, ainda, quatro tipos de efetividade, segundo o maior ou menor grau de formalidade: “*de primer grado que garantizaría simplemente al ciudadano la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional; una efectividad de segundo grado, que exigiría además que la respuesta del órgano jurisdiccional resolvería realmente el problema planteado; una efectividad de tercer grado que garantizaría que la solución al problema planteado fuera razonable y extraída del ordenamiento jurídico e una efectividad de cuarto grado, que aseguraría la ejecución de la decisión tomada*”. (CHAMORRO BERNAL, Francisco. **La tutela judicial efectiva**. Barcelona: Bosch, 1994. pp. 277 e 278).

É de relevância social, pois os jurisdicionados esperam que seus conflitos recebam da jurisdição uma resposta, e que realmente seu problema seja resolvido com base no ordenamento jurídico. Ainda, que lhes seja assegurada a execução da decisão, em tempo razoável, de modo que a prestação jurisdicional lhe seja eficiente e útil. Relevância política mostra o estudo considerando que o julgamento dos processos em tempo hábil implica em equilíbrio nas relações de poder, tendo em conta que o monopólio da jurisdição ainda pertence exclusivamente ao Estado. A importância científica vem demonstrada a partir da discussão acerca da necessária superação do individualismo processual e da desobstrução da jurisdição, voltada exclusivamente para a solução dos conflitos de ordem individual, para dar vazão a uma jurisdição preocupada com a sociedade da urgência, com a criação de novos institutos, voltando-se ao processo coletivo como forma de construir uma nova praxe jurisdicional e social. Nesses termos, é utilizado o método histórico no enfoque da necessária superação do processo individualista e por não mais se afigurar adequado para a solução dos litígios de forma tempestiva; o método comparativo, para analisar o descompasso entre o processo criticado e o que se busca diante dos chamados da contemporaneidade, decorrentes da complexidade social, dos novos direitos e da globalização. Por fim, o método estruturalista, pois a pesquisa parte da investigação de um fenômeno concreto e sugere uma possível solução, partindo de uma análise do modelo de processo individual, para, focar viabilidade de construção de um novo paradigma através da prática das ações coletivas como forma de efetividade e tempestividade processual, a fim tornar concreto o princípio constitucional de que a todos é garantido tempo razoável de duração do processo.

O presente estudo é realizado através de referências bibliográfica e virtual, buscando, para a resolução da questão proposta, a partir da Constituição e da legislação vigente, uma nova perspectiva para a jurisdição, através da tutela coletiva fundada na efetivação dos direitos sociais fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988. Utiliza diversas fontes bibliográficas, tendo presente a relevância dos estudos dos Professores Ovídio Baptista da Silva, sendo referência a obra *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*; para a abordagem da origem do individualismo é utilizada, dentre outras, a obra de Louis Dumont. No debate entre função e estrutura a base são as obras de Norberto Bobbio e de Ovídio Baptista da Silva. Para a análise do constitucionalismo comunitário são relevantes autores como Giselle Cittadino, Ronaldo Dworkin e Kant. Como embasamento para o desenvolvimento de todo o trabalho são

essenciais os ensinamentos de Lenio Luiz Streck e de Jânia Maria Lopes Saldanha. A exposição, com base na doutrina assinalada e indicada durante o curso segue a metodologia de interpretação social no que diz com a superação do individualismo processual para a concretização dos direitos de toda a coletividade através do processo coletivo.

Feitas essas considerações introdutórias, espera-se que o presente estudo seja útil à comunidade jurídica, sem pretender esgotar a temática em razão dos diversos e possíveis enfoques de abordagem e da amplitude da proposição.

## 2 O PROCESSO QUE SE CRITICA: A TENSÃO ENTRE FUNÇÃO E ESTRUTURA E O ESGOTAMENTO DE UM MODELO

A jurisdição, em sua função estatal, é de ser vista como um complexo de poderes e deveres, com o fim de aplicar a lei ao caso concreto, substituindo a vontade das partes, sendo o processo<sup>8</sup> o elemento essencial à atividade jurisdicional. Então, considerando que a jurisdição atua por meio do direito processual, e levando-se em conta a intensificação dos chamados a ela, impõe-se questionar se os atores que lhe produzem animação e se sua função e estrutura estão sendo compatíveis para as demandas deste novo século.

Esse modelo de jurisdição, de origens na tradição romano-canônica<sup>9</sup> e monopolizado pelo Estado, vem tentando acompanhar as mudanças estruturais da política internacional e nacional que transformam o Estado. Pode-se dizer que na contemporaneidade o direito vem se afastando da justiça, aproximando-se cada dia mais do poder<sup>10</sup>. Poder aqui entendido não como a capacidade de agir de comum acordo, conforme preconizava Hannah Arendt, decorrente do poder comunicativo desenvolvido em esferas públicas não deformadas<sup>11</sup>, mas como compreendido por Max Weber<sup>12</sup>: poder significando a possibilidade de impor, numa relação social, a própria vontade contra vontades opostas. Castanheira Neves, recordando os pressupostos que

---

<sup>8</sup> Carnelutti afirmou que se os homens andassem de acordo, com civilidade, não haveria a necessidade de processo, mencionando que “*El bacilo de la discordia es el conflicto de intereses. Quien tiene hambre, tiene interés en disponer del pan con que saciarse; si son dos los que tienen hambre y el pan no basta más que para uno, surge el conflicto entre ellos. Conflicto, que, si los tales son inciviles, se convierte en una lucha: en virtud de esta, el más fuerte se sacia y el otro continúa con hambre. En cambio, si fuesen enteramente civiles o civilizados, se dividirían el pan, no según sus fuerzas, sino según sus necesidades. Pero puede darse también un estado de ánimo del que no surja la lucha, pero del que puede surgir de un momento a otro: uno de los dos quiere todo el pan para sí y el otro se opone a ello. Una tal situación no es aún la guerra entre ambos, pero la contiene en potencia por lo cual se comprende que alguien o algo deba intervenir para evitarla. Ese algo es el proceso*”. (CARNELUTTI, Francesco. **Cómo se hace un proceso**. 3.ed. Bogotá-Colombia: Temis S.A., 2007. pp. 23 e 24).

<sup>9</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>10</sup> O processo vem sendo utilizado como estratégias governamentais de exercício do poder estatal. Ver doutrina sobre o assunto em SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Sobre o direito apresentando problemas em sua autonomia, a ponto de ser atingida sua própria subsistência, ver CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O Direito hoje e em que sentido**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

<sup>11</sup> “[...] esse poder comunicativo somente pode se desenvolver em esferas públicas não deformadas, somente pode surgir das estruturas de intersubjetividade não danificadas de uma comunicação não distorcida”. (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia: contribuição para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 51).

<sup>12</sup> Referido por Marcelo Cattoni, na obra acima citada, p. 50.

determinava o paradigma moderno-iluminista, refere que na lei se encontravam presentes a universalidade, a índole formal, a validade racional e a racionalidade normativa, pressupostos que garantiam a autonomia do direito relativamente à política. Entretanto, na atualidade, o que se vê é um direito transformado num fato exclusivamente político<sup>13</sup>.

Embora a idéia de que o Poder Judiciário tenha como uma das suas prerrogativas a independência, na atualidade o processo civil tem servido como estratégia de poder<sup>14</sup> quando lhe são impostas reformas que não reformam (2.3), quando são editadas normas impeditivas de liminares dizendo como deve ser dito o direito<sup>15</sup>, de forma a afetar a independência funcional do magistrado em sua atuação profissional.

Essa conseqüência, de ter o direito tornado-se função de outros interesses estranhos à idéia de justiça<sup>16</sup>, é vista como um braço do individualismo pragmático que constitui o cerne da ideologia contemporânea.

A jurisdição moderna decorre do processo político de (trans)formação do Estado, sendo o monopólio estatal da jurisdição o resultado natural da formação do

---

<sup>13</sup> “Ora, tudo isso se acaba por abandonar para ver no direito, e na sua juridicidade, apenas um sistema, se não apenas o acervo, de prescrições legais providas de um poder legislativo democraticamente legítimo. Ou seja, a politicidade do direito-lei que como se suspendia pela mediação, ou na mediação, daquela racionalidade jurídica (que não deixava de converter-se numa específica racionalidade dogmática) é directamente assumida sem estações intermédias ou autonomizantes e o direito-lei torna-se um facto político, um facto pura e exclusivamene político”. (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. In: AVELÃS NUNES, Antonio José Almedina; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O direito e o futuro** - o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008. p. 35).

<sup>14</sup> Ver abordagem sobre o uso do processo civil como estratégia de poder em capítulo intitulado “Micromodelo processual civil brasileiro no contexto da judicialização da política”, no qual Carlos Augusto Silva (Op.cit. pp. 161-233) enfoca o caso das normas impeditivas de liminares e os posicionamentos de juristas sobre a inconstitucionalidade destas normas.

<sup>15</sup> “A conclusão, portanto, é a seguinte: dizer o direito – *ius dicere* – era uma função do Pretor, hoje é função do legislador. Quem exerce a jurisdição, tal como a exercia o Pretor romano, é o Poder Legislativo. A jurisdição que nossos magistrados exercem é uma função delegada, como era a exercida pelo *iudex*. A diferença entre as duas situações, como se vê, é extraordinária e de grande relevância para a compreensão do Direito. Enquanto o Pretor não criava direito abstrato, o legislador moderno cria normas. Este é o resultado final do fenómeno conhecido como monopólio estatal da jurisdição, que determinou a funcionalização do Direito, de que se lamenta, com razão, Castanheira Neves, de um direito que perdeu a essência, para o qual a idéia de justiça é cada vez mais indiferente”. (BATISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 279).

<sup>16</sup> “O Direito, tornou-se uma função de outros interesses, sejam políticos ou econômicos, porém, de qualquer modo interesses estranhos a idéia de Justiça. No fundo, esta conseqüência não é mais do que um braço do individualismo pragmático que constitui a essência da ideologia moderna, que de um modo ou de outro, nos governa”. (BATISTA DA SILVA, Ovídio A. Da função à estrutura, in: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 89).

Estado<sup>17</sup>. E, enquanto a *iurisdictio* se mantinha desligada do Estado, embora expressão do império romano, a jurisdição moderna tornou-se um instrumento do Estado, apresentando permanente tensão entre a busca da eficiência e a sua efetividade em termos de valores e de aproximação da sociedade<sup>18</sup>. É um serviço público fornecido através de um dos poderes do Estado, o Judiciário, que, segundo o Relatório de atividades do Supremo Tribunal Federal<sup>19</sup>, tem vivenciado uma nova etapa de atuação em favor do aperfeiçoamento da função jurisdicional. Entretanto, esse mesmo Poder se vê dominado pelo racionalismo e pelo dogmatismo, apresentando insuficiências estruturais<sup>20</sup> circunstâncias que, todavia, não são percebidas pelos juristas e processualistas que se restringem a tentar melhorar seu funcionamento como se os problemas decorressem apenas da funcionalidade (2.2). Diante da necessidade de reformas urgentes, surgem Pactos de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano com o fim de implementar a reforma constitucional do judiciário, visando o seu aprimoramento.

---

<sup>17</sup> “O monopólio da jurisdição é o resultado natural da formação do Estado, que traz consigo conseqüências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros, afastou definitivamente a possibilidade de reações imediatas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses. Para o segundo, o monopólio criou o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, a qualquer pessoa que o solicite”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos Tribunais como pretensão à tutela jurídica, in: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 102).

<sup>18</sup> “Porém, há aqui uma tensão (in)visível entre esses dois pólos, sempre negada, em nome da necessidade de estandarização ditada pelos interesses neoliberais. Se perguntassem sobre a unidade da Jurisdição, traço que a caracteriza desde as primeiras teorizações modernas que foram realizadas ao seu respeito, poderia ser dito que não passa de aparência. A crença na Jurisdição isenta e distante dos influxos das forças políticas e econômicas não passa de uma quimera. Caminha ao largo da vontade da sociedade. Erige-se comprometida com o perfil de Estado e com as forças hegemônicas do mercado. Dividir-se entre ser eficiente e ser efetiva é a sua marca contemporânea. Encontra-se partida ao meio. A pergunta que fica é se ainda é possível resgatar sua inteireza? Todavia, é certo opor eficiência e efetividade? Vício e virtude? Ora, em geral o óbvio é sempre o mais difícil de demonstrar”. (LOPES, Jânia Maria. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. in: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2009**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. pp. 75 e 76).

<sup>19</sup> No Relatório referente ao ano de 2008, o STF refere uma mudança sem precedentes decorrente do instituto da Repercussão Geral, gerando um descongestionamento, de modo a permitir uma redução de 41,7% dos processos distribuídos, até 15/12/08. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/STF\\_Relatorio\\_de\\_Atividades\\_2008\\_capa2.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/STF_Relatorio_de_Atividades_2008_capa2.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2010. O STF considerou o ano de 2009 um dos mais produtivos da história, tanto no que diz com o número de julgados, no que se refere a medidas que visam o aperfeiçoamento dos serviços jurisdicionais, com a valorização dos servidores e com a aproximação do judiciário com os cidadãos. (Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/principaldestaque/anexo/relatorio\\_stf\\_2009\\_\\_18032010\\_\\_qualidade\\_web\\_\\_orcamento.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/principaldestaque/anexo/relatorio_stf_2009__18032010__qualidade_web__orcamento.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2010).

<sup>20</sup> BATISTA DA SILVA, Ovídio A. Da função à estrutura. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Ocorre que o direito processual herdado do direito romano estava preparado e comprometido apenas com a preservação dos interesses privados individuais. Entretanto, os instrumentos processuais que se mostravam suficientes para a solução dos litígios havidos na sociedade liberal, perderam agora sua funcionalidade, diante dos novos conflitos coletivos. E, considerando que o novo constitucionalismo apresentou como característica principal, uma Constituição compromissária e dirigente e assim, questões que antes eram resolvidas apenas no âmbito das decisões políticas, passaram a ser objeto de intervenção judicial, houve um aumento no número de demandas. A conseqüência é que os princípios antes reguladores do direito, com enfoque apenas ao indivíduo, não conseguem mais responder aos postulados decorrentes dos direitos difusos, transindividuais ou metaindividuais<sup>21</sup> reclamando a superação do modelo vigente.

Como não se pode compreender o direito processual afastado de seu contexto social, necessária a reaproximação do processo com o direito material, exigindo a modificação do paradigma de perfil liberal<sup>22</sup>, no qual a jurisdição era buscada apenas para resolver conflitos individuais, para o modelo social, empenhado com os valores democráticos, onde a jurisdição é chamada para concretizar valores constitucionais ordenando a superação do individualismo processual (2.1).

## 2.1 A SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO PROCESSUAL NA SOCIEDADE COMPLEXA

Considerando que a sociedade complexa<sup>23</sup> repleta de conflitos nascidos em uma coletividade de consumo, na qual as pessoas deixaram ser vistas de modo singular, pois

---

<sup>21</sup> O Código de Defesa do Consumidor, criado através da Lei Federal n. 8.078/90, traz em seu Título III, mais precisamente no artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, os conceitos de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, invocando um tema que até então não havia sido aclarado por nenhuma legislação nacional de forma expressa.

<sup>22</sup> “O desafio que se impõe é a denúncia dos traços contemporâneos da Jurisdição e do processo para compreendê-los no vasto e profundo campo das transformações político-sociais e, desse modo, sugerir caminhos possíveis para aproximá-la da Justiça, valor perdido quando o Direito subsumiu-se na lei. E perguntar se o sistema judiciário premido pela pressa, sujeito passivo e ativo dessas transformações, está preocupado com suas respostas?”. (LOPES SALDANHA, Jânia Maria. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. p. 76).

<sup>23</sup> Sociedade complexa “na qual a divisão social do trabalho e a distribuição de riquezas delineiam categorias sociais distinguíveis com continuidade histórica, sejam classes sociais, estratos, castas [...] a noção de complexidade traz também a idéia de uma heterogeneidade cultural que deve ser entendida como a coexistência, harmoniosa ou não, de uma pluralidade de tradições cujas bases podem ser ocupacionais, étnicas, religiosas [...]”. (VELHO, Gilberto. **Individualismo e Cultura**: Notas para uma Antropologia da Sociedade Contemporânea. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987. p. 16).

foram transformadas em mercadorias<sup>24</sup>, exige respostas democráticas aos problemas levados à Jurisdição, imprescindível ultrapassar-se o conceito de lide individual para conceber-se o processo judicial como fenômeno social de massas<sup>25</sup> impondo-se pensar um novo modelo de justiça<sup>26</sup> capaz de atender a sociedade da urgência, da modernidade líquida preconizada por Baumann<sup>27</sup> e sem valores, conforme definida por Castanheira Neves<sup>28</sup>. O contexto moderno vem caracterizado como sendo a era em que a vida social passa a ter como centro a idéia da existência do indivíduo, pessoa considerada isoladamente, e do individualismo, com a tendência de pensar apenas em si próprio, demarcados por uma crescente autonomia em relação à vida comunitária e social<sup>29</sup>.

O direito é pensado como sendo a preponderância da pretensão de uma pessoa sobre a vontade de outra, caracterizando-se pelo conflito, evidente sinal do individualismo. Ocorre que o excessivo individualismo tem sido considerado um dos vícios a debelar a jurisdição e o processo<sup>30</sup>, impondo-se colocar em prática o constitucionalismo comunitário a fim de ultrapassar o enraizado individualismo processual. Apesar de o individualismo ser considerado a base filosófica da democracia<sup>31</sup>, é importante perceber que a democracia deve ser entendida como um

---

<sup>24</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 108).

<sup>25</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**. São Paulo: n. 5, jan/mar.1977. pp. 128-159.

<sup>26</sup> Cappelletti, abordando a tutela de interesses coletivos, refere o surgimento de uma nova concepção de justiça, salientando que “Estamos assistindo ao lento mas seguro declínio de uma concepção individualística do processo e da justiça. Todos os princípios, os conceitos, a estrutura, que eram radicais naquela concepção, parecem cada vez mais insuficientes a dar uma aceitável resposta ao problema de assegurar a necessária tutela por novos interesses difusos e de grupo, tornados vitais para a sociedade moderna”. (Op.cit., p. 156).

<sup>27</sup> Modernidade líquida é expressão usada pelo sociólogo Zygmunt Bauman que utiliza os termos “liquidez” e “fluidez”, de forma metafórica, para descrever a fase atual da modernidade. O autor analisa como se deu a passagem da modernidade “pesada” para uma modernidade “leve” e “líquida”, afetando os mais variados aspectos de nossa vida, impondo-se despertar a autoconsciência, a compreensão e a responsabilidade dos indivíduos visando à promoção da autonomia e liberdade. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001).

<sup>28</sup> “[...] o direito como simples regulador funcional de uma sociedade individualista e sem valores, só interessada quer politicamente quer estrategicamente em reivindicantes ‘liberdades’, tornadas ‘direitos’ subjetivos sem deveres.” (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O Direito hoje e em que sentido**. p. 11).

<sup>29</sup> “[...] a sociedade dando forma à individualidade de seus membros, e os indivíduos formando a sociedade a partir de suas ações na vida, enquanto seguem estratégias plausíveis e factíveis na rede socialmente tecida de suas dependências. A apresentação dos membros como indivíduos é a marca registrada da sociedade moderna”. (BAUMAN, Zygmunt. Obra acima citada, p. 39).

<sup>30</sup> LOPES SALDANHA, Jânia Maria. **A intensificação do chamado à jurisdição**: vícios e virtudes do processo brasileiro. (Disponível em: <[http://www.eldial.com.ar/suplementos/procesal/tcdNP.asp?id=4158&id\\_publicar=7001](http://www.eldial.com.ar/suplementos/procesal/tcdNP.asp?id=4158&id_publicar=7001)>. Acesso em: 11. out. 2009).

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 10.ed. São Paulo: Paz e Terra. 2006.

conjunto de normas de procedimento para conceber decisões coletivas. Este entendimento leva a crer que a convivência na sociedade democrática implica tolerância<sup>32</sup> com a diversidade existente, com a identidade cultural de cada ser, pois “[...] não pode haver regime democrático quando exigimos que nossos interesses e valores sejam aceitos como absolutos; não haverá democracia se formos incapazes de conviver com a diversidade, com os valores do outro”<sup>33</sup>. Ocorre que reconhecer os valores do outro não é tão simples como possa parecer. Inúmeros conflitos decorrem da desconsideração de diferenças culturais, de raça, de orientação sexual, enfim de questões sobre as quais a filosofia política e social contemporânea tem se debruçado. Diante de várias teorias para a compreensão desses conflitos sociais, tem-se mostrado proveitoso o modelo teórico que centraliza as questões de reconhecimento proposto por Axel Honneth, recorrendo ao pensamento de Hegel, que enfoca fases inerentes à formação do espírito e fundamentais à realização da autonomia e individuação da pessoa<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> A tolerância abre espaço para um princípio universal que é a obrigatoriedade do reconhecimento da diferença. Entretanto “a tolerância não se esgota na dimensão moral. O liberalismo, segundo Walzer, se contenta com a idéia de tolerância moral, que permite a cada um viver segundo suas próprias convicções. Mas é a tolerância política a regra da democracia. É ela que permite uma confrontação ativa destas convicções, crenças e engajamentos singulares. Ainda que as identidades sociais sejam irreduzíveis a qualquer padrão único ou universal, ainda que o particularismo seja a marca da natureza humana, nada disso inviabiliza uma coexistência pacífica. Se o consenso definitivo é inalcançável e se estamos condenados a viver em meio ao conflito, é a tolerância política que faz da política democrática uma atividade permanente”. (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. 88).

<sup>33</sup> BATISTA DA SILVA, Ovídio A. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acessado em: 07 nov. 2009.

<sup>34</sup> A teoria do reconhecimento elaborada por Axel Honneth procura avaliar os conflitos recorrendo ao pensamento de Hegel no sentido de que a luta social não é uma luta por poder, mas uma luta por reconhecimento. A esfera social, não definida como espaço de luta, mas espaço de eticidade, possibilitando aos sujeitos se autoreconhecerem. Nessa perspectiva, os atores da vida social devem ser compreendidos no contexto moral e cultural em que estão inseridos. Assim como Hegel expôs três etapas essenciais da formação do espírito: subjetivo, efetivo e absoluto, definindo os conceitos de amor, direito e eticidade, relacionados à família, à sociedade civil e ao Estado, necessários à realização da autonomia e individuação da pessoa, também Honneth enfoca o amor como a primeira confirmação da individualidade, como elemento fundamental para que o indivíduo se reconheça, sendo o sentimento que lhe dará autoconfiança para agir e participar da formação política na sociedade institucionalizada; o direito como forma de reconhecimento da pessoa no contexto social e no conceito intersubjetivo da eticidade invocado por Hegel, como o reconhecimento solidário da singularidade individual. O autor sustenta que “As formas de reconhecimento do amor, do direito e da solidariedade formam dispositivos de proteção intersubjetivos que asseguram as condições da liberdade externa e interna, das quais depende o processo de uma articulação e de uma realização espontânea de metas individuais de vida: além disso, visto que não representam absolutamente determinados conjuntos institucionais, mas somente padrões comportamentais universais, elas se distinguem da totalidade concreta de todas as formas particulares de vida na qualidade de elementos estruturais”. (HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Edições 34, 2003. pp. 95 e 96).

O pluralismo vem consignado na Carta Maior como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e, nesse sentido a preocupação, na Constituição Federal de 1988, ao modificar o modo de legitimação para agir em juízo. A disposição de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, sem qualificá-lo como direito individual, como preconizado pelas Constituições anteriores<sup>35</sup>, assinala tacitamente a necessidade da superação do individualismo processual.

Certo que sem indivíduo não há sociedade, sem sociedade não se pode pensar em indivíduo, e embora, na contemporaneidade, muito distantes os conceitos necessários de virtude e lei justa<sup>36</sup> preconizados na Ética de Aristóteles, configurando-se a lei expressão de interesses<sup>37</sup>, a virtude e a lei justa devem ser recordadas para se pensar um novo modelo de Jurisdição, pois a concepção puramente individualista focaliza apenas os homens, em detrimento da sociedade. E, a sociedade, a partir da democracia moderna<sup>38</sup> vem caracterizada pelo poder do indivíduo, como detentor do direito na tomada de decisões coletivas, de modo que o indivíduo não pode existir como se não exercesse papel algum na sociedade<sup>39</sup> pois cada pessoa significa para a outra um elo nas cadeias que as prendem.

---

<sup>35</sup> Jânia Saldanha refere que “[...] o direito, para além do simples texto da lei, tem sua substância moldada pela Constituição e que o juiz, para além de um funcionário público e do objetivo de resolução de um conflito intersubjetivo, é um agente de poder que, através da interpretação/hermenêutica da lei e do controle da constitucionalidade, faz valer os princípios constitucionais que estão sempre por trás de toda e qualquer lei”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição constitucional e o caso da ADIn 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. **Revista de Processo** n. 154, ano 32, dezembro de 2007. p. 270).

<sup>36</sup> “A virtude, na esfera do indivíduo, e a lei justa, na esfera da sociedade, exercem função terapêutica. No caso do indivíduo, a dinâmica do desejo tende ao excesso, devendo ser regida pelo métron da virtude. No caso da sociedade, a dinâmica do poder é habitada pela hybris da violência, devendo ser regida pelo logos presente na lei justa.” (AQUINO, Marcelo Fernandes. **Os gregos e nós** – Raízes da comunidade ético-política. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 138).

<sup>37</sup> Luiz Alberto Warat refere ser “pouco plausível o uso do Direito como formador de sentido democrático de uma sociedade, se o mesmo não admite o valor positivo do conflito, se escamoteia, em nome de uma igualdade formal e perfeita, as desigualdades econômicas e culturais, se esquece que a lei é sempre expressão de interesses e de práticas de poder”, *In*: **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 22.

<sup>38</sup> “Da concepção individualista da sociedade, nasce a democracia moderna (a democracia no sentido moderno da palavra), que deve ser corretamente definida não como o faziam os antigos, isto é, como o “poder do povo”, e sim como o poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais...”. (BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 119).

<sup>39</sup> “[...] cada pessoa singular está realmente presa; está por viver em permanente dependência funcional de outras; ela é um elo nas cadeias que ligam outras pessoas, assim como todas as demais, direta ou indiretamente, são elos nas cadeias que as prendem. Essas cadeias não são visíveis e tangíveis, como grilhões de ferro. São mais elásticas, mais variáveis, mais mutáveis, porém não menos reais, e de certo não menos fortes. E é a essa rede de funções que as pessoas desempenham umas em relação a outras, a ela e a nada mais, que chamamos ‘sociedade’”. (ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 23).

Considerando que o presente item pretende focar a necessidade de superação do individualismo processual como fator principal para a mudança do modelo de jurisdição, inicia-se investigando acerca das suas origens.

### 2.1.1 A sociedade moderna e a origem do individualismo

O paradigma individualista, do ponto de vista filosófico, tem origem tanto no iluminismo quanto no romantismo, remontando ao humanismo e ao racionalismo renascentistas<sup>40</sup>, sendo a idéia do homem, como centro do universo, essencial na passagem do mundo medieval ao mundo moderno.

Conforme Louis Dumont<sup>41</sup>, as raízes do individualismo remontam à cultura judaico-cristã, para quem o cristão é um indivíduo em relação a Deus, o que poderia ter possibilitado a emergência do indivíduo na definição moderna. Louis Dumont definiu o individualismo como valor fundador das sociedades modernas, salientando que embora seja conceito que permeie a sociedade ocidental, o individualismo não se desvendou de um dia para outro em nosso meio<sup>42</sup>.

O autor explica que as sociedades dos primeiros séculos do cristianismo se caracterizavam pela proteção da Igreja, que era ligada diretamente ao Estado. Relaciona o indivíduo com duas definições básicas: a do indivíduo-no-mundo, visto em uma ideologia holista, na qual o valor se encontrava na sociedade como um todo e do indivíduo-fora-do-mundo, caracterizado como o renunciante, que buscava o valor supremo em si mesmo, distanciando-se do mundo social. Remonta a história do cristianismo, que, segundo ele, apresenta o ponto de partida do individualismo, pois demonstra o surgimento do renunciante, do indivíduo estranho ao mundo. Segundo Dumont, os ensinamentos de Cristo e de Paulo colocam em evidência a idéia de que o

---

<sup>40</sup> RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjetividade. Tradução Maria João Batalha Reis. Lisboa/Portugal: Instituto Piaget, 1989.

<sup>41</sup> DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa/Portugal: Dom Quixote, 1992.

<sup>42</sup> "[...] a configuração individualista de idéias e valores que nos é familiar não existiu sempre nem aparece de um dia para outro. Tem-se feito remontar a origem do 'individualismo' mais ou menos longe, sem dúvida segundo a idéia que dele se tem ou a definição que a definição que dele se adota. [...] Basta sabermos olhar: os tratados considerados políticos de Locke contêm o registro de batismo da propriedade privada: a filosofia política de Hegel dá a forma do Estado à comunidade por oposição à simples sociedade civil". (DUMONT, Louis. Op. cit., p. 22).

cristão é um indivíduo-em-relação-com-Deus. Descreve um individualismo extramundano, que manifestaria uma dicotomia entre as exigências do mundo e a revelação divina e que, mais tarde, desembocaria na oposição entre poder divino e poder terrestre, embora nunca de forma absoluta. Neste contexto cabe ênfase para Calvino que apresenta uma continuidade da obra de Lutero, mas fornece idéias originais, o que abre novas perspectivas para o desenvolvimento do individualismo. É Calvino, segundo Dumont, que rompe com o elemento mundano antagônico e transforma o indivíduo-fora-do-mundo em indivíduo-no-mundo e, assim, individualismo passa a imperar sem restrições nem limitações. Isto ocorre devido ao fato de que o homem, para Calvino, é impotente diante da onipotência de Deus, e que a vontade divina elege certos homens e reprovava outros, sendo que a tarefa do eleito a fidelidade a esta tarefa que comprova a eleição.

Também na figura do renunciante na Índia<sup>43</sup>, Dumont vê a possibilidade de se entender a origem do individualismo. A proposição de Dumont é que o renunciante na Índia é responsável pelas inovações religiosas e possui uma plena independência.

De acordo com Dumont, o renunciante basta-se a si mesmo, só se preocupa consigo mesmo. O comportamento do renunciante definido por Dumont é semelhante ao do indivíduo moderno, mas com uma diferença fundamental: enquanto o renunciante vive fora do mundo, nós vivemos no mundo social<sup>44</sup>. Já no pensamento contratualista que inspirou a Revolução Francesa são os indivíduos que se tornam os portadores de direitos com o triunfo do indivíduo<sup>45</sup>, como indicado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembléia Constituinte Francesa em 26/08/1789. Surge a definição de que os homens nascem livres e iguais em direito, tendo a associação política a finalidade de “assegurar a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão; a lei passa a ser considerada como expressão da vontade geral e

---

<sup>43</sup> “[...] o renunciante basta-se a si mesmo, só se preocupa consigo mesmo. O pensamento dele é semelhante ao do indivíduo moderno, mas com uma diferença essencial: nós vivemos no mundo social, ele vive fora deste. Foi por isso que chamei o renunciante indiano um ‘indivíduo-fora-do-mundo’. Comparativamente, nós somos ‘indivíduos-no-mundo’, indivíduos mundanos; ele é um indivíduo extramundano”. (DUMONT, Louis. Op. cit. p. 38).

<sup>44</sup> “[...] a sociedade é, primariamente, a soma dos indivíduos vinculados extrinsecamente pelo pacto social. O princípio igualitário é o fundamento que possibilita a universalização do Direito natural moderno. Por princípio igualitário, entende-se a igualdade dos indivíduos como unidades isoladas, numericamente distintas no estado de natureza. A socialidade humana é pensada a partir da causalidade mecânica, que rege a cooptação das partes elementares a partir do átomo social que é o indivíduo e a composição das formas a partir da força social elementar que é o egoísmo individual”. (AQUINO, Marcelo Fernandes. Op.cit. p. 140).

<sup>45</sup> RENAUT, Alain. Op. cit. pp. 65-104.

todos os cidadãos têm o direito de participar, com liberdade de expressão”<sup>46</sup>. Conforme explicitado por Bobbio<sup>47</sup>, a Revolução Francesa, rompendo a continuidade do curso histórico, provocou uma inversão na relação entre governante e governados, passando a relação política a ser encarada do ponto de vista do cidadão e não mais do soberano. Neste contexto, a modernidade herdou um individualismo fundamentado na liberdade e igualdade<sup>48</sup>.

Entretanto, juntamente com o contrato surge o capitalismo desenfreado com a busca da riqueza com bem supremo, num processo de racionalização da conduta individual, sendo a cultura do dinheiro fator individualizador dos homens<sup>49</sup>.

O ser humano, em razão de viver para adquirir bens, para o consumismo exagerado, perde o sentido da sua vida.

Abandonado à sua própria racionalidade surge um novo sujeito, pós-moderno, vivendo o imediatismo, em uma época na qual todos sonham com o papel principal, caracterizando os sujeitos desconectados da comunidade<sup>50</sup>.

O indivíduo é apenas mais um no contexto que forma a contemporaneidade marcada por uma sociedade complexa, por uma crise global da civilização humana,

---

<sup>46</sup> Artigos 1º, 2º e 6º. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs\\_declaracoes/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2010.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 113.

<sup>48</sup> Michael Walzer fala que a igualdade e liberdade são uma falácia, cita quatro tipos de restrições involuntárias como causa de desigualdade, a considerar: restrição familiar e social; a segunda restrição à associação voluntária; a terceira é política; a quarta restrição à associação é moral, que está contida no processo de socialização, na ordem jurídica e no código cultural. Sustenta que “[...] não nascemos livres, não nascemos iguais. Talvez isso seja mais evidente. A associação involuntária é a causa mais imediata da desigualdade, pois consigna cada pessoa a um lugar ou a um conjunto de lugares específicos no sistema social. Se pensarmos nas hierarquias de propriedade e de status como as estruturas básicas de uma sociedade desigual, então a associação involuntária é o modo pelo qual homens e mulheres são aprisionados em suas posições e ordens. A autonomia liberal sempre promete romper esses grilhões, permitindo aos indivíduos escolher os lugares que desejam ou ao menos aspirar a ocupá-los – e, assim, criar uma sociedade de homens e mulheres livres e móveis que sejam também (quase) iguais. Trata-se de uma promessa falsa, ou melhor, absolutamente exagerada. Só conseguiremos desafiar a hierarquia social se reconhecermos e trabalharmos a partir das realidades da associação involuntária. Negá-la é tolice; aboli-la, impossível. A associação involuntária é um traço permanente da existência social, e as pessoas que lutam pela igualdade, bem como as que se esforçam para ser livres, são inevitavelmente produtos desse tipo de associação”. (WALZER, Michael. **Política e paixão rumo a um liberalismo mais igualitário**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. pp. 5 e 6).

<sup>49</sup> “O homem é dominado pela produção de dinheiro, pela aquisição encarada como finalidade última da vida. A aquisição econômica não mais está subordinada ao homem como meio de satisfazer suas necessidades materiais. Esta inversão do que poderíamos chamar de relação natural, tão irracional de um ponto de vista ingênuo, é evidentemente um princípio orientador do capitalismo, tão seguramente quanto ela é estranha a todos os povos fora da influência capitalista”. (WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 11.ed. São Paulo: Pioneira, 1996. p. 33).

<sup>50</sup> DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005. p. 119.

conforme distinção de Freud<sup>51</sup>, apresentando grandes possibilidades, mas também muitos ônus, dificultando a adaptação e a realização plena da pessoa<sup>52</sup>.

O direito contemporâneo fundou-se sobre a figura do indivíduo<sup>53</sup> sendo este o único responsável por suas decisões, um indivíduo-no-mundo da livre concorrência e da divisão do trabalho<sup>54</sup>. Boaventura de Sousa Santos<sup>55</sup> sustenta que o neo-liberalismo revelou suas debilidades, suscitando sociedades desiguais, e, no caso brasileiro, mesmo

---

<sup>51</sup> “A civilização humana, expressão pela qual quero significar tudo aquilo em que a vida humana se elevou acima de sua condição animal e difere da vida dos animais – e desprezo ter que distinguir entre cultura e civilização –, apresenta, como sabemos, dois aspectos ao observador. Por um lado, inclui todo o conhecimento e capacidade que o homem adquiriu com o fim de controlar as forças da natureza e extrair a riqueza desta para a satisfação das necessidades humanas; por outro, inclui todos os regulamentos necessários para ajustar as relações dos homens uns com os outros e, especialmente, a distribuição da riqueza disponível”. (FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago Ltda, 1997. p. 10).

<sup>52</sup> Ver abordagem de Agnes Heller acerca da forma como as pessoas preenchem seus vazios e como enfrentam os fracassos. (HELLER, Agnes. Uma Crise global da civilização: os desafios futuros. *In: A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 15 e 16).

<sup>53</sup> Chevallier fala que o Estado se inscreveu plenamente na lógica da modernidade que se caracteriza por uma série de valores, construídos em torno de dois pólos essenciais: de um lado, o culto da Razão, e do outro “[...] o primado atribuído ao Indivíduo, colocado no centro da organização social e política (L. DUMONT, 1983). Enquanto as sociedades tradicionais, de tipo ‘holístico’, apercebem-se como entidades coletivas, a relação social é construída na sociedade moderna a partir dos indivíduos: é a afirmação da irredutível singularidade de cada ser humano, desvinculado das relações tradicionais de fidelidade comunitária e dotado de uma margem de autonomia, de uma capacidade de livre determinação que lhe permite levar sua existência como ele bem entende, que o faz mestre de seu destino; mas é também a idéia de que a fonte de todo o poder, o fundamento de toda a autoridade reside no consentimento dos indivíduos. O indivíduo torna-se assim a referência suprema, tanto na esfera particular como na esfera pública, através da figura do cidadão. Essa nova concepção do mundo será um possante motor de mudanças, levando à reconstrução da sociedade e do político sob os auspícios de novos princípios.” (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 14).

<sup>54</sup> “Partindo da hipótese do indivíduo soberano que, entrando em acordo com outros indivíduos igualmente soberanos, cria a sociedade política, a doutrina democrática tinha imaginado um Estado sem corpos intermediários, característicos da sociedade corporativa das cidades medievais e do Estado de estamentos ou de ordens anterior à afirmação das monarquias absolutas, uma sociedade política na qual entre o povo soberano composto por tantos indivíduos (uma cabeça, um voto) e seus representantes não existem as sociedades particulares desprezadas por Rousseau e canceladas pela Lei Le Chapelier (revogada na França apenas em 1887). [...]. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central (autonomia que os indivíduos singulares perderam ou só tiveram num modelo ideal de governo democrático sempre desmentido pelos fatos). (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 10.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 35).

<sup>55</sup> “Penso que vivemos num momento em que se está a ensaiar uma nova fase. O neoliberalismo revelou as suas debilidades. Não garantiu o crescimento, aumentou tremendamente as desigualdades sociais, a vulnerabilidade, a insegurança e a incerteza na vida das classes populares, e, além disso, fomentou uma cultura de indiferença à degradação ecológica”. (SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 23).

presentes na Lei Maior os valores supremos da liberdade e igualdade<sup>56</sup> entre os cidadãos, não é assim que se apresenta a contemporaneidade<sup>57</sup> pois o princípio de que os homens nascem livres e iguais em direitos somente poderia ser possível em um Estado originário, sem sociedade e sem Estado, nos termos preconizados por Bobbio<sup>58</sup>.

Ocorre que cada pessoa possui sua particularidade no sentido de como conceber e usar os bens coletivos<sup>59</sup> e, em razão da nossa cultura privatista, visando uma Constituição que tivesse por objetivo apenas preservar a esfera da ação individual, surgem conflitos diante da concepção de uma constituição dirigente. De observar, entretanto, que os direitos fundamentais vieram inseridos na Constituição com o objetivo de integrar os indivíduos em um processo político comunitário, revelando-se em direito com potencialidade de transformar a sociedade<sup>60</sup>, conseguindo o constitucionalismo comunitário ultrapassar a concepção de direitos subjetivos, preenchendo os espaços normativos com valores que instituem alicerces da ordenação da vida social.

Então, apesar de a jurisdição ter transportado do Iluminismo a razão e o cientificismo como as únicas fontes de conhecimento válido, concebendo os conceitos

<sup>56</sup> “[...] 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 justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]”. (Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

<sup>57</sup> “Embora na lei tenhamos, de um modo geral, definidos direitos e liberdades extensivos a todos os membros da sociedade brasileira, na prática temos cidadãos de primeira, segunda e terceira classes e mesmo não-cidadãos, isto é, indivíduos sem voz, sem espaço e sem nenhum respaldo real nas instituições vigentes”. (VELHO, Gilberto. Op. cit. p. 146).

<sup>58</sup> “Na realidade, os homens não nascem livres nem iguais. Que os homens nascem livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político - o poder sobre os homens chamado imperium - procede de cima para baixo e não vice-versa”. (BOBBIO, Norberto Op. cit. p. 118).

<sup>59</sup> “*Los individuos asumen identidades concretas por la manera en que conciben y crean - y luego poseen y emplean - los bienes sociales. La línea entre lo que yo soy y lo que es mío es difícil de trazar, escribió William James. La distribución no puede ser entendida como los actos de hombres y mujeres aún sin bienes particulares en la mente o en las manos. De hecho, las personas mantienen ya una relación con un conjunto de bienes; tienen un historia de transacciones, no solo entre unas y otras, sino también con el mundo material y moral en el que viven. Sin una historia tal, que principia desde el nacimiento, no serían hombres y mujeres en ningún sentido reconocible, y no tendrían la primera noción de cómo proceder en la especialidad de dar, asignar e intercambiar*”. (WALZER, Michael. **Las esferas de la justicia**. Una defensa del pluralismo y la igualdad. México: Fondo de cultura económica, 1997. p. 21).

<sup>60</sup> Lenio Streck fala da aplicação do direito e suas possibilidades em tempos (difíceis) de pós-positivismo e de como o problema da opção entre compreender e fundamentar é paradigmática. Inicia referindo que “[...] de um direito meramente reprodutor da realidade, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil, bastando, para tanto, uma simples leitura de alguns dispositivos, em especial, o art. 3º. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 2).

jurídicos como fossem do mesmo gênero que as categorias geométricas<sup>61</sup>, sem a capacidade de perquirir o “porque” dos obstáculos e circunstâncias que embaraçam o Direito, observa-se que, diante da percepção da expressiva desigualdade social com enorme diversidade de interesses pessoais, o “movimento de retorno ao direito”<sup>62</sup> vem demonstrado com a promulgação da Constituição de 1988.

A partir da Carta Maior, cujo sistema de direitos fundamentais informa o ordenamento jurídico, coube aos constitucionalistas comunitários<sup>63</sup> o resgate da força do direito, o que se pensa seja possível de concretização através de grupos e não apenas dos indivíduos isolados, como sustenta Bobbio<sup>64</sup>, sendo estes os “protagonistas da vida política numa sociedade democrática, com a sua relativa autonomia diante do governo central” participando diretamente do governo. Assim, tendo em conta que a Constituição assumiu um caráter nitidamente igualitário e, considerada a desigualdade social, imprescindível a atuação do Poder Judiciário<sup>65</sup> para realizar as promessas da

---

<sup>61</sup> BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia: O paradigma racionalista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 299.

<sup>62</sup> “A emergência, nos anos 70, dos movimentos de defesa dos direitos humanos, especialmente dos direitos relativos à vida e à integridade física daqueles que lutavam contra o regime autoritário que se abateu sobre o País; a luta, na primeira metade dos anos 80, pela reconquista dos direitos de participação política; a efetiva participação, na segunda metade dos anos 80, de diversos setores organizados da sociedade civil no processo constituinte do qual decorreu a Constituição de 1988; as freqüentes denúncias, a partir dos anos 90, das violações dos direitos fundamentais das camadas populares, tanto aqueles relativos à vida e à integridade física, como os referentes aos benefícios econômicos e sociais assegurados notadamente pela nova Constituição – caracterizando a cidadania de baixa intensidade, de que fala O’Donnell; tudo isso faz com que a linguagem dos direitos seja definitivamente incorporada ao debate político e ao ordenamento jurídicos brasileiros. [...] A promulgação da Constituição Cidadã, cujo sistema de direitos fundamentais, como vimos, informa todo o ordenamento jurídico, é certamente a expressão definitiva do movimento de retorno ao direito no País. Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende reencantar o mundo”. (CITTADINO, Gisele. Op. cit. pp. 11-14).

<sup>63</sup> Gisele Cittadino cita José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari e Joaquim de Arruda Falcão Neto como os representantes do constitucionalismo comunitário no Brasil. (Op. cit. p. 14).

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. p. 35.

<sup>65</sup> Eduardo Cambi fala da importante função do Poder Judiciário diante desse quadro de desigualdade social, referindo que “Em países de modernidade tardia, como o Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado, como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à transformação social, depende da observância rigorosa da Constituição. A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988. Nos países periféricos, o Judiciário deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais. Caso contrário, a prevalecer as posições mais conservadoras pela não interferência judicial, menores são as perspectivas de efetivação desses direitos e, conseqüentemente, mais distantes ficam esses países da promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social”. (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009. pp. 181 e 182).

modernidade, compromissos até então não cumpridos<sup>66</sup>, necessário analisar se a superação do individualismo pode ocorrer por meio do constitucionalismo comunitário, conforme trata o próximo tópico.

### 2.1.2 O constitucionalismo comunitário como forma de superação do individualismo

O constitucionalismo brasileiro seguiu, a partir da Constituição de 1988, o caráter “comunitário”<sup>67</sup> para a formação da Lei Maior, influenciado pelo pensamento constitucional português e espanhol<sup>68</sup>, nela consignados os valores que a sociedade brasileira pretende ver conquistados. A legitimação para agir em juízo, preconizada como um direito subjetivo do indivíduo e, portanto, pessoal, restou modificada pela Carta Magna que previu casos de representação de interesses coletivos, ou mesmo individuais integrados numa coletividade, ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, sem qualificar este direito como individual nos termos das normas anteriores. Assim, o pensamento jurídico marcado pelo positivismo e comprometido com um sistema preocupado com a garantia da autonomia privada do cidadão, cede lugar ao pensamento dos representantes do constitucionalismo comunitário, buscando, contra o positivismo, um fundamento ético

---

<sup>66</sup> Acerca da efetividade da Constituição, ver a Nova Crítica do Direito (NCD), fundada pelo Dr. Lenio Streck, que trata da aplicação da construção de uma linguagem antimetafísica para o Direito, onde o ponto fulcral é a discussão da efetividade da Constituição e a necessidade de uma filtragem hermenêutica nos textos infra-constitucionais. Ver em: STRECK, Lenio Luiz. **Hermeneutica Jurídica e(m) Crise**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; e **Verdade e Consenso**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>67</sup> “O constitucionalismo societário e comunitário, de que fala Carlos Roberto S. Castro, toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores. Há, portanto, uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela constituição, cujo sentido jurídico, conseqüentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva. Nas palavras de José Afonso da Silva, ‘certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição’<sup>25</sup>. Ou seja, o objetivo primordial da Constituição é a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade”. (CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 16).

<sup>68</sup> Gisele Cittadino, descrevendo a influência do constitucionalismo europeu e norte-americano, refere que houve influência decisiva no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo dos trabalhos de José Joaquim Canotilho, Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade, em Portugal e de Pablo Lucas Verdu e Antonio Enrique Pérez Lunõ, na Espanha.

para a ordem jurídica e contra o privatismo, a efetividade do amplo sistema de direitos assegurados pela nova Constituição.

Ao abordar o individualismo no sistema processual, Batista da Silva, refere não ser possível pretender a superação do paradigma racionalista sem transformar as estruturas econômicas e políticas, consagrando o entendimento de que o processo coletivo pode surgir como instrumento de transformação social e modernização do sistema processual<sup>69</sup>. O autor tece críticas ao liberalismo, preconizando que os temas igualdade e liberdade se encontram entre as inúmeras contradições existentes na formação do conceito de democracia, transmitida pelo liberalismo<sup>70</sup>.

Ocorre que em uma sociedade com uma multiplicidade de concepções individuais sobre o que significa viver bem, o pluralismo se configura em marca fundamental nas sociedades democráticas contemporâneas, conforme expressamente consagrado na Constituição Federativa do Brasil<sup>71</sup>.

Ronald Dworkin, em sua filosofia política e do direito, tenta mostrar que a igualdade e a liberdade não se contradizem, mas ao contrário, se completam. Mesmo sendo um liberal, acredita ser a igualdade o fundamento do liberalismo. Dworkin esclarece que existem duas formas básicas de liberalismo: o liberalismo baseado na neutralidade, na qual o governo não toma partido em questões morais e o liberalismo baseado na igualdade, quando o governo trata todos como iguais e somente acastela a neutralidade moral quando assim exigir a igualdade<sup>72</sup>. Cita o autor dois princípios do individualismo ético como fundamentais para qualquer teoria liberal abrangente: o

---

<sup>69</sup> “Outro instrumento capaz de exercer uma poderosa influência modernizadora do sistema processual são as ações coletivas, enquanto instrumentos que, superando a concepção da ação processual como expressa de um conflito individual, abre um campo extraordinariamente significativo para o exercício político da solidariedade, permitindo uma visão comunitária do Direito”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Op.cit. p. 319).

<sup>70</sup> Idem. p. 311.

<sup>71</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte 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 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, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (Preâmbulo da CF de 1988).

<sup>72</sup> “[...] o liberalismo baseado na igualdade justifica o tradicional princípio liberal de que o governo não deve impor a moralidade privada. [...] tratar as pessoas como iguais exige que cada uma tenha a permissão de usar, nos projetos aos quais dedica sua vida, não mais que uma parcela igual dos recursos disponíveis para todos, e não podemos computar quanto alguma pessoa consumiu e os recursos que tirou da economia. As escolhas que as pessoas fazem sobre trabalho, lazer e investimento têm impacto sobre os recursos da comunidade como um todo, e esse impacto deve se refletir no cálculo que a igualdade exige”. (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. pp. 306 e 307).

princípio da igual importância e o da responsabilidade especial<sup>73</sup>. A igualdade<sup>74</sup> não vinculada aos bens ou propriedades que o indivíduo possua, mas à importância de que sua vida tenha algum resultado, em vez de ser desperdiçada. O princípio da responsabilidade especial reconhece que o indivíduo tem como encargo o sucesso da própria vida<sup>75</sup> sendo responsável por suas opções, por suas próprias escolhas. Assim, se deduz que o indivíduo independente será responsável pelos seus atos, encontrando este processo de autonomia sua culminância em Kant, no agir por dever<sup>76</sup>, como o mandamento sublime da moralidade. Entretanto, para que o indivíduo assim possa viver com responsabilidade, é preciso que seja reconhecido no desenvolver da vida social, distinguindo os outros membros da coletividade também como portadores de direitos. Necessário que seja respeitado como um cidadão detentor de direitos. E, a partir deste reconhecimento, possa tratar os outros integrantes da sociedade segundo suas pretensões legítimas, reconhecendo os semelhantes como portadores de direitos<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> “O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram”. (DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XVII).

<sup>74</sup> “É preciso avaliar a igualdade em termos de recursos e oportunidades, e não em termos de bem-estar ou bem-sucedido”. (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Op. cit. p. 331).

<sup>75</sup> “O segundo princípio do individualismo ético, o princípio da responsabilidade especial, não é metafísico nem sociológico, é pelo contrário, relacional: afirma enfaticamente que, quando é preciso optar com relação ao tipo de vida que a pessoa viva, dentro de qualquer escala de opções que lhes sejam permitidas pelos recursos ou pela cultura essa pessoa é responsável pelas suas próprias escolhas”. (DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade**. p. XVI).

<sup>76</sup> “Objetivamente, o conceito de dever exige, portanto, na ação, a conformidade com a lei; mas, subjetivamente, na máxima dessa ação exige o respeito pela lei como o único modo de determinação da vontade pela lei. É nisso que se funda a diferença entre a consciência de ter agido de acordo com o dever e por dever, isto é, por respeito pela lei; o primeiro caso (a legalidade) é possível também, mesmo que unicamente as inclinações tivessem sido os princípios de determinação da vontade; mas no segundo caso (a moralidade), o valor moral deve ser posto exclusivamente no fato da ação ocorrer pelo dever, isto é, somente por amor pela lei”. (KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução Rodolfo Schaefer, São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006. p. 91).

<sup>77</sup> “Para o direito, Hegel e Mead perceberam uma semelhante relação na circunstância de que só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, universalmente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro: apenas da perspectiva normativa de um “outro generalizado”, que já nos ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos nos entender também como pessoa de direito, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões. [...] forneceram os argumentos decisivos de por que os sujeitos continuam a depender de um extenso horizonte de valores mesmo sob as condições da modernidade: visto que os indivíduos precisam se saber reconhecidos também em suas capacidades e propriedades particulares para estar em condições da auto-realização [...] Tanto o jovem Hegel quanto Mead quiseram pensar o futuro da sociedade moderna de modo que ele suscitasse um sistema de valores novo, aberto, em cujo horizonte os sujeitos aprendessem a se estimar reciprocamente em suas metas de vida livremente escolhidas. Com isso, ambos avançaram até o limiar em que começa a se entrever um conceito de solidariedade social que aponta para uma estima simétrica entre cidadãos juridicamente autônomos.” (HONNETH, Axel. Op. cit. pp. 179, 278 e 279).

Evidente que com Kant ocorreu uma alteração decisiva, sendo acrescentado um novo componente nas concepções modernas do indivíduo e de sua relação com a sociedade, a partir da idéia de autonomia<sup>78</sup>, mediante a crítica da moral da felicidade. O homem é em Kant, antes de tudo, uma subjetividade capaz de atribuir sentido ao mundo, caminhando do sensível para o racional com um impulso de autodeterminação. É entendido como conquista do que lhe é própria: possui autonomia e liberdade. A ação moral é redimensionada, assumindo o homem a responsabilidade no uso da razão. Kant forneceu uma forma para o agir moral, tendo como critério a universalização de nossas máximas. Em suma, o imperativo categórico<sup>79</sup> não é condicionado por nenhum fim, mas sim pela consciência moral que não pode ser confundida com legalidade. Ainda, para Kant a liberdade não pode valer somente para alguns, pois, deve ser entendida como a igualdade, no sentido de oportunidades, de todas as pessoas terem direito ao básico<sup>80</sup>, princípio da dignidade humana.

Ocorre que, exatamente ao oposto do postulado de Kant, o indivíduo da contemporaneidade utiliza o outro para chegar ao seu fim<sup>81</sup> vivendo em um universo do “mesmo”.

Diante desse contexto, o constitucionalismo comunitário surge para estabelecer uma espécie de fratura na cultura privatista e positivista. Fundado no binômio dignidade humana - solidariedade social, limita a esfera da autonomia individual em prol do

---

<sup>78</sup> “A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes a elas. [...] a lei moral exprime tão somente a autonomia da razão prática, isto é da liberdade, e esta é mesmo a condição formal de todas as máximas, sob cuja condição unicamente elas podem coincidir com a lei prática suprema”. (KANT, Emmanuel. Op. cit. p. 43).

<sup>79</sup> “Somente a vontade humana pode ser boa ou má. A moralidade não se confunde com a legalidade. A vontade é pura, moral, quando suas ações são regidas por imperativos categóricos e não por imperativos hipotéticos, como a punição da lei. O imperativo categórico pode ser assim enunciado: “Age de tal modo que o motivo que te levou a agir possa tornar-se lei universal”. As pessoas devem pautar suas ações de acordo com princípios éticos universalmente aceitos. E a aceitação pelos homens da lei moral é a prova de que existe uma ordem que transcende o meramente sensível, cujo único fundamento possível é a existência de Deus. Kant deduz assim a metafísica não da ciência, mas da ética”. (KANT, Emmanuel. Op. cit. p. 178).

<sup>80</sup> “Outro aspecto da questão é que o princípio da liberdade não poderia valer só para alguns – pois então não seria um “princípio”, mas uma regra de solução de casuísmo. Isto significa que ele deve valer para todos, todos devem gozar da liberdade, o que é um postulado igualitário... a igualdade tanto quanto a liberdade é a igualdade de oportunidade, a igualdade no ponto de partida, todos terem direito ao básico (hoje elencaríamos habitação, saúde, educação, trabalho, alimentação [...]). (KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 9).

<sup>81</sup> “O Outro? Mas que outro? Vivemos hoje no universo do mesmo. [...] Doravante evoluímos num gigantesco espaço intermediário que achata as diferenças entre os diversos lugares e as múltiplas funções: mesmas roupas e mesmos hábitos de consumidor, quer se esteja no supermercado ou na universidade”. (DUFOUR, Dany-Robert. **O Divino Mercado - a revolução cultural liberal**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009. p. 51).

coletivo<sup>82</sup>, fazendo com que os direitos fundamentais sejam observados do ponto de vista da comunidade, que deve ser entendida muito mais do que como uma associação que busca muitos benefícios<sup>83</sup>, mas sim como um fim a perseguir e não apenas do ponto de vista do indivíduo, como uma faculdade ou poder do qual é titular, afastando assim a subjetividade do privado<sup>84</sup> em função da coletividade.

O pluralismo cultural revelando a diversidade de visões do que significa viver bem, acerca de concepções do que é bem ou mal, decorrente do relativismo cultural da pós-modernidade<sup>85</sup>, impõe pensar sobre o valor da consideração pela existência do outro e da vivência em um ambiente harmonizado<sup>86</sup>.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, como corolário da garantia do amplo acesso à Justiça, consagra o direito de representação coletiva, de interesses coletivos ou mesmo individuais integrados numa coletividade, legitimando entidades associativas e sindicatos a representarem seus associados. Vê-se nestes dispositivos constitucionais a renovação do modelo de processo<sup>87</sup> que se apresentou insuficiente e inadequado para resolver as novas modalidades de conflitos, decorrentes de uma sociedade de massa, de modo a ampliar seu conceito, causando uma profunda metamorfose no direito processual civil, nos termos preconizados por Cappelletti<sup>88</sup>.

O Constitucionalismo comunitário edifica instrumentos processuais a fim de dar efetividade às disposições constitucionais que asseguram direitos, visando afastar a

<sup>82</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 17.

<sup>83</sup> Dworkin, ao escrever sobre a comunidade e seus interesses, cita a idéia de comunidade em um sentido mais forte, como uma associação na qual cada pessoa se interessa pelo bem estar das demais como se fosse assunto próprio. (DWORKIN, Ronald; BONILA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. **La Comunidad Liberal**. Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 147).

<sup>84</sup> “Somente quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas, numa variedade de aspectos, sem mudar de identidade, de sorte que os que estão à sua volta sabem que vêem o mesmo na mais completa diversidade, pode a realidade do mundo manifestar-se de maneira real e fidedigna. Nas condições de um mundo comum, a realidade não é garantida pela ‘natureza comum’ de todos os homens que a constituem, mas, sobretudo pelo fato de que, a despeito de diferenças de posição e da resultante variedade de perspectivas, todos estão sempre interessados no mesmo objeto”. (ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 67).

<sup>85</sup> “[...] como consequência do relativismo cultural que caracteriza a pós-modernidade, o valor tolerância passou a ser um dos grandes vetores do mundo ocidental contemporâneo e um dos eixos centrais da vida política de uma nação”. (FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. **Revista AJURIS**. v. 34, n. 108, Dezembro 2007. p. 156).

<sup>86</sup> “[...] só poderá haver uma vida comunitária mais livre de perturbações e tensões se todos os indivíduos dentro dela gozarem de satisfação suficiente; e só pode haver uma existência individual mais satisfatória se a estrutura social pertinente for mais livre de tensão, perturbação e conflito”. (ELIAS, Norbert. Op. citada, p. 17).

<sup>87</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: a influência do direito material sobre o processo. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 55.

<sup>88</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: n. 5, jan/mar. 1977. p. 151.

omissão do Estado, preconizando que a atuação para a concretização ou efetivação dos direitos fundamentais, depende da capacidade de controle das omissões do poder público, por parte da comunidade.

Presente o entendimento de que a lei se caracteriza como a vontade política de uma comunidade histórica<sup>89</sup>, se por um lado a concretização desta lei depende da participação dos seus membros, de outro lado depende principalmente do efetivo desempenho da jurisdição<sup>90</sup> encarregada da garantia de sua eficácia<sup>91</sup> impondo-se pensar o processo e a própria jurisdição<sup>92</sup> na perspectiva de um novo paradigma<sup>93</sup> de um novo

---

<sup>89</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit, p. 24.

<sup>90</sup> Eduardo Cambi ao escrever sobre o direito fundamental à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, refere que o garantismo representa a outra face do neoconstitucionalismo, pois direitos não garantidos não são, de fato, direitos, dependendo, entretanto, “[...] de instrumentos para que se realize o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais, reduzindo a distância entre normatividade e efetividade. Propõe que, para os direitos serem garantidos e satisfeitos concretamente, é necessário formular técnicas idôneas para garantir o máximo grau de efetividade dos direitos fundamentais. Isso implica concluir que, no plano da jurisdição constitucional, os juízes não estão sendo apenas sujeitos às leis, mas também a análise crítica de seu significado, como meio de controle da legitimidade constitucional. [...] negar a legitimidade democrática do Judiciário para aplicar, imediatamente, direitos fundamentais seria ignorar a submissão do legislador à Constituição e o papel da jurisdição constitucional na efetivação do Estado Democrático de Direito. O Judiciário deve zelar pelo respeito aos direitos fundamentais que são as bases substanciais para a realização da democracia. Sem a permanente vigilância na observância dos direitos fundamentais, não há democracia”. (CAMBI, Eduardo. Op. cit. pp. 218 e 271).

<sup>91</sup> Aury Lopes Jr enfatiza a importância na distinção entre efetividade e eficiência, salientando que “[...] aquela reclama uma análise dos fins; esta, a eficiência, desde a base neo-liberal, responde aos meios. A noção de eficiência é amplamente difundida no mercado, de modo que as ações devem ser eficientes para obtenção de resultados previsíveis. Na medida em que é impossível a correta previsão dos resultados no processo – explica Coutinho – a atenção volta-se para os meios. Ou seja, as ações desenvolvidas devem ser eficientes para com isso chegarmos ao ‘melhor’ resultado”. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista*. In: **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 113).

<sup>92</sup> Ver abordagem de Antonio Carlos Wolkmer acerca da Crise de racionalidade e mudança de paradigma, referindo o autor que “As verdades teleológicas, metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes não conseguem mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades do presente estágio de desenvolvimento da modernidade humana. [...] A transposição e edificação de outro paradigma no âmbito do Direito representa também a substituição e a construção de novo conceito de racionalidade”. (WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 1-3).

<sup>93</sup> “Todavia, se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX. Nesse panorama, um dado importante é o declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante, na aplicação do direito, dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda a sua incerteza, porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um prius anterior ao processo, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos”. (ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. In: **Revista AJURIS**, n. 98, Porto Alegre, junho de 2005. p. 8).

modelo de organização social<sup>94</sup>, com a conseqüente superação do debate entre sua função e sua estrutura.

## 2.2 A NECESSIDADE DE IR ALÉM DO DEBATE ENTRE ESTRUTURA E FUNÇÃO

Não se pode ter como efetiva a garantia do direito assegurado a todos da razoável duração do processo, tendo-se em conta que a jurisdição e o direito processual, com origens na tradição romano-canônica, estão despreparados para suportar a infinidade de demandas do século XXI, concluindo-se que o modelo atual deixa de apresentar soluções para um número considerável de problemas, encontrando-se esgotado<sup>95</sup>. A garantia fundamental decorre da insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional<sup>96</sup> que advém de uma jurisdição que se vê diante da tensão entre a busca da eficiência e sua efetividade<sup>97</sup>.

Na contemporaneidade, mais precisamente a partir da Constituição Federal de 1988, é percebido um direito novo em estrutura e em conteúdo regulador. Este “novo” deriva do reconhecimento expresso de direitos decorrentes da complexidade da contemporaneidade, bem como dos “novos poderes” que dominam o mundo<sup>98</sup>.

Com relação à forma e procedimentos para a resolução dos conflitos, na esfera judicial, não poderia deixar de ser diferente, ocorrendo uma verdadeira revolução

---

<sup>94</sup> CHEVALLIER discorre acerca das transformações dos Estados que atingem o conjunto das instituições (políticas, culturais e econômicas), salientando que as mutações em curso exigem a construção de novas ferramentas e de outros instrumentos de análises, impondo-se reavaliar a concepção tradicional de Estado, salientando que “As transformações que os Estados conhecem atualmente não podem ser consideradas um fenômeno isolado: elas remetem a uma crise mais genérica das instituições e dos valores da modernidade nas sociedades ocidentais: e essa crise parece dever conduzir a uma construção de um novo modelo de organização social”. (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 16).

<sup>95</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Op. cit, p. 49.

<sup>96</sup> Acerca do significado das expressões tutela jurisdicional, tutela de direitos e prestação jurisdicional ver RODRIGUES CARVALHO, Acelino. **Substituição processual no processo coletivo**: Um instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito. São Paulo: Pillares, 2006. p. 93-100.

<sup>97</sup> LOPES SALDANHA, Jânia Maria, A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2009**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

<sup>98</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. pp. 133-142.

processual do direito, paralela a uma crise de modelo, ou modo de produção de Direito<sup>99</sup>.

Observadas as transformações sociais, imprescindível o questionamento sobre o que se entende por “função do direito”<sup>100</sup> e para tanto, necessária à reflexão acerca da utilização do direito para reprimir a conservação e promover a mudança (2.2.1), a fim de dar conta dos chamados decorrentes dos novos direitos<sup>101</sup> e das conseqüentes transformações sociais.

Assim se dá em razão de que a reivindicação por justiça, em um Estado Democrático de Direito, impõe um processo efetivo, que assegure a certeza jurídica e que se realize com a finalidade de promover a concretização dos valores constitucionais.

Nessa dimensão não mais serve o modelo que resolvia processos entre credores e devedores, ou seja, que atendia apenas às demandas de natureza privada, de cunho meramente individual<sup>102</sup>, tornando as estruturas processuais ineficazes e afastadas de sua finalidade<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.

<sup>100</sup> Enquanto Ovídio Baptista da Silva sustenta que a crise do processo civil está em sua estrutura, Norberto Bobbio propõe reflexão acerca da função promocional do direito, para além da estrutura. (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniel Beccaccia Versiani. São Paulo: Manoeli, 2007. p. 107).

<sup>101</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 1992.

<sup>102</sup> “A ineficácia, portanto, pode em parte ser associada a um modelo de processo pensado para atender litígios individuais e de natureza privada no Século XIX. Nesse registro, foi um processo criado para resolver litígios entre devedores e credores, cujo resultado final não poderia deixar de ser apenas uma condenação. De certo modo, esse tipo de processo continua compatível com as demandas individualistas da época atual Século XX soube produzir relações jurídicas massificadas de toda ordem, sobretudo aquelas produzidas pelas relações de consumo em que a figura do devedor-consumidor pode muito bem ser associada ao de um escravo dos tempos hipermodernos. A pertença a um grupo ou categoria da chamada sociedade da decepção inflacionada e a submissão ao mercado de consumo de produtos, elevado à condição de soberano peculiar e bizarro, é o seu destino mais inevitável e mais próximo”. (LOPES SALDANHA, Jânia Maria. Op.cit. p. 80).

<sup>103</sup> Chiovenda, falando sobre a finalidade do processo refere a necessidade de assegurar-se aos homens a certeza, decorrente da lei, salientando que “È questa veramente la funzione più elevata del processo civile. Esso ci si presenta qui, anziché nella figura violenta e dura di un organismo di coazione, nell’aspetto più perfezionato e più raffinato di puro strumento di integrazione e specializzazione della volontà espressa nella legge solo in forma generale ed astratta; di facilitazione della vita sociale mediante la eliminazione dei dubbi che intralciano il normale svoglimento dei rapporti giuridici. Assicurare alle relazioni degli uomini la certeza, prevenire gli atti illegittimi anziché colpirli col peso de gravi responsabilità, ecco un compito ben degno del processo di un popolo civile! Ed è anche questa la funzione più autônoma del processo. Rispetto ai beni che possono conseguirsi anche fuori del processo, Il processo si presta come un istituto secondario e subordinato, como un rimedio allá inadempienza degli obbligati. Ma la certeza giuridica è per se stessa un bene: e questo bene non può conseguirsi fuori del processo, esso há nel processo la sua única fonte”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuali civile**. vol. 3 Milano: Giuffrè, 1993. p. 21).

Analisando a conjuntura do Poder Judiciário, Ovídio Batista da Silva sustentou que a crise da contemporaneidade é do sistema, não funcional, mas sim estrutural<sup>104</sup>, da estrutura ontológica<sup>105</sup>, citando quatro pontos de estrangulamento do sistema jurisdicional, abordados neste tópico (2.2.2), além de um quinto problema, citado por Jânia Saldanha: o do fechamento da mentalidade dos juristas.

A partir da constatação de que o direito tem se distanciado da justiça<sup>106</sup> e se aproximado cada vez mais do poder<sup>107</sup>, tornando-se função de interesses econômicos e políticos<sup>108</sup>, surge o questionamento de qual seria seu sentido<sup>109</sup>, bem como se já não teria perdido sua essência.

---

<sup>104</sup> “Pode-se arrolar os mais importantes problemas estruturais deste modo: a) o processo civil continua a ser considerado uma ciência; b) o Racionalismo permanece entre nós – apenas entre os juristas; c) como se não bastassem a compreensão do processo como ciência e o racionalismo, como escudo, ainda extasiamos-nos com as suas consequências, ao glorificar o procedimento ordinário, insubstituível instrumento protetor da suposta neutralidade do juiz; d) coroando-se esse conjunto de fatores, temos uma Universidade impermeável à mudança; uma Universidade cuja missão não vai além do empenho de formar operadores mecânicos do sistema”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Da função à estrutura, in: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98).

<sup>105</sup> “Se, como referido, funcionalmente, com toda a crítica já feita, o processo tem cumprido os fins a que se destina desde a sua origem, seu maior problema radia em sua estrutura. Em primeiro lugar, não na sua estrutura formal, mas sua estrutura ontológica, no seu específico patrimônio axiológico-normativo, para usar a certa expressão de Castanheira Neves. [...]A risco de todo erro, ousa-se acrescentar um quinto problema: o do fechamento da mentalidade dos juristas, que trabalham no processo, ao seu próprio sistema, furtando-se do exercício da denominada ‘fertilização recíproca’ que permite o aprendizado mútuo entre diferentes sistemas jurisdicionais e que, ao primeiro olhar, poderia constituir na sua força e na sua fraqueza”. (LOPES SALDANHA, Jânia Maria, Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. pp. 122 e 123).

<sup>106</sup> Justiça aqui compreendida no conceito de ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nasseti. Liv.5. São Paulo: Martin Claret Ltda. 2007.

<sup>107</sup> Lembrando que para Max Weber “poder significa a possibilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra qualquer resistência, e qualquer que seja o fundamento dessa possibilidade”, enquanto, para Hannah Arendt somente existe poder quando houver embate de opiniões em um espaço propício ao discurso e à ação. (SILVA, Carlos Augusto. Op. cit. p. 43-58).

<sup>108</sup> “Quando chegamos, ainda, a sustentar que o direito é a organização não apenas do poder coativo, mas também do poder econômico, não escapamos de um determinado modo de entender a especificidade do direito, que consiste precisamente em considerá-lo uma forma de ‘organização social’. Contudo, chegados neste ponto, somos reconduzidos, novamente, da análise funcional à estrutural”. (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniel Beccaccia Versiani. São Paulo: Manóeli, 2007. p. 77).

<sup>109</sup> “A problemática atual do direito vai ao ponto de atingir inclusivamente a sua subsistência, o quatale do direito, ao por justamente em causa não só o seu verdadeiro sentido, mas a possibilidade mesma do seu sentido”. (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Op. cit. p. 9 e 10).

Esse fenômeno da funcionalização do Poder Judiciário faz com que o direito não seja mais pensado, interpretado, afastando-se da justiça<sup>110</sup>. A superação do debate entre estrutura e função tão bem enfatizada por Norberto Bobbio e Ovídio Baptista da Silva, encontra seu foco na jurisdição constitucional<sup>111</sup> na qual se encontram presentes os almejados princípios e direitos fundamentais. Estes, entretanto, somente podem ser concretizados, nessa sociedade plural e global, se andarmos por um caminho que leve a um novo processo civil harmonizado com os valores consagrados na Carta Maior.

Necessário visualizar o futuro e uma abertura para um direito performativo<sup>112</sup>. Mas, para tanto, imprescindível o rompimento do paradigma da racionalidade

---

<sup>110</sup> “Contudo, o Judiciário funcionalizado não necessariamente está distanciado de todos os interesses, assim como não é o caso de que jamais funcionará bem. [...] E, funcionalizado, o Judiciário distancia-se da comunidade a que atende e dos seus interesses ou, dizendo de outro modo, distancia-se da Justiça”. (LOPES SALDANHA, Jânia Maria. Op. cit. p. 119).

<sup>111</sup> “O centro da gravidade do sistema jurídico deixou de ser o Código Civil e passou a ser a Constituição, o que possibilitou que a dignidade da pessoa humana - o ser - irradiasse por todo o ordenamento jurídico, em detrimento da concepção jurídica tradicional, norteada pelo patrimônio (o ter). A função social da propriedade, da posse, dos contratos e da empresa são corolários dessa releitura constitucional, centrada na dignidade humana, sobre institutos caros ao ideário burguês”. (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas, públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2010. p. 105).

<sup>112</sup> François Ost afirma que a função principal do direito é contribuir para a instituição do social. O escritor belga divide a obra em três teses centrais: “Tempo separado do da vida real, estreitamente regulado pelas prescrições do ritual, ele permite que o julgamento desenvolva os seus efeitos performativos e instituintes: efeitos jurídicos (a condenação, a absolvição) e efeitos sociais (o apaziguar do conflito pelo mecanismo da catarse). Ao reviver no seu tempo próprio a cena do conflito, o processo mobiliza o tempo social fundador arrancado à desordem inicial: ao representar o crime em formar e linguagem socializadas, o processo não se limita a repetir o passado; ao redizê-lo, ele antes o regenera. Um tempo negentrópico e criador revela-se, assim, a condição do regresso à paz social”. (OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa/Portugal: Instituto Piaget, 1999. p. 15).

“Primeira tese: o tempo é uma instituição social antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Não há dúvida que ele apresenta uma realidade objectiva, tão bem ilustrada pelo curso das estrelas, pela sucessão do dia e da noite, ou pelo envelhecimento do ser vivo. Também é verdade que dependa da experiência mais íntima da consciência individual que pode experimentar um minuto de relógio, ora como o tempo interminável, ora como instante fulgurante. Mas quer o apresentamos em termos objectivos, o tempo é antes do mais uma construção social – e, logo, uma questão de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico”. (OST, François, Op. cit. p.12).

“A segunda tese que sustenta esta obra diz respeito ao direito. Ela defende que a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: mais do que interditos e sanções, como outrora se pensava, ou cálculo e gestão, como frequentemente se acredita hoje, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade. Instituir quer aqui dizer estreitar o elo social e oferecer aos indivíduos os pontos de referência necessários à sua identidade e autonomia. É sob o ângulo do seu contributo para a subtracção ao estado de natureza e a sua violência sempre ameaçadora sob o ângulo da sua capacidade de instituição, que o direito será, pois, interrogado”. (OST, François, Op. cit. pp. 13-14).

“Finalmente, a terceira tese resulta da interacção dialéctica das duas primeiras. Defender-se-á que se estabelece um elo poderoso entre temporalização social do tempo e instituição jurídica da sociedade. Em termos mais precisos: o direito temporaliza ao passo que o tempo institui. [...] O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como simples quadro cronológico no seio do qual a sua acção se desenrolaria; da mesma forma, o direito não se limita a impor ao calendário alguns atrasos normativos deixando o tempo desenrolar-se normalmente para tudo o resto. Pelo contrário, é do interior que direito e tempo se trabalham mutuamente”. (OST, François, Op. cit. p. 14).

científica<sup>113</sup>, com a emergência do paradigma hermenêutico, que com a intervenção da jurisdição constitucional, pode tornar possível a concretização dos direitos sem decisionismos ou arbitrariedades interpretativas<sup>114</sup>.

Nesse sentido, atentando-se para o fato de que a concretização de direitos implica superar a “ficcionalização”<sup>115</sup> provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história, importante a análise da função do direito no sentido de promover a mudança, conforme se verá a seguir.

### 2.2.1 Função do Direito: promover a mudança e reprimir a conservação através do aperfeiçoamento da função jurisdicional

As mudanças ocorridas com a liberalização do comércio internacional, com os progressos nas ciências, na medicina e nas pesquisas científicas, caracterizam-se em transformações dos novos tempos.

Novos tempos estes nos quais respostas são buscadas visando solucionar problemas cada vez mais complexos, o que nem sempre se torna possível em razão da rapidez desses avanços<sup>116</sup> e da demora na assimilação dos mesmos pelo poder organizado.

---

<sup>113</sup> Ovídio Baptista da Silva, ao escrever sobre ideologia e utopia, refere que o racionalismo procurou transformar o Direito em uma ciência lógica, sendo que a produção do direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, restando ao julgador formular soluções judiciais “certas” ou “erradas”, como a solução dada a um problema matemático, fazendo com que o direito se afastasse da vida social. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 15-26).

<sup>114</sup> STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas - da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 1-15.

<sup>115</sup> Termo utilizado por Lenio Streck ao abordar a aplicação do direito e suas possibilidades em tempos (difíceis) de pós-positivismo (Op. cit. p. 2).

<sup>116</sup> “Os próprios cientistas dizem: ‘Na ciência, a primeira metade do século que termina foi dominada pela física; a segunda metade, pela biologia, que se modificou completamente neste período. E, essa rapidez dos avanços científicos não deixa margem de tempo para que se elabore respostas jurídicas que seriam necessárias no plano mundial, regional ou nacional. Queira-se ou não, o direito ‘seguindo à biologia, é obrigado a seguir o ritmo das inovações e se torna em si mesmo um objeto experimental, como se pode ver nas leis francesas sobre bioética, votadas em 1994, com a condição de serem reexaminadas pelo Parlamento cinco anos mais tarde. O desenvolvimento dos laços de pesquisa biomédica é o próprio exemplo de uma mutação que, por sua rapidez e amplitude, exigiria uma resposta jurídica mundial, sendo os riscos, então, na medida em que os ônus financeiros são altos, de deixar os argumentos econômicos e financeiros preponderarem sobre os direitos do homem e sobre as doenças’”. (DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit. pp. 137 e 138).

A sociedade atual é, sem dúvida, uma sociedade global, impondo o questionamento acerca de como deve o direito manifestar-se dentro dela, não podendo o pluralismo contraditório inerente ao sistema jurídico atual ser concebido como um fenômeno de decadência.

O pluralismo deve ser visto sim como mais uma oportunidade para o direito<sup>117</sup>, considerando os vários caminhos existentes para este ser compreendido.

O questionamento acerca do sentido do direito<sup>118</sup> e da sua análise funcional<sup>119</sup> já foi abordado no Congresso Internacional de filosofia do direito, sediado em Madri, em

---

<sup>117</sup> Oportuna a transcrição do pronunciamento de Gunther Teubner acerca do papel da lei em tempos de globalização, referindo ser “[...] inegável que a globalização dos mercados incide de modo relevante sobre o direito e que o poder de regulação do sistema legal nacional diminuiu. Mas, considero indispensável estudar os processos autônomos de globalização internos ao direito, evitando apresentá-los como uma consequência da internacionalização da economia. Em termos gerais, o elemento mais relevante das novas leis transnacionais globais tem a ver com a diferenciação interna de política e direito. Até a segunda metade do século vinte aquela diferenciação era, de fato, ligada à ordem legal nacional, que operava segundo uma hierarquia interna de normas jurídicas claramente definidas, segundo a qual as normas principais legitimavam as secundárias. No sistema transnacional, ao invés, a diferenciação não procede segundo uma estrutura hierárquica, mas de modo horizontal, setorial, como o demonstram a *Lex mercatoria* e a *Lex digitalis*, ordens ligadas com ambições globais, mas ao mesmo tempo com limites e confins temáticos, não mais territoriais. Na era global, portanto, já não funciona mais a estrutura hierárquica global característica do Estado-nação, e, se de um lado falta uma efetiva globalização do sistema político, do outro existem sistemas que, com respeito à política, se desenvolveram de modo muito mais intensivo; e daqui derivam aquelas normas que não foram elaboradas através dos costumeiros processos políticos. [...] Para algumas esferas sociais – penso na saúde, na instrução, na arte, na mídia – a globalização oferece a ocasião de fortalecer a autonomia da própria atividade e a oportunidade de reestruturar-se num setor espontâneo e num outro organizado. E tudo isso passa pelo direito. O constitucionalismo clássico se concentrou exclusivamente sobre o constitucionalismo político, enquanto todos os outros campos sociais foram excluídos dos processos de constitucionalização, instituindo uma separação entre Estado e sociedade e reduzindo a sociedade às ações dos indivíduos. Hoje é necessário abandonar esta visão individualista dos setores não políticos da sociedade e do direito constitucional, reconhecer-lhes o caráter fortemente ‘político’ (em sentido lato), e aproveitar as potencialidades do processo de constitucionalização dos diversos campos de racionalidade social. E o direito constitucional pode desempenhar um importante papel no esforço de garantir a autonomia dos diversos campos sociais, assegurando-lhes uma longa duração através de um processo de institucionalização. Deveremos, por conseguinte, edificar constituições que não sejam políticas, mas constituições dos diversos setores da sociedade. O direito constitucional pode, além disso, conter as tendências expansionistas dos sistemas sociais autônomos que tendem a colonizar os outros sistemas, traduzindo de modo produtivo e inteligente os conflitos e as pressões externas a uma esfera social através de uma forma de autolimitação interna”. (A lei em tempos de globalização. Entrevista com Gunther Teubner, publicada no jornal **II Manifesto**, em 15 nov. 2009. Disponível em: <[http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com\\_noticias&Itemid=](http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com_noticias&Itemid=)>. Acesso em: 04 jan. 2010).

<sup>118</sup> “Dúvidas profundas sobre o sentido do direito no nosso contexto histórico-social e cultural, com quebra do modelo tradicional e dominante da normatividade jurídica, e a provocarem forte perplexidade pela opção necessária entre perspectivas divergentes da juridicidade que se oferecem como atualmente possíveis [...] O caráter hoje fortemente problemático do direito parece implicar a necessidade e a urgência da filosofia – já o dissemos. Só que não deixa também de ser duvidoso – acabamos igualmente de o ver – que a filosofia possa oferecer um auxílio decisivo ou tenha mesmo alguma resposta para nos dar, porquanto não é seguro que ela ainda subsista com um sentido que justifique a sua existência diferenciada e nos permita invocá-la com validade”. (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra/Portugal: Coimbra, 2003. pp. 7 e 23).

1973. Bobbio explica que o problema da função do direito está relacionado à expansão da sociologia do direito e que esta pode se concentrar em duas questões distintas, de um lado como função repressiva<sup>120</sup> e conservadora e de outro, entendido o direito como instrumento a ser utilizado para reprimir a permanência e promover a mudança<sup>121</sup>.

A reforma do Poder Judiciário produzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, gerou mudanças funcionais significativas. Entretanto, esta Emenda deve ser entendida num processo de concretização da terceira onda de um movimento novo, mencionada por Cappelletti<sup>122</sup>, como sendo apenas parte do processo de reformas.

A promoção dos juízes pelo critério da produtividade e a atividade de controle dos seus deveres funcionais, sendo um deles a produção de decisões em tempo razoável<sup>123</sup>, de acordo com as Súmulas dos Tribunais Superiores, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, levam a pensar em um cenário comprometido com a

<sup>119</sup> Bobbio sustenta que o direito, como uma das partes do sistema social considerada em função do todo, detém uma função positiva primária já que é instrumento de conservação por excelência. Refere que do ponto de vista da mudança do sistema, o direito também ocupa lugar de destaque mudando a ordem vigente e adaptando-a as modificações sociais (prova disso é a possibilidade de leis atualizadas substituírem as defasadas. (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. São Paulo: Manoli, 2007).

<sup>120</sup> Foucault, em capítulo intitulado Genealogia e Poder, refere que apesar do discurso contemporâneo definir de forma reiterada o poder como sendo repressivo “isso não é novidade. Hegel foi o primeiro a dizê-lo; depois, Freud e Reich também o disseram. Em todo o caso, ser órgão de repressão é no vocabulário atual o qualificativo quase onírico do poder”. (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal Ltda, 2002. p. 175).

<sup>121</sup> “[...] Bobbio, com alguns trabalhos publicados entre 1969 e 1971, trouxe contribuições interessantes ao estudo da sociologia teórica do direito no que tange à análise funcional do próprio direito. A esse propósito, relembro suas considerações sobre a função promocional do direito, que despertaram um vivo interesse não somente do ponto de vista metodológico, mas também por sua ligação com um problema verificado na prática naquele momento: o da passagem do Estado liberal clássico ao Estado social e da correspondente transição da função do direito meramente protetora-repressiva para uma função promocional”. (TREVES, Renato. **Sociologia do Direito: origens, pesquisas e problemas**. São Paulo: Manole, 2004. p. 311).

<sup>122</sup> Cappelletti traz soluções práticas para os problemas de acesso à Justiça classificando-as como ondas de um movimento novo. A primeira delas seria a Assistência Judiciária Gratuita para os pobres, consignando que para a eficiência do sistema deve haver um grande número de advogados que pode até exceder a oferta, a fim de possibilitar que os necessitados consigam reivindicar todos os seus direitos através da assistência gratuita. A segunda onda vem definida com a representação dos interesses difusos, através da qual a visão individualista do devido processo legal teria que ceder lugar, ou se fundir com uma concepção social coletiva. Na terceira onda, o autor refere a necessidade de se ter uma concepção mais ampla de acesso à Justiça, através de um novo enfoque. Sustenta que esta “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, por meio de advogados particulares ou públicos, centrando sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo para prevenir disputas nas sociedades modernas. Esclarece que este enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas nos procedimentos, na estrutura dos tribunais, no uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio, considerando que estes diferem em sua complexidade. (CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. pp. 31-73).

<sup>123</sup> Artigo 189 CPC: O juiz proferirá:

- I- os despachos de expediente, no prazo de 2 (dois dias);
- II- as decisões, no prazo de 10 (dez) dias.

quantificação, com a produtividade e com o fluxo das demandas. Todavia, para que seja realizada a prestação jurisdicional no considerado tempo razoável é preciso que existam juízes em proporção condizente com a quantidade de demandas aforadas, nos termos do disposto no inciso XIII, do artigo 93 da Constituição Federal. Assim também o disposto no artigo 93, II, “e”, no sentido de que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder, além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”, questionando-se a real atuação do CNJ na fiscalização do cumprimento dos prazos pelos magistrados.

Significativa transformação do procedimento clássico também ocorreu na jurisdição perpetrada pelo STF, com a possibilidade da abertura deste à sociedade, através da audiência pública<sup>124</sup> e a participação de *amicus curiae*<sup>125</sup>, sendo a justiça chamada a desviar-se dos processos de matriz individualista para dar respostas coletivas<sup>126</sup>. Pode se entender como caracterizado o início de uma nova fase em prol do aperfeiçoamento da função jurisdicional<sup>127</sup> com a edição da Lei n. 11.417/06, criando a

---

<sup>124</sup> Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (Lei n. 9.868/99).

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (Lei n. 9.882/99).

<sup>125</sup> Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades (Lei n. 9.868/99).

<sup>126</sup> Ver estudo acerca do controle concentrado de constitucionalidade no STF com o debate sobre uma revolução paradigmática do sistema processual e procedimental desse controle em “A Superação do funcionalismo processual e a construção de mudanças processuais “estruturais” e “metodológicas”: uma (nova) identidade para o sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF”. SALDANHA, Jania Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOLZAN DE MOARES, José Luis. Trabalho publicado nos **Anais do VII** Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília-DF, em novembro de 2008. Disponível em: <[www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/05\\_370.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/05_370.pdf)>. Acesso em: 06 jun. 2010.

<sup>127</sup> “Somados os prós e os contras (e há inúmeros prós e inúmeros contra), sempre nos pareceu conveniente a adoção do sistema de súmulas vinculantes. Sempre consideramos ser uma medida vantajosa, já que, de um lado, acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do Poder Judiciário, de outro lado, e principalmente, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade”. (MEDINA, Jose Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER Teresa Arruda Alvim. Op. cit. p. 433).

Súmula Vinculante<sup>128</sup>. O mesmo se diz em relação a edição da Lei n. 11.418/06, da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário<sup>129</sup> e da Lei n. 11.419/06 instituindo o Processo Eletrônico<sup>130</sup>. Por outro lado, pode ser dito que em razão de estar a jurisdição cumprindo e atendendo metas exigidas pelo Banco Mundial, sob a fiscalização do Conselho Nacional da Justiça, teria sucumbido à funcionalização<sup>131</sup>. Isso se dá em razão

---

<sup>128</sup> Não se pretende aqui entrar no mérito de ter sido positiva ou negativa a adoção do sistema da súmula vinculante, questão que preocupa toda a comunidade jurídica, visto tratar-se de tema polêmico, com posições de autores categoricamente contra e outros a favor da adoção deste sistema. Ver abordagem de Tereza Arruda Alvim Wambier “Súmula vinculante: desastre ou solução?”. In: **Revista de Processo** n. 98, ano 25, abril-junho, 2000, p. 95.

<sup>129</sup> Após tecerem considerações a respeito de conceitos vagos e indeterminados, Medina e Wambier referem que “A repercussão geral jurídica no sentido estrito existiria, por exemplo, quando estivesse em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente, como por exemplo, a de direito adquirido. Relevância social haveria, numa ação em que se discutissem problemas relativos à escola, à moradia, a legitimidade do MP para a propositura de certas ações”. (MEDINA, Jose Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER Teresa Arruda Alvim. Repercussão Geral e Súmula Vinculante – Relevantes Novidades Trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004. In: WAMBIER Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octávio Campos; FERREIRA, Wiliam Santos (org). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: 2005. p. 430).

<sup>130</sup> “Desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, o PROJUDI é um sistema de processo eletrônico que gerou maior celeridade e facilidade de acesso, sendo, contudo, um das maiores conseqüências a transparência do Poder Judiciário, merecendo o comentário do Secretário Geral do CNJ, no seguinte sentido: Além de combater a morosidade processual, o processo virtual ainda melhora o acesso à Justiça e a transparência do Poder Judiciário. [...] Comparecendo o cidadão na sede da Justiça, sua pretensão é lançada diretamente no sistema. Se preferir constituir advogado, este elaborará a petição inicial e, de seu próprio escritório, o encaminhará. Acionando o botão ‘enviar’ seja pelo servidor da Justiça, seja pelo advogado, a petição inicial será distribuída instantaneamente e, nesse momento, o interessado receberá na tela do computador a informação de que o processo foi distribuído, que número obteve no protocolo, qual é a vara e qual juiz julgará a causa. Recebendo a ação virtual, o juiz, depois de verificar a regularidade da causa e decidir eventual pedido de liminar, determinará a citação do réu, que é feita também eletronicamente, clicando um botão. [...] Além de funcionar em tempo real, o processo eletrônico faz desaparecer todas as barreiras impostas pelo tempo e pela distância...” (Nota de Sérgio Renato Tejada Garcia, Secretário geral do Conselho Nacional de Justiça, lançada em 09/05/2006, no site [www.cnj.gov.br](http://www.cnj.gov.br)).

<sup>131</sup> Foucault analisa se o poder teria essencialmente como papel manter relações de produção e reproduzir uma dominação de classe e, neste caso, o poder político teria encontrado na economia sua razão de ser histórica. Questiona da seguinte forma: “em primeiro lugar, o poder está sempre em posição secundária em relação à economia, ele é sempre ‘finalizado’ e ‘funcionalizado’ pela economia? Tem essencialmente como razão de ser e fim servir a economia, está destinado a fazê-la funcionar, a solidificar, manter e reproduzir as relações que são características desta economia e essenciais ao seu funcionamento? Em segundo lugar, o poder é modelado pela mercadoria, por algo que se possui, se adquire, se cede por contrato ou por força, que se aliena ou se recupera, que circula, que herda esta ou aquela região? Ou, ao contrário, os instrumentos necessários para analisá-lo são diversos, mesmo se efetivamente as relações do poder estão profundamente intrincadas nas e com as relações econômicas e sempre constituem com elas um feixe? Neste caso, a indissociabilidade da economia e do político não seria da ordem da subordinação funcional nem do isomorfismo formal, mas de uma outra ordem, que se deveria explicitar.” O autor salienta que não dispomos de instrumentos para realizar uma análise não econômica do poder, apenas da afirmação de que “o poder não se dá, não se troca nem se retoma, mas se exerce, só existe em ação, como também da afirmação que o poder não é principalmente manutenção e reprodução das relações econômicas, mas acima de tudo uma relação de força”. (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal Ltda, 2002. pp. 175 e 176).

do comprometimento com o modelo neoliberal<sup>132</sup> das relações econômicas que se estendem para todos os setores da vida social em nome de um metavalor: a eficiência<sup>133</sup>, que diz respeito aos meios empregados para alcançar um resultado ou um objetivo visado, concorrente a relação dos meios e fins, mas que deve ser analisado de formas diversas quando se está frente a processos sociais, ou quando se questiona as preocupações ditadas pela economia capitalista.

Foucault traz duas respostas. A primeira, sustentando que o poder é essencialmente repressivo, pois reprime a natureza, os instintos, os indivíduos, uma classe. A segunda resposta questiona que se o poder é em si próprio desdobramento ou ativação de uma relação de força, passa a questionar se ao invés de analisá-lo em termos de alienação, contrato, cessão ou, ainda, em termos funcionais de reprodução das relações de produção, não deveríamos analisá-lo em termos de combate, de confronto e de guerra? Conclui que teríamos “frente à primeira hipótese, que afirma que o mecanismo do poder é fundamentalmente de tipo repressivo, uma segunda hipótese que afirma que o poder é guerra, guerra prolongada por outros meios”<sup>134</sup>.

Tem-se uma jurisdição voltada à segurança e previsibilidade, seguindo os moldes recomendados pelo Banco Mundial<sup>135</sup>, visando padronizar as concepções de Judiciário e de Justiça de forma meramente indicativa.

---

<sup>132</sup> Boaventura de Souza Santos defende as reformas, mas aponta para os perigos da busca da celeridade a qualquer preço, aquela invocada pelos interesses econômicos “que reclama por um sistema judiciário eficiente, rápido, um sistema que permita, efectivamente, a previsibilidade dos negócios, dê segurança jurídica e garanta a salvaguarda dos direitos de propriedade”. (SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 23).

<sup>133</sup> Ver abordagem de Jânia Saldanha intitulada “Eficiência neoliberal: A jurisdição sob a mirada do Banco Mundial e as reformas processuais”, no texto “A Jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre Eficiência e Efetividade”. (Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2009**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009).

<sup>134</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. p. 176.

<sup>135</sup> “Colhe-se, genericamente, do Documento Técnico 319S – O setor Judiciário na América Latina e no Caribe - do ano de 1996, que o Banco Mundial, sob um discurso aparentemente neutro, recomenda como valores para o “aprimoramento” da prestação jurisdicional os seguintes: a) previsibilidade nas decisões; b) independência; c) eficiência; d) transparência; e) credibilidade; f) combate à corrupção; g) proteção à propriedade privada; h)-acessibilidade e; i) respeito aos contratos; j) mudança no ensino jurídico. No Brasil, a Emenda Constitucional 45 de 2004 que implementou a chamada “Reforma do Judiciário” recepcionou significativamente tais recomendações. No que diz com a previsibilidade (a) das decisões o Banco entende que o Poder Judiciário deve atuar com o valor certeza, porquanto, sob o ponto de vista dos interesses econômicos, se um Estado – e suas instituições – mudam as regras do jogo no percurso da partida, as empresas não poderão saber o que será lucro ou não no futuro. A previsibilidade sistêmica, para o Banco Mundial, deve ser um valor a ser desenvolvido e preservado. Essa foi uma nada sutil ocasião para a justificação da criação da súmula vinculante, da repercussão dos recursos extraordinário e especial e da súmula impeditiva de recursos e, para arrefecer as exigências em favor da previsibilidade.<sup>[...]</sup> Prestigia-se o pré-dado e a normatização. Decreta-se a morte da interpretação”. (LOPES SALDANHA, Jânia Maria. Op. cit. p. 84).

Luiz Inácio Gaiger explica a eficiência<sup>136</sup>, criticando a ação capitalista que considera apenas utilitariamente os postos de trabalho, desprezando questões importantes, visando apenas rentabilidade máxima, assim entendida pelo Banco Mundial objetivando um Judiciário apenas preocupado com o fluxo decorrente do processo de globalização.

Conforme observado por Ovídio Batista da Silva<sup>137</sup> vem a jurisdição cumprindo satisfatoriamente suas funções, atendendo aos interesses modernos para os quais foi criada, situando-se a crise no plano estrutural.

O Relatório do Banco Mundial “Fazendo com que a Justiça conte”<sup>138</sup> traz dados, a partir de estudos desenvolvidos sob o patrocínio do Banco Mundial sobre o sistema judiciário brasileiro. Esses estudos demonstram que o Poder Judiciário Brasileiro

---

<sup>136</sup> Luiz Inácio Gaiger explica que “eficiência diz respeito, genericamente, ao grau de efetividade dos meios empregados, em um dado processo, para alcançar-se um objetivo ou gerar-se o resultado visado; em suma, concerne à relação entre meios e fins”. Esclarece, entretanto, o autor que quando se está frente a processos sociais a análise não pode deixar de considerar os fins buscados, compreendendo a eficiência a materialização dos benefícios sociais e não meramente monetários ou econômicos. Complementa referindo que “no âmbito das preocupações ditadas pela economia capitalista, a eficiência refere-se essencialmente à exigência de otimizar-se a relação custo/benefício, pela decisiva incidência desta sobre a rentabilidade ou a taxa de lucro dos negócios. Nesses termos, a eficiência é compreendida como o equacionamento de variáveis reduzidas ao plano econômico, muito embora comportem elementos que transcendem essa esfera ou possuem outra natureza, como o trabalho e os demais agenciamentos sociais da estratégia produtiva em questão. Classicamente, o custo representa perdas de capital inevitáveis no processo produtivo, relativas a consumo de matérias-primas, depreciação de máquinas, tratamento de efluentes, remuneração da força de trabalho, impostos, etc.(Miller, 1981), o que implica a necessidade de reduzi-lo, sob o prisma dos investidores. Dada a separação entre estes e a massa dos trabalhadores, as decisões sobre eficiência são uma prerrogativa do capital, nos limites dos seus fins intrínsecos e como parte da sua lógica de reprodução ampliada”. Crítica o autor a eficiência capitalista que considera apenas utilitariamente os postos de trabalho, a valorização do ser humano, a qualidade de vida, enfim, desprezando questões importantes, visando apenas rentabilidade máxima. Lembra o autor que “o estilo ocidental de vida, assim construído, vê-se condenado pela sua incapacidade de responder às exigências de qualidade de vida, de reprodução normal dos ecossistemas naturais e de segurança humana. Problemas dessa ordem requerem um novo consenso social, firmando mudanças nos valores, nos comportamentos e no plano institucional [...] uma visão alternativa de eficiência alia-se indissolavelmente à discussão sobre a eficácia da ação empreendida, isto é, sobre os fins a serem alcançados e as possibilidades de atingi-los. Tais fins, longe de se restringirem ao faturamento e ao crescimento econômico ou, ainda, a uma profícua relação mercantil entre produtores e consumidores, vinculam-se à satisfação de necessidades e à objetivos materiais, sócio-culturais e ético-morais dos indivíduos e da coletividade, imediatos ou de longo prazo. A racionalidade em questão compõe-se de valores dirigidos à qualidade de vida do grupo diretamente implicado e à garantia de melhorias e de segurança humana para a sociedade. Assim concebida, a eficiência consiste, pois, na capacidade de se gerarem esses resultados por meio da oferta de bens e serviços com qualidade referida a seu valor de uso, mediante estratégias produtivas e procedimentos de controle que assegurem a perenidade de tais processos e a ofensa permanente daqueles benefícios”. (GAIGER, Luiz Inácio. Eficiência. In: CATTANI, Antonio David; LAVILLER, Jean-Louis; GAIGER, Luiz Inácio, HESPANHA, Pedro. **Dicionário Internacional da Outra Economia**. São Paulo: Almedina, 2009. pp. 169 e 170).

<sup>137</sup> BATISTA DA SILVA, Ovídio A. Da função à estrutura, in: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>138</sup> Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/.../Resources/3817166.../29Justica.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2009.

ampliou os quadros dos magistrados e que a produtividade da Justiça Estadual é a maior da América Latina, evidenciando que a jurisdição, no Estado Democrático de Direito, vem cumprindo seu papel no sentido de tornar concretos os direitos fundamentais previstos na Lei maior.

Percebida, assim, a modificação do papel inicialmente atribuído à jurisdição, que era buscada apenas para resolver conflitos individuais, passando a ser uma Jurisdição chamada também a fim de concretizar valores constitucionais.

Entretanto, diante da existência de novos e mais extensos direitos, para sua solidificação é reclamada à jurisdição<sup>139</sup> afigurando-se o problema no momento de assegurar sua proteção e efetivação<sup>140</sup>.

Assim como no enfoque dos direitos econômicos, sociais e culturais problematiza-se a dependência legal dos direitos constitucionais levando-se em conta a “reserva dos cofres financeiros”<sup>141</sup>, com a abordagem do caráter dirigente da Constituição, no tema referente a jurisdição, questiona-se acerca da capacidade e possibilidade de ainda o Judiciário continuar prestando a jurisdição de forma satisfatória<sup>142</sup>, se mantido o sistema processual tradicional, de perfil liberal-normativista.

---

<sup>139</sup> “[...] a constitucionalização dos direitos fundamentais, nascida no pós Segunda Guerra Mundial em vários ordenamentos jurídicos, produziu a necessidade de que o Direito, para ser exercido democraticamente, deve advir de uma cultura fortemente democrática. Obviamente em países de modernidade tardia e de baixa constitucionalidade essa conquista tem sido lenta e penosa. Primeiro porque há um fosso entre os direitos garantidos nas Constituições e o que se realiza na prática social, sobretudo em termos de políticas públicas. Segundo, porque os cidadãos, destinatários dessas políticas e ao mesmo tempo vítimas por sua ausência, ao invés de manterem-se na inércia, cada vez mais buscam o juiz”. (LOPES SALDANHA, Jânia Maria. Op. cit. p. 79).

<sup>140</sup> “[...] uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes: outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil”. (BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 19. reimpr. Rio de Janeiro: Campus. 1992. p. 63).

<sup>141</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direção: O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: **Revista do Tribunal Regional Federal**. 4ª Região, Vol. I, n. 1, Porto Alegre, 1990.

<sup>142</sup> “[...] as estruturas jurisdicionais quando estas se vêem confrontadas com um crescimento vertiginoso na quantidade das demandas, seja porque os consumidores da justiça aumentaram em número, seja porque há mais e melhores meios e instrumentos para a busca de respostas jurisdicionais para os conflitos sociais, seja, ainda, porque a insatisfação ampliada da cidadania em face dos resultados do Estado Social promove uma nova conflituosidade – aquela que contrapõe as pretensões sociais nascidas do reconhecimento de direitos (antigos, novos e novíssimos) e a insuficiência de sua realização a partir dos sistemas de políticas públicas de caráter prestacional”. (BOLZAN DE MORAES, José Luis. A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito – II. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Anuário 2008*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 42).

Ainda, considerando que no Estado Democrático de Direito a função jurisdicional ganhou maior importância, e que, o constitucionalismo dirigente gerou um ambiente para se fazer política<sup>143</sup>, surge a necessidade de se enfrentar o novo papel dos atores jurídicos do cenário, encarregados de dar respostas aos clamores sociais.

A necessidade de ser revista a jurisdição e o direito processual<sup>144</sup> configura-se como consequência das modificações advindas com o direito material. Considerando que o século XX produziu relações jurídicas massificadas de toda ordem, principalmente as geradas pelas relações de consumo e decorrentes da sociedade pluralista<sup>145</sup> essas não podem mais ser resolvidas sob a estrutura racionalista ainda existente, como se verá no próximo item.

### **2.2.2 Estrutura racionalista: a indispensável reaproximação do processo com o direito material**

Ovídio Batista da Silva ao abordar o paradigma racionalista<sup>146</sup> sustenta a necessidade de ser acrescentado ao racionalismo, tão presente na formação da ciência jurídica moderna, novos ingredientes. Argumenta que o primeiro fator a ser analisado quando se pensa na estrutura racionalista está no entendimento do conceito de jurisdição como simples “declaração de direitos”, circunstância que embasa o procedimento

---

<sup>143</sup> “Há que ficar claro que este fazer política é aqui assumido como uma nova forma de produção de decisões no âmbito do poder estatal que tem ganho cada vez maior amplitude e consistência em razão de dois fenômenos até mesmo contraditórios: de um lado, o sucesso do Estado democrático em prover a cidadania de melhores vias e meios de acesso ao sistema de justiça; de outro, os fracassos ou dificuldades de o Estado Social prover resultados satisfatórios ante suas promessas”. (BOLZAN DE MORAES, José Luis, Op. cit. p. 42).

<sup>144</sup> “Seguramente, qualquer crítica, para não parecer leviana, deve estar associada à própria necessidade de revisão metodológica da jurisdição e do direito processual, não como um acontecimento repentino e irreversível e sim como um processo de auto-renovação qualitativa”. (LOPES SALDANHA, Jânia Maria. Op. cit. p. 78).

<sup>145</sup> “Numa sociedade pluralista, como é a que vive e floresce num sistema político democrático, onde o conflito de classe é multiplicado por uma miríade de conflitos menores corporativos, os interesses contrapostos são múltiplos, donde não é possível satisfazer um deles sem ofender um outro, numa cadeia sem fim. Que o interesse das partes singulares deve estar subordinado ao interesse coletivo é uma fórmula, com efeito, privada de um conteúdo preciso. Geralmente o único interesse comum a que obedecem os vários componentes de um governo democrático, de um governo que os partidos singulares devem prestar contas aos próprios eleitores das opções feitas, é o de satisfazer os interesses que produzem maiores consensos e são sempre interesses parciais [...]”. (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Brasiliense S. A., 1997. p. 94).

<sup>146</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 92.

ordinário e sua conseqüente interminável cadeia recursal<sup>147</sup>, o que reiteradamente tem sido considerado como principal fator de morosidade na tramitação dos feitos, sendo uma das propostas do novo Código de Processo Civil, eliminar recursos. Sustenta que pensar a jurisdição como mera atividade declaratória, e o julgador com simples missão de apenas reproduzir as palavras da lei, é confirmar o produto do racionalismo, tendo como objetivo tornar o direito uma ciência exata como a matemática, imaginando-se a lei como portadora da única "vontade" do legislador<sup>148</sup>, eliminando a função criadora do ato de sua aplicação. A natureza puramente "intelectiva" da jurisdição vinha preconizada na doutrina de Chiovenda<sup>149</sup> que sustentava ser a missão do julgador simplesmente revelar a vontade da lei, esta que já se encontrava solidificada ao ser instaurado o processo. Entretanto, esta pressuposição de ser o direito uma ciência e de o decisor reportar uma sentença "certa" ou "errada", como se o conflito discutido em um processo judicial fosse um cálculo matemático, não pode mais ser aceita<sup>150</sup>, diante da indiscutível evolução do direito<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> BATISTA DA SILVA, Ovídio A. Da função à estrutura. *In*: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>148</sup> "A lei que, porventura, tivesse uma única vontade – historicamente inalterável – que foi o sonho acalentado pelo Iluminismo europeu, é a lei do tirano, que imagina ter produzido o milagre de um texto divinamente perfeito, dado ao julgador como a expressão de 'sua' vontade". (BATISTA DA SILVA, Ovídio A. **Verdade e significado**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>>. Acesso em: 12 out. 2009).

<sup>149</sup> "*Nella cognizione, la giurisdizione consiste nella sostituzione definitiva e obbligatoria dell'attività intellettuale del giudice all'attività intellettuale non solo delle parti ma di tutti cittadini nell'affermare esistente o non esistente una volontà concreta de legge concernente le parti*". (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di diritto processuale civile**. Nápolis/Itália: Jovene, 1965. p. 296).

<sup>150</sup> "Este modo de compreender o fenômeno jurídico tornou-se anacrônico. Hoje ninguém mais duvida de que o processo não tenha por finalidade produzir verdades e que a lei admite duas ou mais soluções legítimas, como já proclamara Kelsen. Depois de haver François Géný, nos albores do século XX, denunciado a ilusão de imaginar a lei como um 'sistema dotado de exatidão matemática', ou de advertir James Goldschmidt que a futura sentença nada mais é do que um 'prognóstico' que perdurará como simples prognóstico até que se conheça seu conteúdo, depois de Chaïm Perelman investir-se na condição de Aristóteles moderno, construindo uma 'nova retórica', ou de um Theodor Viehweg recuperar a tópica aristotélica, e de Luis Recasens Siches postular, para a interpretação jurídica, o '*logos de lo humano*' ou de '*lo razonable*', ou depois de Josef Esser - para citar apenas algumas dos mais expressivos do moderno pensamento jurídico - haver transferido para o Direito as proposições básicas de Gadamer; afinal depois de tudo o que se escreveu nas modernas filosofias críticas, e de tudo o que aprendemos com o chamado realismo americano - nosso sistema permanece petrificado, na suposição de que os juízes continuam irresponsáveis, enquanto a 'boca da lei', como desejava o aristocrático Montesquieu, e de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a 'vontade da lei' (Chiovenda)". (BATISTA DA SILVA. **Processo e ideologia**. pp. 26 e 27).

<sup>151</sup> "Embora a 'constância' dessa imaginada 'vontade da lei' nunca venha explicitada, é certo que ela é uma qualidade pressuposta. Como seria possível afirmar que a lei tem uma vontade, a ser descoberta pelo intérprete, se essa vontade se modificasse periodicamente? Não seria correto supor que a lei tivesse 'uma vontade' quando as constantes modificações jurisprudenciais dão ao mesmo texto compreensões diferentes, aplicando-o muitas vezes em sentido diametralmente oposto ao proclamado pouco antes pelo mesmo tribunal". (BATISTA DA SILVA, Ovídio A. **Verdade e significado**. Op. cit., 2009).

Nesse contexto, imperativo o uso de princípios<sup>152</sup> a fim de encontrar a resposta acertada, aquela que decorre de uma correta interpretação à luz da hermenêutica à solução dos conflitos. E, para chegar a esta resposta acertada, é indispensável uma interpretação correta, no plano de uma argumentação racional, conforme preconiza Lenio Streck<sup>153</sup>.

O direito não pode ser considerado uma ciência exata, pois seu valor situa-se no mundo do dever ser, considerada sua teoria tridimensional<sup>154</sup>: fato, valor e norma, não sendo um objeto ideal como são os lógicos e os matemáticos, caracterizando-se sim como uma ciência da cultura<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> “Esta herança do iluminismo conserva-se como princípio determinante da prática forense. Os juízes e advogados, porém, perderam esta ilusão. Apesar de tudo, a separação entre “ciência processual” e vida real exaspera-se, porque juízes e advogados, submetidos à estrutura o sistema, são obrigados a moverem-se segundo suas regras e princípios”. (BATISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da função à estrutura**. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98).

<sup>153</sup> “É possível dizer, sim, que uma interpretação é correta e outra é incorreta. Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão, os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer na e pela interpretação. [...] A resposta correta à luz da hermenêutica (filosófica) será a ‘resposta hermenêuticamente correta’ para aquele caso, que exsurge na síntese hermenêutica da *applicatio*. Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (a fundamentação exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar (no plano de uma argumentação racional, o que demonstra que, se a hermenêutica não pode ser confundida com teoria da argumentação, não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico). Afinal, se interpretar é explicitar o compreendido (Gadamer), a tarefa de explicar o que foi compreendido é reservado às teorias discursivas e, em especial, à teoria da argumentação jurídica. Mas esta não pode substituir ou se sobrepor àquela, pela simples razão de que é metódico-epistemológica. Nesse sentido, a tese da resposta constitucionalmente adequada (ou a resposta correta para o caso concreto) pressupõe uma sustentação argumentativa. A diferença entre hermenêutica e a teoria da argumentativo-discursiva é que aquela trabalha com uma justificação do mundo prático, ao contrário desta, que se contenta com uma legitimidade meramente procedimental. Isto é, na teoria do discurso, a pragmática é convertida no procedimento”. (STRECK, Lenio Luiz. **Decisionismo e Discricionariedade Judicial em Tempos Pós-positivistas: O Solipsismo Hermenêutico e os Obstáculos à Concretização da Constituição no Brasil**. In: AVELÃS NUNES, Antonio José Almedina; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O direito e o futuro - o futuro do direito**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2008. pp. 105-107).

<sup>154</sup> Teoria elaborada pelo jusfilósofo brasileiro Miguel Reale, preconizando que o direito se compõe de três dimensões: 1ª) o Direito como valor do justo: pela Deontologia Jurídica e, na parte empírica, pela Política Jurídica; 2ª) como norma jurídica: Dogmática Jurídica ou Ciência do Direito; no plano epistemológico, pela Filosofia do Direito; 3ª) como fato social: História, Sociologia e Etnologia Jurídica; Filosofia do Direito, no setor da Culturologia Jurídica. (REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1986).

<sup>155</sup> “Sabemos, embora nem todos tenham a disposição de confessá-lo, que o direito é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito distante da matemática e muito próximo das ciências históricas; que o Direito, afinal é uma ciência da compreensão, não uma ciência explicativa, que o juiz, ao contrário do que desejava Chiovenda, tem, sim, vontade e que o ato jurisdicional é necessariamente discricionário”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia: O paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 28).

O direito é entendido como uma ciência que trabalha com verdades incertas, consistindo o problema do processualista em dar sentido aos fatos<sup>156</sup>.

Embora se tratando de uma ciência cultural, o racionalismo<sup>157</sup> ainda permanece atual na vida do processualista<sup>158</sup> retardando modificações no pensamento do jurista.

Assim, a perpetuação do procedimento ordinário com as dificuldades enfrentadas pela doutrina para a construção de uma tutela preventiva<sup>159</sup>, mantendo uma áurea de neutralidade do juiz<sup>160</sup> é, sem dúvida, mais um problema estrutural.

Outro fator mencionado por Baptista da Silva como sendo também responsável pela chamada crise do Poder Judiciário é a circunstância de as Universidades se apresentarem impermeáveis às mudanças<sup>161</sup>. O autor sustenta que as universidades brasileiras vêm se caracterizando em um “instrumento de que se valem os interesses

<sup>156</sup> “O problema do processualista é dar sentido aos fatos. Não basta estabelecer sua veracidade. Esta é a tarefa do historiador, não do magistrado. O direito nasce do fato, mas com ele não se confunde. As proposições mais simples e que poderiam parecer óbvias, dependendo do respectivo contexto poderão ter ‘significados’ diversos e até antagônicos.

De resto, como advertiu Gadamer, “não nos esqueçamos de que, inclusive nas ciências, o ‘fato’ não se define como o simplesmente presente, fixado através da mensuração, da ponderação ou da contagem: ‘fato’ é antes um conceito hermenêutico, ou seja, algo sempre referido a um contexto de suposições ou expectativas, a um contexto de compreensão inquiridora de tipo complicado. Não tão complicado, mas igualmente difícil de levar a cabo é ver, na práxis vital de cada um, aquilo que existe, e não o que gostaríamos que existisse” (BATISTA DA SILVA, Ovídio A. **Verdade e significado**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>>. Acesso em: 12 out. 2009).

<sup>157</sup> Sobre os conceitos de “paradigma” e “revolução paradigmática”, veja-se KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975. A utilização desses conceitos no âmbito processual é delimitada, sob o tópico “Conceito de Paradigma”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p 28-34).

<sup>158</sup> “O Racionalismo, permanece entre nós – apenas entre os juristas. Não mais entre os cientistas, especialmente entre os físicos e astrofísicos. Nós que lidamos com uma ciência cultural, perseveramos no culto dos juízos de certeza, que são, naturalmente, o pressuposto alimentador da cadeia recursal.” (BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Da função à estrutura*. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98).

<sup>159</sup> Ver abordagem intitulada “O Paradigma racionalista e a tutela preventiva”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: O paradigma racionalista, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 89-129).

<sup>160</sup> “Dirão, os que proclamam as virtudes do procedimento ordinário, que os juízos que o magistrado fizer, antes do completo encerramento da causa, serão baseados em verossimilhança, porquanto lhe faltariam as informações capazes de permitir-lhe um juízo de certeza. A objeção, porém, por si só se anula. Se o procedimento ordinário desse ao julgador as condições de conhecer - com certeza - a ‘vontade da lei’, então não teríamos como justificar o número extraordinário de recursos contra esse julgamento e menos ainda justificar a descoberta de outra ‘vontade da lei’, nos casos em que o tribunal do recurso venha a reformar a sentença”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Op. cit.*, p. 28).

<sup>161</sup> “Uma universidade cuja missão não vai além do empenho de formar operadores mecânicos do sistema. A metodologia do ensino do Direito é de um anacronismo doloroso. Os manuais universitários e a cátedra ignoram os ‘fatos’. Cuidam apenas do ‘direito’, enquanto norma”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Da função à estrutura*. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98).

que gravitam em torno do poder para manter os juristas confinados no ‘mundo jurídico’”<sup>162</sup>. A visão limitada das faculdades de direito não permite a visualização de outras formas de conhecimento<sup>163</sup>, tornando o ensino jurídico antiquado, centrando as instituições suas atividades marcadas por práticas pedagógicas tradicionais, apresentando o direito apenas enquanto norma, dissociado do mundo real, pois corroído o modelo pelos processos históricos pelos quais passou o Estado<sup>164</sup>, estando grande parte dos cursos de direito ainda presos ao modelo ultrapassado e descomprometido historicamente<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> Ovídio refere a metodologia jurídica utilizada pela Universidade brasileira salientando a “perfeição com que ela desempenha a tarefa de produzir servidores de um sistema que, mesmo sendo, em grande parte, responsável (na prática) pela crise do Poder Judiciário, continua (em teoria) a ser elogiado por nossa elite profissional que se esforça desesperadamente por melhorá-lo, procurando impedir sua transformação”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Os Juristas e o Poder. *In: Processo e Ideologia - O paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 36).

<sup>163</sup> “O paradigma jurídico-dogmático que domina o ensino nas faculdades de direito não tem conseguido ver que na sociedade circulam várias formas de poder, de direito e de conhecimento que vão muito além do que cabe nos seus postulados. Com a tentativa de eliminação de qualquer elemento extra-normativo, as faculdades de direito acabaram criando uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade. Enquanto locais de circulação dos postulados da dogmática jurídica, têm estado distantes das preocupações sociais e têm servido, em regra, para a formação de profissionais sem um maior comprometimento com os problemas sociais”. (SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 71).

<sup>164</sup> “O jusnaturalismo moderno, presente na criação dos cursos jurídicos em nosso país, é uma revitalização, um desenvolvimento doutrinário e uma difusão pedagógico-cultural da multissecular crença na existência de um Direito Natural. Foi elaborado durante os séculos XVII e XVIII e buscou responder ao deslocamento do objeto de pensamento, da natureza para o homem, que caracteriza a modernidade. Na procura desta resposta, a vigência cultural deste paradigma, que entende que “o direito natural ou da razão é a fonte de todo o direito”, foi sendo gradualmente desenvolvida e paradoxalmente corroída pelos processos históricos que caracterizaram a experiência jurídica a partir do aparecimento do Estado Moderno no século XVI. Entre estes processos que marcaram a dissolução da unidade espiritual da República Christana medieval, cabe mencionar os da secularização, sistematização, positivação e historicização do Direito”. (LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos** – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 37 e 38).

<sup>165</sup> Bolzan de Moraes e André Copetti, em breve diagnóstico acerca do ensino jurídico no Brasil referem que os bacharéis não são preparados para responderem à pluralidade e às transformações do mundo contemporâneo, revelando “[...] a falta de capacidade de análise em relação a uma realidade cada vez mais plural e complexa e, conseqüentemente, em relação à diversidade de conhecimento que daí surgiu. Esta situação pode ser explicada, em boa medida, pela vinculação da crítica dos responsáveis pelas academias jurídicas ao discurso dominante emanado do poder. Como corolário, os discursos que estabeleceram um conflito com as posturas oficiais receberam, indistintamente, a predicação de um conhecimento jurídico ilegítimo e panfletário. Grande parte dos Cursos de Direito ainda estão presos a este modelo – ultrapassado e descomprometido historicamente – e se constituem num dos mais tradicionais e resistentes focos da universidade no que se refere a mudanças e transformações. Suas características ainda estão ligadas ao velho modelo que privilegia o objeto e ao modelo discursivo centrado no professor. Neles, permanece a idéia de que bastam professores, alunos, códigos, manuais, salas de aula e um repertório de modelos práticos de processos juridicamente exemplares para a realização da formação jurídica do aluno. Relegados a segundo plano, neste modelos tradicional, estão as atividades de pesquisa e extensão, e o desenvolvimento de uma visão crítica do fenômeno jurídico não figura como objetivo primordial a ser atingido”. (COPETTI SANTOS, André Leonardo; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O ensino jurídico e a formação do Bacharel em Direito**. Diretrizes político-pedagógicas do curso de direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 61).

A esse fato soma-se o de que a maior autonomia concedida às universidades, na década de 90, não teve por objetivo preservar a liberdade acadêmica, mas sim criar condições para que as universidades se adaptassem às exigências da economia<sup>166</sup>.

Ausente a necessária formação em filosofia, sociologia, ciência política, existindo ainda o pressuposto de que apenas o conhecimento jurídico seria suficiente para o êxito do profissional<sup>167</sup>, sem o imprescindível conhecimento dos problemas sociais. Entretanto, para que as universidades funcionem como mecanismo de transformação da cultura institucional e de aperfeiçoamento do Poder Judiciário, sendo necessário que sejam organizadas de forma a criar um ambiente de reflexão a permitir que as mudanças aconteçam, considerando que é decantada a deficiência da formação jurídica<sup>168</sup>, estando as universidades comparadas a empresas que vendem apenas ilusões. Nesse sentir, é de ser referido o quinto problema decorrente do acima citado, mencionado por Jânia Saldanha<sup>169</sup> que enfatiza o fechamento da mentalidade dos

---

<sup>166</sup> Boaventura de Souza Santos salienta que a partir da década de 90 houve um impacto desconcertante na educação superior, pois a universidade, de criadora de condições para a concorrência e para o sucesso no mercado, transforma-se ela própria num objeto de concorrência, ou seja, num mercado. Ainda, refere que o Relatório do Banco Mundial de 2002 assume não aumentar os recursos públicos para a universidade, estando a solução na ampliação do mercado universitário. Ver artigo intitulado “**A Universidade no Século XXI: Para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade**”. (Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/auniversidadedosecXXI.pdf>>. Acesso em 04 fev. 2010).

<sup>167</sup> “Em regra, o ensino jurídico até hoje praticado (180 anos depois da implantação dos primeiros cursos em São Paulo e Olinda) parte do pressuposto de que o conhecimento do sistema jurídico é suficiente para a obtenção de êxito no processo de ensino-aprendizagem. A necessária leitura cruzada entre o ordenamento jurídico e as práticas e problemas sociais é ignorada, encerrando-se o conhecimento jurídico e, conseqüentemente, o aluno, no mundo das leis e dos códigos. As pesquisas no direito estão ainda muito centradas na descrição de institutos, sem a devida contextualização social. Daí a necessidade de uma pesquisa-ação, onde a definição e a execução participativa de projetos envolva a comunidade e esta possa beneficiar-se dos resultados dos estudos”. (SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., p. 73).

<sup>168</sup> “A regra geral é o recrutamento dos juizes dentre os egressos da mais conservadora dentre as escolas de nível superior no país: a faculdade de Direito. É decantada a deficiência da formação jurídica. Mais de trezentas escolas, gerando milhares de bacharéis, abastardam o ensino. A maior parte delas objetiva o lucro. É uma empresa que vende ilusão. As técnicas de transmissão do conhecimento são empíricas. Ainda é comum a leitura da legislação, de alguma doutrina e alguma jurisprudência. Não se estimula a criatividade, nem se explora o talento individual. Desconhece-se o pluralismo, valor acolhido de maneira explícita pela ordem fundante”. (NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à Justiça**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 150).

<sup>169</sup> “A risco de todo erro, ousa-se acrescentar um quinto problema: o do fechamento da mentalidade dos juristas, que trabalham no processo, ao seu próprio sistema, furtando-se do exercício da denominada “fertilização recíproca” que permite o aprendizado mútuo entre diferentes sistemas jurisdicionais e que, ao primeiro olhar, poderia consistir na sua força e na sua fraqueza. Isso decorre da carência de pontes que interconectem o jurista a outros campos do saber humano, porque reduzido a uma estrutura burocrática que, no caso do Poder Judiciário, o iguala substancialmente à função administrativa, como lembra Nicola Pircardi”. (LOPES SALDANHA, Jânia Maria. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In*: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 123).

juristas, por trabalharem no processo ao seu próprio sistema, em total ausência do “pensar no plural”<sup>170</sup>.

Cattoni de Oliveira, referindo o pensamento de Arendt no sentido de que o poder corresponde à capacidade de agir de comum acordo, refere que esse poder comunicativo somente pode desenvolver-se em esferas públicas não deformadas<sup>171</sup> sendo preciso uma “maneira de pensar alargada”<sup>172</sup> através da qual o indivíduo deixa de pensar apenas na condição privada, refletindo no lugar de qualquer outro, passando a pensar desde um ponto de vista universal. Jânia Saldanha refere que o pensamento não deve ser visto só como “elemento de compreensão, para o desenvolvimento da mentalidade alargada dos juízes no contexto da pluralidade jurídica e do rompimento de fronteiras”, pois também “banha de luz um caminho que sempre conheceu o limite do estatal”<sup>173</sup>.

O aumento do número dos litígios e a complexidade das demandas que surgem a partir dos novos direitos consagrados na Constituição dirigente de 1988, aliados as transformações sociais, políticas e econômicas, gerando o deslocamento para o judiciário de conflitos, que antes eram resolvidos em outras esferas públicas ou

---

<sup>170</sup> “A Política, entretanto, como aponta Hannah Arendt, se insere num outro contexto e o seu campo é o do pensamento no plural. Na interpretação de Hannah Arendt, Kant, na Crítica do Juízo, salienta uma maneira de pensar no plural, que consiste em ser capaz de pensar no lugar e na posição dos outros em vez de estar de acordo consigo mesmo. É o que Kant chama de mentalidade alargada. O alcance e a força do juízo da mentalidade alargada está na concordância potencial com os outros. A sua área de jurisdição não é a do pensamento puro, do diálogo do eu consigo mesmo, mas sim a do diálogo com os outros com os quais devo chegar a um acordo. Este juízo, portanto, não tem validade universal, mas sim validade específica, limitada às pessoas com as quais dialogo para chegar a um acordo”. (ARENDR, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1972. pp. 17 e 18).

<sup>171</sup> “Segundo Arendt, ‘o poder corresponde à capacidade não somente de agir mas de agir de comum acordo’. Assim, esse poder comunicativo somente pode se desenvolver em esferas públicas não deformadas, somente pode surgir das estruturas de intersubjetividade não danificadas de uma comunicação não distorcida”. (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia**: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 51).

<sup>172</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução de Valério Rohden e Antonio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária Ltda, 1993. p. 140 e 141.

<sup>173</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A “mentalidade alargada” da justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização do direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas árvores). In: **Boletim da Faculdade de Direito**. VI LXXXIII (Separata), Coimbra/Portugal, 2007. p. 357.

privadas<sup>174</sup>, exigem efetiva participação do julgador na concretização dos direitos previstos em lei, fazendo surgir novos modelos de juiz<sup>175</sup>.

Esse novo cenário obriga o Estado a investir no aprimoramento dos magistrados<sup>176</sup>. A formação do magistrado passa a ser vista como um desafio imposto ao Judiciário na sociedade contemporânea, sendo imprescindíveis conhecimentos que vão além do direito<sup>177</sup> principalmente considerando-se a atual dimensão funcional da mundialização do direito<sup>178</sup>, onde os magistrados podem ser vistos como agentes ativos dessa globalização.

---

<sup>174</sup> “A constitucionalização dos direitos sociais e difusos engendrou um novo grupo de demandas levado à Justiça, que, todavia, não encontrou instrumentos processuais adequados ao seu trâmite eficaz e eficiente. Desse modo o que se pode constatar é um Judiciário funcionalizado que agoniza em meio a reformas processuais estruturais, no afã de reduzir o alto índice de demandas em ações e em recursos”. (LOPES SALDANHA, Jânia Maria, **A intensificação do chamado à jurisdição: vícios e virtudes do processo brasileiro**. Disponível em: <<http://www.eldial.com.ar/suplementos/procesal/tcdNP.asp?id=4158&id>>. Acesso em: 10 de fev. 2010).

<sup>175</sup> “Sob o ponto de vista da jurisdição dos Estados, a tarefa dos juízes chegou à máxima complexidade porque, invariavelmente, resolver problemas concretos implica transbordar o próprio sistema jurídico, contribuindo para a construção de um Direito cuja eficácia ultrapassa as fronteiras nacionais. Desse modo, no amplo cenário das jurisdições regional, supranacional e internacional, surgem novos modelos de juiz, dos quais é exigida uma dupla tarefa. De um lado, solucionar fenômenos inteiramente desconhecidos, muitas vezes sem qualquer orientação normativa, o que os leva a inspirarem-se nas jurisdições nacionais. De outro, construir, pela atividade jurisdicional paulatina, os próprios princípios basilares de sua função”. (LOPES SALDANHA, Jânia Maria, A “mentalidade alargada” da justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização do direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas árvores). In: **Boletim da Faculdade de Direito**. VI LXXXIII (Separata), Coimbra/Portugal, 2007. p. 352).

<sup>176</sup> “O pressuposto é que se não houver uma formação específica, a lei obviamente não será bem aplicada. Temos que formar os magistrados para a complexidade, para os novos desafios, para os novos riscos. Os magistrados, sobretudo as novas gerações, vão viver numa sociedade que, como eu dizia, combina uma aspiração democrática muito forte com uma consciência da desigualdade social igualmente forte. E, mais do que isso, uma consciência complexa, feita da dupla aspiração de igualdade e de respeito da diferença”. (SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**, São Paulo: Cortez, 2007. p. 66).

<sup>177</sup> Boaventura de Souza Santos refere “a importância crucial dos sistemas de formação e recrutamento dos magistrados e a necessidade urgente de os dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem”. (SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999. p.174).

<sup>178</sup> Garapon salienta que o direito ultrapassa as fronteiras como um produto de exportação, pois este já não consiste apenas em resolver problemas entre vizinhos, mas precisamente em organizar a circulação de bens, capitais e informações entre continentes, sendo que “a descrição desta desconhecida mundialização, com base nas mutações gerais do direito nas suas várias vertentes (civil, penal, etc...), tem em conta, apenas de uma forma muito parcial, os processos que lhe estão subjacentes e que explicam o seu desenvolvimento actual. Para compreender todas as suas características, é necessário centrar-nos nos próprios intervenientes e particularmente nos juízes. Durante muito tempo limitados a interpretação rigorosa do direito, os juízes são hoje provavelmente os agentes mais activos da sua mundialização e, por conseguinte, os engenheiros de sua transformação”. (GARAPON, Julie Allard Antoine. **Os juízes na mundialização - a nova revolução do direito**. Lisboa/Portugal: Instituto Piaget, 2005. p. 8).

O conhecimento de outras formas de atuar, evidenciando-se o crescimento do estudo acerca da conexão do direito com a literatura<sup>179</sup>, são imprescindíveis ao novo perfil do julgador. Este deve ter a sensibilidade para as questões sociais do seu tempo<sup>180</sup> o que decorre de uma formação humanística sólida<sup>181</sup> e de uma visão não individualista<sup>182</sup>, quer seja para manter a justiça social, ou para fomentá-la quando não existir, na missão de civilizar<sup>183</sup> atuando realmente como agente transformador da realidade. O julgador não pode trabalhar apenas visualizando o conhecimento prático,

---

<sup>179</sup> “Repensar o direito, neste início de século, é o desafio que se impõe aos juristas. E, dentre as inúmeras e mais variadas alternativas que se apresentam, o estudo do direito e literatura adquire especial relevância. Além do destaque que confere à interdisciplinariedade, na medida em que se baseia no cruzamento dos caminhos do direito com as demais áreas do conhecimento – fundado um espaço crítico por excelência, através do qual seja possível questionar seus pressupostos, seus fundamentos, sua legitimidade, seu funcionamento, sua efetividade, etc. – a possibilidade da aproximação dos campos jurídicos e literário favorece ao direito assimilar a capacidade criadora, crítica e inovadora da literatura e, assim, superar as barreiras colocadas pelo sentido comum teórico, bem como reconhecer a importância do caráter constitutivo da linguagem, destacando-se os paradigmas da intersubjetividade e intertextualidade”. (TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães. *Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito*. In: **Direito & Literatura** – reflexões técnicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 11 e 12.

<sup>180</sup> “A população tem direito à justiça prestada por juízes inseridos na realidade social, comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa, e não a justiça praticada por juízes sem qualquer aderência de vida”. (WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 134).

<sup>181</sup> “Não se pode conhecer, e muito menos o homem, se ele não for amado. A verdadeira virtude do advogado e do juiz, a única que os faz dignos de seu ofício, é amar aquele a quem devem conhecer e julgar, se bem que pareça indigno do amor. O juiz, sobretudo, deveria ser um centro de amor. O que, como já disse muitas vezes, não exclui de modo algum seu poder e seu dever de castigar, já que o castigo do pai é seu mais puro ato de amor. Mas uma coisa é o castigo de quem se acredita bom diante do mal, e outra coisa o de quem se sente igual e irmão seu. Assim, se o juiz julgar com amor, não apenas seu juízo se aproximará todo o humanamente possível da verdade, mas irradiará dele um exemplo que, em uma sociedade cada vez menos dominada pelo egoísmo, tornará cada vez menos necessário seu triste ofício”. (CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2.ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. p. 126).

<sup>182</sup> “Somente através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos”. (GADAMER, Hans – Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução Paulo César Duque Estrada. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 12).

<sup>183</sup> “Nossa missão não é mais a de conquistar o mundo como acreditava Descartes, Bacon e Marx. Nossa missão se transformou em civilizar o pequeno planeta em que vivemos”. (MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Disponível em: <[http://www.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/meio\\_ambiente/umapaz/files/Morin.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/meio_ambiente/umapaz/files/Morin.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2008.

entendendo o processo como se fosse mero instrumento técnico<sup>184</sup>, mas sim atuando sem esquecer seu objeto<sup>185</sup> de modo a evitar o distanciamento do direito material.

Salienta-se que, embora a segunda fase nas transformações do direito processual tenha servido para consolidá-lo como instrumento autônomo da jurisdição, o tecnicismo puro gera a ausência de preocupação com o resultado prático da solução da pretensão do direito material<sup>186</sup>.

Ocorre que, nos termos preconizados por Boaventura de Souza Santos<sup>187</sup> não haverá maiores avanços com as reformas do processo e mesmo do direito substancial, se não houver uma nova forma de gestão de recursos, de tempo e de capacidade técnica.

Nesse sentido, imprescindível o conhecimento dos magistrados sobre a administração da justiça, que deve ocorrer sem esquecer dos contornos da integração entre o direito material e o direito processual<sup>188</sup>, continuamente sob a ótica constitucional a fim de assegurar a prestação jurisdicional efetiva.

---

<sup>184</sup> “O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária ‘identidade ideológica entre processo e direito substancial’, permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos. Nessa concepção axiológica de processo, como instrumento de garantia de direitos, a visão puramente técnica não pode mais prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e de justiça”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** - influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 19).

<sup>185</sup> “O objeto do processo é constituído, pois, por este direito afirmado, que, se reconhecido, será assegurado pela tutela. A pretensão a um provimento jurisdicional e de natureza processual e tem por conteúdo, sempre e invariavelmente, outra pretensão, está fundada no direito material, ou seja, o direito afirmado. A pretensão processual só tem sentido em função da pretensão fundada no direito material”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. pp. 11 e 12).

<sup>186</sup> Analisando o panorama do processo civil brasileiro, Humberto Theodoro Júnior refere que “[...] o que realmente mudou os rumos da ciência processual foi a tomada de consciência da doutrina e dos legisladores de que o processo não poderia se contentar com uma autonomia científica limitada à pesquisa e conscientização de suas figuras fundamentais. O que o século XX reclamava eram resultados práticos, individuais e coletivos, que dessem à função jurisdicional do Estado uma presença efetiva de idealizador e realizador da justiça. O processo tinha que ser não apenas científico, mas eficiente e justo. Tinha que se apresentar perante a sociedade como instrumento ágil e confiável de eliminação de litígios, apto a proporcionar resposta concreta, caracterizada, a um só tempo, pela fidelidade à vontade da lei e pela preocupação de adaptá-la aos valores e aspirações em confronto dentro do conflito jurídico”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 2).

<sup>187</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**, p. 180.

<sup>188</sup> “[...] os direitos fundamentais materiais, além de servirem para iluminar a compreensão do juiz sobre o direito material, conferem à jurisdição o dever de protegê-los (ainda que o legislador tenha se omitido) ao passo que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a atuação do juiz como ‘diretor do processo’, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material (e não apenas aos direitos fundamentais materiais) e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a qualquer espécie de direito”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. vol I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 133).

Entretanto, difícil garantir essa prestação jurisdicional efetiva, considerando que a jurisdição já não se vê livre das forças políticas e econômicas, caminhando comprometida com as forças do mercado<sup>189</sup>, impondo-se analisar as reformas que não atingem os resultados almejados<sup>190</sup>, bem como as patologias que podem surgir de um sistema burocratizado, conforme a seguir se verá.

### 2.3 AS REFORMAS QUE NÃO REFORMAM: OS PACTOS PARA UM JUDICIÁRIO “REPUBLICANO”

O Poder Judiciário é uma das instituições assoladas pelas “transformações”<sup>191</sup> pelas quais passa o Estado, conforme se denota das alterações havidas nos últimos anos nos Códigos de Processo Civil, Penal e na Constituição Federal, especialmente no capítulo relativo à organização do Poder Judiciário, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004.

---

<sup>189</sup> Ver abordagem de Jânia Saldanha acerca da tensão entre a busca da eficiência da Jurisdição e sua efetividade, salientando a autora que “O Banco Mundial, ao contrário de outras organizações internacionais busca padronizar as concepções de Judiciário e de justiça de forma meramente indicativa. A adesão dos Estados não se dá pela via de normas, e sim, pela adesão a idéias. O que nem por isso significa não ter impacto em nível interno. Um dos instrumentos da atividade paranormativa do Banco são as publicações e documentos a respeito do Judiciário. O domínio de sua influência sobre o Poder Judiciário dos Estados ocorre basicamente em dois níveis: a) institucional – o Poder Judiciário deve ser enquadrado num processo de modernização e; b) individual – os juízes são construtores de consenso. [...] No que pertine à eficiência, a agência internacional interessa-se pela ação do Estado em relação ao mercado, uma vez ser ele, na atualidade, o leito do rio neoliberal...”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **A Jurisdição partida ao meio**. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. pp. 84 e 85).

<sup>190</sup> Ronaldo Bretãs de Carvalho Dias refere que “Para comprovar as afirmativas feitas até agora, no sentido de que as reformas do Código não estão atingindo os objetivos alardeados nas exposições de motivos das enxurradas de leis reformistas promulgadas pelo Estado brasileiro, basta examinar o índice cronológico da legislação alteradora em qualquer edição do Código de Processo Civil. Ao se fazê-lo, constata-se que, nesses 35 anos de vigência, dito Código, publicado pela Lei n. 5.925, de 1º de outubro de 1973, sofreu cerca de 460 alterações legislativas, por meio de 43 leis editadas no referido período, se nossa contagem estiver certa. Em outras palavras, as reformas relevam-se intermináveis e estão sendo feitas incessantemente no Código há três décadas e meia, com resultados cada vez mais insatisfatórios, porque a jurisdição brasileira continua lenta e ineficiente, algumas vezes podendo ser acimada de verdadeira balbúrdia, o que indica não ser o Código a principal causa do problema, porque, se o fosse, com tais reformas, tal problema já teria sido solucionado há muito tempo, a não ser que o legislador brasileiro seja obtuso, o que resistimos em acreditar”. (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo**. In: **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 460).

<sup>191</sup> Termo utilizado por Bobbio ao falar em “transformação” ao invés de crise, pois essa faz pensar-se em colapso iminente, explicando que apesar da democracia não gozar no mundo de ótima saúde, também não está à beira do túmulo. (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 19).

O princípio da duração razoável do processo restou positivado como direito fundamental pela Emenda Constitucional n. 45, publicada em 30 de dezembro de 2004, também conhecida como reformista do Poder Judiciário<sup>192</sup>. Essa reforma, projetada pelo Banco Mundial<sup>193</sup> nos anos 80, o foi com a finalidade de criar projetos de modernização do Poder Judiciário e decorrente de imposição dos organismos financeiros internacionais. A justificativa para essa pretendida modernização seria a de que, em razão dos longos processos judiciais, do excessivo acúmulo de processos, do pouco acesso da população à jurisdição, da falta de transparência e previsibilidade das decisões e frágil confiabilidade no sistema, necessário garantir aos investidores estrangeiros a obtenção do rendimento compatível com o risco de investirem nos países emergentes, ou seja, um objetivo puramente econômico. Sustenta o Banco Mundial que a crise do Poder Judiciário decorre de sua incapacidade de prestar um serviço público a um preço competitivo, rápido e eficaz, às demandas que lhe são submetidas.

Em razão de o Judiciário ser considerado uma das instituições importantes para o bom funcionamento de uma economia de mercado, garantindo direitos de propriedade e fazendo cumprir contratos, deveria, portanto, sob a ótica do Banco Mundial, interpretar e aplicar as leis de forma previsível. Enfim, o objetivo declarado no documento é a reforma, como necessidade para o desenvolvimento econômico e social da América Latina, principalmente considerando a emergência da abertura dos mercados, com novas relações comerciais. Mais especificamente, sustenta o Banco Mundial que a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso à justiça<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> Várias reformas atingiram o Código de Processo Civil iniciando no ano de 1992 e culminando com o Pacto de Estado em Favor de um Poder Judiciário Republicano no ano de 2004 com a Emenda Constitucional n. 45. O Segundo Pacto Republicano do Estado brasileiro vem lançado em 2009, propondo, entre outras, mudança quanto ao acesso à Justiça.

<sup>193</sup> Documento Técnico 319S. Disponível em: <[www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf+banco+mundial+reforma+do+judiciário](http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf+banco+mundial+reforma+do+judiciário)>. Acesso em 28 mar. 2010.

<sup>194</sup> Em Relatório intitulado “O setor Judicial na América Latina e no Caribe: Elementos da reforma, realizado no ano de 1997”, o Banco Mundial refere que “o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade”; “a reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do Estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso à justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado”. (Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicações/Reforma\\_do\\_judiciário.pdf](http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicações/Reforma_do_judiciário.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2010.

Diante da grande litigiosidade que se apresenta atualmente com a constante procura pela jurisdição, caracterizando o que Nicola Picardi chama de “estado de ânimo tendente a revalorizar o momento jurisprudencial do direito”<sup>195</sup>, mais se busca um processo efetivo<sup>196</sup> e, fruto da constitucionalização dos direitos e por consequência um processo justo<sup>197</sup> que, para Calamandrei, significa dizer de que lado está a razão<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> Ver abordagem acerca da realidade jurídica atual em capítulo intitulado “Vocação do nosso tempo para a jurisdição”. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-32).

<sup>196</sup> Bedaque atribui ao processo efetivo a segurança jurídica, respeitando o contraditório e a ampla defesa, de modo a confirmar a tese de que não há efetividade sem segurança: “Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a oferecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49).

<sup>197</sup> O princípio do processo justo é o que rege o processo civil, não entendido como um princípio isolado, mas sim como a soma de vários outros que orientam o devido processo legal, fruto da constitucionalização dos direitos. Humberto Theodoro Júnior salienta que “A reorganização do Estado Democrático moderno não se contentou com o princípio constitucional da legalidade, no seu sentido procedimental e de subsunção do fato litigioso à regra da lei material. Exigiu-se que em nome de outros princípios constitucionais, a própria regra de direito material fosse submetida a um juízo crítico, para conformá-la ao sentido mais harmônico possível com os valores consagrados pela Constituição. Assim, em vez de assegurar um resultado legal (compatível com a normal aplicada ao caso) o processo foi incumbido de proporcionar um resultado justo (mais do que apenas legal). E a garantia constitucional de tutela jurisdicional passou a ser não mais a do devido processo legal, mas a do processo justo. [...] Nossa constituição não adotou ainda, expressamente, uma declaração similar à do atual art. 111 da Carta italiana. O processo justo, porém, impõe-se entre nós como uma decorrência natural e obrigatória dos valores agasalhados nos princípios fundamentais que dão estrutura à nossa ordem constitucional. Vale a pena recordar que já no preâmbulo da Constituição brasileira atual ficou declarado que a justiça, como outros valores igualmente relevantes e supremos (como liberdade, bem-estar, igualdade e segurança), integraria as metas a serem atingidas pelo Estado Democrático de Direito. E o seu art. 3º reafirmou que, entre os ‘objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil’, aparece em primeiro lugar o de ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 13-15). Assim, pode-se entender como processo justo aquele que englobar diversos princípios como: a) o acesso à justiça; b) o exercício do contraditório; c) a publicidade dos atos processuais; d) a motivação das decisões judiciais; e) imparcialidade do juízo; f) provas lícitas; g) tratamento igualitário das partes; h) duplo grau de jurisdição; i) obediência a coisa julgada; j) tempo razoável de duração do processo; l) observância dos princípios reconhecidos em Tratados Internacionais. Nos termos enfocados por Theodoro Júnior, os princípios devem conviver e harmonizar-se, sendo o ideal, na implementação de um processo justo, que sua duração seja breve, sem, entretanto, impedir o cumprimento do contraditório e da ampla defesa.

<sup>198</sup> “Nem sempre uma sentença bem fundamentada quer dizer uma sentença justa ou vice-versa. As vezes uma sustentação apressada e sumária significa que o juiz, ao decidir, estava de tal forma convencido de excelência da conclusão, que julgou ser tempo perdido o que gastasse a mostrar a sua evidência, assim como, outras vezes, uma sustentação extensa e cuidadosa pode revelar, no juiz, desejo de esconder para si e para os outros, com arabescos logísticos, a perplexidade em que se encontra. Não digo, como tenho ouvido dizer, que a excessiva inteligência seja nociva ao juiz. Digo apenas que ótimo juiz é aquele em que, sobre a cauta intelectualidade, prevalece a intuição humana. O sentimento da justiça, pelo qual, conhecidos os fatos, logo se sabe de que lado está a razão, é uma virtude inata, que nada tem que ver com a técnica do direito. O mesmo sucede na música, em que a maior inteligência não pode suprir a falta de ouvido”. (CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes vistos por nós, os advogados**. vol. I. 6.ed. Lisboa/Portugal: Livraria Clássica, 1977. pp. 149 e 150).

Ocorre, entretanto, que a busca pela eficiência, se enfocada apenas pela ótica da quantificação e do fluxo, pode ser vista como um mal em si mesmo, podendo gerar um desafio relativo à legitimidade do Poder Judiciário, conforme aborda Owen Fiss<sup>199</sup> a ponto de produzir patologias ou disfunções (2.3.2).

Por outro lado, a jurisdição comprometida com a redefinição de Estado e suas relações com a sociedade, atendendo às exigências do Banco Mundial que visa segurança aos investidores estrangeiros, vê-se dividida entre a eficiência e a efetividade, em constantes reformas (2.3.1), debatendo-se o protagonismo judiciário entre a constitucionalização dos direitos e o cumprimento de imposições decorrentes dos interesses de mercado.

### **2.3.1 Reformas processuais: a tensão entre a efetividade da jurisdição, voltada aos valores constitucionais e a pretendida eficiência capitalista visada pelo Banco Mundial**

Ao início desse ponto, salientou-se que a jurisdição deve acompanhar as transformações do Estado, e esse, desde seu surgimento, tem passado por profundas alterações<sup>200</sup>: de forma resumida - do Estado Medieval, época em que o Senhor era proprietário do território e de tudo que o formava, para o Estado Moderno, com suas duas versões: Absolutista e Liberal e a transformação do liberalismo, da idéia de intervenção para a idéia de função social originada com o Estado Social, chegando ao Estado Social de Direito, tendo como função promover o autodesenvolvimento dos homens. O surgimento, a partir de 1880, dos novos ou neoliberais e a concepção de que o antigo modelo de Estado não mais se adequava a nova realidade. A caracterização de um conjunto de idéias políticas e econômicas capitalistas defendendo a não participação do Estado na economia, na década de 1970, surge como solução para a crise que atingiu a economia mundial em 1973, provocada pelo aumento excessivo no preço do petróleo -

---

<sup>199</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: RT, 2004. pp. 163-203.

<sup>200</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STREK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

por fim, o Estado Democrático de Direito, institucionalizado na Constituição Federal de 1988.

Certo que a jurisdição moderna decorre do processo político de formação do Estado, e, assim como os direitos fundamentais passaram por processos de transformação diante da emergência de novas realidades<sup>201</sup>, cada alteração no modelo de Estado gera transformações nas concepções de direito<sup>202</sup>, clamando por reformas no modelo de jurisdição<sup>203</sup>, para que essa possa acompanhar a demanda gerada pelos chamados dos novos direitos.

A constitucionalização dos direitos fundamentais que adveio após a Segunda Guerra Mundial em vários ordenamentos jurídicos não significou a efetivação desses direitos<sup>204</sup> havendo, ao contrário, uma distância entre os direitos garantidos nas Constituições e o que se realiza na prática social, principalmente em termos de concretização de políticas públicas.

---

<sup>201</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STREK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 143.

<sup>202</sup> “Estado e direito são realidades estritamente ligadas, a ponto de aparecerem tradicionalmente como indissociáveis, consubstanciais uma à outra; com efeito, não apenas o Estado age por meio do direito, por meio da edição de regras obrigatórias que expressam o seu poder de coerção, mas ainda ele é fundido integralmente no molde do direito: a especificidade do Estado enquanto forma de organização política reside no fenômeno da institucionalização do poder e essa institucionalização passa pela mediação do direito. [...] à medida em que elimina determinados atributos do Estado, que pareciam entrarem a sua essência, a reconfiguração dos aparelhos do Estado, que se encontra em curso, não poderia deixar de ter um efeito quanto à sua relação com o direito e sobre a concepção mesma dos fenômenos jurídicos: a inserção do Estado em um mundo cada vez mais interdependente, a reorientação de suas funções, a atenuação da linha de demarcação com o privado, os abalos à sua arquitetura, todas essas inflexões têm implicações jurídicas, ou melhor, traduzem-se em termos jurídicos, através da linguagem e das categorias do direito; à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno. 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, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 115).

<sup>203</sup> “No campo das reformas, muito se fala em morosidade e pouca efetividade para justificar esta série de mudanças na legislação processual. Todavia, o grande problema na realidade esta no funcionamento do sistema jurisdicional brasileiro, que se mostra deficiente em uma série de aspectos, dentre eles o número pequeno de operadores do Direito, muitos sem a devida qualificação; a escassez de recursos materiais e a falta de um controle estatístico de qualidade e planejamento para superar as deficiências verificadas”. (CÂNDIDO, Carolina Fagundes; CÂNDIDO JÚNIOR, Raimundo. As reformas processuais e o processo constitucional. *In: Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 86.

<sup>204</sup> Boaventura de Sousa Santos referencia que nos países periféricos as Constituições consagraram direitos que nos países centrais foram conquistados através de demorados processos de transformação político-social. Para o autor, essa constitucionalização não foi acompanhada de políticas sociais consolidadas, razão pela qual abriu-se espaço a cada vez maior para a intervenção judicial e um maior controle da constitucionalidade. Saliencia que “[...] a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário”. (SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 20).

Assim, exatamente pelo fato da não realização dos termos propostos pelo constitucionalismo contemporâneo é que a imensa conflituosidade deságua na jurisdição, pois os destinatários das políticas públicas, vendo-se vítimas pela sua ausência, cada vez mais buscam soluções junto ao judiciário que se vê impossibilitado de atender ao número de demandas, diante da aceleração das relações sociais<sup>205</sup>, sendo alvo de críticas, principalmente pela demora no julgamento dos conflitos<sup>206</sup>, o que afasta a tão almejado tempo razoável de solução do processo.

A sociedade moderna vivencia uma mutação histórica<sup>207</sup>, um “tempo instantâneo”<sup>208</sup> em que a momentaneidade significa “realização imediata, no ato” e portanto as exigências do Banco Mundial de otimização dos serviços prestados pela jurisdição. A Emenda Constitucional n. 45/2004 acolheu as recomendações previstas no Documento Técnico 319S<sup>209</sup> que consigna como valores para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional: a) previsibilidade das decisões; b) independência; c) eficiência; d) transparência; e) credibilidade; f) combate à corrupção; g) proteção à propriedade privada; h) acessibilidade; i) respeito aos contratos; e j) mudança no ensino jurídico.

---

<sup>205</sup> “Quanto mais a sociedade aumenta e diversifica os fatores culturais, econômicos, políticos e sociais geradores de complexidade, o número de conflitos cresce exponencialmente e na mesma proporção desse crescimento ocorrem as demandas perante a jurisdição estatal. Mais amplamente, porém, há uma visível e crescente busca pelos juízes que escapa aos limites dos territórios nacionais e ganha foros globais.” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Tempos de processo pós-moderno: O dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno*. No prelo. Gentilmente cedido pela autora).

<sup>206</sup> Problemática antiga e que vem enfocada por Jânia Saldanha ao referir que “Quando Shakespeare escreveu Hamlet no Século XVI fazendo alusão que alguém apenas suportaria ‘as delongas da lei’ somente por temos a algo maior e desconhecido, não sabia que tal reflexão, em pleno Século XXI, ainda seria atual, diante das agruras dos jurisdicionados em face da prestação da Justiça, acusada de morosa e ineficiente. Este texto tentará mostrar que o possível, invariavelmente, poderá ser mais rico do que o real. É fato que a crise da Justiça ocorre nos mais variados sistemas jurídicos do mundo ocidental, seja por sua morosidade, seja em razão de seu distanciamento para com as demandas da cidadania, o que se deve, por um lado, às estruturas processuais que se tornaram obsoletas em virtude de terem se originado em outro contexto sócio-político e, por outro, porque os juristas ainda não conseguiram superar o seu histórico distanciamento da sociedade”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências*. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Mestrado e Doutorado, Anuário 2007*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27).

<sup>207</sup> Lipovetsky refere que a humanidade vive em uma mutação histórica decorrente da ruptura com o instituído desde os séculos XVII e XVIII, definindo o problema geral como sendo “[...] a degradação da sociedade, dos costumes, do indivíduo contemporâneo da época do consumo de massa, a emergência de um modo de socialização e de individualização inédito. [...] A era do consumo tende a reduzir as diferenças desde sempre instituídas entre os sexos e as gerações e isso em proveito de uma hiperdiferenciação dos comportamentos individuais hoje libertados dos papéis e convenções rígidas”. (LIPOVESTSKY, Gilles. *A Era do Vazio*. Lisboa/Portugal: Antropos, 1983. pp. 7 e 101).

<sup>208</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Zahar. Rio de Janeiro, 2000. p. 137.

<sup>209</sup> Documento Técnico 319S. Disponível em: <[www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf+banco+mundial+reforma+do+judiciário](http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf+banco+mundial+reforma+do+judiciário)>. Acesso em: 28 mar. 2010.

Observa-se que o Poder Judiciário não tem medido esforços na tentativa de melhorar sua atuação nos últimos anos. Assim se vê das várias reformas a que foi submetido o Código de Processo Civil, e que tiveram início no ano de 1992, culminando com o primeiro Pacto de Estado em favor de um Poder Judiciário Republicano, firmado pelos chefes dos três Poderes. O I Pacto Republicano<sup>210</sup>, assinado em 2004, teve como principal objetivo a aprovação de leis que permitissem o uso de novos instrumentos e a criação de mecanismos que abrissem as portas do Judiciário para as pessoas sem acesso, para agilizar o andamento dos processos e, com isso, dar maior efetividade e racionalidade à Justiça brasileira. Seis novas leis processuais foram editadas no ano de 2009 com onze compromissos firmados: a) Implementação da Reforma Constitucional do Judiciário; b) Reforma do Sistema Recursal e dos Procedimentos; c) Defensoria Pública<sup>211</sup> e Acesso à Justiça; d) Juizados Especiais e Justiça Itinerante; e) Execução Fiscal; f) Precatórios; g) Graves Violações contra Direitos Humanos; h) Informatização<sup>212</sup>; i) Produção de Dados e Indicadores Estatísticos; j) Coerência entre Atuação Administrativa e as Orientações Jurisprudenciais já Pacificadas; l) Incentivo à Aplicação das Penas Alternativas.

O Segundo Pacto Republicano vem lançado em abril de 2009<sup>213</sup>, tendo como foco principal o fortalecimento das garantias dos direitos fundamentais, apontando a necessidade de sistematizar a legislação processual penal, conferindo especial atenção a investigação criminal, prisão processual, fiança e liberdade provisória.

---

<sup>210</sup> O I Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, assinado em 2004, teve resultado no Legislativo com aprovação de reformas processuais e atualização de normas legais. De acordo com informações do Supremo Tribunal Federal, dos 32 projetos que constavam na lista, 24 foram transformados em leis e um foi enviado para sanção do presidente da República. Outros 15 ainda se encontram em tramitação na Câmara e no Senado e apenas dois foram arquivados. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-21/pacto-republicano-trouxe-reformas-processuais-atualizacao-normas>>. Acesso em: 31 mar. 2010.

<sup>211</sup> As modificações foram introduzidas no sistema pela Lei Complementar n. 132 de 7 de outubro de 2009 a respeito da Defensoria Pública da União, com previsões extensivas às dos Estados.

<sup>212</sup> Com referência a esse objetivo foi editada a Lei n. 11419/2006.

<sup>213</sup> O novo pacto é sustentado em três pilares: proteção dos direitos humanos e fundamentais, agilidade e efetividade da prestação jurisdicional e acesso universal à Justiça. Entre as prioridades para a Justiça do Trabalho está o aperfeiçoamento da legislação material trabalhista, visando ampliar, em especial, a disciplina de novas tutelas de proteção das relações do trabalho e do sistema de execução trabalhista para incorporar aprimoramentos já adotados no processo de execução civil. O aprimoramento do recurso de revista, do recurso ordinário e do procedimento sumaríssimo no processo trabalhista também é objetivo do II Pacto, que defende ainda uma atualização da Lei Orgânica da Magistratura. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/997810/pacto-republicano-de-estado-prioriza-acessibilidade-e-agilidade-para-o-poder-judiciario>>. Acesso em: 31 mar. 2010.

Esse segundo pacto<sup>214</sup> objetiva ampliar o acesso universal à justiça, aprimorar a prestação jurisdicional, mediante aplicação do princípio constitucional da razoável duração do processo e da prevenção de conflitos e aperfeiçoar as instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e à criminalidade, com a meta de atuar firme na criação de políticas públicas que aplique as disposições das normas aprovadas, com foco na agilidade e efetividade da Justiça e da concretização dos direitos humanos e fundamentais.

Ocorre, entretanto, que Banco Mundial deixa claro que a finalidade desses pactos é a quantificação, o fluxo<sup>215</sup> e o desenvolvimento econômico, circunstâncias que não passam despercebidas por aqueles que, preocupados com as verdadeiras mazelas

---

<sup>214</sup> Dezessete pontos de reforma são elencados neste II Pacto:

- 1- Conclusão da Reforma Constitucional do Poder Judiciário e das normas relativas ao funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, em especial das Propostas de Emenda Constitucional n. 358, de 2005 e 324, de 2009;
- 2- Aprimoramento normativo para maior efetividade do pagamento de precatórios pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- 3- Regulamentação do processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal;
- 4- Regulamentação do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão;
- 5- Normatização da convocação de juízes para instrução de ações penais originárias nos tribunais superiores;
- 6- Revisão de normas processuais, visando a agilizar e a simplificar o processamento e julgamento das ações, coibir os atos protelatórios, restringir as hipóteses de reexame necessário e reduzir recursos;
- 7- Aperfeiçoamento do sistema de execução trabalhista para incorporar aprimoramentos já adotados no processo de execução civil;
- 8- Aperfeiçoamento do recurso de revista, do recurso ordinário e do procedimento sumaríssimo no processo trabalhista;
- 9- Instituição de sistema de uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, na esteira do sistema Federal;
- 10- Estruturação das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais;
- 11- Revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo;
- 12- Atualização do Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de conferir eficácia executiva aos acordos e decisões dos PROCON's, quanto aos direitos dos consumidores;
- 13- Regulamentação da responsabilidade civil do Estado para estabelecer formas de reparação, em especial no âmbito administrativo, de danos provocados pelo Poder Público, bem como as formas de regresso em relação aos seus causadores;
- 14 - Revisão da Lei de Improbidade Administrativa, assegurando maior eficácia na recuperação de ativos, aprimorando a gestão da Administração Pública e prevenindo ações indevidas e malversação de recursos públicos;
- 15- Criação de colegiado para julgamento em primeiro grau nos casos de crimes de organizações criminosas, visando a trazer garantias adicionais aos magistrados, em razão da periculosidade das organizações e de seus membros;
- 16- Atualização da Lei Orgânica da Magistratura – LOMAN;
- 17- Nova disciplina constitucional para Medidas Provisórias.

<sup>215</sup> “[...] as reformas processuais tem um destino certo: traçar um novo perfil de Jurisdição, que é o da *barémisation* e do fluxo, então, da quantificação transformada em um metavalor e a jurisdição transformada em neoliberal. Os Relatórios do Banco Mundial para o Poder Judiciário brasileiro demonstram essa perspectiva, tão logo materializada por meio das inúmeras reformas processuais e constitucionais que elevam a quantidade em detrimento da qualidade e da Justiça.” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes, *A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade*. p. 83).

que assolam o Judiciário e que refletem negativamente para o povo brasileiro, expõem seus pensamentos, sugerindo medidas concretas e radicais para modificar o quadro de insatisfação da população<sup>216</sup>. Desenvolvimento econômico por certo é tarefa dos governos, devendo restar para o judiciário a preocupação em resolver os conflitos de forma mais justa possível e dentro de um tempo razoável, de forma a atender a garantia consagrada na Constituição Federal.

---

<sup>216</sup> Essa “funcionalização” da jurisdição é notada, conforme se vê da manifestação do magistrado gaúcho Giovanni Conti, questionando se o “pacto para modernizar a justiça” realmente apresentaria uma proposta séria para modernizar a justiça, garantindo a efetividade da cidadania. Refere o ilustre magistrado que “Somente por meio de medidas amplas e concretas, corajosas - e, porque não dizer, radicais - poderia modernizar a justiça no Brasil e modificar o atual quadro de insatisfação pela morosidade processual. Seriam várias as medidas, mas na minha análise algumas delas seriam fundamentais. Iniciaria com a extinção de todos os tribunais superiores, que não serviram – e não servem – para seus propósitos, em especial o Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente decide e cria súmulas de jurisprudência contrárias à lei e aos interesses da cidadania, conforme verbetes n.s. 371 (nos contratos de participação financeira para a aquisição de linha telefônica, o Valor Patrimonial da Ação é apurado com base no balancete do mês da integralização), 380 (a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor) e 381 (nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas). O Supremo Tribunal Federal seria a única corte a ser mantida em Brasília, na condição específica de tribunal constitucional. Além da significativa economia para o país, os tribunais estaduais seriam fortalecidos e respeitados na condição de última instância recursal ordinária. Imprescindível, ainda, uma revisão do Código de Processo Civil Brasileiro. As normas processuais são anacrônicas, ultrapassadas e formalistas, sendo que normalmente se prestam a favorecer aquelas partes desprovidas do efetivo direito material. Portanto, entendo imperiosa a extinção de vários recursos atualmente existentes, cabendo aos tribunais estaduais, como já ocorre, revisar, além da matéria impugnada em sede de apelação, todas as questões debatidas e decididas durante a tramitação processual (art. 515 e seus §§ c/c art. 267, § 3º, ambos do CPC). Atualmente, com advogados qualificados e habilidosos, é possível eternizar o processo. Entretanto, não há críticas ao profissional que se utiliza do sistema recursal brasileiro para defender interesses de seu cliente. Porém, infelizmente, é impossível harmonizar uma justiça célere com a atual farra recursal. Além da imediata implementação do processo virtual, também seria necessária a criação de varas virtuais especializadas para ações coletivas e de massa, o que dependeria também da interligação entre as Justiças Estadual e Federal, em rede de informática, permitindo efetivo controle sobre as demandas coletivas. A nova lei da Ação Civil Pública referida pelo ‘pacto’, que, aliás, já se encontra há muito tempo para votação no Congresso Nacional, não atende às expectativas para melhorias no sistema. O atual procedimento para pagamento de RPVs e precatórios mereceria profundas alterações. Na falta do adimplemento pelo ente público, deveria ser admitida a penhora on line, para créditos alimentares, independentemente do valor, e para créditos não alimentares até 40 salários mínimos. Em relação aos demais créditos, mediante requisição (precatório) com inclusão em orçamento para pagamento no exercício seguinte, admitida também a penhora *on line*, na hipótese de inadimplemento. Imperiosa, ainda, a necessidade de efetivo investimento em recursos humanos, por meio de nomeações de juízes e servidores, com permanente estímulo na realização de cursos de aperfeiçoamento e qualificação. Melhorias nos recursos tecnológicos, modernizando as ferramentas de trabalho, especialmente nas áreas de informática (processos virtuais) e eletrônica (audiências virtuais), para atender com presteza a crescente demanda processual, com conseqüente e significativo incremento no orçamento do Poder Judiciário. Tenho plena consciência de que seria difícil, para não dizer quase impossível, a possibilidade de aprovação pelo Legislativo acerca de algumas das sugestões aqui apresentadas. Entretanto, creio que a modernização da Justiça brasileira passa necessariamente pela revisão estrutural, legislativa e cultural. A burocratização, o formalismo exacerbado e instrumentos inócuos para concretizar o Direito daqueles que buscam o Poder Judiciário, tornam-se barreiras quase que intranponíveis para a efetivação da justiça e o exercício pleno da cidadania”. (Disponível em: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=14739](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14739)>. Acesso em: 05 abr. 2010).

O fato é que em acolhendo a previsibilidade sistêmica recomendada pelo Banco Mundial, o judiciário passa a decidir os conflitos sob o império da súmula vinculante, afastando-se o poder de interpretação do julgador<sup>217</sup> e defrontando-se as partes com o critério da repercussão dos recursos especial e extraordinário e com a súmula impeditiva de recursos. Ao que tudo indica, o judiciário vem atendendo a determinação do Banco Mundial no sentido da rapidez das decisões<sup>218</sup>. Nesse sentido, no ano de 2009, vem lançado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Projeto Meta II<sup>219</sup> visando reduzir o volume de processos e atingir o prazo razoável de duração do processo.

---

<sup>217</sup> Jânia Maria Lopes Saldanha diz que a jurisdição se vê reduzida à estratégia de quantificação e de solução rápida dos litígios, sob a influência paranormativa do Banco Mundial, referindo que “A previsibilidade sistêmica, para o Banco Mundial, deve ser um valor a ser desenvolvido e preservado. Essa foi uma nada sutil ocasião para a justificação da criação da súmula vinculante, da repercussão dos recursos extraordinário e especial e da súmula impeditiva de recursos e, para arrefecer as exigências em favor da previsibilidade. Um dos resultados mais claros dessa adoção é, com efeito, a fragilização do ato decisório como o momento magno da compreensão e do encontro do sentido do caso, uma vez que o juiz deverá obedecer a súmula, encontrando apenas nela os elementos para assegurar a legitimação de sua decisão. Prestigia-se o pré-dado e a normatização. Decreta-se a morte da interpretação”. (A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. pp. 84 e 85.)

<sup>218</sup> Em notícia publicada pelo STJ em agosto de 2009, percebe-se a preocupação do judiciário com a quantidade dos processos a serem julgados: “Um mutirão feito no último sábado (8/8), no Superior Tribunal de Justiça, superou as expectativas do gabinete do ministro Luis Felipe Salomão. A meta era analisar 250 Agravos de Instrumento no dia, mas a equipe de 17 servidores atingiu a marca de 300 processos. Aproximadamente 90% dos casos foram negados por descumprir exigências formais ou esbarrar nas súmulas que impedem a análise do recurso pelo STJ”. Para o ministro Luis Felipe Salomão, esse mutirão aos sábados é indispensável para julgar, em prazo razoável, o grande estoque de processos, tendo em vista que todos os dias chegam novos casos ao gabinete. “Se eu não fizer um esforço concentrado para debelar meu acervo, não consigo zerar meu estoque”, explicou o ministro. Ele ressalta que o trabalho aos sábados também é bastante produtivo: “Não temos telefone tocando, audiências nem qualquer tipo de atendimento. Com informações da Assessoria de Imprensa do Superior Tribunal de Justiça”. (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-11/ministro-luis-felipe-salomao-nega-90-agrivos-analisados-mutirao>>. Acesso em: 28 mar. 2010).

<sup>219</sup> Para o ano de 2010, dez foram as metas escolhidas, a saber: 1 – Julgar quantidade igual a de processos de conhecimento distribuídos em 2010 e parcela de estoque, com acompanhamento mensal; 2 – Julgar todos os processos de conhecimento distribuídos em primeiro, segundo e instâncias superiores até 31 de dezembro de 2006. No caso dos tribunais trabalhistas, eleitorais, militares e do júri, prazo é até 31 de dezembro de 2007; 3 – Reduzir em pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução, e em 20 % o acervo de execuções fiscais; 4 – Lavar e publicar todos os acórdãos até 10 dias da sessão de julgamento; 5 – Implantar métodos de gerenciamento de rotinas (gestão de processos de trabalho) em pelo menos 50% das unidades judiciárias de primeiro grau; 6 – Reduzir pelo menos 2% o consumo per capita (magistrados, servidores, terceirizados e estagiários) com energia, telefone, papel, água e combustível; 7 – Disponibilizar mensalmente a produtividade dos juízes no portal do tribunal, em especial em quantidade de julgamentos com e sem resolução de mérito e homologatórios de acordos, subdivididos por competência; 8 – Promover cursos de capacitação em administração judiciária, com no mínimo 40 horas para 50% dos magistrados, priorizando-se o ensino à distância; 9 – Ampliar para 2 Mbps a velocidade dos links entre o tribunal e 100% das unidades judiciárias na capital e, no mínimo, 20% das unidades do interior; 10 – Realizar, por meio eletrônico, 90% das comunicações oficiais entre os órgãos do poder judiciário inclusive cartas precatórias e de ordem. (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/estrategia/index.php/tribunais-tem-10-metas-para-cumprir-em-2010/>>. Acesso em 06/06/2010).

O questionamento, entretanto, é se nessa jurisdição de fluxo, de busca pela produtividade<sup>220</sup> ainda há a preocupação com a análise do caso concreto e com a devida fundamentação das decisões judiciais, considerando que, por vezes as garantias constitucionais não são respeitadas diante da aceleração das reformas<sup>221</sup>.

Assim, da função primordial desenvolvida pela jurisdição no sentido de atribuir significado aos valores constitucionais<sup>222</sup>, passou essa a desempenhar sua atividade em desempenho de outros interesses econômicos e políticos, funcionalizando-se, fazendo com que o direito não seja mais pensado em sua intencionalidade específica<sup>223</sup>, com características eminentemente burocráticas, como se verá a seguir.

### **2.3.2 A patologia da burocratização: ausência do pensar em nome da busca pela produtividade**

No item precedente enfocou-se o comprometimento do Poder Judiciário com os interesses de mercado, vendo-se esse obrigado a cumprir metas determinadas pelo Banco Mundial, através de infundáveis reformas processuais que visam à quantidade, muitas vezes agindo em prejuízo da qualidade das decisões proferidas. Esse decidir em termos de fluxo importa pensar a atividade de julgar como uma mercadoria submetida, como qualquer outra, às regras do mercado. E, pior do que isso, vislumbrar um trabalho automatizado, com a redução da necessidade de pensar.

---

<sup>220</sup> “[...] essa busca pela produtividade visa a atender o ideário neoliberal da máxima produção em tempo real, do que a informatização do processo é o maior exemplo e que não deixa suscitar a imagem de uma jurisdição pós-humana num futuro pós-humano. Aqui, visível é a aproximação do Direito com os interesses econômicos em prol da máxima eficiência entendida como produtividade.” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Op.cit. p. 89).

<sup>221</sup> “A crítica que se faz ao excesso de reformas remonta principalmente à velocidade com que são realizadas, o que, muitas vezes, gera certo atropelo nos procedimentos judiciais, em flagrante ofensa aos princípios assegurados no devido processo constitucional. É evidente que as reformas são necessárias, desde que feitas em ritmo razoável e de acordo com as garantias processuais estabelecidas constitucionalmente, do contrário, refletir-se-ão em meras reformas formais, sem qualquer resultado prático para os jurisdicionados, gerando, outrossim, insegurança jurídica.” (CÂNDIDO, Carolina Fagundes; CÂNDIDO JÚNIOR, Raimundo. *As reformas processuais e o processo constitucional*. In: **Processo Civil Reformado**. Del Rey, Belo Horizonte, 2009, p. 87).

<sup>222</sup> FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. De Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 38.

<sup>223</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. **A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra/Portugal: Coimbra, 2003. p. 97.

A análise acerca das possíveis patologias decorrentes da burocratização<sup>224</sup> impõe seja dito que o termo “Burocracia” surgiu com uma forte conotação negativa e foi empregado na metade do século XVIII, pela primeira vez, por um economista chamado Vicent, Seigneur de Gournay (1712 – 1759, francês) que o utilizou para designar o poder do corpo de funcionários e empregados da administração estatal, este incumbido de diversas funções, sempre sob a monarquia absoluta do soberano. No século XIX é utilizado polemicamente por liberais e radicais para atacar o formalismo, a altivez e o espírito de corporativismo da administração pública nos regimes autoritários. Nos dias atuais o termo é empregado como crítica a proliferação de normas e regulamentos, o desperdício de recursos, a falta de iniciativa, o ritualismo, em resumo, o caráter de ineficiência das organizações tanto públicas como privadas<sup>225</sup>.

A jurisdição orientada pela normatividade sofre o terrível impacto da burocratização, podendo-se dizer, nos termos preconizados por Owen Fiss, que “a história do século XX é, de maneira geral, a história do crescimento da burocratização”<sup>226</sup>. Embora o autor Owen Fiss, processualista norte-americano, tenha elaborado tal afirmação para o contexto americano, estudando o papel dos sujeitos do processo, mais particularmente do julgador, chamando a atenção para um modelo de

---

<sup>224</sup> “Embora o fenômeno da Burocratização seja visto como um mal tipicamente moderno, a causa das crescentes tendências neste sentido em todas as sociedades contemporâneas, podemos todavia considerá-lo um problema que sempre existiu. O domínio burocrático, de fato, começa com a divisão social do trabalho, que, com o releva Deutscher, ‘começa com o processo produtivo junto ao qual se manifesta a primeira hierarquia de funções’. [...] No momento atual constata-se que o domínio da burocracia atingiu toda a formação social e todos os sistemas políticos: os Estados capitalistas desenvolvidos, mesmo aqueles que tinha conhecido uma Burocracia muito limitada (como os Estados Unidos e Inglaterra), sofreram um pesado processo involutivo, especialmente com o prevalecer do capitalismo monopolista: nos países subdesenvolvidos, onde a burguesia é numericamente fraca e não tem um forte peso social, a burocracia assume dimensões notáveis e constitui a base para a afirmação da burguesia nacional. Também neste caso, o estrato burocrático serve aos interesses da classe dominante e promove o desenvolvimento do capitalismo a cujo destino está ligada sua própria existência”. (BENCINI, Fabrício. Burocratização. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 130.)

<sup>225</sup> GIRGLIOLI, Pier Paolo. Burocracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 124.

<sup>226</sup> FISS em capítulo intitulado “A burocratização do Judiciário”, refere que o Judiciário deve ser visto como uma organização complexa de grande porte, na qual a burocratização cria sérios obstáculos à sua legitimidade. Afirma, que nem o Judiciário nem outros poderes do Estado dela escapam. O problema reside nas patologias que dela decorrem, que, na visão de Max Weber podem ocorrer no excesso de rigidez, ou melhor, na excessiva rigidez à norma legal ou, por outro lado, na visão de Hannah Arend, para quem a burocracia não é tanto a norma pela norma como enfocado em Weber e sim a norma por ninguém, o que pode decorrer da fragmentação e compartimentalização das tarefas, ambas potencialmente capazes de isolar o julgador das experiências intelectuais que devem informar o seu julgamento. (FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 163-203).

processo que denomina de “processo de caráter estrutural”<sup>227</sup>, aplica-se seu estudo ao Poder Judiciário, como organização complexa de grande porte similar a empresas, sindicatos, universidades, órgãos públicos como o legislativo e o executivo.

A estrutura do judiciário, caracterizada pelo seu perfil hierárquico, piramidal, não horizontal<sup>228</sup> propicia relacionamentos burocráticos, decorrentes de uma multiplicidade de atores, realizando tarefas com divisão de funções e responsabilidades.

Perante o volume de trabalho a burocratização do judiciário não pode ser impedida, vendo-se o juiz completamente impossibilitado de resolver, sozinho, os atos jurisdicionais sem o auxílio dos servidores judiciais.

Owen Fiss, em seu estudo acerca da burocratização do judiciário diz que a independência judicial, o poder em razão da idoneidade para interpretar os valores públicos incorporados nos textos normativos, não se vê ameaçado pela burocratização.

Para Fiss a ameaça se dá quanto ao processo de legitimação do judiciário<sup>229</sup>, sustentando que a “burocratização tende a corroer os processos judiciais individualistas que são a fonte da legitimidade judicial”.

O autor refere que o número de juízes não é suficiente para o número de demandas judiciais, sendo necessária a ajuda de assistentes para o desempenho das tarefas, de modo que relacionamentos hierárquicos são criados para coordenar o trabalho tornando o sistema judicial burocratizado<sup>230</sup>, circunstância que não pode ser evitada.

Acrescenta que o importante, diante de uma organização burocrática, é verificar se produz disfunções ou patologias. Considera duas possíveis patologias decorrentes do comportamento comandado por normas. No modelo Weberiano, a patologia burocrática

---

<sup>227</sup> FISS, Owen. Op.cit. p. 58.

<sup>228</sup> “Em meu entendimento, o traço que distingue a burocracia desses outros relacionamentos organizacionais é a hierarquia: o relacionamento burocrático não é horizontal, mas vertical”. (FISS, Owen. Op. cit. p.165).

<sup>229</sup> “Estou referindo-me à obrigação que o juiz possui de se engajar em um diálogo especial – ouvindo todos os pedidos e interesses envolvidos e fundamentando suas decisões. Ao assinar sentenças ou acórdãos, o juiz confirma às partes que teve uma participação completa e profunda no processo e assume responsabilidade individual pela decisão. Consideramos o Poder Judiciário nestes termos, contudo, a burocratização aumenta a possibilidade de que a assinatura do juiz não tenha o devido significado, ou seja, de que o juiz esteja exercendo poder sem se engajar genuinamente no diálogo do qual advém sua autoridade”. (FISS, Owen. Op. cit. p. 164).

<sup>230</sup> “A burocratização do Judiciário, assim como a burocratização do mundo, não pode ser evitada. A questão é, ao contrário, mais específica, ou seja, verificar se as organizações burocráticas produzem patologias ou disfunções, ameaçando as bases do processo judicial”. (FISS, Owen. Op.cit. p. 174).

seria decorrente do comportamento extremamente rígido<sup>231</sup> que advém da obrigação do burocrata aderir às normas gerais que definem os deveres e poderes de sua atividade. Fiss refere que o risco da rigidez estaria no fato de apresentarem as decisões um exagerado comportamento de submissão à norma<sup>232</sup>, e, dessa forma, afastando-se da singularidade do caso<sup>233</sup>.

Na perspectiva de Hannah Arendt a identificação da patologia da burocratização seria em termos de seu impacto sobre a moralidade das pessoas que agem dentro da estrutura burocrática. A questão a merecer análise seria mais profunda, no sentido da ausência de pensamento, não perceber o burocrata o que estaria fazendo, circunstância que poderia ocorrer de duas maneiras distintas: na fragmentação de compartimentalização das tarefas e na responsabilidade difusa<sup>234</sup>.

Hannah Arendt cita o modelo de cidadão das sociedades burocráticas, que atua obedecendo ordens, sendo incapaz de pensar, ou seja, estando determinado a não pensar exatamente porque essa preeminência da obediência implica em abolir a espontaneidade do pensar.

Na obra Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal, Arendt lança a idéia da banalidade do mal como a falta de profundidade evidente que caracterizou o culpado, a ausência de enraizamento das razões e das intenções da pessoa

---

<sup>231</sup> “O burocrata individual não pode esquivar-se ao aparato ao qual está atrelado. Em contraste com o notável, que administra ou governa honorificamente ou à margem, o burocrata profissional está preso à sua atividade por toda a sua existência material e real. Na grande maioria dos casos, ele é apenas uma engrenagem num mecanismo sempre em movimento, que lhe determina um caminho fixo. O funcionário recebe tarefas especializadas e normalmente o mecanismo não pode ser posto em movimento ou detido por ele, iniciativa essa que tem de partir do alto. O burocrata individual está, assim, ligado à comunidade de todos os funcionários integrados no mecanismo. Eles têm um interesse comum em fazer que o mecanismo continue suas funções e que a autoridade exercida socialmente continue”. (WEBER, Max. **Ensaios de Sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 265).

<sup>232</sup> “O problema, portanto, deve consistir no fato de o processo de decisão manifestar um excessivo comportamento de submissão à norma ou uma excessiva rigidez. Não há um padrão para determinar quando a aderência às normas gerais é excessiva [...]”(FISS, Owen. Op. cit. p. 177).

<sup>233</sup> “A verdade é que os juristas modernos não conseguem pensar o direito a partir do caso: não conseguem pensá-lo através do problema. Somos induzidos por uma determinação paradigmática, a pensá-lo como produzido pela regra, pela norma, enfim pelos códigos. Somos herdeiros da cultura européia das uniformidades, que devota um profundo desprezo pelas diferenças”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Justiça da lei e a justiça do caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com/nova/dwload.php?what=artigo&fileld=5&hash>>. Acesso em: 06 jun. 2010.

<sup>234</sup> “[...] por meio da fragmentação e compartimentalização das tarefas, a burocracia isola aqueles que agem dentro dela de experiências educacionais críticas. [...] O burocrata não precisa considerar ou conhecer, de qualquer forma direta, a abrangência total das atividades da organização. Em segundo lugar, a burocracia tende a tornar a responsabilidade difusa. Nenhum indivíduo sozinho ou grupo de indivíduos identificáveis assume responsabilidade integral pela ação da organização”. (FISS, Owen, Op. cit. p. 181).

de Adolf Eichmann<sup>235</sup>. Na obra, tendo como tema nuclear o julgamento do acusado Eichmann<sup>236</sup>, refere que o cometimento dos atos terríveis por Eichmann não se deu por convicções ideológicas ou por motivações malignas.

Quando Fiss refere essas possibilidades, de vir o Poder Judiciário a acometer-se das patologias decorrentes da burocratização, por certo não está a comparar o julgamento de um processo com os atos de horror cometidos por Eichmann<sup>237</sup>, entretanto, está a dizer que há a necessidade de engajamento do magistrado no diálogo processual, e que o ato de julgar, pressupõe um compartilhamento de poder e de responsabilidade pela decisão, nos termos enfocados por Ângela Espindola<sup>238</sup>.

Então, quando o julgador assina suas sentenças ou acórdão ele está confirmando que teve sua participação completa no processo, está dizendo que a legitimidade do poder judiciário está na fundamentação das decisões que deve vir amparada na

<sup>235</sup> “Aquilo que me defrontei, entretanto, era inteiramente diferente e, no entanto, inegavelmente factual. O que me deixou aturdida foi que a conspícua superficialidade do agente tornava impossível retrair o mal incontestável de seus atos, em suas raízes ou motivos, em quaisquer níveis mais profundos. Os atos eram monstruosos, mas o agente – ao menos aquele que estava agora em julgamento – era bastante comum, banal, e não demoníaco ou monstruoso. Nele não se encontrava sinal de firmes convicções ideológicas ou de motivações especificamente más, e a única característica notória que se podia perceber, tanto em seu comportamento anterior quanto durante o próprio julgamento e o sumário da culpa que o antecedeu, era algo de inteiramente negativo: não era estupidez, mas irreflexão”. (ARENDA, Hannah. **A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 5-6).

<sup>236</sup> “Não se trata, pois, nem da história de uma grande catástrofe que atingiu o povo judeu, nem de um discurso sobre o sistema totalitário de dominação, nem mesmo de um relato sobre o que sucedeu ao povo no chamado Terceiro Reich. No ponto central desta obra está um processo judicial e, nele, um ser de carne e osso, uma pessoa como outra qualquer, ela e sua circunstância, como diria Ortega y Gasset. É óbvio que por conta desta ‘circunstância’ tudo mais acaba por ser relevante: o aparelho de dominação burocrática, a ideologia anti-semita, a guerra, a responsabilidade do Estado e dos povos. [...] O vazio de pensamento, condição para a banalidade de um crime, dificulta o juízo que possamos ter sobre o comportamento do homem, mas não torna menos hediondo os atos que cometeu. Eichmann foi acusado de ‘genocídio’, um crime na realidade sem precedentes na história. Pois embora sejam conhecidos exemplos significativos de massacres coletivos no passado da humanidade, nenhum deles se compara ao que sucedeu naquele período”. (ARENDA, Hannah. **Eichmann em Jerusalém - um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983. pp. 8-9).

<sup>237</sup> “Obviamente, as conseqüências da ausência de pensamentos próprios na decisão judicial não são passíveis de serem tão grandes ou tão horríveis quanto aquelas atribuídas às ações de Eichmann. É difícil acreditar na ocorrência de algo de igual dimensão. Por outro lado, no contexto judicial, a ausência de pensamentos próprios não é somente uma falta pessoal, nem uma falha que pode ser avaliada em termos das conseqüências que produz. Ela representa, ao contrário, uma falta de legitimidade”. (FISS, Owen. *Op. cit.* p. 184).

<sup>238</sup> Ao falar sobre a Jurisdição presa entre a burocratização weberiana e a “burocratização” arendtiana: a formação de diálogos sem som e monólogos na multidão no âmbito judicial, a autora, referindo a atividade de julgar, escreve que a “responsabilização corporativa pode não ser um bom substituto para a responsabilidade individual no contexto da burocratização. O vazio do pensamento pode surgir exatamente nesses espaços do âmbito judicial, representando a falta de legitimidade e a degeneração do processo intelectual por meio do qual o juiz conhece o direito e, com isso, alcança sua autoridade moral”. (ESPINDOLA, Ângela Araujo da Silveira. *Superação do Racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? Tese* apresentada no Programa de Pós Graduação em Direito – Nível doutorado. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2008. p. 114).

Constituição Federal<sup>239</sup>, pois a fundamentação adequada das sentenças funciona como garantia contra arbitrariedades<sup>240</sup>.

Ocorre que muitos julgadores foram treinados a um racionalismo formal e vinculados ao pensamento que considera a tarefa judicial como aquela que deve apenas reconstituir o *statu quo ante*, tendo como única dimensão do tempo o passado<sup>241</sup> limitando-se a avaliar o modelo pretérito, sem conseguir visualizar o que deve ser, sem vislumbar que o processo do terceiro milênio, impõe a necessidade do olhar sobre o futuro<sup>242</sup>, a fim de orientar o perfil de um novo paradigma. Esse novo olhar decorre da inadequação que se vê entre o paradigma da cientificidade e as novas formas de produção e das contradições estruturais das sociedades de consumo<sup>243</sup>.

Nesse contexto, a segunda parte do presente estudo, pretende apontar uma resposta aceitável para que seja possível a concretização da garantia constitucional do tempo razoável de duração do processo, a partir da jurisdição constitucional, caracterizando-se o processo coletivo como uma alternativa para democratizar o trabalho do Poder Judiciário.

---

<sup>239</sup> Art. 93, IX, da CF: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

<sup>240</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *In: Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>241</sup> José Renato Nalini aborda a visão tradicional da justiça, referindo a dificuldade na compreensão da plena realidade apresentadas pelos quadros preponderantes nas funções gerais de mando, impedindo o Judiciário de encarar pró ativamente o futuro. (**REPRO** n. 98, ano 25, abril/junho 2000, p.120).

<sup>242</sup> “[...] estamos convencidos de que o primeiro passo é exatamente esse: através de um juízo crítico do passado e do presente, destacando os traços positivos e negativos das experiências e resultados produzidos, voltar-se para o futuro com o permanente sentimento de inconformidade, pois o seu antônimo, a acomodação, é um dos mais graves defeitos do homem enquanto ser social e político. O silêncio, a anuência tácita, o olhar desviado, a omissão, o esquecimento são mais responsáveis pelas tragédias do mundo do que a ação, por mais maléfica que possa ser”. (MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo** - Crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 278).

<sup>243</sup> Wolkmer ao referir questões epistemológicas no pensamento jurídico crítico no Brasil, refere que “A crise da racionalidade que atravessa a complexa cultura burguesa de massas estende-se ao saber sacralizado e hegemônico das estruturas lógico-formais de normatividade jurídica. O paradigma da cientificidade que sustenta o atual discurso jurídico liberal-individualista, edificado e sistematizado entre os séculos XVIII e XIX, está inteiramente desajustado, diante da complexidade das novas formas de produção globalizada do capital e das profundas contradições estruturais das sociedades de consumo”. (WOLKMER, Antonio Carlos. Op.cit. p. 78).

### 3 O PROCESSO QUE SE ALMEJA: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO COLETIVO ORIENTADO POR PRINCÍPIOS

O texto anterior salientou que o direito positivado sempre tende a atender a sociedade em sua historicidade, ou seja, que as mutações da sociedade estão ligadas às transformações do Estado, e, em decorrência destas surgem novos direitos e, por conseqüência, novas reivindicações são levadas à jurisdição. Esta, na contemporaneidade, é chamada a tutelar adequadamente os reconhecidos direitos de solidariedade, sendo indispensável a modificação também na prestação da tutela que precisa adequar-se a nova realidade, a fim de “assegurar concretamente as novas conquistas da cidadania”<sup>244</sup>. Nesse sentido a preocupação do Senado Federal ao instituir em outubro de 2009, por ato de seu Presidente, uma comissão de juristas encarregada de elaborar um novo Código de Processo Civil<sup>245</sup> visando à celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação.

O Estado Democrático de Direito surge das transformações verificadas no Estado Liberal, que privilegiava o indivíduo<sup>246</sup> e a garantia de suas liberdades negativas,

---

<sup>244</sup> “Mas não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurar concretamente as novas conquistas da cidadania. E como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação faz-se, sobretudo, no plano do processo. De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das *class actions da common law*, ora estruturando novas técnicas, mas aderentes à realidade social e política subjacente”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos. In: **Revista de Processo**, ano 25, n.97, janeiro-março de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 10).

<sup>245</sup> A Comissão de Juristas encarregada de elaborar Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato n. 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009 vem composta por representantes de diversos estados brasileiros e conta com a participação de advogados, juízes, desembargadores, acadêmicos e representantes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcos Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneio. Disponível em: <<http://blog.hsn-advogados.com.br/2010/03/26/comissao-de-juristas-que-elabora-o-anteprojeto-do-novo-cpc-realiza-audiencia-publica-no-tribunal-de-justica>>. Acesso em: 22 abr. 2010).

<sup>246</sup> “Dado o seu caráter eminentemente individualista, não reconheceu o Estado Liberal qualquer direito cuja titularidade fosse além da esfera do indivíduo singularmente considerado: o Estado nacional e seu direito individualista negou a todos os agrupamentos humanos qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais cristalizados na propriedade”. O autor traça um paralelo ideológico na evolução do Estado, do direito e do processo. (CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Substituição processual no processo coletivo** - um instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito. São Paulo: Pillares Ltda., 2006. p. 63).

conjuntamente com os direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, composto das liberdades positivas<sup>247</sup>. A modificação da realidade vem a exigir do Estado a obrigação de dar, fazer ou prestar, em decorrência ainda dos direitos de terceira geração<sup>248</sup>, resultantes dos interesses sociais que podem ser tratados coletivamente, os chamados direitos difusos.

A preocupação do novo conceito de Estado é estampar o ideal democrático, conjugando às garantias jurídico-legais as conquistas e a preocupação social, surgindo com conteúdo transformador da realidade<sup>249</sup>, visando a melhoria das condições sociais da existência, consideravelmente alteradas pela Revolução Industrial e pelas guerras mundiais que se caracterizaram em fatores determinantes no florescimento da produção e no crescimento das relações contratuais, nascendo a civilização da prensa e as grandes sociedades de consumo<sup>250</sup>.

Gilles Lipovetsky, em sua obra “Os tempos hipermodernos”<sup>251</sup> descreve o “homem desbussolado”, sem rumo, um homem angustiado frente à liberdade de escolhas que a pós-modernidade lhe ofereceu diante do mundo com uma intensificação de relações sociais e culturais; centra sua crítica a partir daquilo que a “pós-modernidade” tem como sustentação: o mercado, o indivíduo e o conhecimento técnico-científico. Refere que as novas tecnologias passaram a interferir diretamente sobre o comportamento e o modo de vida das pessoas. Assim se vê, a partir dos anos 80, com o avanço da globalização, trazendo mudanças em velocidade espantosa, em um tempo

---

<sup>247</sup> Cambi ao falar sobre a expansão da jurisdição constitucional explica que “liberdade negativa ou liberdade-imunidade é um predicado da ação. É a área dentro da qual uma pessoa pode agir sem ser impedida, constringida ou obstaculizada por outras pessoas. É o direito de fazer tudo que a lei lhe permite. Abrange todo impedimento natural ou social ao exercício do direito. Por outro lado, existe a liberdade positiva ou liberdade-faculdade que é um predicado da verdade. Representa o livre-arbítrio, a autonomia ou a autodeterminação da pessoa, consistente em ser ‘patrão de si mesmo’. É a obediência às leis que nos são prescritas. Não há referência ao exercício do direito. Por exemplo, a liberdade negativa de comer quantos alimentos calóricos quiser, independentemente das recomendações médicas para não ingeri-los em demasia, e a liberdade positiva de fazer ou não restrições na minha dieta ou de fazer exercícios, para prevenir danos à minha saúde”. (CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e Neoprocessualismo** - Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009. p. 173).

<sup>248</sup> Acerca das gerações de direito ver BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992. pp. 49-65.

<sup>249</sup> STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. p. 97.

<sup>250</sup> WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. Reafirmação dos direitos humanos. In: **Diálogos sobre a Justiça Dialogal** - Teses e Antíteses sobre os Processos de Informatização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 2.

<sup>251</sup> LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

acelerado<sup>252</sup> reclamando um direito e uma jurisdição<sup>253</sup> aptos a acompanhar essas transformações.

A complexidade da sociedade contemporânea, com a produção de conflitos de massa, que, por consequência, gera *violações de massa*<sup>254</sup> faz com que os princípios que regulavam o direito tendo como enfoque o indivíduo, fatalmente não consigam mais responder aos anseios proporcionados pelos novos movimentos sociais, ou pela evidenciação ou revelação dos direitos difusos, transindividuais ou metaindividuais, transcendentais da esfera privada, revelando-se inadequados para responderem, com acerto, aos conflitos levados à jurisdição. Bolzan de Moraes<sup>255</sup> enfatiza que com a emergência de novas realidades relevantes juridicamente, amplia-se o conceito de direito subjetivo, abrangendo esse os interesses transindividuais.

Neste contexto, a partir da influência das novas categorias de direito impostas pelo fenômeno da mundialização, da ampliação dos direitos fundamentais e do tempo acelerado, necessária a abordagem acerca do fenômeno da descodificação e da necessidade de leis específicas para a tutela de massa, com uma nova arquitetura do direito privado<sup>256</sup> cabendo indagar se o processo coletivo pode ser visto com alternativa possível para democratizar o trabalho do Poder Judiciário (3.1).

---

<sup>252</sup> “Uma das consequências mais perceptíveis do poder do regime presentista é o clima de pressão que ele faz pesar sobre a vida das organizações e das pessoas. Grande número de quadros funcionais menciona o ritmo frenético que domina a cadeia vital das empresas nesta época de concorrência globalizada e ditames financeiros. Sempre mais exigências de resultados a curto prazo, fazer mais no menor tempo possível, agir sem demora: a corrida da competição faz priorizar o urgente à custa do importante, a ação imediata à custa da reflexão, o acessório à custa do essencial. Leva também a criar uma atmosfera de dramatização, de estresse permanente, assim como todo um conjunto de distúrbios psicossomáticos. Donde a idéia de que a hipermodernidade se distingue pela ideologização e pela generalização do reinado da urgência”. (LIPOVETSKY, Gilles. Op.cit. p. 77).

<sup>253</sup> Acerca da evolução do conceito de jurisdição, ver abordagem de Elaine Harzheim Macedo. **Jurisdição e Processo** – crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 19-100.

<sup>254</sup> “Não é necessário ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (poderemos usar a ambiciosa palavra: civilização) na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflitualidades de massa (em matéria de trabalho, de relações entre classes sociais, entre raças, entre religiões, etc.) Daí deriva que também as situações de vida, que o Direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas, enquanto, por sua vez, a tutela jurisdicional – a “Justiça” – será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de ‘violações de massa’”. (CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **RePro** 5;130, 1977. p. 130).

<sup>255</sup> “[...] a tipicidade das situações jurídicas se apresenta sob novas roupagens, as quais não se identificam com os moldes tradicionalmente pressupostos”. (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 110).

<sup>256</sup> MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. São Paulo: *In: Revista Forense*. vol. 394, pp. 263-278.

Diante de tal fator surgem novos desafios, fazendo-se necessário buscar novas lentes para enxergar o direito<sup>257</sup>, defendendo-se uma jurisdição atenta à concretização dos valores constitucionais, ultrapassando a mera declaração de direitos, impondo-se a revisão dos institutos do processo consolidados em época passada, para dar-se lugar a criação de novos institutos (3.2), afinados com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Em razão do desvelamento dos novos direitos e de sua multiplicação, ocorre a intensificação dos chamados à jurisdição e por consequência a convocação do julgador a desenvolver funções reservadas a outras instituições, gerando o que Nicola Picardi chama de “vocação do nosso tempo à jurisdição”<sup>258</sup>. Entretanto, este chamamento à função de legislar, faz com que mais acúmulo de trabalho ocorra, havendo o risco da ausência da devida fundamenta o nas decisões proferidas visando simplesmente à celeridade, sem a preocupa o com a qualidade da presta o jurisdicional, afastando-se a jurisdição da sinaliza o da Constitui o Federal no sentido do processo como garantia e orientado por princípios. Nesse foco, impõe-se observar o princípio do prazo razoável do processo hermeneuticamente interpretado, mas escapando do “fluxo” em nome do direito material (3.3).

Para a solidifica o dos direitos com o “acontecer”<sup>259</sup> da Constitui o, indispensável pensar um processo civil atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

A justiça, a cada dia mais   convocada a afastar-se dos processos de matriz individualista cabendo ao direito processual fornecer respostas adequadas   consecui o da efetiva tutela às situa es apresentadas, exigindo um pensamento novo, um refletir

---

<sup>257</sup> Ângela Espindola refere a necessidade de assumir-se a jurisdi o estatal como institui o indispensável para a realiza o dos direitos consagrados na Constitui o, enfatizando que para defender a jurisdi o (que não pode se reduzir apenas ao mundo normativo, em descompasso com o sentido do direito e com as transforma es sociais) faz-se urgente buscar novas lentes para enxergar o direito, especialmente o direito processual civil, a partir de uma inventividade substancialista do direito e do processo. (ESPINDOLA, Ângela Araujo da Silveira. *Supera o do Racionalismo no processo civil enquanto condi o de possibilidade para a constru o das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou fun o? Tese* apresentada no Programa de Pós Gradua o em Direito – Nível doutorado, São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 128).

<sup>258</sup> PICARDI, Nicola. **Jurisdi o e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 1-32.

<sup>259</sup> Acerca do “acontecer” da Constitui o ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constitui o, hermenêutica e teorias discursivas**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007; **Jurisdi o constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004 e **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma explora o hermenêutica da constru o do direito**, 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

coletivo para o sistema processual, que se pondera como possível alternativa para democratizar o trabalho na prestação da jurisdição. É o que trata o próximo item.

### 3.1 O PROCESSO COLETIVO: ALTERNATIVA POSSÍVEL PARA RACIONALIZAR O TRABALHO DO PODER JUDICIÁRIO?

Ao escrever sobre o processo criticado, sustentou-se que o modelo tradicional de processo, aquele de uma justiça caracterizada por demandas individuais, apresenta-se inadequado para enfrentar as questões decorrentes dos conflitos coletivos da contemporaneidade. Vigoriti<sup>260</sup> refere que o modelo está tumultuado, e que o problema é não se saber, de fato, por qual outro deve ser substituído<sup>261</sup> mas, que é preciso mudar a ótica e procurar algo radicalmente diverso. Diz que na Itália, quem se ocupa com a justiça civil avalia três aspectos: o primeiro, da participação dos laicos (juristas ou não) para decidir as controvérsias; o segundo, da procura e difusão de instrumentos alternativos de composição dos conflitos através de árbitros, da conciliação e da mediação; e o terceiro, concernente a tutela coletiva dos direitos, como forma de substituição do modelo tradicional de processo. Por influência direta dos estudos dos processualistas italianos<sup>262</sup> já na década de 70, a tutela coletiva passa a ter grande

---

<sup>260</sup> VIGORITI, Vincenzo. Giustizia e futuro: conciliazione e class action. **RePro** n. 181. Ano 35, março 2010. pp. 297-304.

<sup>261</sup> “*Quel modello è stato travolto in modo irreversibile, ma non si sa con cosa sostituirlo. Da anni si registra una vera e propria law explosion, nel senso dell’emergere e del riconoscimento di una moltitudine di nuovi diritti (consumatori, minoranze, diritti di genere, ecc.) che anno portato ad un numero illimitato di controversie, di tipo radicalmente diverso da quello conosciuto*”. (VIGORITI, Vincenzo. Op. cit. p. 298).

<sup>262</sup> “O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos setenta. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker, anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo [...]. Nesse sentido, de um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das *class actions da common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos. *In: Revista de Processo*, ano 25, n.97, janeiro-março de 2000. São Paulo: RT, 2000. pp. 09-10).

visibilidade para estudiosos do mundo todo, sendo essa influência que fez surgir no Brasil<sup>263</sup> as ações coletivas<sup>264</sup>, com ênfase nas idéias de Cappelletti<sup>265</sup>.

Posteriormente, trabalhos doutrinários, principalmente de Antonio Gidi<sup>266</sup>, foram determinantes para o desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil, tendo em vista o modelo das *class action* do direito norte-americano<sup>267</sup>. Consagrando um direito processual democrático<sup>268</sup>, surge o processo coletivo como meio hábil a resolver

---

<sup>263</sup> “No Brasil, as ações coletivas (re)surgiram por influência direta dos estudos dos processualistas italianos da década de setenta. Muito embora as ações coletivas não se tenham desenvolvido nos países europeus, os congressos, os artigos jurídicos e os livros publicados naquela época forneceram elementos teóricos para a criação das ações coletivas brasileiras e até mesmo para a identificação das ações coletivas já operantes entre nós (v.g. a ação popular prevista na Lei nº 4.717/1965). Havia no Brasil um ambiente propício para a tutela dos novos direitos, vivíamos a redemocratização e a valorização da atividade do Ministério Público nos pleitos cíveis”. (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. v. IV. Bahia: PODIVM, 2009. p. 28).

<sup>264</sup> Merece citação o conceito de Ação Coletiva definido por Gidi como “a ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”. (GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispêndência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 16).

<sup>265</sup> “Em particular o direito ao ambiente natural e ao respeito às belezas monumentais, o direito à saúde e à segurança nacional, o direito de não ser esmagado por um caótico desenvolvimento urbanístico, por uma enganosa publicação comercial, por fraude financeira, bancária, alimentar, ou por discriminações sociais, religiosas ou raciais, todos esses direitos que nunca foram colocados em qualquer legislação progressista, têm caráter ‘difuso’, pertencem à coletividade. Continuar, segundo a tradição individualística do modelo oitocentista, a atribuir direitos a pessoas individuais – como, por exemplo, ao proprietário vizinho, no caso de abusiva construção edilícia, ou ao adquirente pessoalmente prejudicado no caso da fraude alimentar perpetrada em larga escala por um fabricante – significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica daqueles direitos, exatamente na ocasião em que surgem como elementos cada vez mais essenciais para a vida civil”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil**. Tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. *In: Revista de Processo*, São Paulo: n. 5, jan/mar. 1977. p. 131).

<sup>266</sup> GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispêndência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995; e **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos - as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007.

<sup>267</sup> Cássio Scarpinella Bueno refere a origem e definição da *class action* como “[...] o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, ente si, um interesse comum. [...] As *class actions*, narra a doutrina norte-americana, têm sua origem no *bill of peace* do direito inglês do século XVII, procedimento no qual era possível propor uma ação ou sofrer uma ação por intermédio de partes representativas (*representative parties*). Seus requisitos assemelhavam-se aos da atual *class action*, porquanto tinham cabida quando o número de pessoas envolvidas no litígio era muito grande, de forma a inibir sua reunião, quando os membros deste grupo compartilhavam entre si um interesse comum na questão a ser julgada e, finalmente, quando as partes nomeadas eram representantes adequadas dos interesses daqueles que não figuravam, pessoalmente, no processo. Reunidas, cumulativamente, todas estas exigências, o julgamento da ação seria obrigatório para todos os membros do grupo, tivessem, ou não, participado diretamente da relação processual”. (SCARPINELLA BUENO, Cássio. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**. *In: Revista de Processo* n. 82, ano 21, abril-junho 1996. p. 93).

<sup>268</sup> “[...] a revolução processual provocada pelas tutelas coletivas só foi possível no Brasil em razão das aptidões culturais e do contexto histórico em que esta emergente o Estado Democrático Constitucional de 1988, consolidado na Carta Cidadã”. (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Op. cit.* p. 30).

conflitos que tratem de direitos transindividuais<sup>269</sup> renovando-se o desenho individualista do processo, para o modelo coletivo.

A verificação da existência de uma classe de direitos tidos como coletivos fez com que a Constituição Federal de 1988 assentasse as ações coletivas ao *status* de direito fundamental conforme se vê através de seu artigo 5º, XXXV, garantindo o acesso à justiça para todos, sem restringir os direitos individuais; do inciso LXX, gerando a Lei 12.016/2009; inciso LXXIII, legitimando o cidadão para propor ação popular e artigo 129, III<sup>270</sup>.

Apesar de o Código de Processo Civil ter adotado o modelo liberal-individualista no que concerne a legitimação para agir em juízo<sup>271</sup>, permitindo somente ao titular do direito pleitear seu cumprimento através da ação, sentiu-se a necessidade de alteração na legislação vigente a partir do surgimento de interesses sociais comuns a um conjunto de pessoas<sup>272</sup> com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública, em julho de 1985, representando uma grande inovação no que diz com a proteção dos direitos coletivos, embora já vigente a Ação Popular prevista na Lei n. 4.717/1965. Também assim se vê na redação do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e do art. 82 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) ao consignar o cabimento de todas as espécies processuais aptas a propiciar a efetiva tutela dos direitos postulados.

---

<sup>269</sup> A conceituação de Interesses e Direitos Difusos, Coletivos, Individuais Homogêneos no Direito Comum vem expressa no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90.

<sup>270</sup> 5º, XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos; [...].

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: [...].

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a 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 o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...].

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

<sup>271</sup> Artigo 6º do CPC: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

<sup>272</sup> Ada Pellegrini explica que “não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 9).

As leis acima citadas deixam claro que o ordenamento vem sendo substituído por uma legislação descodificada, apontando em direção aos chamados microssistemas (3.1.2), que, já no início da década de 80, vinha preconizada por Orlando Gomes<sup>273</sup>, ao explicar que o fenômeno da codificação se insere em um processo histórico cultural e que “um Código é, em sua noção histórica, um sistema de regras jurídicas formuladas para reger, durável e plenamente, a conduta setorial de sujeitos de direito”.

Considerando que o Código de Processo Civil, efetivamente idealizado para resolver conflitos de ordem individual, para uma época histórica que já se encontra em fase de ser ultrapassada, a comissão de juristas do novo CPC efetivou proposta de instituir incidente de resolução de demandas repetitivas para os denominados litígios de massa (3.1.1), principalmente com o objetivo de reduzir o número de demandas individuais, caracterizando uma fase de evolução no sistema processual. É o que se verá a seguir.

### **3.1.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas: situações idênticas recebendo tratamentos idênticos**

A modernidade tem o consumidor como seu essencial protagonista<sup>274</sup> que adquire, usa e desgasta bens, sendo sua relação com os bens de consumo escolhidos nos corredores dos centros comerciais, ou na rede de computadores, desenvolvendo relações econômicas que por vezes trazem prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, exigindo a tutela do legislador.

---

<sup>273</sup> O autor, escrevendo acerca do caminho dos microssistemas, refere uma maré de leis especiais, aduzindo que se “constituem distintos ‘universos legislativos’, de menor porte, denominados por um autor com muita propriedade, ‘micro-sistemas’, tal como sucede, por exemplo, com o regime das locações. Estes micro-sistemas são refratários à unidade sistemática dos códigos porque têm a sua própria filosofia e enraízam em solo irrigado com águas tratadas por outros critérios, influxos e métodos distintos”. (GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. pp. 40-50).

<sup>274</sup> Natalini Irti refere que a figura do consumidor vem avançando nos estudos dos economistas, juristas e sociólogos, exigindo a tutela dos legisladores. Conceitua consumidor como quem usa, desgasta, esgota e destrói as coisas. Diz que o conteúdo da palavra é negativo, referindo que “*La modernità - che si riconosce e rispecchia nell’idea del divenire, ossia del giungere le cose dal nulla e ritornare nel nulla – ha il consumatore tra gli essenziali protagonisti. Rappresenta il polo della distruzione, ricaccia le cose nel nulla da cui ci sono venute. Gli immani sepolcri di cose usate ( automobili, televisioni, frigoriferi ecc.), le schiaccianti alture di rifiuti urbani, necessita che una forza li riduca al nulla e così sgombri il cammino e riapra il ciclo de nascere e morire: ecco taluni simboli del consumo*”. (IRTI, Natalino. **Il salvagente della forma**. Roma: Laterza Editori, 2007, p. 70).

Nas últimas décadas o consumo privado elevou-se muito<sup>275</sup>, de forma que Constituição Federal de 1988 cuidou da defesa do consumidor (art. 170, V), que tem direito a um ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*), assegurando a concreta efetivação dos direitos protegidos através do genérico acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV).

Diante dos litígios coletivos, aqueles instrumentos processuais que eram suficientes e adequados para solucionar os conflitos individuais perdem sua funcionalidade, impondo transformações no direito processual civil, nos termos preconizados por Cappelletti<sup>276</sup>. O direito processual assim, impelido pelas modificações ocorridas na sociedade e nas relações sociais, também passa a ser visualizado como fenômeno de massa<sup>277</sup>, revelando a concepção de processo coletivo como instrumento de transformação social, rompendo com o modelo individualista de processo vigente para visualizar o indivíduo como uma célula da sociedade apenas, encontrando-se os seus direitos similares e ligados aos dos outros indivíduos.

Essa ruptura do modelo individual impõe várias alterações no Código de Processo Civil e uma delas acerca da legitimação para agir. A proposta para o novo

---

<sup>275</sup> Ovídio Baptista da Silva alertou para a grande ameaça que o consumismo representa para o planeta, de acordo com uma entidade de pesquisa baseada em Washington. Salientou que “Segundo relatório publicado anualmente pelo Instituto *Worldwatch*, denominado o ‘estado do mundo’, o consumo privado elevou-se de quatro trilhões de dólares em 1960, para 20 trilhões no ano 2000, com uma grave deterioração da qualidade de vida do planeta. Naturalmente a elevação do consumo privado destrutivo das condições ambientais corresponde a uma exasperação da miséria na maior parte dos países periféricos. Depois do comunismo, agora a grande ameaça é o consumismo”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Processo e Ideologia** - o paradigma racionalista. p. 298).

<sup>276</sup> “Justa parte’ não é mais somente o titular do direito ou interesse legítimo feito valer em Juízo, ou o sujeito direta e pessoalmente prejudicado, mas, ainda, o sujeito privado – indivíduo ou grupo espontâneo – que *age para o bem coletivo*. Surge, aqui, em suma, aquilo que Louis Jaffe, em um breve artigo, por demais notável, definiu, em 1968, *o autor ideológico*, mas que se poderia, também definir como uma fórmula usada em 1943 pelo grade juiz americano Jerome Frank, o *Ministério Público privado, private attorney general*. O sujeito privado, indivíduo ou grupo, é quem de fato é impelido a agir não só por seu interesse egoístico, como, também, por um interesse comunitário: e, seja como for, a sua ação é destinada a ter um significado que transcende as partes em Juízo, e se expande, potencialmente, a todos os membros de uma mais ou menos determinada coletividade. O *Kampf um’s Recht* não é mais a luta solitária por um direito subjetivo de Ticio contra a violação perpetrada por Caio, mas é, sobretudo, a luta de classes e de categorias, das quais a parte em Juízo não é o ocasional – se bem que qualificado - defensor ou porta-voz mas, exatamente, o *representante ideológico*”. (CAPPELLETTI, Mauro. CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil*, p. 151).

<sup>277</sup> Carlos Augusto Silva, escrevendo sobre as novas tendências do processo civil, diz que esse “passa a ser visualizado como fenômeno social de massa. A tutela de direito individual não mais satisfazia por completo a sociedade de então. A emergência da tutela dos direitos coletivos e difusos ganhou corpo...” (Op. cit. p. 37).

código é o incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>278</sup>, que terá como objetivo vincular em uma única ação coletiva processos individuais semelhantes<sup>279</sup> visando acelerar o trabalho e uniformizar as decisões do Judiciário. O ministro Luiz Fux, em audiência pública realizada no Tribunal de Justiça em Porto Alegre<sup>280</sup>, explica que, por meio desse procedimento, sempre que uma nova ação surgir sobre algum assunto já decidido, a sentença produzida será automaticamente aplicada, sem a necessidade de tramitar novamente na Justiça. A medida deverá ser utilizada somente em litígios que possam ser considerados de massa<sup>281</sup> e terá como intuito, definir uma solução igual para todos, com prevenção de juízo e suspensão das ações individuais<sup>282</sup>. Aliás, solução essa já adotada pelo Judiciário Gaúcho<sup>283</sup> em situações dessa natureza, visando a um processo efetivo e tempestivo<sup>284</sup>.

Por certo que tal procedimento alcançará a visada efetividade e tempestividade, considerando que apreciado o mérito da ação coletiva, as demandas individuais, se o resultado da coletiva for positivo, serão convertidas em liquidação.

---

<sup>278</sup> O anteprojeto prevê o Capítulo VII – Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: artigos 895 a 906. BRASIL, Senado Federal. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Edições Técnicas. Brasília - DF: 2010, pp.203-205.

<sup>279</sup> Tendo como premissa esse objetivo, construiu-se a proposta de instituição de um incidente de coletivização dos denominados litígios de massa, o qual evitará a multiplicação das demandas, na medida em que o seu reconhecimento numa causa representativa de milhares de outras idênticas, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação primeira, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, proferir uma decisão com largo espectro, definindo o direito controvertido de tantos quantos se encontram na mesma situação jurídica, trazendo uma solução de mérito consagradora do princípio da isonomia constitucional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/default.asp>>. Acesso em 22 de abril de 2010.

<sup>280</sup> Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/>>. Acesso em 22 de abril de 2010.

<sup>281</sup> Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

<sup>282</sup> Art. 899. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição.

<sup>283</sup> Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal de Justiça: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEMANDA INDIVIDUAL. SUSPENSÃO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA.

Conforme decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, cabível a suspensão dos processos individuais quando ajuizada ação coletiva, principalmente ante a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n.º 11.672/2008). AGRADO DESPROVIDO. (AI 70033957283, Relator DES. MARCO AURÉLIO HEINZ, julgado em 17 de março de 2010). Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 19 de abril de 2010.

<sup>284</sup> “A magistratura de primeiro e segundo grau, adotando um agir jurisprudencial concreto ao suspender os processos individuais em favor do processamento e julgamento das ações civis públicas em tramitação e versando sobre a mesma questão de direito, ao efeito de serem oportunamente convertidas aquelas em incidentes de liquidação e/ou execução, vieram ao encontro da concretização de um processo efetivo e tempestivo, conforme a Constituição, sem embargo de críticas, até em certo ponto pertinentes, mas que, inegavelmente, estão marcadas pelo individualismo do qual o instituo das ações coletivas busca afastar-se”. (MACEDO, Elaine Harzheim. Ações coletivas x Ações individuais: uma questão de efetividade e tempestividade processual conforme a Constituição. *In: Revista AJURIS*, Ano XXXV, dezembro 2008, p. 84).

Não se desconhece, entretanto, doutrina entendendo que a coletivização dos litígios individuais gera inevitável desprestígio da função jurisdicional, transformando a atividade do julgador em mera função mecânica, reduzindo os magistrados à condição de meros expectadores burocráticos<sup>285</sup>.

Ocorre que, se por um lado, os juízes que se tornam apenas expectadores – pois não competentes para julgar a ação coletiva – teriam somente a função de adotar e fazer valer a interpretação de outro juiz, por outro lado, não se pode esquecer a atual e nova era, bem como o aspecto de que a legislação com finalidade social é muito diferente da legislação tradicional<sup>286</sup>. Ainda, perante as demandas coletivas, o julgador, diante da nova perspectiva da realidade jurídica, pela criação dos direitos associativos e de classes, não está mais na presença de mera atuação do direito objetivo, mas está sim a desenvolver um “papel promocional da aquisição de uma consciência do ‘coletivo’ e do ‘social’”<sup>287</sup>.

O julgador não pode ser considerado o foco principal do processo, esse é sim o direito material revelado através da jurisdição, que passa a ter o papel de protagonista<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> ARAGÃO SANTOS, Evaristo. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial. In: **Anuário de produção Intelectual**. Wambier & Arruda Alvim Wambier. Curitiba: 2009, pp. 46-63.

<sup>286</sup> Ver abordagem de CAPPELLETTI intitulada “Efeitos da Grande Transformação sobre a Função Jurisdicional: Legislação Social, Direitos Sociais e o Papel Transformado da Magistratura” In: **Juízes Legisladores**, Fabris, Porto Alegre, 1993, p. 40.

<sup>287</sup> “[...] é o dado político que altera o conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos intersubjetivos, mas transformado em meio de solução de conflitos metaindividuais, por isso mesmo tipicamente políticos. Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação, a qual se transforma em meio que deriva das situações substantivas tradicionais. Nesse contexto, a ação consagra uma operação política do direito, provocada pela inadequação das técnicas tradicionais. E a jurisdição, atuando através de instrumentos renovados e impulsionada por um distinto poder, tem transmutada a sua própria finalidade funcional, que se desloca, de mera atuação do direito objetivo, para o papel promocional da aquisição de uma consciência do “coletivo” e do “social”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências da tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. n. 13, 1984, p. 9).

<sup>288</sup> “De uma posição secundária a jurisdição passou a protagonista e o processo passou a ser o modo comum de resolução de setores inteiros como a família, os direitos sociais e a constitucionalidade das leis a demonstrar os desafios entre o ideal de querer viver em conjunto e as dificuldades da ação política. A judicialização da política internalizou essa complexidade e pode ser considerada resultado de dois fatores importantes: primeiro, da fragilidade dos sistemas políticos e, segundo, do quadro de declínio da reação dos governos às demandas da cidadania, como refere Rosanvallon. A soma dos dois denota a assimetria entre o chamado a prestar contas e a responsabilidade pelas ações ou omissões. Os juízes, aqui, assumem a condição de agentes concretizadores dessas demandas tendo por base a Constituição, renegando a posição solipsista da qual adviriam decisões fruto das preferências pessoais ou de seus dons, pois a virtude ínsita ao julgamento não se trata de um dom, de mérito e sim de uma conduta”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Tempos de processo pós-moderno: O dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno**. No prelo. Texto cedido pela autora).

Assim, de modo algum o fato de um magistrado acatar uma decisão tomada por outro juiz que atua em uma demanda coletiva, poderá servir para tornar este magistrado mero expectador, pois presumido seja ele detentor de uma consciência ética e profissional, visando a otimização do processo, servindo como agente de conversão da Justiça<sup>289</sup>.

Ainda e, principalmente, estará sendo evitado que ações semelhantes resultem em decisões diferentes, um dos objetivos das ações coletivas<sup>290</sup>, de modo a assegurar o princípio da igualdade, assumindo o Judiciário<sup>291</sup> e o processo, uma tarefa de adequar o direito à realidade social e assim uma postura mais humana<sup>292</sup>, em busca da harmonização social, compatível com a democracia.

O desprestígio do Judiciário decorre também das infundáveis decisões diferentes para casos iguais<sup>293</sup>, decorrentes do solipsismo do magistrado<sup>294</sup>, do decidir conforme a

<sup>289</sup> Nalini refere que os magistrados são predestinados a servir e que embora alguns magistrados sejam alvo fácil da vaidade humana e da arrogância “existem aqueles que se imbuem de uma consciência ética reforçada. Reconhecem-se privilegiados pelo sistema como privilegiado é todo brasileiro portador de grau universitário, numa população de percentagem vergonhosa de analfabetos – e altamente responsáveis, perante seu meio. Constatando o quanto se investiu em sua formação e o quanto essa comunidade carente continua a investir em sua função, a consciência ética neles opera uma verdadeira revolução. Já não se satisfazem com a administração da justiça, embora zelem pela sua eficiência. Sentem-se *agentes de conversão* da Justiça e a uma instituição cada vez mais aprimorada.” (NALINI, José Renato. O artífice do porvir. In: **RePro** n. 98, ano 25, abril/junho 2000, p. 120).

<sup>290</sup> “A ação coletiva pode ter por objeto a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, evitando assim, a proliferação de demandas individuais e o desperdício de tempo, atividade, energia, e, o que é pior, a possibilidade de decisões divergentes para uma mesma situação fática. A demanda coletiva contribui para descobrir a máquina judiciária, obviando o ajuizamento de milhares de ações individuais, veiculadoras de interesses dispersos e fragmentados na sociedade”. (SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Ed. Método, 2006, p. 48).

<sup>291</sup> “... hoje se verifica um estado de ânimo tendente a revalorizar o momento jurisprudencial do direito. Constitui convicção difundida que a tarefa de adequar o direito à realidade histórico-social pertença também ao juiz, e não faltou quem, seja embora sob diversos matizes, tenha considerado a sua obra como fonte concorrente e instrumental de produção jurídica. A jurisdição assume, por outro lado, o papel de fonte subsidiária e flexível; fala-se, a propósito, de “source délicateuse” ou de “direito dócil”. Trata-se de uma linha de tendência que – de forma mais ou menos acentuada – parece comum à civilização jurídica ocidental. Surge assim, uma importante questão: fenômenos do gênero podem indicar a passagem do *gesetzstaat* ao *richterstaat*, de um Estado em que predomina o Poder Legislativo para um Estado em que predomina o Poder Judiciário?” (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 2-3).

<sup>292</sup> “A tomada de consciência de que o processo deve servir plenamente àqueles que, dentro do círculo social, podem envolver-se em conflitos – sejam empresários ou trabalhadores, ricos ou pobres – fez com que o direito processual assumisse uma postura mais humana, ou mais preocupada com os problemas sociais, econômicos e psicológicos que gravitam ao redor de suas conceituações e construções técnicas.” (DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF. In: **REPRO** n. 98, ano 25, abril/junho 2000, p. 63).

<sup>293</sup> VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. GENESIS – In: **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: jan/abril de 1997, p. 13-39.

<sup>294</sup> Veja-se a crítica ao solipsismo em STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 415 e seguintes.

consciência<sup>295</sup>, transformando os juízes em legisladores, sem observar a integridade e coerência nas decisões<sup>296</sup>. Evidente a perplexidade que causa a circunstância de uma mesma questão jurídica receber soluções antagônicas, tendo em conta a interpretação e a aplicação de uma lei sobre o mesmo fato<sup>297</sup>. Disso decorre uma reação em cadeia, ou seja, a multiplicação do número de recursos, vislumbrando as manifestações díspares da jurisprudência sobre o tema, de modo a sobrecarregar o Judiciário. A economia processual<sup>298</sup> é outro aspecto a ser considerado, constituindo-se em uma justificativa de ordem política judiciária<sup>299</sup>, reduzindo-se os custos materiais na prestação da jurisdição, somado ao aspecto mais abrangente do princípio do acesso ao Judiciário, fundamento de ordem sociológica<sup>300</sup> e resultante da litigiosidade de massa.

---

<sup>295</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>296</sup> Jania Saldanha questiona como superar o desafio da adequada fundamentação da sentença “[...] num contexto cuja preocupação maior é a redução em tempo mínimo do volume de processos e em daqueles que julgam não se espera mais do que um resultado produzido em série, próprio de uma Justiça que pode ser chamada de cibernética e pasteurizada? Por isso, o problema posto é o de “como” decidir? Parece ser correto dizer que as reformas processuais ocorridas no campo do processo civil passaram ao largo desse questionamento. E as teorias que permanecem depositando na vontade do juiz – hoje o juiz do processo verticalizado, cujas decisões são padronizadas a partir do que é ditado pelas instâncias superiores de jurisdição – o resultado da demanda, assumem o compromisso com a racionalidade instrumental e ignoram o processo sob a perspectiva da revolução paradigmática da linguagem e da importância da validade da explicitação da compreensão – então da decisão.” Refere a autora dois problemas decisivos para encontrar-se, sob o ponto de vista constitucional, a decisão apropriada, como sendo “[...] a integridade e a coerência, as duas condições de possibilidade para o desenho do significado correto do que seja a fundamentação exigida pela Constituição Federal. Essa é uma questão crucial para fragilizar todos os esquemas normativos contemporâneos que ainda mantêm a separação entre fato e direito e que fomentam, com decisões estandarizadas, o risco do arbítrio judiciário.” (SALDANHA, Jania Maria Lopes. **Tempos de processo pós-moderno**).

<sup>297</sup> Ver: CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. In: **RePro** n.786, ano 90RT, São Paulo: abril 2001, pp. 108-128.

<sup>298</sup> “A existência de uma técnica jurisdicional para a tutela coletiva dos direitos de grupo pode servir à realização de inúmeros objetivos, que podem ser sintetizados em três grandes grupos. Em linhas gerais, pode-se dizer que as *class actions* visam a promover a economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material”. (GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos** – As ações coletivas numa perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p. 25).

<sup>299</sup> Ver abordagem acerca dos fundamentos sociológicos e políticos da ação coletiva em DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR. Hermes, **Curso de direito processual civil** – processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2009, pp. 34 e 35.

<sup>300</sup> “As ações coletivas têm, em geral, duas justificativas atuais de ordem sociológica e política: a primeira mais abrangente, revela-se no princípio do *acesso à Justiça*; a segunda, de política judiciária, no princípio da *economia processual*. [...] *As motivações sociológicas* podem ser verificadas e identificadas no aumento das “demandas de massa” instigando uma “litigiosidade de massa”, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea [...] A visão dos destinatários das normas jurídicas e do aparelho judicial e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário. Para tutela efetivamente os “consumidores” do direito, as demandas individuais não faziam mais frente a nova realidade complexa da sociedade”. (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR. Hermes, Op.cit. p. 34).

Elaine Macedo observa ser inegável que “uma ação envolvendo dezenas, centenas e até milhares de cidadãos gera uma economia processual de proporções magistrais”. A autora cita como exemplo os danos ecológicos e também patrimoniais no direito ambiental, exemplos nos quais a multiplicidade de ações individuais a serem propostas exigiriam “esforço acima de qualquer razoabilidade dos órgãos judiciais, como praticamente tornaria excessivamente morosa a prestação jurisdicional”<sup>301</sup>.

Assegurado o amplo acesso ao Judiciário, mediante o implemento das ações coletivas, o incidente de coletivização vem a ser um novo modo de propiciar uma tutela praticável, superando os postulados da dogmática processual clássica a fim de conceber o direito de uma forma mais realista, preocupando-se o moderno processualista com os aspectos fundamentais da efetividade<sup>302</sup>.

Outra proposição temática da comissão organizadora do novo Código de Processo Civil diz com a não inclusão, no novo código, do processo coletivo, em tramitação no Congresso Nacional, bem como dos procedimentos e processos previstos em leis especiais, o que autoriza a dedução da existência de um microssistema que regula a tutela coletiva, conforme abordagem do próximo item.

### **3.1.2 *Microssistema da tutela coletiva: legislação “descodificada” para regulação da tutela coletiva***

Nos termos preconizados por Natalino Irti<sup>303</sup>, o mundo dos Códigos foi o mundo da segurança e este se houve entre metade do século XIX até a primeira guerra mundial, tendo daí nascido a idéia de imutabilidade das leis e de serem perenes os institutos jurídicos. Entretanto, na segunda metade do século XX percebeu-se a modificação do mundo seguro e estável do século XIX, perdendo os códigos a centralidade de outrora. Todavia, não ser mais o centro não quer dizer perda do funcionamento unitário do ordenamento<sup>304</sup> mas sim a existência de abertura para sua fragmentação em diversos

---

<sup>301</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. Op. cit. p. 75.

<sup>302</sup> Ver VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, janeiro/abril de 1997. pp. 13-37.

<sup>303</sup> IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Barcelona: José Maria Boch, 1992.

<sup>304</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 6.

microsistemas ou microordenamentos a fim de atender a diversidade dos interesses sob uma visão política, social e coletiva<sup>305</sup>.

No Brasil o primeiro diploma legal a tutelar os direitos da coletividade foi o da Ação Popular (Lei 4.717/65, prevista no artigo 5º, LXXIII, da CF/88), posterior reforma legislativa introduziu, em seu artigo primeiro, o cabimento da Ação Civil Pública para a tutela dos direitos difusos ou coletivos, inclusive por infração da ordem econômica e da economia popular (artigo 1º e incisos da Lei 7.347/85). Em seguida, vem editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), determinando a aplicação supletiva da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil no que couber, dando conta da vinculação dos institutos legais para a tutela de direitos coletivos. De serem citadas outras disposições legais para a tutela de direitos transindividuais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e a Lei de Abuso do Poder Econômico (Lei 8.884/90).

Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consagrando o Estado Democrático de Direito, pode-se definir ter surgido o direito processual coletivo comum, como novo ramo do direito processual, estendendo aos direitos coletivos, os mesmos direitos assegurados aos direitos individuais (art.5ª, XXXV). Na Lei Maior, a base material de proteção dos direitos coletivos pode ser visualizada de forma expressa no seu texto, quando determina ser dever do Estado e da Sociedade velar pelo meio ambiente sadio (art.225), inclusive o do trabalho (art. 200, VIII), pela manutenção do patrimônio cultural (art. 216, §1º), pela proteção e defesa dos direitos dos consumidores (art.170, V), pela integração do Estado com a coletividade através de exigência de participação popular na política urbana (art.182), defendendo os interesses difusos<sup>306</sup>, os

---

<sup>305</sup> “[...] o processo deixa de ser examinado como assunto de interesse direto e pessoal das partes, a respeito de seus direitos individuais, para abranger também matérias de grande importância política e intenso interesse social, envolvendo elevado número de pessoas”. ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **Responsabilidade civil por danos a consumidores**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 87.

<sup>306</sup> “[...] tem-se por direitos difusos (art.81, § único, I, CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a vários indivíduos), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não se consegue sua individuação, nem mesmo como grupo) e ligadas por circunstâncias de fato – anterior e independente da lesão ou ameaça ao direito. Portanto, não existe um vínculo comum de natureza jurídica, v.g., “a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar uma multidão incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação base” (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 31).

direitos coletivos<sup>307</sup> e os individuais homogêneos<sup>308</sup>, sem limitações quanto à matéria, como função institucional do Ministério Público, mas permitindo a ampliação da legitimação ativa (art. 129, III e § 1º).

Ações coletivas típicas consagradas na Constituição Federal são consubstanciadas na ação popular (art.5º, LXXIII), no mandado de segurança coletivo (art.5º, LXX), mandado de injunção coletivo (art.5º, LXXI), ação de impugnação de mandato eletivo (art.14, §§10 e 11); ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (art.102, I, a); ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art.102, §1º); ação de dissídio coletivo (art.114, §1º); e na ação civil pública (art.129, III).

Foram editadas leis infraconstitucionais que regulam direitos coletivos, seja como direito material, seja como direito processual: Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei dos deficientes físicos (Lei 7.853/89), a Lei dos investidores no mercado mobiliário (Lei 7.913/89), a Lei da defesa da ordem econômica e da livre concorrência (Lei 8.884/94), a Lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), o Estatuto dos Torcedores (Lei 10.671/03), o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), e a Lei de biossegurança (Lei 11.105/05), dentre outras.

Embora o pouco tempo de experiência brasileira com a tutela coletiva, vislumbra-se um regramento processual próprio, instituído, primeiramente, pela Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717 de 19 65), seguido pela Lei de Ação Civil Pública (LACP - Lei n. 7.347 de 19 85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (CD - Lei n. 8.078 de 19 90), o que a doutrina<sup>309</sup> e a

---

<sup>307</sup> “Já os direitos coletivos (art.81, § único, II, CDC) foram classificados como direitos transindividuais (no sentido supra descrito), de natureza indivisível, de que seja titular grupo categoria ou classe de pessoas (indeterminadas, mas determináveis – enquanto grupo, categoria ou classe) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Nesse particular cabe salientar que essa relação jurídica base pode se dá entre os membros do grupo “fato de sua organização” ou pela sua ligação com a “parte contrária”, v.g., os advogados inscritos na OAB”. (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Op. cit. p. 32).

<sup>308</sup> “O CDC conceitua os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem, ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *ex posto factum* (fato lesivo). Frise-se, não em razão do local ou da época do evento danoso, mas sim da sua origem fática comum (agente lesivo)”. (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Op. cit. p. 33).

<sup>309</sup> “A tutela de massa é regulada por conjunto de diplomas interligados e que, em razão disso, formam *microsistema* que permite a comunicação constante da legislação atrelada ao direito coletivo”. (MAZZEI, Rodrigo. Da existência de microsistema de tutela coletiva. *In: Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 151).

jurisprudência<sup>310</sup> convencionou denominar “microsistema processual coletivo”<sup>311</sup>. A substituição do ordenamento por uma legislação “descodificada” faz surgir assim os chamados microsistemas, que são “leis especiais ou extravagantes para a regulação de determinadas relações jurídicas que, por sua especificidade e regência própria de princípios, não encontram guarida no ventre das normas gerais”<sup>312</sup>.

Certo que a percepção do microsistema jurídico coletivo deve ser ampla, caracterizando-se pela interligação dos sistemas processuais da LACP e do CDC sendo aplicáveis indistintamente a um e ao outro reciprocamente, conforme artigos 90 do CDC e 21 da LACP, bem como a qualquer outro direito coletivo que não tenha regra específica.

---

<sup>310</sup> REsp 474475/SP, 2002/0108946-1, Relator, Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 06/10/2008.

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE MATERIAL. OFENSA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. CABIMENTO. LOTEAMENTO TIPO RESIDENCIAL. TRANSFORMAÇÃO EM TIPO MISTO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE JULGADOS DO MESMO TRIBUNAL. SÚMULA 13/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. A ação popular é instrumento hábil à defesa da moralidade administrativa, ainda que inexista dano material ao patrimônio público. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 774.932/GO, DJ 22.03.2007 e REsp 552691/MG, DJ 30.05.2005).

2. O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal, traduz-se como fundamento autônomo para o exercício da Ação Popular, não obstante estar implícito no art. 5º, LXXXIII da Lex Magna. Aliás, o atual microsistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje compostos pela Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser veiculada por meio de Ação Popular. [...]

13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.” (Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=474475&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em 23 de abril de 2010.

<sup>311</sup> Natalino Irti ao escrever sobre o processo de consolidação e o nascimento dos microsistemas salienta que “Las leyes especiales, apropiándose de determinadas materias y clases de relaciones, vacían de contenido la disciplina codificada, y expresan principios que asumen una relevancia decididamente general. Alcanzado un alto grado de consolidación, las leyes especiales, surgidas en otro tiempo como mero desarrollo de disciplinas generales, revelan *lógicas autónomas y principios orgánicos*, que em principio se contraponen a aquéllos fijados por el código civil y después acaban por suplantarlos del todo. A una fase de *conflicto* le sigue así una fase definitiva de preponderância y de *sustitución*. Entrados en este ciclo histórico, no es ya lícito extraer los principios generales del Código civil, o razonar el problema de la interpretacion sistemática y de la *analogía iuris* em términos clásicos. Es necesario romper la fascinación del código, y reconocer francamente que las leyes especiales constituyen hoy em día el derecho general de una institución o de una materia completa.” (IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Barcelona: José Maria Bosch Editor S.A., 1992, p. 32).

<sup>312</sup> MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: **Revista Forense**, vol. 394, pp. 363-278.

Dessa forma, todas as leis próprias ao sistema coletivo são aptas a nutrir carência regulativa das demais normas, de modo que o Código de Processo Civil seja aplicado somente de forma residual<sup>313</sup> quando os vários diplomas forem omissos.

Embora os Tribunais reconheçam a existência do microssistema da tutela coletiva, conforme anteriormente citado, acabam por aplicar o Código de Processo Civil de modo subsidiário ao diploma omissos, de forma a tomar vigor a defesa da necessidade de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, existindo, atualmente quatro anteprojetos no Congresso Nacional<sup>314</sup>.

Sem a análise de adequações ou de possíveis distorções nas disposições do futuro Código, por certo que a promulgação de um Código de Processo Civil Coletivo expressaria uma evolução no direito brasileiro<sup>315</sup> considerando o elevado número de demandas coletivas que buscam respostas perante a Jurisdição<sup>316</sup>.

Um único código com a finalidade de reunir as regras processuais esparsas em um só sistema ordenado, dentre outros objetivos que vêm, adequadamente relacionados

---

<sup>313</sup> “Interpretação cuidadosa demonstra, no entanto, que o Código de Processo Civil - como norma de índole individual – somente será aplicado nos diplomas de caráter coletivo de forma residual, ou seja, se houver omissão específica a determinada norma, não se adentrará – de imediato – nas soluções legais previstas no Código de processo Civil, uma vez que o intérprete deverá, antecedentemente, aferir se há paradigma legal dentro do conjunto de normas processuais do *microssistema coletivo*. Com outras palavras, somente se aplicará o Código de Processo Civil em ações coletivas quando a norma específica for omissa e, em seguida, verificar-se que não há dispositivo nos demais diplomas que compõem o *microssistema coletivo* capaz de preencher o vácuo”. (MAZZEI, Rodrigo. Op.cit. p. 211).

<sup>314</sup> O denominado “Código de Processo Civil Coletivo, elaborado pelo do prof<sup>o</sup> Antônio Gidi, (1993-2002); O Código Modelo de Processos Coletivos, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (2003-2005), escrito pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Kasuo Watanabe e Antônio Gidi, revisto depois por uma comissão de juristas; o elaborado, sob a coordenação da Prof<sup>a</sup> Ada Pelegrine Grinover, junto ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP – Universidade de São Paulo (2003-2006); e, o elaborado, sob a coordenação do Prof<sup>o</sup> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, em conjunto nos programas de pós-graduação da UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da UNESA – Universidade Estácio de Sá (2005). Disponível em:

<<http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=noticia&id=253&subm=&width=&mostraData=>> . Acesso em 07/05/2010.

<sup>315</sup> “A simples promulgação de um Código de Processo Civil Coletivo representaria uma significativa evolução para o direito brasileiro. Ainda que nenhuma inovação significativa seja proposta, pelo menos cinco objetivos importantes poderiam ser facilmente alcançados pelo codificador.” (GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 23).

<sup>316</sup> A Corregedoria Geral da Justiça a partir da edição do Provimento nº 43/2008 instituiu o banco de informações das Ações Coletivas no âmbito do Rio Grande do Sul, onde se vê o elevado número de ações que ingressaram no Judiciário Gaúcho nos últimos tempos, principalmente decorrentes de contratos de consumo. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site/processos/acoes\\_coletivas/banco\\_de\\_acoes/](http://www1.tjrs.jus.br/site/processos/acoes_coletivas/banco_de_acoes/)>. Acesso em 07/05/2010.

por Antonio Gidi<sup>317</sup>, com o fim de criar normas imperiosas ao aprimoramento do sistema, tendo o processo coletivo sua própria principiologia regulada de forma normativa<sup>318</sup>.

Jânia Saldanha, falando sobre os tempos de processo pós moderno, aponta a necessidade de mudanças pontuais nos Códigos, advinda da exacerbação do número das demandas e o descompasso entre o direito processual objetivando um “sistema de justiça mais acessível, ágil, efetivo e das reformas processuais voltadas a satisfazer – consciente ou inconscientemente - os interesses neoliberais e o tempo da refundação do processo de modo a revigorar valores perdidos na modernidade”<sup>319</sup>.

O século XXI começa com uma característica determinante direcionada no sentido da unicidade de coincidir o tempo real com o tempo virtual, procurando o direito e a jurisdição acompanhar a velocidade das mudanças a fim de conseguir responder às demandas da contemporaneidade. Assim se dá em razão do processo civil não poder permanecer em estagnação e conformismo. As inovações legislativas havidas nas últimas décadas, com o acompanhamento de uma atividade doutrinária intensa, demonstram os rumos de uma insinuada evolução.

---

<sup>317</sup>“O primeiro deles, é a simples reunião material de normas processuais coletivas esparsas em um sistema ordenado [...] O segundo, é o fim de um duplo sistema, em que há margem para dizer que há dois tipos de ações em tutelas de direitos de grupos: uma ‘ação coletiva’ e uma ‘ação civil pública’. Nem mesmo há uma convenção sobre o significado de tais expressões [...] o terceiro objetivo [...] seria acabar com as desnecessárias diferenças entre o procedimento das demandas coletivas em defesa de direitos transindividuais (difusos, coletivos) e individuais homogêneos [...] Tais diferenças existem, não por necessidade prática, mas simplesmente como decorrência de curiosidades históricas da legislação brasileira e americana.[...] O quarto objetivo seria corrigir os erros e discrepâncias jurisprudenciais, esclarecer ambiguidades da lei e contra-atacar os golpes que o governo brasileiro tem desferido contra o processo coletivo, principalmente a limitação territorial da coisa julgada coletiva e a dificuldade artificialmente criada para o cabimento de demanda coletiva contra a Fazenda Nacional. Por fim, poder-se-ia aproveitar a oportunidade codificadora para realizar inovações, pontuais, aprimorando algumas regras [...] lacunas [...] ambiguidades e criando normas necessárias ao aprimoramento do sistema, mas mantendo a estrutura do direito positivo.” (GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Op. cit. p. 23).

<sup>318</sup> “A idéia de se codificar, de forma a deixar tudo junto numa legislação única, tem a vantagem de fazer com que essa temática do processo coletivo tenha sua própria principiologia regulada de forma normativa. Entretanto, para essa nova empreitada há a necessidade de um grande esforço de toda a sociedade na construção do texto normativo que consagre a principiologia do processo coletivo, com especial atenção para as diretrizes constitucionais”. (NERY jr. Nelson. Código de processo civil coletivo? **Boletim MPMG Jurídico**, 2006. Disponível em <http://www.mp.mg.gov.br>>, acesso em 06/05/2010).

<sup>319</sup> “O descompasso tem levado à produção de movimentos de reforma do sistema processual, por meio de mudanças pontuais nos Códigos de Processo, assim como pela criação de leis esparsas que tratam de matéria processual em campos específicos. Um bom número de países do mundo ocidental alterou, de algum modo, seus Códigos de Processo, como fez a Alemanha com o conhecido modelo de Stuttgart de 1976, Portugal com a reforma de 1995/96 e, como referido, a Inglaterra em 1999.” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Tempos de processo pós-moderno**: O dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno).

Ocorre que, nos termos preconizados por Natalino Irti, as normas especiais, ao romperem a lógica da generalidade, introduzem novos critérios de regulação<sup>320</sup>, não podendo, todavia, a dogmática jurídica ir além dos limites para os quais foi concebida, devendo ser operada com a finalidade de melhor aplicar o direito e, “se há dissonância entre a dogmática e a vida social, não é a vida que se deve amoldar aos velhos padrões dogmáticos, e sim a dogmática que deve ser repensada e readaptada aos novos padrões sociais”<sup>321</sup>. Essa amoldagem, entretanto, impõe desafios, conforme se verá no próximo tópico.

### 3.2 OS DESAFIOS À DOGMÁTICA PARA A COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO: INSTITUTOS REVISTOS, INSTITUTOS CRIADOS

Considerada a dogmática jurídica como um “instrumental desenvolvido pelo homem para facilitar a compreensão do direito e para tornar mais racional a sua aplicação, controlando-a em relação a si mesmo e em seu próprio benefício”<sup>322</sup> é de ser operada com a finalidade de melhor aplicar-se o direito para regular as relações humanas. Dessa forma, também é que, de tempos em tempos, essa dogmática precisa ser readaptada às circunstâncias mutáveis da vida, repensada de acordo com as exigências dos padrões sociais de cada época, adaptando-se as diversas disciplinas jurídicas às demandas da sociedade, sem, entretanto, banalizar o direito<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup> “*Las normas especiales, si por un lado rompen la lógica de la generalidad y de la indeferenciación, por outro introducen nuevos criterios de regulación*”. (IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. p. 58).

<sup>321</sup> GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 2.

<sup>322</sup> Idem, p. 2.

<sup>323</sup> Ver abordagem de Streck, em capítulo intitulado “Para além da cultura standard ou ‘compreendendo melhor o positivismo’ acerca da tendência de “simplificação” do fenômeno jurídico, salientando o autor que “o que nos deve preocupar são os setores ‘pragmáticos’ que produziram uma doutrina empobrecida e/ou estandartizada, provocando um distanciamento abissal com o que se produz nas academias. Dito de outro modo, o direito vem sendo cada vez banalizado e tratado de forma simplificada por setores da dogmática jurídica, que, nestes tempos de tecnologias pós-modernas, aparece revigorada, tecnicada. A dogmática jurídica, entendida como senso comum teórico (um saber não crítico-reflexivo), vem sofrendo novos influxos decorrentes da massificação do direito. Nessa linha, vem crescendo em importância os setores ligados aos cursinhos de preparação para concursos. É o que se pode denominar de “neopentecostalismo jurídico”, em que juristas, à semelhança de alguns pastores/pregadores que podem ser vistos em congressos, sites e até mesmo na televisão, fazem a apologia da estandartização/simplificação do direito”. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 77 e 78).

Os desafios que se apresentam à dogmática em razão da coletivização do processo decorrem da visão das categorias processuais como se fossem eternas, de uma “formação de um direito processual eminentemente conceitual, que se desliga da realidade social”<sup>324</sup>.

Entretanto, apesar do enfoque dado por Baptista da Silva, no sentido de que o “pensamento dogmático considera natural que as estruturas legais de um processo civil concebido para a sociedade europeia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI”, o que realmente se afigurou enraizado por longas décadas, inclusive com o direito sustentado por Castanheira Neves como simples “regulador funcional de uma sociedade individualista”<sup>325</sup> já são sentidos consideráveis avanços, percebendo-se a dogmática jurídica entrando em compasso com a realidade social vigente.

A mostra de que a dogmática vem sendo repensada e readaptada aos novos padrões sociais, com a adequação da jurisdição e do processo de modo a acompanhar a natureza dinâmica dos fatos, exigindo das normas jurídicas constantes alterações, sob pena de tornarem-se obsoletas diante da realidade que pretendem ordenar e assim garantir a efetivação constitucional, é vista diante da tolerância às novas metodologias e à politização do processo, a partir da edição das Leis 9.868/99 e 9.882/99 e de sua concreta utilização pelo judiciário, que, dessa forma, abre-se para a recepção dos novos institutos (3.2.2), demonstrando estar acessível à democracia participativa, e estar o

---

<sup>324</sup> Ovídio Baptista da Silva argumenta que “Assim como as grandezas matemáticas não têm história, nem compromissos culturais, assim também imagina-se que a constelação de conceitos jurídicos com que laboram os processualistas possa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais. O pensamento dogmático considera natural que as estruturas legais de um processo civil concebido para a sociedade europeia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI. Afinal, as figuras geométricas de Savigny não são as mesmas? Nosso processo civil, concebido como pura forma, ao estilo das matemáticas, para a doutrina, deveria servir a qualquer sociedade humana. Já não se sonha com um código de processo civil universal? A neutralidade da ciência processual é nosso dogma”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., **Processo e Ideologia: O paradigma racionalista**, 2006. p. 300).

<sup>325</sup> Castanheira Neves revela estar o Direito se revelando fortemente problemático, ao ponto de atingir a sua subsistência, pondo em causa não só o seu verdadeiro sentido, mas a possibilidade mesma do seu sentido. Sociologicamente, o autor vê o direito normativamente inadequado e institucionalmente ineficiente. “Já axiologicamente, quando se verifica a transmutação do direito como validade (validade normativamente autônoma e referida a uma axiologia material e especificamente fundamentante) para o direito como simples regulador funcional de uma sociedade individualista sem valores, só interessada quer politicamente quer estrategicamente em reivindicantes “liberdades”, tornadas “direitos” subjetivos sem deveres, e em “limites” garantísticos; mesmo afinal e exclusivamente como instrumento – já simples instrumento ideológico-político para o poder ou para os contrapoderes, não obstante a retórica do Estado-de-Direito, já instrumento normativo-tecnológico de uma intenção tão-só estratégico-socialmente pragmático-planificadora e regulamentar”. (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Piaget, 2002. p. 11).

jugador na função não mais apenas de intérprete da lei, mas sim como “resolutor direto dos conflitos e mediador dos interesses”<sup>326</sup>. E, não mais se apresentando sozinho o magistrado como intérprete do texto constitucional, mas sim aceitando que a comunidade política proponha sua forma de interpretação, de modo a configurar a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”<sup>327</sup>.

Ao abordar o “papel do judiciário na democracia participativa” Eugenio Facchini Neto<sup>328</sup> salienta que a principal característica da atividade participativa “é a própria intervenção dos cidadãos, individual ou organizadamente, nos procedimentos de tomada de decisões político-administrativas”. Da mesma forma, dirigindo-se o cidadão ao judiciário para “tentar fazer valer pretensões que não obtiveram respostas em outras sedes institucionais”, cabe ao poder judiciário a proteção “das classes menos favorecidas, bem como as de natureza não econômica, que raramente encontram-se bem representados e protegidos junto à classe política”<sup>329</sup>. O autor refere como exemplos emblemáticos de uma democracia participativa, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e a ação popular que confere legitimidade a qualquer cidadão para postular em juízo declaração ou anulação de atos lesivos ao patrimônio público. Esse tipo de demandas revela a ascensão do coletivo, conduzida por grupos cada vez mais numerosos, que recebem guarida na Constituição Federal de 1988, acenando para a democracia participativa ao autorizar que corpos intermediários como associações,

---

<sup>326</sup> “Enquanto antigamente o juiz era chamado sobretudo para decidir com o olhar voltado para o passado – de modo, pode-se dizer, ‘retrospectivo’ – hoje é frequentemente chamado a escolher, relativamente às possíveis alternativas que lhe são explicitamente deixadas abertas, aquela que melhor se presta a satisfazer os objetivos pré-fixados no horizonte constitucional. Assim, transfere-se para o juiz a responsabilidade de considerar as possíveis soluções alternativas, de imaginar suas respectivas conseqüências, de avaliá-las e, enfim, tomar uma decisão com o olhar constantemente voltado para o futuro. Ou seja, usa-se uma lógica ‘prospectiva’ e, sem dúvida, similar àquela que é considerada como própria aos outros atores políticos”. (FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. In: **Revista AJURIS** – v. 34, n. 108 – Dezembro 2007, p. 161).

<sup>327</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997. O autor propõe a adoção de uma hermenêutica constitucional que seja adequada à sociedade pluralista, referindo que todo o cidadão é um interprete legítimo da Constituição. Nesse sentido a figura do *amicus curiae*, sendo um terceiro que intervém no processo, guarda íntima relação com essa teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

<sup>328</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Texto citado, p. 154.

<sup>329</sup> “A via judiciária terminou por representar um dos instrumentos privilegiados dessa conflituosidade participativa, seja pela sua genérica acessibilidade, relativamente às formas de participação administrativa, seja pelo papel de suplência que o poder judiciário repetidamente assumiu, na inércia dos demais poderes do Estado”. Idem. p. 154.

sindicatos e outros órgãos de classe atuem em instâncias primárias<sup>330</sup> bem como na via judicial<sup>331</sup>, dando abertura a legitimação ativa na defesa de interesses metaindividuais.

Entretanto, apenas ao efeito de tecer uma crítica, sem desenvolver o tema que merece um estudo a parte, observa-se que apesar da criação destas ações que, em tese, realmente demonstram a promoção do direito coletivo, são pouco ou mal utilizadas, pois na verdade, ainda não se criou a cultura do processo constitucional orientado por princípios e valores constitucionais em cujo âmbito essas ações servem para a concretização da tutela dos direitos sociais, através do Poder Judiciário. Evidente que, diante do novo contexto, o Poder Judiciário deve assumir um novo papel, surgindo correntes doutrinárias contra e a favor desse novo papel, abordando fatores de limitação e conformação dessa atuação judicial, consubstanciados na reserva do possível e na reserva da consistência. Assim se dá em razão de que o judiciário ora limita-se ao o “mínimo existencial” de um lado, e do outro ao caráter limitativo das questões orçamentárias determinado pela expressão “reserva do possível”, enfrentando-se ainda uma classe de advogados que parecem não aceitar a transformação necessária para as novas tarefas impostas à advocacia pelas exigências da sociedade de hoje<sup>332</sup>.

Contudo, ao presente estudo, interessa que com essa nova gama de ações, novamente o processo é chamado a funcionalizar-se, nos termos enfocados por Jânia Saldanha<sup>333</sup> sendo, entretanto, a jurisdição aqui convocada para dar respostas coletivas. Essa nova forma de buscar a consolidação de direitos via judicial, alargou a

---

<sup>330</sup> Ver artigos 1º, V, e parágrafo único; 205, 216, § 1º, e 225 da CF/88.

<sup>331</sup> Ver art. 5º, XXI e LXX, 103, VII, VIII e IX, 129, III e § 1º da CF/88.

<sup>332</sup> Não se desconhece a insatisfação da classe dos advogados, frente às ações coletivas, considerando que uma única ação envolve, por vezes, o direito de centenas de pessoas, entretanto, há que se ter em mente as novas exigências da sociedade atual, das quais nem a advocacia poderá escapar, conforme bem enfoca Vittorio Denti, ao abordar a tutela dos novos direitos: “Si apre dunque la via per una forma di avvocatura "pubblica", che realizzi una delle garanzie fondamentali del cittadino nello Stato moderno: il diritto di accedere alla giustizia su una posizione di uguaglianza sostanziale, che prescindia dalla diversa condizione economica e sociale. Nè avrebbe senso oggi paventare il pericolo di statizzazione, o di burocratizzazione, della professione legale. Si tratta, infatti, di dare un'organizzazione idonea a compiti ai quali l'avvocatura non può sottrarsi ed ai quali la struttura tradizionale ed individualistica della professione appare inadeguata. Ciò non significa auspicare la fine della libera professione, ma soltanto prendere atto delle trasformazioni necessarie per i nuovi compiti imposti all'avvocatura dalle esigenze della società odierna”. (DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: **Participação e processo**, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1988, p. 22).

<sup>333</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 125.

legitimidade para agir, bem como adaptou a coisa julgada às ações coletivas impondo a revisão de institutos (3.2.1) conforme se verá a seguir.

### 3.2.1 Institutos revistos: legitimidade e coisa julgada nas ações coletivas

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar uma série de garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, deu abertura a um novo paradigma para o processo<sup>334</sup>, até então centrado na ação individual, quando apenas o titular do direito detinha legitimidade para invocar a jurisdição, por via da ação, para ver reconhecido um bem da vida protegido. A partir do ideal do Estado Democrático de Direito, foi reconhecida uma dimensão coletiva para a postulação ao reconhecimento de direitos e, conseqüentemente, uma nova extensão de institutos para atender aos direitos pertencentes à coletividade ou a um grupo determinado de pessoas.

Com o reconhecimento dessa dimensão coletiva de direitos tem-se uma nova percepção para o processo, não mais unicamente ‘atomizado’, de um indivíduo sendo portador exclusivo de um interesse, mas sim uma visão ‘molecular’<sup>335</sup> demonstrando a mudança exigida no direito processual civil, mais especificamente, em sua tradicional visão individualista, em razão de que a litigiosidade de massa obriga o alargamento dos institutos processuais. Impõe-se, assim, adotar nova perspectiva diante do objeto da

---

<sup>334</sup> Ver questionamento de Elaine Macedo acerca da revisão, reforma ou construção de um novo modelo na abordagem sobre a reforma constitucional do Poder Judiciário em **Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**, 2005, pp. 219-280.

<sup>335</sup> “Essa mudança de visão fez com que fossem percebidos os defeitos ou dificuldades; melhor dizendo, os limites de aplicação de determinados dogmas processuais às situações de direitos com titulares indeterminados e de “litigiosidade de massa”, principalmente àquelas em que apenas um legitimado move ação em benefício de um todo coletivo, determinado ou não (ações coletivas). O problema em relação aos direitos coletivos se coloca no confronto entre a posição de *tratamento atomizado* (tratar o conflito como se fosse um átomo), disposta no art. 6º do CPC como “*técnica de fragmentação dos conflitos*” e os textos integrados do CDC e da LACP que impõem um tratamento “molecular” aos conflitos coletivos *latu sensu*. [...] A ação coletiva surge, por outro lado, em razão de uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita da tutela para solver o litígio. Verifica-se, assim, que não é significativa, para esta classificação, a “estrutura subjetiva” do processo, e, sim, a “matéria litigiosa nele discutida”. Por isso mesmo, pelo menos em termos de direito brasileiro, a peculiaridade mais marcante nas ações coletivas é a de que existe a permissão para que, embora interessando a uma série de sujeitos distintos, identificáveis ou não, possa ser ajuizada e conduzida por iniciativa de uma única pessoa. Isso ocorre porque a matéria litigiosa veiculada nas ações coletivas refere-se, geralmente, a novos direitos e novas formas de lesão que têm uma natureza comum ou nascem de situações arquetípicas, levando a transposição de uma estrutura “atômica” para uma estrutura “molecular” do litígio. (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Op. cit. pp. 30 e 31).

ação e de sua titularidade. Um desses “alargamentos” se dá com o tema legitimação para agir<sup>336</sup> nas ações coletivas, tema que não pode ser analisado em uma visão tradicional, sob o método clássico como o *poder*<sup>337</sup> em virtude do qual uma pessoa exerce o direito de ação perante a jurisdição, também não cabendo a mesma análise com relação ao interesse processual<sup>338</sup>.

Couture abordando os limites da coisa julgada, nas ações individuais, questiona se a sentença transitada em julgado tem atributos de imutabilidade; quem não poderia pedir a revisão da sentença e qual a parte do julgado não poderia mudar, referindo que o primeiro aspecto a ser analisado diz com o *saber quem não pode voltar a discutir a sentença*<sup>339</sup>. Entretanto, enquanto na visão individual a legitimação para agir se resolve em termos de indagação acerca da titularidade da pretensão, quanto ao interesses difusos a ótica deve ser objetiva, considerando que o postulante em juízo não é parte

---

<sup>336</sup> “A legitimação ativa para agir, em sua acepção tradicional, de cunho individualístico, tem sido entendida como a coincidência ou a pertinência entre a titularidade de um direito ou de uma situação de vantagem e a pessoa que, na ação, ocupa o pólo ativo. Essa pessoa torna-se *legitimada* porque é ela a detentora do poder de fazer valer em Juízo aquele direito ou aquela situação. Em se tratando de interesses difusos, que – por definição – não comportam apropriação em termos de exclusividade, a *justa parte* não pode ser buscada nessa relação de titularidade; ela será reconhecida em função de elementos objetivos: relevância social desses interesses, urgência da tutela, aptidão, idoneidade, adequação de quem se apresente como seu portador ou representante. É o que, na disciplina das *class actions*, denomina-se *adequacy of representation*.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. São Paulo: RT, 2000, p. 259).

<sup>337</sup> “L'espressione diritto (o potere) di azione non è altro che uno schema riassuntivo di situazioni soggettive composite costituite da poteri, doveri, facoltà processuali che trovano il loro elemento unificante sul piano funzionale nell'unicità dell'effetto finale (provvedimento giurisdizionale) cui sono strumentalmente preordinate, se non esclusivo - il diritto sostanziale (affermato, meramente ipotetico) dedotto in giudizio”. (PISANI, Andrea Proto. **Diritto Processuale Civile**. Napoli: Casa Editrice, 1996. p. 220).

<sup>338</sup> “O interesse processual, em seus moldes tradicionais, é concebido como a necessidade ou utilidade do recurso ao Judiciário para obtenção de um bem da vida ou de um *status* jurídico inalcançável de outro modo, observada a adequação da via processual eleita. Quando se tratar de interesses difusos, aquele conceito deve ser interpretado com certos temperamentos, entendendo-se presente o interesse processual quando o recurso ao Judiciário se afigure idôneo e eficaz à tutela pretendida, inclusive quanto à urgência do provimento cabível. A circunstância de que tais interesses poderiam ou deveriam ser tutelados em outra sede não deve ser obstáculo à outorga da tutela adequada, por isso que, tratando-se de interesses ainda em estado fluido, esparsos pela comunidade, a via jurisdicional afigura-se mais eficaz, especialmente no que concerne à urgência de tutela à situação lamentada”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit. p. 259).

<sup>339</sup> “Se procura em el establecer a qué sujetos de derecho les está prohibido renovar el debate, y por consiguiente a qué otros, por ser ajenos al proceso anterior, les sería eventualmente posible volver sobre el. Determinadas las personas a quienes la cosa juzgada alcanza para impedirles toda nueva actividad sobre lo mismo, queda fijada, implícitamente, la eficacia de la cosa juzgada em sentido subjetivo”. Trata-se aqui de determinar a que sujeitos de direito é vedado renovar o debate, e por consiguiente a que outros, por serem alheios ao processo anterior, seria eventualmente possível voltar a ele. Uma vez determinadas as pessoas às quais a coisa julgada alcança para impedir-lhes qualquer nova atividade sobre o assunto, fica implícitamente fixada a eficácia da coisa julgada no sentido subjetivo”. (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Depalma, Buenos Aires, 1977. p. 414).

exclusiva para postular, mas sim um “veículo ou instrumento idôneo”<sup>340</sup> a postular a tutela jurisdicional.

Na tutela de interesses coletivos, com grande contingente humano, não se enquadra mais a legitimidade tradicional da titularidade do direito, importando uma releitura de vários capítulos da ciência processual, e no que diz com a legitimação para agir, a fim de possibilitar uma tutela judicial efetiva aos interesses metaindividuais, pertencentes a todos e a ninguém e, portanto, ninguém pode ficar sem a tutela buscada<sup>341</sup>.

Gidi refere impróprio o disposto no CDC e em parte da doutrina quanto ao entendimento de serem sujeitos indeterminadas os titulares do direito difuso, pois “há apenas um único titular – e muito bem determinado: uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos”<sup>342</sup>.

Ada Pellegrini<sup>343</sup> enfatiza que o legislador brasileiro elegeu a via de legislação concorrente e autônoma para a tutela jurisdicional dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, conferindo ao Ministério Público a titularidade da ação, bem como a outras entidades públicas e às associações pré-constituídas nos termos da lei civil e funcionando pelo menos há um ano, conforme disposto no artigo 82 do CDC.

---

<sup>340</sup> “A primeira consideração a ser feita diz respeito ao fato de que a legitimação, nos interesses difusos, não pode ser resolvida em termos de perquirição sobre a titularidade da pretensão; isso seria até um *contradictio in re ipsa*, visto que tais interesses são difusos, e isso basta para que seja descartada a investigação quanto à afetação dos mesmos a um “titular” *determinado*. A ótica deve ser objetiva, isto é: deve-se dar prevalência aos aspectos da relevância social do interesse e da capacidade representativa de seu portador (esses serão os títulos jurídicos); o portador desses títulos não o será em termos de exclusividade, mas de veículo ou instrumento *idôneo* a solicitar a tutela para aquele interesse”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. São Paulo: RT, 2000, p. 170).

<sup>341</sup> Mauro Cappelletti, ao abordar o problema da legitimação de agir para a tutela dos interesses coletivos, indaga: “A quem pertence o ar que respiro?” E explica que “O antigo ideal da iniciativa processual monopolística centralizada nas mãos de um único sujeito, a quem o direito subjetivo ‘pertence’, se revela impotente diante de direitos que pertencem, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém. Pois bem, é mesmo a luta por esses direitos – a luta, continuando o exemplo a pouco dado, do ar não poluído – que exprime uma das maiores exigências dos sistemas jurídicos contemporâneos”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*. In: **Revista de Processo** n.5, Ano 2, jan-mar, 1977. p. 135).

<sup>342</sup> GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. p. 23

<sup>343</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: **RePro** Ano 25, n. 97, RT, São Paulo: jan/mar 2000, p. 12.

Embora não esteja o cidadão legitimado às ações coletivas, tem legitimidade para a ação popular, conforme disposto na constituição e na respectiva lei da ação popular<sup>344</sup>.

O sistema brasileiro, para as ações coletivas, próprias para a defesa dos interesses metaindividuais relacionados ao meio ambiente, consumidores e patrimônio público, institui amplo rol de entidades com legitimidade concorrente<sup>345</sup>, disjuntiva<sup>346</sup> e exclusiva, com várias alternativas para agir<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup>Na ação popular a ‘situação legitimante’ é a constante no art. 5º, LXXIII, da CF e nos arts. 1º e 4º da Lei 4.717/65, ou seja, a atribuição, a qualquer cidadão, do direito a uma gestão eficiente e proba da coisa pública (patrimônio público, meio ambiente, moralidade administrativa) [...] Todavia, somente essa condição de “brasileiro” não basta para conferir legitimidade ativa na ação popular, porque os textos exigem ainda o implemento da condição de eleitor, a saber: a prova de estar o brasileiro no gozo dos direitos políticos (direito de voto, que a Constituição Federal atribuiu, obrigatoriamente, “para os maiores de 18 anos” e, facultativamente, para “os analfabetos, os maiores de setenta anos, os maiores de dezesseis e menores de 18 anos”), vedado tal direito aos estrangeiros (art. 14, § 1º, incisos e alíneas e § 2º)” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. São Paulo: RT, 2008, p. 189).

<sup>345</sup>Gidi explica: “A legitimidade se diz *concorrente* porquanto todas as entidades são simultânea e independentemente legitimadas para agir, isto é, a legitimidade de uma delas não exclui a de outra. Concorrente, aqui, significa não exclusiva de uma só entidade. Também é chamada *disjuntiva* no sentido de não ser complexa, visto que qualquer uma das entidades co-legitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorização por parte dos demais co-legitimados. É facultada, entretanto, a formação voluntária de litisconsórcio. Por fim, trata-se de uma legitimidade *exclusiva*, porque somente aquelas entidades taxativamente previstas em lei (LACP, art. 5º e CDC, art. 82) poderão propor uma ação coletiva. As pessoas físicas e demais pessoas jurídicas, portanto, não terão legitimidade para propor uma ação coletiva, exceto nos estritos casos de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII) em que somente a pessoa física no gozo dos seus direitos políticos tem legitimidade”. (GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispêndência em ações coletivas. p. 30).

<sup>346</sup>Mancuso escrevendo sobre a legitimação difusa (concorrente ou disjuntiva) aos particulares, individualmente ou agrupados refere que “[...] o recurso a esse tipo de ação, se por um lado atende às exigências da tutela aos interesses difusos, implica uma verdadeira ‘revolução’ na estrutura tradicional do processo, pelas alterações que provoca ao nível da comunicação efetiva dos atos processuais, contraditório, função do juiz, direito de defesa, coisa julgada, etc.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Citada, pp. 177-178).

<sup>347</sup>“Várias são as alternativas na legitimação para agir em sede dos interesses difusos: (a) A legitimação ‘difusa’ (concorrente e disjuntiva) encontra exemplos na *class action* do Direito norte-americano e em nossa ação popular constitucional. Em ambos os casos, a legitimação é ordinária, com a diferença, porém, de que na primeira o autor age por si e como representante da *class* interessada (*ideological plaintiff*), sendo sua legitimação apurada em termos da *adequacy of representation*; na segunda, conforme a melhor doutrina, o autor age em nome próprio, na defesa de direito próprio (sua quota-parte no Direito subjetivo público à proba administração e/ou defesa do patrimônio público) e sua legitimação é apurada em termos de cidadania, isto é, a fruição de direitos políticos (cidadão eleitor: CF, art. 5º, LXXIII); (b) a legitimação aos grupos sociais, aí compreendidos: os que são reconhecidos oficialmente como representantes de certos interesses gerais e os que não o são.[...];(c) a legitimação a órgãos ou agências governamentais (solução publicista) [...]; (d) A legitimação ao Ministério Público”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. São Paulo: RT, 2000, pp. 259-260).

Didier descreve as três técnicas de legitimação<sup>348</sup> utilizadas nas ações coletivas, salientando que o Brasil possui uma legitimação plúrima e mista, com características específicas<sup>349</sup>. Apesar de definido previamente pelo legislador quem tem legitimidade ativa para determinada ação coletiva, o magistrado analisa a adequação do legitimado<sup>350</sup>, segundo o binômio “relevância social do interesse/idoneidade do portador judicial<sup>351</sup>. Embora o texto da LACP não tenha contemplado expressamente o controle

---

<sup>348</sup> “1) legitimidade do particular (qualquer cidadão, por exemplo, na ação popular, Lei 4.717/1965; 2) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo, mandado de segurança coletivo, art. LXX, da CF/88); ou 3) legitimação de órgãos do Poder Público (MP, por exemplo, a ação civil pública, Lei 7.347/1985)”. (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**, v. IV, Bahia: PODIVM, 2009. p. 199).

<sup>349</sup> “a) está regulada, inicialmente, por lei (art. 5º da Lei Federal 7.347/85; art. 82 do CDC, etc); b) é conferida a entes públicos, privados e despersonalizados, e, até ao cidadão, na ação popular; c) o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, titulares de direitos individuais abstratamente considerados, na forma do art. 81 do CDC e seus incisos); d) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode atuar em juízo para proteger os seus direitos, cuja defesa cabe aos legitimados coletivos, que possuem legitimação autônoma, exclusiva e concorrente e simples”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit. p. 201).

<sup>350</sup> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PROMOÇÃO “TARIFA ZERO”. PRÁTICA ABUSIVA. CONFIGURAÇÃO. DANOS MORAIS. RECONHECIMENTO.

1. Estando o pedido veiculado na ação coletiva amparado em diversas regras e princípios estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, nos direitos inerentes à tutela do consumidor, erigidos a fundamentais pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXII), não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido por suposta ausência de norma da ANATEL.

2. Inexistência de interesse jurídico específico e direito da ANATEL a ensejar sua participação no feito, pelo que vai mantida a decisão que indeferiu a formação do litisconsórcio passivo.

3. Legitimidade ativa do Ministério Público para figurar na demanda reconhecida para a defesa de interesses individuais homogêneos, conforme sistemática estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor. Legitimação extraordinária, da defesa de direito alheio em nome próprio (art. 6º do CPC), devidamente autorizada por lei.

[...]

APELO DESPROVIDO (AC 70028186120, Rel. Desa. MARILENE BONZANINI BERNARDI, julgado em 08 de julho de 2009).

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO COLETIVA DE INDENIZAÇÃO.

Não tem legitimação ativa associação comercial para propor ação civil pública com base no Código de Defesa do Consumidor com a finalidade de pleitear indenização por danos causados aos associados pela redução dos negócios em razão da construção de usina hidrelétrica.

Interesse da associação não se encontra capitulado no artigo 5º, inciso II, da lei da Ação Civil Pública e a relação entre as partes no processo não se configura como de consumo.

Apelação desprovida. Sentença mantida. Decisão unânime. (AC 70015778962, Rel. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA, julgado em 25 de outubro de 2007).

<sup>351</sup> “Quando se trata de conflitos de massa, confrontando interesses plurindividuais (tirante a hipótese de litisconsórcio ativo, ainda que com número expressivo de sujeitos, o que não se confunde com ação coletiva), o processo civil moderno tem desfocado o critério de legitimação, abandonando a tradicional “coincidência entre titular do direito afirmado direito ou interesse e autor da ação”, para se firmar no binômio “relevância social do interesse/idoneidade do portador judicial”. Desse modo, verificando o juiz eu esse binômio está presente, autoriza que a ação se processe como “coletiva”[...]”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. São Paulo: RT, 2008, p. 383).

judicial da legitimidade, é através de princípios constitucionais que ele é admitido<sup>352</sup>, tratando-se de uma prática do julgador quando do recebimento da petição inicial, como se vê dos julgados, inclusive dispensando o requisito da pré constituição<sup>353</sup> quando manifesto o interesse social.

Conquanto a análise da apropriada representação passe pelo exame do juiz, a representatividade adequada é um dos requisitos da *class action* americana, significando aptidão, institucional e financeira do órgão ou entidade que postula a tutela coletiva. O direito brasileiro, ao elencar o rol legal de legitimados afasta a hipótese da adequada representação, da qual, segundo Didier, “decorre coisa julgada material *erga omnes*, tanto na procedência, quanto na improcedência da ação”<sup>354</sup>.

Ao contrário do sistema americano, no Brasil a coisa julgada não prevalece para prejudicar qualquer interessado, apresentando-se o regime jurídico da coisa julgada diferenciado do processo individual e podendo ser visualizado a partir da análise de três

<sup>352</sup> “A análise da legitimação coletiva e por consequência, da representação adequada, dar-se-ia em duas fases. Primeiramente, verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo. A seguir, o juiz faz o controle *in concreto* da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que assegurem a representatividade adequada dos direitos em tela”. (DIDIER Jr. e ZANETI Jr. Op. cit. 231).

<sup>353</sup> “REsp 140097 / SP. Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098, julgado em 04/05/2000, publicado no DJ 11/09/2000 p. 252.

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA.

Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos. A regra contida no art. 6º/VII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se. Hipótese em que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa. Ainda que possa a inicial ter confundido a ação que objetiva promover a defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos, com a ação que tem por fito defender interesses pertinentes a pessoas já definidas e identificáveis, mediante a legitimação ordinária de certas entidades associativas para representarem judicialmente os seus filiados, na defesa de seus direitos, prevista no inciso XXI do seu art. 5º, da Constituição Federal, pode-se permitir o prosseguimento do feito desde que se perceba, como na hipótese, que o objetivo primordial é o de defender os direitos individuais homogêneos, uma vez que se deve extrair da inicial o que possa haver de maior utilidade, relevando certos deslizes formais que sejam periféricos para a compreensão da controvérsia, pois o processo judicial moderno, como já lembrava Couture, não é uma missa jurídica, de liturgia intocável.

Ação proposta contra companhias fabricantes de cigarros.

Recurso não conhecido.”

<sup>354</sup> DIDIER Jr. e ZANETI Jr, Op. cit. p.198.

dados específicos, quais sejam: a) os limites subjetivos – quem se submete à coisa julgada; b) os limites objetivos – o que se submete aos seus efeitos; c) e o modo de produção – como ela se forma<sup>355</sup>.

Com relação aos limites subjetivos da coisa julgada, que podem ser *inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes* a principal característica é a necessidade de delimitar, de maneira diferenciada, as pessoas que terão suas esferas jurídicas atingidas pela eficácia da coisa julgada<sup>356</sup>.

Quanto ao regime jurídico da coisa julgada coletiva, o direito brasileiro adotou um critério favorável a sua realidade sócio-econômica e cultural de um país sem tradição com a defesa de direitos coletivos, pois levou em consideração a falta de informação e as dificuldades de comunicação ao disciplinar o art. 103, I e II do CDC<sup>357</sup>, seguindo a experiência da ação popular, a adoção dos efeitos *erga omnes*<sup>358</sup> e a possibilidade do *non liquet*, ou seja, ausência de coisa julgada quando a ação for rejeitada por insuficiência de provas.

---

<sup>355</sup> DIDIER Jr. e ZANETI Jr, Op. cit. pp. 353-367.

<sup>356</sup> Gidi refere a necessidade de adaptações do regime jurídico da coisa julgada das ações individuais para as ações coletivas. Ver abordagem acerca da adaptação do instituto da coisa julgada às ações coletivas no Capítulo IV da Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. GIDI, Antônio. Op. cit. pp. 57-101.

<sup>357</sup> “Art. 103 do CDC. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.”

<sup>358</sup> “Diz *erga omnes* o CDC (art. 103, I), para significar (prescrever) que a autoridade da coisa julgada material atinge toda a comunidade titular do direito lesado – e somente esta. Mas *erga omnes* não significa exatamente ‘contra todos’, como poderia parecer, porque é limitado à comunidade titular do direito superindividual violado e, na eventualidade de procedência, aos titulares dos correspondentes direitos individuais homogêneos. [...] Com relação ao inciso III do artigo 103 a coisa julgada atinge a todos (sejam partes, interessados, ou indiferente à lide) atingirá apenas a eficácia natural da sentença, esta sim, *erga omnes*, seja ela proferida em ação coletiva, seja em ação individual, seja a sentença de procedência ou improcedência. Já o inciso II do artigo 103 do CDC utiliza a expressão *ultra partes* para estender a coisa julgada aos membros da coletividade titular do direito lesado e aos titulares dos correspondentes direitos individuais homogêneos”. (GIDI, Antônio. Op. cit. pp. 108 e 109).

A novidade se encontra no disposto no artigo 103, III e §§ 1º e 2º do CDC ao acrescentar o legislador o julgado *secundum eventum litis* para os direitos individuais homogêneos. Isso quer dizer que o acolhimento da ação coletiva irá beneficiar a todos interessados<sup>359</sup>. Estes podem proceder de forma imediata na execução do julgado<sup>360</sup>. E, em caso de rejeição da ação, não restam impedidos os titulares do direito subjetivo de promoverem, de forma individual, sua pretensão judicial<sup>361</sup>.

Quando é referido, ao início do ponto, que ainda não se criou a cultura do processo constitucional orientado por princípios e valores constitucionais em cujo âmbito as ações coletivas têm um relevante papel a desempenhar e a desconstruir o perfil hegemônico do processo<sup>362</sup> é porque também o poder judiciário tem certa

<sup>359</sup> “Parece óbvio que, se por um lado, o fato de uma pessoa poder vir a ser beneficiada por uma decisão em processo do qual não participou é perfeitamente aceitável, por outro, que essa pessoa seja prejudicada em sua esfera jurídica, sem ter a oportunidade de ser ouvida e de se defender em juízo, seria ofender a base principiológica do direito processual contemporâneo”. (GIDI, Antônio, p. 71).

<sup>360</sup> “A cognição nos processos coletivos é mais ampla para alcançar a decisão de mérito e mais bem proteger os direitos coletivos. Lembramos que os processos coletivos têm dupla finalidade: tutelar novos direitos (direitos de grupos) e resolver os litígios repetitivos. Justamente por isso, considerando a maior certeza nos juízos de procedência o CDC estabeleceu que a coisa julgada coletiva estende seus efeitos no plano *individual in utilibus*: o indivíduo poderá valer-se da coisa julgada coletiva para proceder à liquidação dos seus prejuízos e promover a execução da sentença (art. 103, § 3º). Trata-se do denominado *transporte in utilibus da coisa julgada coletiva para o plano individual*. Isso significa que se, por um lado, a sentença coletiva de *improcedência* do pedido não produz efeitos na esfera individual, não prejudicando as pretensões (art. 103, § 1º, CDC), por outro, a sentença de procedência nas ações para tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* poderão ser liquidadas e executadas no plano individual sem a necessidade de um novo processo para a afirmação do *an debeatur* (o quê é devido). Assim, os titulares dos direitos individuais homogêneos poderão promover ação de indenização de seus prejuízos. A coisa julgada coletiva irá beneficiá-los do mesmo modo que a sentença penal condenatória beneficia os titulares de direitos civis decorrentes de ilícito penal”. (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. Op. cit. pp. 360 e 361).

<sup>361</sup> Com relação à coisa julgada nas ações coletivas regidas pelo Código do Consumidor, Gidi explica que são três as hipóteses: “i) Em caso de improcedência após a instrução suficiente, a sentença coletiva fará coisa julgada *ultra partes* para atingir a comunidade ou a coletividade titular do direito superindividual (difuso ou coletivo) ou individual homogêneo em litígio e impedir que qualquer legitimado do art. 82 reproponha a mesma ação coletiva pleiteando a mesma tutela para o mesmo direito através do mesmo pedido, invocando a mesma causa de pedir. Ações individuais, em defesa de direitos individuais (homogêneos ou não), entretanto, continuam podendo ser propostas; ii) Em caso de improcedência após instrução insuficiente (por falta de prova) a sentença coletiva não fará coisa julgada material; iii) Em caso de procedência do pedido, a sentença coletiva fará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* para tutelar o bem coletivo, atingindo a comunidade ou a coletividade titular do direito superindividual, e atingindo, para beneficiar, também a esfera individual de todos os componentes da comunidade ou da coletividade que sejam titulares do correspondente direito individual homogêneo. Como se vê, é apenas nessa última hipótese, de procedência do pedido coletivo, que ocorre a extensão subjetiva *erga omnes* ou *ultra partes e secundum eventum litis* da coisa julgada para beneficiar (*in utilibus*) a esfera jurídica individual dos consumidores interessados, Mas também na primeira hipótese, de improcedência, a coisa julgada se opera *ultra partes* para atingir a comunidade ou a coletividade titular do direito superindividual ou individual homogêneo em litígio”. (GIDI, Antônio, Op. cit. p. 73-74).

<sup>362</sup> Ver: Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, pp. 93-135.

dificuldade em acolher a nova legislação e em ultrapassar a barreira do individualismo processual<sup>363</sup> como pode ser visto em recentes decisões sobre o tema<sup>364</sup>.

Assim, quanto a repercussão da coisa julgada pode ser afirmado que, em caso de improcedência, por insuficiência de provas, não se falará em coisa julgada material, sendo possibilitada nova propositura da demanda, por qualquer legitimado, amparada em novo contexto probatório. Ainda, em caso de improcedência, com provas suficientes, haverá coisa julgada material no plano coletivo, não sendo mais possibilitado o ingresso de nova ação, quer de forma coletiva, quer de forma individual, e, em caso de procedência da ação, ocorre coisa julgada material no plano coletivo, com extensão a todos os membros do grupo.

As adaptações desses dois institutos, da coisa julgada e da legitimação para agir, demonstram a superação da dogmática processual tradicional, com um novo enfoque na direção do processo que deve ser visto em sua função de garantir o acesso à justiça, apontando para os caminhos da efetividade das demandas coletivas, rompendo com o

<sup>363</sup> De lembrar aqui Michel Maffesoli afirmando que “A revolução copernicana leva tempo para se impor nas esferas do saber e do poder estabelecidos. Mas é o heliocentrismo que, de fato, vai constituir, para as gerações mais jovens de cientistas, a base epistemológica da ciência em gestação”. (MAFFESOLI, Michel. **A República dos Bons sentimentos**. São Paulo: Iluminarias Ltda, 2009, p. 112).

<sup>364</sup> O próprio STJ demonstra resistência em atender ao comando legal quando decide que ações coletivas não têm o condão de suspender imediatamente as ações individuais em virtude de litispendência, e que não pode a ação individual ser convertida em liquidação provisória de artigos, com fundamento em sentença proferida no âmbito ação coletiva, como se vê dos seguintes acórdãos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.123.284 - RS (2008/0257941-4)

Publicado em 09/06/2009.

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. CADERNETA DE POUPANÇA. AÇÃO COLETIVA. AÇÃO INDIVIDUAL. LITISPENDÊNCIA INEXISTENTE. SUSPENSÃO. EXPRESSO REQUERIMENTO. AÇÃO INDIVIDUAL CONVERTIDA DE OFÍCIO EM LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. As ações coletivas não têm o condão de suspender imediatamente as ações individuais em virtude de litispendência, quando observado o disposto no artigo 104 da Lei n. 8.078/90.

2. Não pode a ação individual ser convertida em liquidação provisória de artigos, com fundamento em sentença proferida no âmbito ação coletiva.

3. Agravo de instrumento conhecido para conhecer em parte do recurso especial e dar-lhe provimento para determinar o prosseguimento da ação individual.”

“RECURSO ESPECIAL - NÃO-OCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA NA ESPÉCIE - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SERVIDOR PÚBLICO - FUNÇÃO COMISSIONADA - NÃO-INCIDÊNCIA - PRECEDENTES.

Deve ser afastada a alegada ocorrência de litispendência da ação individual com ação coletiva que visa ao reconhecimento de direitos individuais homogêneos. Com efeito, é pacífico o entendimento nesta Corte segundo o qual "a circunstância de existir ação coletiva em que se objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos não obsta a propositura da ação individual." (AgRg no REsp n. 240.128/PE, rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 2.5.2000.)

Acrescentem-se ainda estes julgados: REsp n. 1.091.402/RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 13.3.2009; e Ag n. 1.108.194/RS, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 5.3.2009.

modelo tradicional do processo individualista inclusive com a abertura da jurisdição constitucional à sociedade, conforme se verá no enfoque a dois novos institutos criados.

### 3.2.2 Institutos criados: *amicus curiae* e audiência pública

O conjunto de mudanças ocorridas nas últimas décadas demonstra a caminhada na superação do paradigma puramente racionalista e dogmático que tem no juiz “boca da lei” seu modelo de magistrado, preponderante no Estado liberal, como condição de possibilidade para atender às previsões Constitucionais e aos anseios da sociedade pós-moderna. Busca-se inovar a metodologia processual, com o surgimento de novos atores no cenário do judiciário e este mais afinado com os princípios do Estado Democrático de Direito abrindo espaço para um juiz com potencial transformador da ordem social, aceitando a participação popular direta nos processos decisórios.

A partir da idéia de que a interpretação constitucional dos juízes não poderia ser a única, como o era quando vinculada a uma sociedade fechada, pois não restaria suprida a discussão indagativa ao processo hermenêutico da complicada normatividade consignada na Carta Maior, Peter Häberle propõe uma hermenêutica constitucional apropriada à sociedade pluralista – uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição<sup>365</sup>. O tema do *amicus curiae*<sup>366</sup> tem profunda relação com essa teoria formulada pela doutrina constitucional pós-moderna, impondo uma revisão da metodologia jurídica tradicional, considerando que os sujeitos da interpretação do texto constitucional podem ser os “cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública, constituindo forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional”<sup>367</sup>.

---

<sup>365</sup> HÄBERLE, Peter. Op.cit.

<sup>366</sup> O instituto do *amicus curiae* teve sua origem no Direito Processual Romano, a partir da figura do *consiliarius* romano. Ver em MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos Gerais da Intervenção do *Amicus Curiae* nas Ações de Controle de Constitucionalidade pela Via Concentrada. In: **Revista de Direito Público**. Brasília: EDB/IDP, n 17, p. 36, jul./set. 2007.

<sup>367</sup> HÄBERLE, Peter. p. 9.

O legislador brasileiro, dando abertura ao direito comparado<sup>368</sup> adotou a figura do *amicus curiae* já previsto no artigo 31 da Lei n.6.385/76, que trata da Comissão de Valores Mobiliários e também no artigo 89 da Lei n. 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia Federal. Entretanto, o advento da Lei n. 9.868/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e da Lei n. 9.882/99 que regulamenta a argüição de descumprimento de preceito fundamental, trouxe como uma das principais inovações a audiência pública e a figura do *amicus curiae*, que passou a aparecer expressamente no controle abstrato de constitucionalidade no Brasil.

A admissibilidade do *amicus curiae*, ou amigo da Corte, está prevista no § 2º do artigo 7º da Lei nº 9.868/99<sup>369</sup> e no § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/99<sup>370</sup>, podendo ser representado por uma entidade, órgão, pessoa física ou jurídica, com conhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria em determinada questão jurídica objeto da decisão, e sobre os possíveis reflexos diretos e indiretos desta na sociedade. Trata-se assim de um novo instituto criado a fim de permitir a um terceiro figurar nos processos para discutir, de forma objetiva, questões jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo.

---

<sup>368</sup> O instituto foi desenvolvido na Inglaterra, por meio de sua *common Law*, sendo o papel do *amicus curiae* o de atualizar os denominados *cases* e *statutes*, isto é, os precedentes e as leis, visto que estes não eram conhecidos por parte dos juízes. MENEZES, Paulo de Tarso Duarte, p. 37. Mais tarde nos Estados Unidos, em 1812, no caso *The Schooner Exchange vs. McFadden*, sendo aplicado com grande ênfase no direito norte-americano contemporâneo. Regulado pela regra nº. 37 da Suprema Corte norte-americana, referindo que uma petição de *amicus curiae* que traz fatos relevantes, ainda não manifestados pelas partes será de considerável ajuda para aquela Corte, mas aquelas que não servirem ao seu propósito, não devem ser interpostas, pois sobrecarregam a Suprema Corte. SILVA, Christine Oliveira Peter da. O Amicus Curiae no processo constitucional: o papel do "amigo da corte" na construção do decision-making no âmbito da suprema corte dos Estados Unidos. In: **Revista de Direito Público**. Brasília: EDN/IDP, n. 21, pp. 7-26, mai./jun. 2008.

<sup>369</sup> Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

<sup>370</sup> Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A regra dos dispositivos citados serve de base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae*, e tem por objetivo pluralizar<sup>371</sup> o debate constitucional, ao possibilitar ao Supremo Tribunal Federal dispor de todas as informações possíveis e necessárias à solução da controvérsia constitucional, passando a “permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, possa, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades”<sup>372</sup>. Como a principal função do *amicus curiae* é fornecer informações ou sugestões acerca da matéria de direito a ser discutida, ao ingressar no processo, passa a debater, de forma objetiva, questões jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo. É um colaborador com o objetivo de possibilitar conhecimento pleno, pelo órgão julgador, das posições jurídicas e das conseqüências relacionadas ao objeto da ação. Tem por finalidade servir como fonte de conhecimento em assuntos difíceis e controversos, assessorando os juízes na melhor decisão a ser tomada sobre a questão levada a julgamento.

Sua aplicação também está sendo anunciada no âmbito da Justiça Comum, já tendo a Lei 10.259/01<sup>373</sup>, que dispõe sobre os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Comum Federal, admitido manifestação do *amicus curiae* quando houver recurso à Turma Recursal e, em razão de divergência, houver pedido de uniformização.

A Comissão para elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil elenca as decisões acerca das proposições temáticas da fase anterior à elaboração da redação dos dispositivos, consignando na parte geral “inclusão de Poder ao magistrado, permitindo-o, a seu critério, o chamamento de *amicus curiae*, sem modificação de

---

<sup>371</sup> “A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a conseqüência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. [...] Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devam participar”. (HÄBERLE, Peter. Op.cit. p. 30).

<sup>372</sup> “A Lei n. 9.868/99 passou a permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, possa, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Essa inovação passou a consagrar, no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, a figura do *amicus curiae*, ou “amigo da Corte”, cuja função primordial é juntar aos autos parecer ou informações com o intuito de trazer à colação considerações importantes sobre a matéria de direito a ser discutida pelo Tribunal, bem como acerca dos reflexos de eventual decisão sobre a inconstitucionalidade da espécie normativa impugnada”. (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 752).

<sup>373</sup> Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. [...]

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

competência<sup>374</sup>, como já preconizado no sistema italiano<sup>375</sup> que atribui ao magistrado a liberdade para valer-se de auxiliares a fim de formar seu convencimento.

Na proposta apresentada por Antonio Gidi para o Código Modelo de Processos Coletivos<sup>376</sup>, vem prevista a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* para qualquer membro do grupo<sup>377</sup> sendo possível sua admissão em qualquer ação coletiva quando a causa tiver relevância e for essencial para o melhor julgamento da ação.

A participação do *amicus curiae* aperfeiçoa os julgamentos e aproxima a jurisdição da sociedade brasileira, sendo observada sua importância frente a idéia de que não cabe apenas ao Judiciário interpretar os temas que lhes são levados a decidir, podendo a sociedade também contribuir e muito, onde o conhecimento é distribuído a especialistas diversos, de forma a deslocar a figura do juiz da centralidade do processo, mas colocando o processo constitucional como o valor maior.

Dessa forma, democratiza-se a jurisdição e o processo preservando a oralidade e a deliberação como dá conta a abertura procedimental<sup>378</sup> demonstrada no artigo 9º da Lei 9.868/99 ao autorizar a convocação de audiência pública para fins de esclarecer matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos.

---

<sup>374</sup> Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-02/codigo-processo-civil-fica-agil-anteprojeto-enviado-senado>>. Acesso em 14 de maio de 2010.

<sup>375</sup> O Código de Processo Civil Italiano, no capítulo III, fala dos consultores técnicos e dos outros auxiliares do juiz, e, em seu artigo 60 assim dispõe: “(Altri ausiliari). Nei casi previsti dalla legge o quanto ne sorga necessità, il giudice, il cancelliere o l’ufficiale giudiziario si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idônea al compimento di atti che non è in grado di compiere da sé solo. Il giudice può commettere a um notário il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge. Il giudice può sempre richiedere l’assistenza della forza pubblica”.(BARTOLINI, Francesco; ALIBRANDI, Luigi e CORSO, Piermaria. **I nuovi quattro codici**. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2003, p. 734.)

<sup>376</sup> Disponível em :< [www.gidi.com.br/covers/Rumo.pdf](http://www.gidi.com.br/covers/Rumo.pdf) >. Acesso em 10 de maio de 2010.

<sup>377</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Op. cit. p. 244 e 245.

<sup>378</sup> “As Leis 9.868/99 e 9.882/99 causaram uma revolução paradigmática – interna e externa – no processo brasileiro. Interna porque tocam em institutos de processo consolidados em outra época, mas que se mantêm incólumes diante das gritantes transformações sociais. Externa porque o direito processual, com a abertura à sociedade, passa a ser visto como resultado da história e da cultura. Por isso, mais comprometido com a natureza das demandas materiais. Trata-se, em verdade, da instituição de uma nova metodologia processual afinada com os princípios do Estado Democrático de Direito, essencialmente no que diz respeito à participação popular direta nos processos decisórios, fator de acentuado aumento de legitimidade, a qual supõe a ‘transposição da simples detenção do poder e a conformidade com o justo, advogadas pela coletividade’. Ora, assim como as leis e as políticas públicas em geral, para serem dignas de respeito, devem resultar de um processo de ‘justificações alcançadas publicamente’, isso também acontece com o Judiciário”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF, pp. 124 e 125).

A primeira audiência pública realizada pelo STF foi no caso da ADIn 3510, que debateu o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, conhecida como a ADIn das “células tronco” com a discussão sobre quando começa a vida do ponto de vista científico, religioso e jurídico<sup>379</sup>.

A participação do indivíduo é um direito fundamental, nos termos do *caput* do art. 1º da Constituição Federal, nos sistemas democráticos expressando-se a participação política principalmente pela manifestação de uma vontade. O instituto da audiência

<sup>379</sup> Audiências públicas já realizadas pelo STF:

**Biossegurança** - realizada em 20 de abril de 2007 para debater a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05). A audiência foi convocada pelo ministro Carlos Ayres Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 ajuizada pela Procuradoria Geral da República. A discussão sobre quando começa a vida do ponto de vista científico, religioso e jurídico foi destaque nessa audiência, que debateu o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas.

**Anencefalia** - convocada pelo ministro Marco Aurélio e teve início em 28 de agosto de 2008. Especialistas foram convidados para debater a ADPF 54, que trata da interrupção da gravidez quando comprovada a ausência de cérebro no feto. Foram vários dias de debates. De um lado estavam aqueles que defendiam a liberdade de escolha da mulher em prosseguir ou não com a gestação de um feto sem cérebro. De outro estavam aqueles que consideram a vida intocável e não admitem a interrupção da gravidez mesmo no caso de um bebê anencefalo.

**Pneus** - a audiência sobre importação de pneus usados foi realizada em 27 de junho de 2008, a pedido da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Relatora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101, a ministra coordenou a audiência que reuniu especialistas em saúde, comércio exterior e meio ambiente. A ação foi ajuizada pela Presidência da República contra a importação por empresas brasileiras de carcaças de pneus para a fabricação de pneus reformados.

**Saúde** – a quarta audiência pública realizada no Supremo começou no dia 27 de abril deste ano e reuniu 50 especialistas entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de Justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde. A audiência foi convocada pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, para auxiliar no julgamento dos processos de competência da Presidência do Supremo que versam sobre direito à saúde. Entre eles estão os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança 2361, 2944, 3345 e 3355.

**Cotas** – quinta audiência pública sobre temas de grande repercussão social realizada pelo Supremo Tribunal Federal, realizada em 03 de março de 2010, discutindo a política de reserva de vagas em universidades públicas com base em critérios raciais – as chamadas cotas. Serão três dias de debates com 38 especialistas de associações, fundações, movimentos sociais e entidades envolvidas com o tema audiência pública foi convocada pelo ministro Ricardo Lewandowski, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 e do Recurso Extraordinário (RE) 597285 que serão julgadas pelo Plenário da Corte. Os processos contestam a adoção de reserva de vagas em universidades públicas com base em critérios raciais. Para Lewandowski, a audiência tem grande importância sob o ponto de vista jurídico, “uma vez que a interpretação a ser firmada por esta Corte poderá autorizar, ou não, o uso de critérios raciais nos programas de admissão das universidades brasileiras”, afirmou quando da convocação da audiência. A ADPF 186 foi ajuizada pelo Partido Democratas contra o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cespe/UnB) e questiona atos administrativos utilizados como critérios raciais para a admissão de alunos pelo sistema de reserva de vagas na UnB. Segundo o partido “Democratas”, há violação dos artigos 1º, 3º, 4º, 5º, 37, 207 e 208 da Constituição Federal. Já o RE 597285 foi interposto por um estudante que se sentiu prejudicado pelo sistema de cotas adotado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). O estudante contesta a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas como meio de ingresso no ensino superior. Ele não foi aprovado no vestibular para o curso de Administração, embora tenha alcançado pontuação maior do que alguns candidatos admitidos no mesmo curso pelo sistema de cotas. Disponível em:

<<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=120788>>. Acesso em 19 de maio de 2010.

pública está intimamente ligado às práticas democráticas. Revela-se um processo de participação aberta a grupos ou indivíduos, utilizado como método de legitimação<sup>380</sup> da atuação estatal, na medida em que as decisões passam pelo crivo popular, através da consulta à população, que expõe suas opiniões a fim de conduzir ou direcionar o poder a decisões de maior aceitação. Nesses termos, certo seu conteúdo “pedagógico para o aperfeiçoamento da democracia, tomada em sua plena acepção de técnica social de acesso ao poder e de exercício do poder”<sup>381</sup>.

A audiência pública se caracteriza, assim, na democratização das relações do Estado para com o cidadão, através da qual a autoridade competente pela decisão tem acesso as mais variadas opiniões sobre a matéria debatida, funcionando como veículo de legítima participação do cidadão nos temas de interesse público, dando à decisão adotada, sustentação fática e sendo realizada quando em pauta questão relevante, ou seja, quando presente interesse coletivo de reconhecida importância.

A relevância dos institutos da audiência pública e do *amicus curiae* ensejando a abertura hermenêutica, através da possibilidade de o Tribunal decidir as ações judiciais com pleno conhecimento de todas as implicações e repercussões sociais, é no sentido de modernizar as técnicas de interpretação da Lei Maior, aperfeiçoando a jurisdição e apontando para o caminho da democratização do processo<sup>382</sup> significando o exercício próprio da cidadania na busca de um processo hermeneuticamente interpretado, conforme trata o próximo ponto.

---

<sup>380</sup> “Por se tratar de um instituto de participação política, a audiência pública apresenta-se ponderavelmente embasada na ordem jurídica brasileira. Desde logo, destacam-se, entre os princípios fundamentais, apresentado no Título I da Constituição Federal, os seguintes: *o princípio democrático, o princípio da cidadania e o princípio da participação política*. O *princípio democrático* manifesta-se especificamente como *princípio da legitimidade*, ou seja, da conformidade do agir do Estado com a vontade popular, o que, juntamente com o *princípio da legalidade*, que vem a ser a conformidade do agir do Estado à Lei, qualifica o Brasil como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. In: **Revista de Direito Administrativo** n. 210. Renovar: Rio de Janeiro, out/dez. p.15.

<sup>381</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. p. 19.

<sup>382</sup> “A atuação concreta dos *amicus curiae* e dos terceiros que são ouvidos nas audiências públicas evidenciam o alargamento dessa participação comparativamente aos comuns direitos concedidos e limites impostos à atuação dos terceiros no processo tradicional. A distinção, no processo, entre direitos privados, individuais e atomizados e direitos públicos, coletivos e molecularizados, conduz à permissão de acesso, no caso dos últimos, não aos envolvidos pessoalmente na questão jurídica a ser decidida, mas sim aos que possam representar adequadamente grupo, categoria, classe ou a toda a sociedade, no caso dos direitos difusos”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**, Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009, p. 126).

### 3.3 O PRINCÍPIO DO PRAZO RAZOÁVEL DO PROCESSO HERMENEUTICAMENTE INTERPRETADO: ESCAPANDO DO “FLUXO” EM NOME DO DIREITO MATERIAL

Com a ação civil pública e a audiência pública, o cidadão passa a ter direito à legítima participação e ingerência na gestão da coisa pública<sup>383</sup> em decorrência da democracia participativa, demonstrando não mais figurar como mero expectador do que ocorre na esfera pública.

Vitório Denti, ao abordar o tema Justiça e participação na tutela dos novos direitos, diz que a participação na administração da justiça é um aspecto essencial da legitimação democrática ao exercício da jurisdição. O autor lembra também, que a participação conflitual do cidadão que se expressa através das ações judiciais, tem no juiz seu árbitro, no poder judiciário, e não em outro poder<sup>384</sup>, a possibilidade de encontrar um garantidor imparcial de seu direito.

O cidadão como figura central para o Estado deve estar acima de qualquer outro interesse desse Estado. Assim, havendo conflito de interesses entre os homens ou lacuna no cumprimento de uma das funções estatais, quando um dos poderes não estiver cumprindo sua função, outro deve preencher esse vazio ou falha. A jurisdição é chamada para restaurar o direito violado, para assegurar a efetiva realização dos direitos fundamentais.

Evidente que a ampliação da concepção dos direitos fundamentais criou a necessidade de haver diálogo entre os três poderes, principalmente quanto a

---

<sup>383</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso, ao falar sobre o bem comum, questiona se somente ao Estado caberia promovê-lo, referindo que “os interesses metaindividuais concernem a *todos*, por definição, e assim *cada um*, quando os suponha violados ou ameaçados, está legitimado a dele ser portador, perante o Judiciário.” O mesmo autor sustenta que “Deveria o Estado-Administração, assim, ficar reconhecido ao cidadão, quando este, exercendo um seu direito *subjetivo público*, lhe indique, via jurisdicional, a omissão que urge ser suprida, a ação que o interesse público impõe seja praticada ou a irregularidade que deve ser corrigida”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil pública: Instrumento de participação na tutela do bem comum*. In: **Participação e Processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1988, pp. 196 e 197).

<sup>384</sup> “Ho prima parlato della partecipazione, che si esprime attraverso l'azione giudiziale, como di un tipo di partecipazione conflittuale, che è radicata nella natura stessa delle società democratiche, in cui non solo le forze economiche, ma anche i gruppi etnici, le confessioni religiose, le associazioni che esprimono opzioni valutative intorno ai problemi della vita e della morte, si scontrano quotidianamente, nel pubblico e nel privato. [...] L'arbitro di questi conflitti finisce con l'essere il giudice (o la giuria), mentre non lo sono, nè potrebbero esserlo, gli altri pubblici poteri. L'aspetto partecipativo della tutela giudiziale dei nuovi diritti sta proprio in questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre società, in cui i valori della persona umana, per potersi affermare compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di sopra degli altri pubblici poteri.” (DENTI, Vittorio, *Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti*. In: **Participação e Processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1988, p. 19).

interpretação do texto constitucional, figurando o Judiciário com maior legitimidade<sup>385</sup> para promover o direito, o que se dará com a aplicação da lei ao caso concreto<sup>386</sup> através do processo.

Desse modo, imprescindível pensar no papel significativo reservado aos julgadores<sup>387</sup>, que não podem servir apenas para autorizar decisões políticas de outros poderes.

O processo judicial vem consolidado através do direito processual, que, no decorrer dos séculos, vem sofrendo modificações desde seu entendimento como mera prática forense dos séculos XVI a XVIII nas universidades europeias e americanas<sup>388</sup> até conquistar sua autonomia em relação ao direito material<sup>389</sup>.

Entretanto, essa conquista da autonomia do direito processual gerou sua separação do direito material. Restando o direito processual entendido como um

<sup>385</sup> Darci Guimarães Ribeiro, refere que essa legitimação é procedimental salientando que “o Judiciário está em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade. Como se o povo ativo escolhe seus governantes: legislativo e executivo? Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado (RIBEIRO, 2008, pp. 63-4) e não a lei (GROSSI, 2003, p. 21). Sem falar no grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia. Para uma nova definição da democracia participativa. *In: Revista AJURIS*, n. 114, jun. 2009. pp. 91-103).

<sup>386</sup> Calamandrei refere que a atuação do direito se dá em duas etapas: “en un primer momento, el Derecho es formulado por el legislador en forma de ley general y abstracta; en un segundo momento, en virtud de la comprobada coincidencia entre la hipótesis abstracta y el hecho concreto, el mandato se individualiza y se transforma en acción por el voluntario comportamiento del obligado o por la coacción puesta en práctica por el juez y por el ejecutor. Es en esta segunda etapa en la que se abre el campo al tapajo de los juristas, los cuales con la agudeza de su ‘técnica’ están llamados precisamente a facilitar la no siempre fácil especificación de la ley abstracta em mandato concreto, esta individualización de la voluntad del Estado que es necesaria a fin de que la ley pueda operar prácticamente sobre la conducta de los coasociados”. (CALAMANDREI, Piero. **Los estudios de Derecho Procesal en Itália**. Peru: Ara Editores, 2006. p. 90).

<sup>387</sup> Ao escrever sobre a ‘Desneutralização política do judiciário’, Cambi aduz que “Se a Constituição está acima de todas as funções estatais e cabe ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais, ainda que possam surgir zonas de tensões, não se pode reservar aos juízes o papel de mero carimbador das decisões políticas tomadas pelo Legislativo e/ou pelo Executivo.” (CAMBI, Eduardo. Op.cit. p.193).

<sup>388</sup> Ver abordagem sobre a Evolução Geral do Direito Processual por Juan Montero Aroca, em **El Derecho Procesal en el siglo XX**. Valência: Tirant lo Banch, 2000, pp. 13-41.

<sup>389</sup> Aroca, escrevendo sobre a ruptura com o direito material, lembra que desde Justiniano era tradicional a divisão do Direito em três partes: pessoas, coisas e ações, esta última logo se chamando direito processual. Enfatiza que a distinção entre Direito material e processo foi iniciada pela codificação, ao dedicar aos procedimentos códigos próprios, sendo que a autonomia somente foi alcançada com os processualistas. (Juan Montero Aroca, Op. cit. p. 32).

instrumento puramente formal, despreocupado com o homem e com a história, acabou restando vazio de sentido<sup>390</sup>, reduzindo-se a simples estrutura lógica.

Assim, quando no decorrer do presente estudo é propagado o tempo razoável do processo, este deve ser entendido como o tempo suficiente para que o direito material da parte seja consagrado, sem sacrifício ao direito substancial<sup>391</sup>. Para isso, necessário serem observados os outros princípios fundamentais, pois o processo, quando utilizado apenas para resolver com rapidez o “fluxo” de demandas que são levadas a jurisdição, sem a preocupação com a interpretação hermenêutica, é realizado como um fim em si mesmo, e não como deve ser: como um meio através do qual o cidadão possa exigir a efetividade de seus direitos<sup>392</sup>.

Vê-se a possibilidade de esquivar-se do “fluxo”, atendendo o direito processual aos desígnios do direito material, através da garantia<sup>393</sup> constitucional da fundamentação adequada das decisões judiciais.

Os preceitos da nova hermenêutica jurídica trouxeram a contribuição do acréscimo dos sistemas interpretativos, substituindo a utilização das regras pelos

---

<sup>390</sup> Ângela Araújo da Silveira Espindola e Jânia Maria Lopes Saldanha, abordando o tema ‘Jurisdição e o peso da herança racionalista no direito processual: as escolhas ao longo do tempo’ referem que “O direito processual civil reduziu-se a simples estrutura lógica vazia de sentido, meramente abstrato e conceitual. O direito processual, responsável pela concretização jurisdicional do sentido do direito e da dignidade humana, está “preche do vazio”. (A construção das tutelas preventivas no direito processual civil brasileiro: uma alternativa possível para os (des)caminhos da jurisdição. *In: Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73).

<sup>391</sup> “Un mínimo de formas será siempre indispensable, pero el máximo debe estar condicionado a las exigencias del conocimiento judicial y en ningún caso deberá importar el sacrificio del derecho substancial”. (ALSINA, Hugo. **Las nulidades en el proceso civil**. Concepto y función de las formas procesales. Peru: Ara, 2006. p. 18).

<sup>392</sup> “Los derechos del ciudadano ante el Poder Judicial no puede reducirse a una discusión teórica entre los partidarios de las teorías concretas y los partidarios de las teorías abstractas sobre la acción, sino que debe reconducirse a la concepción general de que ya no hay súbditos que se enfrentan al poder como subordinados, sino ciudadanos que exigen del poder el respeto de sus derechos, en cuanto es el poder el que debe estar al servicio de los ciudadanos y no al revés. El proceso, por fin, sólo puede tener sentido si se le concibe como instrumento del titular de la potestad jurisdiccional para cumplir su función y como instrumento del ciudadano para exigir la efectividad de sus derechos. La visión del proceso en sí mismo, no puede seguir manteniéndose. El proceso no puede ser más un fin en sí mismo; es sólo un medio. La concepción que se deriva de estos postulados es la que está en la base del cambio de denominación y, como es manifiesto se trata, en resumen, de :1) Concebir al poder judicial como un verdadero poder en el Estado, y 2) Asumir que no existen súbditos, sino ciudadanos que tienen derechos frente a ese poder judicial.” (AROCHA, Juan Montero. *Op. cit.*, pp. 37-38).

<sup>393</sup> Embora se refira à fundamentação como garantia, salienta-se que a doutrina a trata como princípio. Para tanto ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1124 a 1131 e CASTRO, Fábio Caprio Leite. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico Brasileiro. *In: Revista AJURIS* nº 90, Porto Alegre: 2003, pp. 131-144.

princípios constitucionais sendo “possível buscar soluções ajustadas às pretensões sociais legítimas, que sejam, ao mesmo tempo, vinculantes e flexíveis”<sup>394</sup>.

Ocorre que a flexibilidade proposta pela expressão do esforço criativo do julgador não pode remeter a um impróprio ativismo judicial<sup>395</sup>, indo o juiz além dos limites constitucionais para a construção de uma resposta que julga adequada, segundo sua consciência<sup>396</sup>, advindo a necessidade da busca da resposta correta, afastando-se o julgador da arbitrariedade (3.3.2).

Nicola Picardi, ao falar do poder do juiz como função: de descoberta ou de criação do direito, refere os diversos significados que a criatividade jurisprudencial pode assumir, sendo a sentença fruto da escolha do julgador<sup>397</sup>, que, nos termos enfocados por Natalino Irti<sup>398</sup> é sempre um ato seletivo, uma preferência. O mesmo autor refere que o direito é o ‘mundo da dúvida’ e que o advogado é quem escolhe, ao propor a ação, um ou outro modelo de sentença, pois a sua decisão é que vai determinar o campo de possibilidades no qual se move a decisão do juiz. Ao abordar o tema ‘dúvida e decisão’<sup>399</sup>, Natalino Irti sustenta que a teoria jurídica da dúvida distingue entre a dúvida jurídica e a dúvida lógica, e como nem sempre as dúvidas lógicas vêm previstas na lei, nem é predisposto um método de escolha<sup>400</sup>, caberá ao julgador decidir pela decisão acertada.

---

<sup>394</sup> CAMBI, Eduardo. Op.cit. p. 217.

<sup>395</sup> A motivação da sentença deve observar os princípios estabelecidos na Constituição. Ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

<sup>396</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>397</sup> “Já há tempos colocou-se em evidência que a atividade do intérprete não pode se reduzir a uma simples “explicação”, mas é sempre uma contínua “reformulação” da norma, e também se esclareceu que a individualização da regra a ser aplicada no caso concreto, longe de se impor do exterior, é fruto de uma escolha que o juiz desenvolve na interpretação ou aplicação da norma. Hoje é precisado que no *iter* de formação da sentença, o juiz dispõe de amplos poderes discricionários e, exatamente por meio do exercício desses poderes, é que ele “cria” a decisão”. (PICARDI, Nicola. Op Cit., p. 15).

<sup>398</sup> “Il decidere, risolvendosi nello scegliere, esprime una preferenza, un andar oltre la pluralità delle soluzioni possibile. La decisione segna un passaggio: prima le molteplici possibilità: poi, la soluzione prescelta.” (IRTI, Natalino. **Il salvagente della forma**. Roma: Laterza, 2007. p. 119).

<sup>399</sup> IRTI, Natalino. Op.cit. p. 119-128.

<sup>400</sup> Lenio Streck enfatiza que decisão jurídica “não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância”. E completa no sentido de que a escolha é sempre parcial lembrando que “Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quíça (ou na maioria das vezes), arbitrariedade”. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 97).

Decisão que, para Lenio Streck, não pode ser entendida como escolha dentre várias possibilidades, pois a decisão jurídica “se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política”<sup>401</sup> e que deverá sempre ser motivada (3.3.1), conforme se verá a seguir.

### 3.3.1 A garantia constitucional da fundamentação da decisão judicial

A Constituição Federal indica o direito a um processo judicial devidamente fundamentado<sup>402</sup>. Deve ser considerado o significado constitucional da obrigação de motivação<sup>403</sup> que, nos termos preconizados por Michele Taruffo<sup>404</sup>, se transforma da prática em regra jurídica, e de regra jurídica em princípio geral que contribui para a racionalização da administração da justiça, caracterizando-se como instrumento endo-processual de garantia aos cidadãos decorrente da função essencial do Estado de Direito. Além de focar a fundamentação da sentença como garantia, Taruffo também

---

<sup>401</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. p. 98.

<sup>402</sup> “A exigência de fundamentação das sentenças, hoje consagrada em texto constitucional, justifica-se por várias razões. Uma delas decorre da tendência dos sistemas políticos contemporâneos de ampliar as bases de um regime democrático participativo, caracterizado por sua universalidade. Regime democrático inspirado no princípio da igualdade absoluta de todos perante a lei. Regime democrático participativo. Como disse Mauro Cappelletti, um regime legal construído por seus consumidores. Há outra razão que deve ser destacada. É a que decorre da necessidade de que nossa formação jurídica dogmática seja superada, através do reconhecimento de que o Direito não pode submeter-se aos princípios epistemológicos das ciências naturais e menos ainda das matemáticas”. (BATISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição, Direito Material e Processo**, Porto Alegre: Forense, 2007, p. 137).

<sup>403</sup> “[...] impõe que o juiz, ao fundamentar a sentença, não apenas dê os motivos pelos quais aceitou como válidos os argumentos do vencedor mas, além disso, demonstre, também com argumentos convincentes, a impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo sucumbente. A fundamentação deve ser ampla; deve compreender todos os aspectos relevantes do conflito, especialmente na análise crítica dos fatos.” (BATISTA DA SILVA, Ovídio A. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acesso em 07.09.09).

<sup>404</sup> “Mentre la concezione della motivazione come strumento endo-processuale è assolutamente dominante sul piano della normativa ordinaria, la prospettiva garantistica viene recuperata nell'ambito del costituzionalismo moderno, quando viene rivolta particolare attenzione di un sistema di garanzie fondamentali dell'amministrazione della giustizia. È noto che questa tendenza trova manifestazione concreta in diverse Carte costituzionali del secondo dopoguerra, tra le cui caratteristiche più importanti vi è proprio la formulazione espressa di tali garanzie. Essa nasce dal considerar la giurisdizione come campo nel quale emergono e trovano attuazione non solo una funzione essenziale dello Stato di diritto, ma soprattutto i diritti fondamentali dei cittadini”. (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. *In: Partecipazione e processo*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1988, p. 38).

refere a fundamentação como controle democrático difuso, de modo a possibilitar que a população verifique o mérito e a legalidade da decisão<sup>405</sup>.

O direito a uma decisão judicial fundamentada além de vir expressamente consagrado, como requisito essencial da sentença, na Constituição Federal<sup>406</sup> também vem previsto no Código de Processo Civil<sup>407</sup>, ou seja, resulta da ordem vigente a necessidade de motivação das decisões judiciais, como corolário do Estado Democrático de Direito. Assim, está o julgador obrigado a indicar os motivos que formaram o seu convencimento de acordo com os fatos e circunstâncias constantes dos autos, ou seja, de acordo com o direito material invocado pelas partes. Trata-se de conferir à fundamentação a qualidade ressaltada por Ferrajoli, de garantia de segundo grau ou garantia das garantias, em razão de que representa um instrumento de controle sobre a efetividade das demais garantias processuais<sup>408</sup>.

O ordenamento jurídico vigente trata da fundamentação como se fosse motivação, empregando os termos sem qualquer distinção, como se pode ver da própria Constituição, que, no inciso acima citado fala de fundamentação, e no próximo<sup>409</sup>, refere que as decisões administrativas dos Tribunais devem ser motivadas. E, embora os dicionários da língua portuguesa considerem como sinônimos fundamentar e motivar, de se referir sua diferenciação. Considera-se que a fundamentação é a justificação de

---

<sup>405</sup> *“La prima di queste ‘anime’ è strettamente legata alle esigenze di funzionamento del processo e di organizzazione centralizzata della magistratura. [...] La seconda “anima” dell’obbligo di motivazione, che non ne esclude la funzione razionalizzatrice del sistema, ma la supera, si fonda sulla concezione della motivazione come garanzia. Qui l’ispirazione fondamentale viene dall’ideologia democratica della giustizia che affiora nell’illuminismo francese e si manifesta soprattutto con la Rivoluzione: la funzione della motivazione, e quindi la ratio del relativo obbligo, consistono nell’assicurare il controllo esterno, da parte del “popolo”, sul modo con cui i giudici esercitano il potere che è loro affidato. Anche qui la motivazione è strumento, ma è strumento che garantisce il controllo democratico diffuso sulla fondatezza e sulla legalità della decisione”.* (TARUFFO, Michele. **Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione.** p. 38)

<sup>406</sup> Art. 93, IX, da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

<sup>407</sup> “Art.131 do CPC - “O Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

“Art. 165 do CPC - “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”

“Art. 458 do CPC - “São requisitos essenciais da sentença: I - (...) II - os fundamentos, em que o Juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o Juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”

<sup>408</sup> FERRAJOLI, Luigi, **Diritto e ragione:** teoria del garantismo penale. 3.ed. Roma: Laterza, 1996, p. 632.

<sup>409</sup> Artigo 93. X, da CF: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros:

porque o magistrado assim está decidindo o litígio, que será sempre baseada em motivos de direito ou de fato, ou em ambos, consubstanciando-se na explicação racional que permita a compreensão, esclarecendo o porquê da conclusão. Fundamentar uma decisão equivale a dar as razões de fato e de direito, com as devidas implicações substanciais, e não meramente formais<sup>410</sup>. Por motivação se entende a causa ou a condição de uma escolha,<sup>411</sup> referindo quais as bases fáticas ou de direito que permitem a fundamentação.

A independência dos juízes perante o poder legislativo e executivo e a exclusividade atribuída a eles da função de julgar pressupõe, não apenas a observância dos dispositivos legais citados, mas principalmente que seja assegurado ao litigante o direito a uma garantia de justiça<sup>412</sup> de forma igual e efetiva através do devido processo que lhe permitirá ampla defesa de sua posição jurídica.

Exige-se também que, além de técnica, a fundamentação seja compreensível para os leigos. Segundo Taruffo<sup>413</sup>, a motivação e os seus destinatários muda conforme o dever de motivar esteja previsto à nível da legislação processual ordinária ou como garantia constitucional, considerando ainda a cultura média do tempo e do lugar em que se encontra. Nesta perspectiva, a motivação tem como destinatários as partes e o tribunal superior. Quando o dever de motivar é imposto como garantia constitucional, a motivação é apontada, sobretudo, como possibilidade de um controle externo e geral sobre o fundamento factual, lógico e jurídico da decisão. Desta forma, a fundamentação deve ser dirigida, antes ainda que às partes (e ao tribunal de recurso), à generalidade dos

---

<sup>410</sup> NERI JÚNIOR, Néilson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, São Paulo: RT, 2004. p. 175.

<sup>411</sup> “Por motivo se entende a causa ou a condição de uma escolha, a qual direciona a atividade para um fim específico, orientando a conduta humana, sem, no entanto, fornecer uma explicação ou uma justificação. O fundamento é a explicação ou a justificação racional da coisa da qual é causa; a razão de ser. O fundamento permite compreender porque determinada decisão foi ditada num sentido e não em outro; porque é assim e não de outra forma. Em suma, possibilita o entendimento ou a justificação racional da coisa, da qual é causa.” (GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais, *In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, 2005, p. 71).

<sup>412</sup> “A “motivação de sentenças” radica em três razões fundamentais: (1) controle da administração da justiça; (2) exclusão do caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 667).

<sup>413</sup> Taruffo sustenta que o juiz deve referir no julgamento as noções presentes na cultura média do tempo e do lugar no qual se encontra, pois é nesta cultura que os pressupostos e os critérios da decisão devem manter-se congruentes. (TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione nella creazione giudiziaria del diritto*, *In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, 2001, p. 24).

cidadãos, à população, a quem cabe determinar se a decisão é acertada para o caso que solucionou.

Certo que o precedente judiciário exerce uma influência inevitável, entretanto, não pode, por isso, ser a fundamentação das decisões judiciais elaborada apenas de modo a assegurar a aceitação pelas instâncias superiores. Cada decisão insere-se numa tarefa mais ampla, devendo ser sempre contextualizada. Segundo Ruggiero<sup>414</sup> lógica e direito positivo não bastam, pois o objeto da reflexão no procedimento de concretização do direito não é exclusivamente intrasistemático, “de modo que a justiça de uma decisão não pode ser nem obtida nem demonstrada permanecendo ao interno de um sistema, como aquele jurídico, que além de tudo já de *per si* reenvia aos elementos concretos da realidade social”. Neste sentido, o mesmo autor lembra que seja porque a decisão não é uma simples análise ou prognóstico da realidade, mas possui uma validade prescritiva da qual a realidade pode se modificar, seja porque não é possível reproduzir situações idênticas em diversas circunstâncias de tempo e de lugar, condição, esta, necessária para proceder a uma verificação experimental, não se pode falar na dupla alternativa ‘verdadeiro/falso’, mas sim, ao invés, em modo mais complexo de ‘justiça/injustiça’ da decisão.

Neste contexto, a sentença como o ato que decide, que define o processo<sup>415</sup>, terá de surgir sempre da avaliação do conteúdo do conjunto probatório juntado aos autos, considerados os fatos e fundamentos<sup>416</sup> e enfrentando o julgador todas as teses enfocadas pelas partes litigantes, possibilitando que estas tomem conhecimento das

---

<sup>414</sup> O autor fala sobre a hermenêutica jurídica entre a precompreensão e o consenso, referindo-se a jurisprudência como ‘ciência prática’, abordando, ainda, o problema da verificação da decisão. RUGGIERO, Luigi de. **Tra Consenso e Ideologia – Studio di Ermeneutica Giuridica**, Nápoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1977, pp. 171 e 172.

<sup>415</sup> “o processo é um complexo de atos. Não se trata, porém, naturalmente, de uma série de atos dissociados e independentes, senão de uma sucessão de atos vinculados pelo objetivo comum da atuação da vontade da lei e procedendo ordenadamente para a consecução desse objetivo; de onde o nome processo”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 50).

<sup>416</sup> “Há, portanto, duas exigências impostas ao julgador. A primeira determinando que ele se “persuada” racionalmente, formando o convencimento, através da análise crítica do conjunto da prova, bem como que justifique também a interpretação do direito aplicável. Mais, tendo em vista a natureza dialógica do processo, é necessário que o julgador assegure o contraditório efetivo a ambas as partes, compreendido nesse princípio o direito, reconhecido a ambos os litigantes, não apenas de alegar e provar suas alegações, mas, fundamentalmente, o direito, reconhecido tanto ao vencedor quanto ao vencido, de obter “respostas” para suas alegações e provas”. (BATISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição, Direito Material e Processo** p. 152).

razões que o fizeram a optar por aquela direção sempre analisando as duas teses opostas<sup>417</sup>.

Todavia, para que o direito material não seja “sufocado” pelas técnicas processuais, imprescindível que o julgador tenha sensibilidade para as diferenças e desigualdades sociais e culturais<sup>418</sup>, mostrando que está inserido em um Estado Democrático de Direito com a preocupação de justificar a própria decisão, seja sob plano normativo, seja sob aquele da oportunidade social<sup>419</sup>. Importa dizer quanto é basilar para o desempenho da tarefa de julgar a formação pessoal do profissional do Direito, que não deve visar apenas a uma decisão técnica, mas sim a uma decisão justa<sup>420</sup>.

Imprescindível que o julgador tenha sensibilidade para as questões sociais do seu tempo, o que decorre de uma formação humanística sólida e de uma visão não individualista<sup>421</sup>, quer seja para manter a justiça social ou para fomentá-la quando não

---

<sup>417</sup> “A balança é o símbolo tradicional da justiça, visto parecer que representa materialmente, por uma disposição mecânica, aquele jogo de forças psíquicas que faz funcionar o processo e no qual, para que o juiz após algumas oscilações conclua pela verdade, é necessário que intervenha o peso de duas teses opostas, tal como se dá com os dois pesos da balança, que para se equilibrarem devem incidir na extremidade de cada braço. Quanto mais as forças opostas façam oscilar fiel (veja-se a imparcialidade de quem julga), tanto mais sensível se tornará o aparelho e mais exata a medida. Da mesma forma, os advogados, puxando cada um pelo seu lado, obtém o equilíbrio que o juiz procura. Quem quiser criticar a sua imparcialidade deve criticar também o peso que age sobre os braços da balança”. (CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes visos por nós, os advogados**. Volume I, Lisboa: Livraria Clássica, 6.ed. 1977. pp. 96 e 97).

<sup>418</sup> “No campo próprio da jurisdição, essa “mentalidade alargada” vai fazer-se presente quando o juiz para julgar faz o desvio para outras culturas, encontrando nelas algum elemento que possa contribuir para o exercício de persuasão que desenvolverá ao julgar. Sendo assim, escapa-se da condição de sujeito solipsista que, isolado, cria a “sua decisão” e vai-se ao encontro de uma jurisdição com discernimento – *phrónesis* – uma vez que suas decisões derivam também da consideração do ponto de vista ou da perspectiva dos outros.” (LOPES SALDANHA, Jânia Maria, A “mentalidade alargada” da Justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização do Direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas árvores). p. 11).

<sup>419</sup> “*La coscienza sociale non è, però, soltanto un critério sussidiario; essa è, invece, da un lato elemento costitutivo dell’ordinamento giuridico, in quanto, come è comunemente riconosciuto dalla dottrina, determina il significato delle parole e dei giudizi di valore che, fatti propri dalla legge, sono tratti dal linguaggio comune e in essi continuano a vivere; d’altro lato è critério autônomo e necessário per la valutazione della ‘giustizia del caso concreto’.*” (RUGGIERO, Luigi de. Tra Consenso e Ideologia – Studio di Ermeneutica Giuridica, Nápoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1977. p. 159).

<sup>420</sup> A formação dogmática não é garantia de decisões justas, porque a técnica vai proporcionar decisões tecnicamente corretas. Mas decisões tecnicamente corretas nem sempre são necessariamente decisões justas. Ver definição de Justiça em ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, Livro 5, tradução Pietro Nassetti, São Paulo: Martin Claret Ltda, 2007.

<sup>421</sup> “Somente através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos”. (GADAMER, Hans- Georg, **O problema da consciência histórica**. Tradução Paulo César Duque Estrada – 2.ed. Rio de Janeiro: FGV 2003. p. 12).

existir, na missão de civilizar<sup>422</sup> atuando realmente como agente transformador da realidade, escapando do “fluxo” em nome do direito material.

Entretanto, em inúmeros casos, decisões judiciais mostram não estar o julgador preocupado em justificar sua decisão, proferindo sentença com disposições arbitrárias, longe de demonstrar a preocupação com a busca por uma resposta correta, adequada<sup>423</sup> aos anseios de quem reclama a solução justa de um conflito através da tutela jurisdicional.

### 3.3.2 Da discricionariedade à arbitrariedade: a busca da resposta correta

A partir da constatação da importância do emprego da linguagem<sup>424</sup> na Ciência do Direito como pressuposto da sua construção, necessária a abordagem do conceito jurídico indeterminado da norma legal.

Considerando que o Direito é mutante e fruto da construção humana e, por ser reflexo cultural, precisa da linguagem para ser externado e descrito<sup>425</sup>. Ocorre, entretanto, que à linguagem do Direito, por vezes, se apresentam determinados obstáculos que impedem ou dificultam a previsão de todos os acontecimentos possíveis ao mundo. Como o legislador não pode prever todas as situações do mundo fático,

---

<sup>422</sup> “Nossa missão não é mais a de conquistar o mundo como acreditava Descartes, Bacon e Marx. Nossa missão se transformou em civilizar o pequeno planeta em que vivemos.” (MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Disponível em : <[http://www.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/meio\\_ambiente/umapaz/files/Morin.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/meio_ambiente/umapaz/files/Morin.pdf)>. Acesso em 20/11/2009.

<sup>423</sup> “A resposta correta deve decorrer de um aprofundado exame constitucional, em que os princípios desnudam as insuficiências da regra. Evidentemente que, quando me refiro à ‘insuficiência da regra’, estou lançando mão da discussão tradicional acerca da distinção estrutural (ou cisão) entre regra e princípio. Afinal, repita-se, por trás de cada regra há um princípio constitucional”. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 270).

<sup>424</sup> Ver estudos de Lenio Streck acerca do problema da linguagem em: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007 e **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>425</sup> Luiz Eduardo Soares, ao abordar o tema Hermenêutica, linguagem e teleologia no horizonte da razão romântica, fala sobre a marca distintiva do ser humano como “ o acesso à inteligibilidade, ao sentido, facultado pelo símbolo, pela linguagem. Hoje, as ciências sociais e humanas concodam: o humano só se realiza enquanto tal se puder atualizar sua capacidade espiritual através da linguagem. Sendo atualização, a linguagem é manifestação, expressão. Mais do que isso, preexistindo ao sujeito concreto, por ele apenas apropriada de modo particular, a linguagem é uma prática em que se combinam elementos sociais mais gerais e ingredientes incidentais, criativos e singularizadores, que se co determinam.” (SOARES, Luiz Eduardo. *Hermenêutica e ciências humanas*. In: **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Ruth M. Chittó Gauer, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 74).

sendo-lhe impossível escolher termos precisos<sup>426</sup> que garantam a inexistência de dúvidas, se utiliza de subsídios da generalidade e da abstração a fim de prescrever regras e comportamentos de aplicação que se adaptem à realidade. Ainda, conforme Kaufmann<sup>427</sup>, considerando que a lei é criada para uma infinita variedade de casos, não pode e nem deve ser formulada de maneira unívoca.

É nesta imprecisão, vaguidade ou fluidez que o legislador se apóia quando está diante da impossibilidade de singularizar um destinatário e uma situação específica. Na verdade a indeterminação visa abarcar um maior número de casos possíveis e também propiciar a renovabilidade da norma. A própria Constituição é definida como “fragmentária”, “indeterminada” e “carecida de interpretação”<sup>428</sup>. Carente de interpretação clama pela reflexão hermenêutica, que ajude a entender o que realmente está em jogo nos processos interpretativos, no movimento da compreensão das tensões vividas pelas ciências humanas, que, segundo Luiz Eduardo Soares<sup>429</sup>, derivam do atrito entre a busca de leis que estruturam a vida humana, através do exercício da razão e o reconhecimento da relatividade dessas razões.

A expressão conceito jurídico indeterminado é utilizada para indicar as expressões de sentido impreciso, vago, que são utilizadas nas normas jurídicas, como por exemplo “boa-fé”, “bem comum”, “interesse público”, “função social” e numerosos outros. Estes conceitos permitem, entretanto, modificar o significado da mesma expressão, em razão do tempo ou espaço de sua aplicação ou ainda em razão da interpretação do julgador.

O cuidado especial que se deve ter diante do conceito jurídico indeterminado ou da norma aberta, é se na busca de seu significado ocorrerá somente a possibilidade de interpretação da expressão, para obter uma única solução possível, ou se acontecerá o uso do poder discricionário.

---

<sup>426</sup> “Ora, as palavras não se dividem em categorias como “vagas” e “precisas”. Na redação de qualquer texto, é impossível escolher termos “precisos” que garantam a inexistência de “dúvidas” quanto à sua aplicação futura. Não há “clareza” que dispense a interpretação.” (STRECK, Lênio. In: *Entrevista Direito Sumular*, Carta Forense, Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/Imprimir.aspx?id=3120>>. Acesso em 22/11/2009).

<sup>427</sup> “a lei não pode e não deve ser formulada de maneira unívoca, porque ela é concebida para uma variedade infinita de casos”. (KAUFFMANN, Arthur. **Filosofia del diritto ed ermeneutica**, Milão: Giuffrè, 2003. p. 27).

<sup>428</sup> “Longe de ser um simples “estampido” ou “detonação” originária que começa na “hora zero”, a constituição escrita é, como “ordem-quadro da república”, uma lei necessária mas “fragmentária”, “indeterminada” e “carecida de interpretação”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2.ed. 2001, p. 91).

<sup>429</sup> SOARES, Luiz Eduardo. Op.cit.

Ao abordar o tema da abertura interpretativa, explicando como os positivistas resolvem os casos difíceis, através da interpretação das zonas de penumbra da norma, Lenio Streck<sup>430</sup> alerta para a discricionariedade do intérprete.

Se por um lado o verdadeiro exercício do direito não consiste apenas em reproduzir o conteúdo da norma, mas sim, utilizar-se o profissional do Direito de um componente crítico-constutivo, para ver atingida a tarefa de Ciência humana, por outro lado, quando presente um conceito jurídico indeterminado, se corre o risco de conceder ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos)<sup>431</sup>. Fala-se em interpretação quando não se compreende o significado de um texto de forma contígua, ou seja, quando é preciso uma reflexão explícita sobre as condições que levaram o texto a ter um ou outro significado, o que não se dá de forma imediata<sup>432</sup>.

Com a Constituição dirigente de 1988, surgiu uma gama de novos direitos, e para dar conta desta complexidade o julgador passa a exercer funções de importante ator político. O magistrado, em inúmeras circunstâncias é chamado a resolver determinadas situações, deparando-se com omissões legislativas, e sua atuação não pode ser mecânica ou automática, nem lhe cabendo a passividade de um mero expectador, com temor de que qualquer iniciativa possa torná-lo parcial.

Situações nas quais não basta a escolha de uma regra, sendo preciso interpretar e verificar se a decisão está em conformidade com os preceitos da Lei Maior, sempre considerando que a resposta correta deve provir de um minucioso exame constitucional, e que a função dos princípios se constitui em desnudar as carências das normas, tendo em conta que todo ato interpretativo é ato constitucional. Como exemplo se pode citar o

---

<sup>430</sup> “No positivismo-normativista kelseniano não há espaço para o “caso concreto”. Até mesmo um positivista considerado moderado como Hart – este epíteto lhe foi dado por Dworkin -, ao tratar da textura aberta, procura resolver os casos difíceis (*hard cases*) através da interpretação das zonas de penumbra (textura aberta) da norma. Também ali não há lugar para os princípios (volta-se sempre para a contra-posição “discursos de fundamentação - discursos de aplicação”). Abre-se, assim, a possibilidade da discricionariedade do intérprete. Afinal, se a tese da zona de penumbra (vagueza e ambigüidade da norma) é atrativa, também é verdade que ela não se resolverá na aplicação, mas, sim, no campo da conceitualização”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso**, p. 173).

<sup>431</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica Jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: O caso das Súmulas. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXXII, Universidade de Coimbra, 2006. p. 218.

<sup>432</sup> “Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o “verdadeiro” significado que se encontra escondido”. (GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução Paulo César Duque Estrada. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 19).

questionamento acerca da constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/05 - Lei da Biossegurança, atacado através de Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510-0 - Distrito Federal, tendo a Suprema Corte solicitado a colaboração de vários segmentos da sociedade para chegar a uma conclusão que entendeu compatível com o interesse coletivo, acerca da permissão da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

Ao se levar a debate assuntos tão polêmicos e de tamanha importância é que deve ser lembrado o problema da responsabilidade judicial e suas implicações no plano dos valores sociais e constitucionais<sup>433</sup>, sendo que hoje se torna ainda mais difícil para o julgador encontrar a melhor resposta<sup>434</sup>, ou a resposta correta<sup>435</sup> para os casos que lhe são levados a exame.

Para Dworkin<sup>436</sup> interpretar é tentar entender, é tentar descobrir os motivos e a intenção do autor, mas visando o objeto da interpretação com precisão, como de fato é, e não como o intérprete quer que seja. Escrevendo sobre interpretação e intenção do autor, sobre a arte e a natureza da intenção, explica que a interpretação é o relato do propósito do autor do texto, da obra de arte, da poesia, enfim do que se está a decifrar.

---

<sup>433</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 15.

<sup>434</sup> Citando Gadamer, Streck refere que “A resposta correta à luz da hermenêutica (filosófica) será a “resposta hermeneuticamente correta” para aquele caso, que exsurge na síntese hermenêutica da *applicatio*. Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (a fundamentação exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar) no plano de uma argumentação racional, o que demonstra que, se a hermenêutica não pode ser confundida com teoria da argumentação, não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico). A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinaria e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando à lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito”. STRECK, Lenio Luiz. *Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil*. In: **O Direito e o Futuro do Direito**. Coimbra: Almedina, 2008. pp. 106 e 107.

<sup>435</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>436</sup> “Primeiro, interpretar quer dizer tentar entender algo – uma afirmação, um gesto, um texto, um poema ou uma pintura, por exemplo, - de maneira particular e especial. Significa tentar descobrir os motivos ou as intenções do autor ao falar, representar, escrever ou pintar como o fez. Em segundo lugar, a interpretação tenta mostrar o objeto da interpretação – o comportamento, o poema, a pintura ou o texto em questão – com exatidão, exatamente como ele é, e não como você sugere, visto através de uma lente cor de rosa ou em sua melhor luz. Isso significa recuperar as verdadeiras intenções históricas de seus autores, e não impingir os valores do intérprete àquilo que foi criado pelos autores”; “uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra.” DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 66 e 71.

No julgamento da ADI 3.510-0 DF a Suprema Corte enfatizou que a decisão leva sempre em conta a pré-compreensão de cada um dos seus membros, pois esta foge ao âmbito da ciência. O STF enfatizou que o que se compreende, no caso da interpretação do direito, é um “*objeto*” que não pode ser conhecido independentemente de um “*sujeito*”. A Corte deixou claro que o processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico.

Este reconhecimento da Suprema Corte no sentido de que a pré-compreensão de cada um dos membros é sempre presente na decisão, confirma o sustentado por Lenio Streck<sup>437</sup> no sentido de que a interpretação (aplicação) do direito fica nitidamente dependente de um sujeito cognoscente, o julgador.

O mesmo autor salienta que necessitamos compreender para interpretar e “para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (Vorhabe), visão prévia (Vorsicht) e concepção prévia (Vorgriff) – que já une todas as partes do ‘sistema’”<sup>438</sup>.

Entretanto, quanto mais o legislador se valer de formas abertas, maior será a probabilidade de o julgador ajustar a lei às necessidades do caso em exame, incluindo sua responsabilidade pessoal, moral e política nas decisões<sup>439</sup>.

E, segundo Ruggiero, reduzir a justiça à posição dos juízes significa “aditar uma prospectiva de mudança ilusória e fazer então desaparecer cada sério impulso crítico: o conceito de precompreensão não deve esconder, mas contribuir a clarear os processos de aprendizagem coletivos”<sup>440</sup> que constituem a única base sólida para um radical renascimento na administração da justiça.

---

<sup>437</sup> STRECK, Lênio. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. In: **O Direito e o Futuro do Direito**. Almedina, Coimbra: 2008, p. 223.

<sup>438</sup> STRECK, Lenio. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Mestrado e Doutorado, **Anuário 2007**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 100.

<sup>439</sup> CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 33.

<sup>440</sup> RUGGIERO, Luigi de. **Tra Consenso e Ideologia** – Studio di Ermeneutica Giuridica, Nápoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1977. p. 156.

A arbitrariedade ocorre quando o intérprete vai além do texto<sup>441</sup>, atribuindo-lhe sentido de acordo com seus pré-juízos falsos. Assim, se o juiz não deve formar o próprio convencimento utilizando como critério apenas a sua precompreensão, que é somente a base inevitável, mas provisória, de cada processo cognitivo, deve então procurar decidir tendo em mente duas indicações fundamentais; a compatibilidade da solução escolhida com o ordenamento jurídico positivo e a sua correspondência às justificadas e razoáveis esperas sociais<sup>442</sup>.

Considerando que interpretar a lei é atribuir-lhe sentido a fim de ser entendida a sua aplicação a um caso concreto, sua inadequada compreensão implicará em conseqüências para quem busca a tutela jurisdicional e espera a resposta correta para sua postulação. Sendo o juiz o principal destinatário da normatividade fundante dirigente<sup>443</sup> advinda da Constituição, não pode utilizar-se de arbitrariedade para concretizar as mensagens normativas do constituinte, sob pena de não implementar a Lei Maior, tornando-a mera proclamação retórica e sem sentido. Este tema vem abordado por Gadamer<sup>444</sup> sustentando ser a função da decisão ética a de encontrar, na situação concreta, o que é justo.

Aplicar a justiça ao caso concreto não é tarefa para uma figura presa ao campo da realização da simples cognição e da posterior declaração. Imprescindível um magistrado responsável, sabedor de que sua liberdade está apenas na determinação do contorno que a vaguidade do conceito pressupõe para o caso em análise, quando da interpretação da norma.

---

<sup>441</sup>“Esse “ir além do texto”, enfim, essa atribuição de sentido que é transformada em arbitrariedade, tem lugar a partir de diversas teorias que colocam na subjetividade do intérprete o *locus* do processo hermenêutico, como as teorias realistas e axiológicas em geral (por vezes, simplesmente voluntaristas). Com efeito, quando for do interesse – na esqueçamos que “direito é poder” – de tais teorias, não exitam em colocar os limites semânticos dos textos jurídicos *em um plano secundário*, sob o pretexto de que cabe ao intérprete a “descoberta” dos valores “escondidos” embaixo do texto”. (STRECK, Lenio Luiz. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1. n° 6, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, p. 283).

<sup>442</sup> O autor refere tratar-se de exigências, não de critérios automáticos que consistam de distinguir drasticamente as sentenças justas daquelas injustas. RUGGIERO, Luigi de. Op. cit. p. 156.

<sup>443</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à Justiça**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p.33.

<sup>444</sup> “A função da decisão ética consiste então em encontrar, numa situação concreta, o que é justo. Em outros termos, a decisão ética encontra-se ali para “ver” e colocar em ordem tudo o que comporta uma situação concreta.” GADAMER, Hans-Georg, **O problema da consciência histórica**, Rio de Janeiro: FGV, tradução Paulo César Duque Estrada, 2.ed. 2003, p. 51.

Necessário um julgador ciente de que sua decisão não será simplesmente uma escolha, mas sim uma decisão que se forma, comprometida “com algo que se antecipa considerando a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como o direito, uma sentença construída a partir de um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito”<sup>445</sup>.

---

<sup>445</sup> Streck fala da importância da hermenêutica na colocação do problema da construção da decisão judicial salientando que “Esse todo que se antecipa, esse todo que se manifesta na decisão, é aquilo que mencionamos sempre como pré-compreensão (que não pode ser confundida, como muitas vezes acontece na doutrina brasileira, com a mera subjetividade ou pré-conceitos do intérprete). E esse ponto é absolutamente fundamental! Isso porque é o modo como se compreende esse sentido do direito projetado pela comunidade política (que é a comunidade – virtuosa – de princípios) que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada de maneira que, somente a partir desse pressuposto, é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas. Sendo mais claro, toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do odireito. Não há decisão que parta do “grau zero de sentido”. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98).

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, a partir do presente estudo, que diante de uma sociedade massificada na qual o trabalho dos profissionais do direito já não é mais do que mero bem de consumo, novos desafios surgem com o fim de adequar os mecanismos processuais aos tempos modernos. O pensamento de Ovídio Batista da Silva é considerado um dos sustentáculos deste tema envolvendo a jurisdição e o desempenho das atividades dos atores que lhe imprimem movimento. Certo estava o insigne jurista quando há mais de vinte anos atrás já salientava que “a origem da crise de valores em que submerge a civilização ocidental está intimamente ligada a concepções políticas e a um fenômeno sem precedentes na história humana, que é a chamada ‘civilização de massa’”<sup>446</sup>, dela decorrendo o aumento populacional e a incontida ascendências das massas às conquistas materiais da civilização industrial.

A contemporaneidade se dá em num mundo essencialmente hermenêutico, como explica Agnes Heller<sup>447</sup> no qual nada pode ambicionar ao “selo da eternidade”, apresentando grandes possibilidades, mas também muitos ônus, dificultando a adaptação e a realização plena dos seres humanos<sup>448</sup>. Vê-se na abordagem de Agnes Heller que riqueza e poder definem posições hierárquicas dentro da sociedade e a cada dia mais os indivíduos se tornam volatilizados. Desse “arranjo social moderno” surgem

---

<sup>446</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Democracia moderna e processo Civil. *In: Participação e Processo*. Cord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 102.

<sup>447</sup>HELLER, Agnes. **Más allá de la justicia**. Barcelona: Editorial Crítica, 1990, p. 199.

<sup>448</sup> “Qual é, então, a principal característica do arranjo social moderno, que começou a tomar forma durante o período de desconstrução do pré-moderno? Agora, as funções que homens e mulheres devem exercer não são mais determinadas por uma estratificação hierárquica fechada; pelo contrário: no desempenho de certas funções, eles mesmos definem sua posição na hierarquia social do poder, da riqueza e da fama. Cada vez menos o cotidiano participa na alocação de posições hierarquicamente fixas: riqueza, poder e fama são crescentemente determinados pela posição que homens e mulheres ocupam durante suas vidas dentro da hierarquia das instituições econômicas, políticas e culturais. Isso significa que, em princípio, os homens nascem livres porque nascem contingentes: no momento do seu nascimento, nada está escrito em seus berços. Em princípio, suas possibilidades são ilimitadas. Nascer livre é nascer sem determinações, liberdade é igual a vazio. Este vazio precisa ser preenchido com conteúdos pelas escolhas e pelos atos do homem e da mulher modernos. Parece que perderam a tradição e o sentido da naturalidade que a acompanha. Tornaram-se maleáveis. Foram volatilizados. Possibilidades livres cobram um preço, a vida torna-se arriscada. Homens e mulheres que acreditam em si mesmos por seus sucessos têm que odiar seus fracassos. Em geral, é assim que as pessoas de hoje percebem a vida no mundo inteiro.” HELLER, Agnes, *Uma Crise global da civilização: os desafios futuros*, *In: A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*, Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, pp. 15 e 16.

mais conflitos e, por conseqüência, mas litígios, de todas as espécies, a desaguarem na jurisdição.

Considerando os intensos chamados à jurisdição, cada vez mais complexos e exigentes, não são mais cabíveis posturas ultrapassadas que não levem em consideração as profundas alterações da sociedade neste século<sup>449</sup> estando a exigir celeridade e qualidade na prestação jurisdicional.

Nessa contingência, objetivou a primeira parte do estudo, analisar a necessidade imperiosa da superação do paradigma puramente racionalista e dogmático, que atendeu por muito tempo ao Estado liberal, tendo como foco o indivíduo, dentro de um sistema burocrático. Considerando que a reclamada ausência de eficiência do processo e da Jurisdição está relacionada com esse modelo racionalista, destacou-se que a superação do individualismo pode ocorrer através do constitucionalismo comunitário, como forma eficaz a acolher às previsões Constitucionais e as aspirações da modernidade.

Critica-se o modelo da jurisdição de tradição romano canônica que cumpriu seu papel por longas décadas, tentando acompanhar as transformações do Estado e responder aos chamados da população para solução de conflitos individuais. Este modelo tinha na lei a universalidade e a validade racional, características que garantiam ao direito a sua autonomia em relação à política.

Ocorre que este paradigma não mais consegue acompanhar a sociedade regida pela velocidade, que exige também um processo dinâmico, nos termos do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal. Entretanto, conforme declinado por Aury Lopes Jr<sup>450</sup>, esta dinâmica buscada pelo processo acaba transformando em incerteza o direito material perquirido pelas partes. Isso ocorre porque a velocidade da notícia, da informação, não pode ser a velocidade do processo, pois existe um tempo do direito, completamente desvinculado do tempo social.

Um tempo, que segundo Ost, gera um direito com discurso performativo, “um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade”<sup>451</sup>. Ocorre que não se pode deixar de sentir a tensão que marca as ciências humanas “entre a busca de leis que estruturam as relações, realizada através do exercício da razão, a que se reduz em essência todo o indivíduo, e o reconhecimento da

---

<sup>449</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o Acesso à Justiça**. 2.ed., São Paulo: RT, 2000. p. 22.

<sup>450</sup> LOPES JR, Aury. (Des)Velando o riso e o tempo no Processo Penal. *In: Qualidade do tempo: Para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, pp. 139-177.

<sup>451</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Piaget, 1999. p. 13.

relatividade”<sup>452</sup> dessas razões, o que se dá em razão da sigularidade de cada um, das particularidades de cada indivíduo.

Esta tensão vem definida como um “choque de individualismos”, típico do século XVIII, época em que o indivíduo era entendido como expressão de uma essência universal – a razão, e outro compatível com o século atual, no qual o indivíduo não mais se configura em uma essência comum, sendo visto e necessitando ser compreendido dentro de suas particularidades, de suas diferenças, de modo a ser relembrada a busca pelo reconhecimento abordada por Axel Honneth<sup>453</sup>.

O direito processual também se vê modificado: de regulador das relações individuais do paradigma moderno iluminista, da índole formal da lei, ao modelo do século XIX, um mero sistema de prescrições legais emanadas por um poder legislativo democraticamente legítimo, como sustentando por Castanheira Neves. Entretanto, esse sistema de prescrições legais deixa o direito processual autônomo, mas desprovido de valores social, gerando a simples instrumentalização ou funcionalização, restando o direito processual pobre de substância.

Nesse sentido formulou-se o questionamento acerca da superação do debate entre função e estrutura e de restar abalada a prerrogativa da independência do Poder Judiciário, função que, diante da criação das normas pelo Poder Legislativo, resume-se apenas a aplicação das leis e ao olhar para um direito funcionalizado, atendendo as exigências do poder econômico.

Por essa razão, as colocações realizadas no sentido de estar o direito afastando-se da justiça e aproximando-se do poder. Mas, se este direito funcionalizado atendeu ao momento histórico do Estado Liberal, o Estado Democrático de Direito, reclama um direito que se empenhe em resgatar a idéia de solidariedade. Evidente que não se pode deixar de olhar o direito sob seu duplo enfoque: quando analisado sob o ponto de vista da sociedade, é de ser visto sempre como a busca constante pela justiça social, entretanto, se visto a partir dos governantes, o direito será sempre instrumento de dominação.

Percebido o direito do ponto de vista da sociedade, pertinentes as referências de Castanheira Neves, no sentido de mostrar-se este fortemente problemático,

---

<sup>452</sup> SOARES, Luiz Eduardo. *Hermenêutica e ciências humanas*. In: **Qualidade do tempo**: Para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 33.

<sup>453</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Edições 34, 2003.

funcionalmente falando, por já se avistar no horizonte outros reguladores sociais<sup>454</sup>, de modo que não seria mais exclusivo como fenômeno cultural a viabilizar ou regular a vida sem sociedade.

Entretanto, considerando que o direito é fenômeno cultural criado pelo homem, necessário que o homem não se entenda somente “como destinatário do direito e titular dos direitos, mas autenticamente como o sujeito do próprio direito e assim não apenas como beneficiário dele, mas comprometido com ele”<sup>455</sup> de modo a entendê-lo como um meio para atingir os fins objetivados em sua função social e construtora, e não compreendê-lo com um fim em si mesmo.

E, como a jurisdição atua através do direito processual, diante do atual contexto, conclui-se que ambos, tanto o processo como a jurisdição precisam amoldar-se aos novos tempos<sup>456</sup>, a fim de darem conta das demandas do século XXI, o que se vê possível através do constitucionalismo comunitário.

Destacou-se que as reformas decorrentes dos Pactos por um judiciário republicano se mostram insuficientes, pois mais preocupadas com as questões funcionais do que com as estruturais. São editadas a fim de atender aos interesses do Poder Econômico e nem sempre visando concretizar os princípios fundamentais assentados na soberania popular, ou seja, sem atentar para o papel da jurisdição que ainda é tornar efetivos e concretos os direitos sociais através da aplicação dos princípios constitucionais.

Nesse sentido o enfoque de Aury Lopes Júnior<sup>457</sup>, ao referir que os “juízes são pressionados para decidirem ‘rápido’ e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais ‘acelerados’. esquecendo-se que o tempo do direito sempre será outro, por uma questão de garantia”.

---

<sup>454</sup> “Já funcionalmente, por fim, quando no horizonte se anunciam, ou se forjam já, outros reguladores sociais mais eficazes e mais dos nossos dias do que seria o direito: seja a política, com o seu poder, seja a ciência-técnica (a tecnologia social) com a sua otimização estratégica, seja a economia (com a libertação do mercado) e a sua motivação racionalizada dos interesses, etc.” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Piaget, 2002. p. 13.)

<sup>455</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Op. cit., contracapa.

<sup>456</sup> “A matriz individualista precisa ceder ante as exigências de solidariedade e democracia participativa e a atuação jurisdicional não pode manter-se alheia a esse novo palco”. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição constitucional e o caso da ADIn 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *In: Revista de Processo*, n. 154, ano 32, dezembro de 2007, p. 282.

<sup>457</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. *In: Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 115.

Daí que a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, no projeto do novo Código de Processo Civil, faz surgir também outro conceito para o princípio da celeridade, não mais ligado à lide individual. Essa celeridade, contudo, não pode descambar para a rapidez demasiada, pois evidente que para chegar a uma conclusão adequada, o julgador precisa de um tempo de reflexão.

Aury Lopes Junior lembra que não se pode “sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranqüilidade no ato de julgar”, e, por isso, entende-se ser possível escapar do “fluxo” através da adequada fundamentação do julgado. Uma sentença elaborada de acordo com os princípios constitucionais e com a devida contextualização, observando o direito substancial da parte a ser protegido. Neste ponto, entende-se que a hermenêutica filosófica, proposta por Gadamer, auxilia na aplicação do direito de forma que os princípios e garantias constitucionais possam ser efetivados.

Porém, o fato de estar inserida na Constituição Federal a garantia de a todos ser assegurado o tempo razoável do processo, não quer dizer que todas as pessoas terão seus conflitos, levados à jurisdição, resolvidos em tempo linearmente razoável, isso seria ingenuidade, nos termos enfocados por Marcelo Cattoni de Oliveira<sup>458</sup>. Mas, o certo é que a introdução da garantia do prazo razoável de duração do processo, através da Emenda Constitucional n. 45, impôs a necessidade de ser repensada a prestação jurisdicional através da revisão de institutos<sup>459</sup> a fim de possibilitar a tutela jurisdicional mais ampla possível.

Na segunda parte do estudo, abordou-se a necessidade de pensar no desafio da transformação de um processo individualista para um processo social no qual o

---

<sup>458</sup> O autor, questionando qual o sentido do projeto constituinte do Estado Democrático de Direito, refere o patriotismo constitucional no marco da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas, salientando a necessidade de fomentar uma cultura pluralista, a imprescindibilidade de políticas públicas condizentes com os direitos sociais e atuação governamental para mudanças. Salienta que “É preciso, pois, uma prática política correspondente, de compromisso com esses princípios, com essas diretrizes, esses direitos constitucionais, a fim de se romper reflexivamente com toda a uma tradição anticonstitucional e antidemocrática de exclusão social e política.[...] cabe concluir que não podemos mais ser ingênuos em relação à nossa história. Temos que assumir essa história, que é nossa, e que não pode ser privatizada por ninguém que pretenda adotar um ponto de observação privilegiado em relação a ela.” CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. p. 74 e 75.

<sup>459</sup> “Também existe nos países de *cível law* um evidente caminho evolutivo, no sentido de abandonar os institutos do processo civil clássico e individualista, inadequados para fazer face as conflitos de massa, partindo para esquemas próprios dos processos coletivos, que demandam a revisitação de institutos tradicionais.” GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: RT, 2008. p. 249.

tratamento de conflitos em dimensão coletiva permitirá o acesso mais fácil à justiça e seu barateamento.

Além disso, considerando o princípio da duração razoável do processo, o trabalho do Judiciário passa a ser mais dinâmico, promovendo, assim, a efetividade e a tempestividade na prestação jurisdicional<sup>460</sup>.

Como institutos revistos, falou-se sobre a coisa julgada e da legitimidade para agir em juízo. Com relação à legitimidade, observa-se que a tutela jurisdicional coletiva tem, na busca de uma legitimação adequada aos interesses do grupo, um de seus temas mais polêmicos, pois mostra-se o aspecto processual mais resistente no que diz com a modificação da tutela individual para a metaindividual, na qual há a necessidade de uma nova configuração.

Com relação à solução adotada pelo direito brasileiro no que diz com a legitimação de agir em juízo e com os efeitos da coisa julgada, levou-se em consideração ser aceitável o fato de poder uma pessoa, que não tenha participado do processo, ser beneficiada pela decisão, mas não poder ser prejudicada sem ter tido a oportunidade de ser ouvida ou se defender em juízo.

Neste aspecto, apesar de ter o sistema brasileiro se espelhado nas *class actions* americanas, não adotou a solução desse país a atingir a esfera jurídica individual de todos os interessados no julgamento da lide.

Adequado o procedimento em razão da falta de experiência acerca do tema e a conseqüente necessidade de amadurecimento dessa prática no Brasil que já tem conseguido progressos ao reconhecer a existência de novos direitos, tentando também adequar os instrumentos processuais ao direito material através da tutela coletiva.

No modelo de processo que se almeja, demonstrou-se que a abertura do processo à sociedade, em exercício da democracia representativa, dá-se também com a prática das audiências públicas e com a criação da figura do *amicus curiae* como forma de encontrar a solução mais justa para o conflito levado à jurisdição.

---

<sup>460</sup> MACEDO, Elaine Harzheim Macedo. JOBIM, Marco F. Ações coletivas X Ações individuais: uma questão de efetividade e tempestividade processual conforme a Constituição. In: **Revista AJURIS**, Ano XXXV, Volume 112, Dezembro de 2008. pp. 69-85.

Esses novos institutos configuram uma virada hermenêutica no que diz com a interpretação constitucional, passando-se de uma sociedade fechada para uma tradução constitucional “pela e para uma sociedade aberta”<sup>461</sup> considerando que a comunidade também se encontra apta a oferecer uma proposta de interpretação, na medida que um terceiro, intervindo no processo por convocação ou por livre iniciativa pode opinar sobre a matéria em determinada questão jurídica objeto da decisão, fornecendo elementos úteis para o julgamento da questão levado ao debate. Esses novos institutos estimulam a democratização na interpretação constitucional, gerando uma abertura hermenêutica na medida em que qualquer entidade ou cidadão poderá participar, observadas as regras de sua admissibilidade, do processo hermenêutico constitucional, consubstanciando-ser, o princípio do exercício dessa participação popular, no aperfeiçoamento da legitimidade das decisões.

A importância da abertura no debate do processo constitucional se revela na medida em que o povo, legítimo detentor do poder, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal é parte legítima nesse processo de interpretação e sua participação confere condição de legitimação nas decisões advindas dos órgãos políticos da nação, mas especificamente do Supremo Tribunal Federal, que, como se viu no presente trabalho, nos últimos tempos tem procurado um diálogo com a sociedade, de modo a construir uma fundamentação democrática às decisões dos julgamentos que lhe são levados a proferir. Entretanto, “construir legitimamente a decisão impõe ao STF a exigência dialogal, fruto de uma “mentalidade alargada” para reconhecer que a sociedade, em questões amiúde transdisciplinares, pode colaborar para a elaboração da decisão”<sup>462</sup> consolidando assim o paradigma democrático anunciado pelo consagrado Estado Democrático de Direito. Evidente que sempre observado a adequada

---

<sup>461</sup> “Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (zünftmässige interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. (HÄBERLE, Peter. Op. Cit. p. 13.)

<sup>462</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In*: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**, Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009, p. 127.

fundamentação do julgado, que deve vir estruturado de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade jurídica, conforme focado na última parte do estudo.

Diante das significativas inovações legislativas ocorridas nas últimas décadas, vê-se que o processo civil não se encontra estagnado ou conformado, mas ao contrário, são evidenciadas forças atuando sobre a legislação e sobre a doutrina de modo a determinar novos rumos, apontando para uma evolução possível e já introduzida no ordenamento vigente.

Olhando por outro ângulo, não se desconhece a insatisfação da classe dos advogados frente às ações coletivas, considerando que uma única ação envolve, por vezes, o direito de centenas de pessoas que seriam atendidas por vários profissionais, caso litigassem de forma individual.

Contudo, há que se ter em mente as novas exigências da sociedade atual, das quais nem a advocacia poderá escapar, conforme bem enfoca Vittorio Denti<sup>463</sup>, ao abordar a tutela dos novos direitos. Por certo que deverá haver regulamentação do campo de atuação do *amicus curiae*, requisitos, número limitado de legitimados para sua propositura, para que não ocorra a proliferação de memoriais com tem ocorrido nos Estados Unidos.

Assim, com base na experiência americana, sem pretender comparações<sup>464</sup>, e com a finalidade de buscar um avanço ao ordenamento jurídico, deverão ser estabelecidos critérios para a proteção do *amicus* evitando-se o uso generalizado e imprudente desse instrumento sob pena de ocasionar a debilidade de sua aplicação.

Nessa perspectiva, vê-se que uma possível solução está na priorização da tutela coletiva de direitos, como forma de conglomerar valores comuns da comunidade, de forma a valorizar a solidariedade. Dessa forma se verá um modelo processual colocado à disposição da cidadania, culminando por eliminar decisões contraditórias, fazendo

---

<sup>463</sup> *Si apre dunque la via per una forma di avvocatura "pubblica", che realizzi una delle garanzie fondamentali del cittadino nello Stato moderno: il diritto di accedere alla giustizia su una posizione di uguaglianza sostanziale, che prescinda dalla diversa condizione economica e sociale. Nè avrebbe senso oggi paventare il pericolo di statizzazione, o di burocratizzazione, della professione legale. Si tratta, infatti, di dare un'organizzazione idonea a compiti ai quali l'avvocatura non può sottrarsi ed ai quali la struttura tradizionale ed individualistica della professione appare inadeguata. Ciò non significa auspicare la fine della libera professione, ma soltanto prendere atto delle trasformazioni necessarie per i nuovi compiti imposti all'avvocatura dalle esigenze della società odierna".* DENTI, Vittorio. *Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti*. In: **Participação e processo**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1988, p. 22.

<sup>464</sup> Michele Taruffo critica o hábito de serem efetuadas comparações entre as tradições de *civil law* e *common law* em vista das peculiaridades de cada ordenamento. Ver abordagem nesse sentido em *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. In: **Revista de Processo**, 181, ano 35, Março de 2010, pp. 167-172.

com que se concretize o princípio da igualdade, embora de tão difícil solidificação<sup>465</sup> e possibilitando um processo ao alcance de todos.

Buscou-se analisar a necessidade de ser superado o paradigma individual do processo para ver na coletivização deste uma alternativa passível a fim de vislumbrar uma “luz no fundo do túnel” no que diz com a possibilidade de ver realmente satisfeito o tempo razoável de duração do processo. É de ser considerada, antes de qualquer outro enfoque, a fantástica transformação que as ações coletivas engendraram, principalmente pelo direito transcender a esfera individual, de modo a fazer-se sentir os interesses da própria sociedade, conforme já preconizava Marx, na contribuição à crítica da Filosofia do Direito de Hegel<sup>466</sup>. Nesse sentido o constitucionalismo comunitário vem entendido como forma de superar o individualismo e assim possibilitar que o direito promova a mudança, reprimindo a conservação.

Não se pode esquecer que, nos termos preconizados por Ferrajoli<sup>467</sup>, somente se pode pensar em materialização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal quando presente políticas públicas, comprometidas com os fins do Estado, capazes de concretizar as garantias emanadas do texto constitucional. E, no que diz com o tempo razoável de duração do processo, embora sua concretização não dependa, diretamente, das políticas públicas, a ausência destas vem a afetar essa garantia fundamental em decorrência da grande quantidade de postulações que são dirigidas ao judiciário, exatamente por não verem os indivíduos concretizados os direitos fundamentais referentes à saúde, à moradia, à educação, à segurança, enfim circunstâncias objeto de reivindicações que se somam, em grande volume perante os Tribunais.

---

<sup>465</sup> Paulo Bonavides aborda o princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado, referindo ser “mais fácil lidar nas Constituições com os direitos da liberdade, usualmente catalogados como direitos fundamentais e discriminados de maneira quase didática nos textos constitucionais, do que com a igualdade, que, apesar de sua fluidez e amplitude, nem por isso deixa de ser o outro pólo básico ao redor do qual gravita toda a ordem constitucional na Sociedade contemporânea”. BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 112.

<sup>466</sup> “Só em nome dos interesses gerais da sociedade é que uma classe particular pode reivindicar a supremacia geral. Os seus objetivos e interesses devem verdadeiramente ser os objetivos e os interesses da própria sociedade, da qual se torna de fato o cérebro e o coração social”. KARL, Marx. **Manuscritos Econômicos Filosóficos**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 56.

<sup>467</sup> “*La validità teorica dei dispositivi costituzionali, comunque, esige una loro materializzazione pratica e quindi imprescindibili politiche pubbliche impegnate con i fini dello Stato, superate le casistiche dei governi*”. FERRAJOLI, Luigi. Conferência realizada em 20 de novembro de 2009, no auditório da OAB/RS intitulada “O Paradigma da Democracia Constitucional do Mundo Contemporâneo”, *In: Revista Insieme*, n. 132, Dicembre 2009, p. 18.

Ao fim de todo o exposto, pode-se afirmar que através de uma visão coletiva do processo se atenderá aos anseios da sociedade contemporânea, viabilizando, através de uma única ação, a proteção de um direito da coletividade, de forma célere e econômica.

A partir desta prática<sup>468</sup> passam a ser atendidas também as expectativas do próprio Judiciário, na medida em que em um único processo resolve-se o conflito de inúmeras pessoas, reduzindo-se o número de idênticas ações que seriam ajuizadas. Assim, diante do benefício recíproco aos envolvidos, tende a ocorrer o desafogo do Judiciário, que então poderá tornar efetiva a garantia do tempo razoável de duração do processo, prevista na Constituição Federal.

---

<sup>468</sup> A Corregedoria Geral da Justiça a partir da edição do Provimento nº 43/2008 instituiu o banco de informações das Ações Coletivas no âmbito do Rio Grande do Sul. Neste link são relacionados todos os processos coletivos referentes aos direitos dos consumidores permitindo o acesso amplo aos interessados das decisões liminares, interlocutórias e sentenças proferidas pelos Magistrados do Rio Grande do Sul em ações coletivas. A relação de processos está organizada por assunto segundo a tabela do Conselho Nacional de Justiça, quais sejam: Contratos de Consumo (Bancários, Cartão de Crédito, Consórcio, Estabelecimentos de Ensino, Financiamento de Produto, Fornecimento de Água, Fornecimento de Energia, Elétrica, Planos de Saúde, Seguro, Serviços Hospitalares, Serviços Profissionais, Telefonia, Transporte Aéreo, Turismo) e Responsabilidade do Fornecedor (Abatimento Proporcional do Preço, Indenização por Dano Material, Indenização por Dano Moral, Interpretação / Revisão de Contrato, Rescisão do contrato e devolução do dinheiro, Substituição do Produto).  
[http://www1.tjrs.jus.br/site/processos/acoes\\_coletivas/banco\\_de\\_acoes/](http://www1.tjrs.jus.br/site/processos/acoes_coletivas/banco_de_acoes/), visitado em 04/05/10.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Niccola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1998.

ALSINA, Hugo. **Las nulidades en el proceso civil: concepto y función de las formas procesales**. Peru: Ara Editores, 2006.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **Responsabilidade civil por danos a consumidores**. São Paulo: Saraiva, 1992.

\_\_\_\_\_. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista AJURIS**, n. 98. Porto Alegre, junho de 2005.

AQUINO, Marcelo Fernandes. **Os gregos e nós: raízes da comunidade ético-política**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ARAGÃO SANTOS, Evaristo. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial. *In*: **Anuário de produção intelectual**. Curitiba: Wambier & Arruda Alvim Wambier, 2009.

AREND, Hannah. **A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

\_\_\_\_\_. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

\_\_\_\_\_. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983.

\_\_\_\_\_. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Liv.5. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2007.

AROCA, Juan Montero, **El Derecho Procesal en el siglo XX**. Valência: Tirant lo Banch, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da função à estrutura**. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **A Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2.ed. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. **Processo e Ideologia** - o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Justiça da lei e a justiça do caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com/nova/dwload.php?what=artigo&fileld=5&hash>> Consultado em 06/06/10.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>> Consultado em 07/09/09.

\_\_\_\_\_. **Verdade e significado**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>> Consultado em 12/10/09.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Democracia moderna e processo Civil. In: **Participação e Processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 102.

BARTOLINI, Francesco; ALIBRANDI, Luigi; CORSO, Piermaria. **I nuovi quattro codici**. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2003.

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

\_\_\_\_\_. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: a influência do direito material sobre o processo. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENCINI, Fabrício. Burocratização. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniel Beccaccia Versiani. São Paulo: Manoeli, 2007.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Brasiliense S. A., 1997.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 10.ed. São Paulo: Paz e Terra. 2006.

BOLZAN DE MORAES, José Luis. A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito – II. *In*: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STREK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL, Senado Federal. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília - DF: Edições Técnicas, 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes visos por nós, os advogados**. Volume I, 6.ed., Lisboa: Livraria Clássica, 1977.

CALAMANDREI, Piero. **Los estudios de Derecho Procesal en Itália**. Peru: Ara Editores, 2006.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência lotérica. *In: RePro* n.786, ano 90RT, São Paulo: abril 2001.

CÂNDIDO, Carolina Fagundes; CÂNDIDO JÚNIOR, Raimundo. As reformas processuais e o processo constitucional. *In: Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. O Direito Constitucional como Ciência de Direção: O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”), *In: Revista do Tribunal Regional Federal*. 4ª Região, Vol. I, n. 1, Porto Alegre, 1990.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *In: RePro*, 5;130, 1977.

\_\_\_\_\_. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Fabris, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2.ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

\_\_\_\_\_. **Cómo se hace un proceso**. 3.ed. Bogotá/Colombia: Temis S.A., 2007.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo. *In: **Processo Civil Reformado***. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra/Portugal: Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Piaget, 2002.

\_\_\_\_\_. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. *In: AVELÃS NUNES*, Antonio José Almedina; *COUTINHO*, Jacinto Nelson de Miranda. **O direito e o futuro** - o futuro do direito. Coimbra/Portugal: Almedina, 2008.

CASTRO, Fábio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico Brasileiro. *In: **Revista AJURIS***, n. 90, Porto Alegre: 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia**: contribuição para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CHAMORRO BERNAL, Francisco. **La tutela judicial efectiva**. Barcelona: Bosch, 1994.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1969.

\_\_\_\_\_. **Principi di diritto processuale civile**. Nápolis/Itália: Jovene, 1965.

\_\_\_\_\_. **Saggi di diritto processuali civile**. vol. 3 Milano: Giuffrè, 1993.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, **Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

COPETTI SANTOS, André Leonardo; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O ensino jurídico e a formação do Bacharel em Direito**. Diretrizes político-pedagógicas do curso de direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1977.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF. *In*: **REPRO** n. 98, ano 25, abril/junho 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

DENTI, Vittorio, Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. *In*: **Participação e Processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1988.

DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. v. IV. Bahia: PODIVM, 2009.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças**: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

\_\_\_\_\_. **O Divino Mercado** - a revolução cultural liberal. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009.

DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa/Portugal: Dom Quixote, 1992.

DWORKIN, Ronald; BONILA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. **La Comunidad Liberal**. Bogotá: Siglo del Hombre, 1996.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**: A teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira e SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A construção das tutelas preventivas no direito processual civil brasileiro: uma alternativa possível para os (des)caminhos da jurisdição. *In: Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESPINDOLA, Ângela Araujo da Silveira. Superação do Racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? **Tese** apresentada no Programa de Pós Graduação em Direito – Nível doutorado. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. *In: Revista AJURIS*. v. 34, n. 108, Dezembro 2007.

FERRAJOLI, Luigi, **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale, 3.ed. Roma: Laterza, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. Conferência realizada em 20 de novembro de 2009, no auditório da OAB/RS intitulada O Paradigma da Democracia Constitucional do Mundo Contemporâneo. *In: Revista Insieme*, n. 132, Dicembre 2009.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal Ltda, 2002.

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago Ltda, 1997.

GADAMER, Hans – Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução Paulo César Duque Estrada. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GAIGER, Luiz Inácio. Eficiência. *In*: CATTANI, Antonio David; LAVILLER, Jean-Louis; GAIGER, Luiz Inácio, HESPANHA, Pedro. **Dicionário Internacional da Outra Economia**. São Paulo: Almedina, 2009.

GARAPON, Julie Allard Antoine. **Os juízes na mundialização** - a nova revolução do direito. Lisboa/Portugal: Instituto Piaget, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais, *In*: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, 2005.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos** – As ações coletivas numa perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIRGLIOLI, Pier Paolo. Burocracia. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

GOMES, Orlando. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos. *In*: **Revista de Processo**, ano 25, n.97, janeiro-março de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law**: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências da tutela jurisdicional dos interesses difusos. *In*: **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. n. 13, 1984.

HÄBERLE, Peter. **Hermeneutica Constitucional**. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HELLER, Agnes. **Más allá de la justicia**. Barcelona: Editorial Crítica, 1990.

\_\_\_\_\_. Uma Crise global da civilização: os desafios futuros, *In: A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Edições 34.

IRTI, Natalino. **Il salvagente della forma**. Roma: Laterza, 2007.

\_\_\_\_\_. **La edad de la descodificación**. Barcelona: José Maria Bosch Editor S.A., 1992.

KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução Rodolfo Schaefer, São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006.

\_\_\_\_\_. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

\_\_\_\_\_. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução de Valério Rohden e Antonio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária Ltda, 1993.

KARL, Marx. **Manuscritos Econômicos Filosóficos**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p.56.

KAUFFMANN, Arthur. **Filosofia del diritto ed ermeneutica**, Milão: Giuffrè, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LIPOVESTSKY, Gilles. **A Era do Vazio**. Lisboa/Portugal: Antropos, 1983.

LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. *In*. **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

LOPES JR, Aury. (Des)Velando o riso e o tempo no Processo Penal, *In*: **Qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

MACEDO, Elaine Harzheim. Ações coletivas x Ações individuais: uma questão de efetividade e tempestividade processual conforme a Constituição. *In*: **Revista AJURIS**, Ano XXXV, dezembro 2008.

\_\_\_\_\_. Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo** - Crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAFFESOLI, Michel. **A República dos Bons sentimentos**. São Paulo: Iluminarias Ltda, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil pública: Instrumento de participação na tutela do bem comum. *In*: **Participação e Processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1988.

\_\_\_\_\_. **Ação Popular**. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. **Interesses difusos**. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. vol I. São Paulo: RT, 2006.

MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. São Paulo: *In*: **Revista Forense**, vol. 394.

MAZZEI, Rodrigo. Da existência de microsistema de tutela coletiva. *In: Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

MEDINA, Jose Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER Teresa Arruda Alvim. Repercussão Geral e Súmula Vinculante – Relevantes Novidades Trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004. *In: WAMBIER Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octávio Campos; FERREIRA, Wiliam Santos (org). Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: 2005.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos Gerais da Intervenção do Amicus Curiae nas Ações de Controle de Constitucionalidade pela Via Concentrada. *In: Direito Público*. Brasília: EDB/IDP, n 17, jul./set. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Daniel Augusto. **O método fenomenológico na pesquisa**. São Paulo: Thomson, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. *In: Revista de Direito Administrativo* n. 210. Rio de Janeiro: Renovar, out/dez, 1997.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. <[http://www.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/meio\\_ambiente/umapaz/files/Morin.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/meio_ambiente/umapaz/files/Morin.pdf)> Consultado em 20/11/09.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à Justiça**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. O artífice do porvir. *In: RePro* n. 98, ano 25, abril/junho 2000.

NERI JÚNIOR, Néilson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. Código de processo civil coletivo? *In: Boletim MPMG Jurídico*, 2006 <<http://www.mp.mg.gov.br>>, acesso em 06/05/2010.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa/Portugal: Instituto Piaget, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PISANI, Andrea Proto. **Diritto Processuale Civile**. Napoli: Casa Editrice, 1996.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjetividade. Tradução Maria João Batalha Reis. Lisboa/Portugal: Instituto Piaget, 1989.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos Tribunais como pretensão à tutela jurídica, *In*: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, **Anuário 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. O papel do processo na construção da democracia. Para uma nova definição da democracia participativa. *In*: **Revista AJURIS**, n. 114, jun. 2009.

RODRIGUES CARVALHO, Acelino. **Substituição processual no processo coletivo**: um instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito. São Paulo: Pillares, 2006.

RUGGIERO, Luigi de. **Tra Consenso e Ideologia** – Studio di Ermeneutica Giuridica, Nápoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1977.

SALDANHA, Jania Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOLZAN DE MOARES, José Luis. Trabalho publicado nos **Anais** do VII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília-DF, em novembro de 2008. Disponível em: <[www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/05\\_370.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/05_370.pdf)> consultado em 06/06/10.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A “**mentalidade alargada**” da **Justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização do Direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas árvores)**. Texto apresentado em palestra proferida junto ao Mestrado de Filosofia do Direito, da Universidade de Coimbra, em 11/12/2007.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição constitucional e o caso da ADIn 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *In: Revista de Processo* n. 154, ano 32, dezembro de 2007.

\_\_\_\_\_. **A intensificação do chamado à jurisdição:** vícios e virtudes do processo brasileiro. Disponível em: <<http://www.eldial.com.ar/suplementos/procesal/tcdNP.asp?id=4158&id>> Consultado em 10/02/10.

\_\_\_\_\_. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. *In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Anuário 2009.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

\_\_\_\_\_. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. *In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Mestrado e Doutorado, Anuário 2007,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Anuário 2008.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Tempos de processo pós-moderno:** o dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno, no prelo.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Universidade no Século XXI:** Para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade”. <<http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/auniversidadedosecXXI.pdf>> consultado em 04/02/10.

\_\_\_\_\_. **Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2007.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.

\_\_\_\_\_. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *As class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *In: Revista de Processo* n. 82, ano 21, abril-junho 1996.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SOARES, Luiz Eduardo. *Hermenêutica e ciências humanas*. *In: A qualidade do tempo*: para além das aparências históricas. Ruth M. Chittó Gauer, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *A Hermenêutica Jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: O caso das Súmulas*. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXXII, Universidade de Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. *Decisionismo e Discrecionariade Judicial em Tempos Pós-positivistas: O Solipsismo Hermenêutico e os Obstáculos à Concretização da Constituição no Brasil*. *In: O direito e o futuro - o futuro do direito*. Coimbra/Portugal: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010;

\_\_\_\_\_. *20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1. n. 6, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

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

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**. *Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto*. *In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Mestrado e Doutorado*, **Anuário 2007**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Entrevista **Direito Sumular** - Carta Forense. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/Imprimir.aspx?id=3120>> consultado em 22/11/2009.

TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. *In: Participação e processo*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1988.

\_\_\_\_\_. *Legalità e giustificazione nella creazione giudiziaria del diritto*, *In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, 2001.

\_\_\_\_\_. *Icebergs do common law e civil law?* Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *In: Revista de Processo*, 181, ano 35, Março de 2010.

TEUBNER, Gunther. **A lei em tempos de globalização**. Entrevista publicada no jornal *II Manifesto*, em 15 nov. 2009. Disponível em <[http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com\\_noticias&Itemid](http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com_noticias&Itemid)> consultado em 04/01/10.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TREVES, Renato. **Sociologia do Direito**: origens, pesquisas e problemas. São Paulo: Manole, 2004.

TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. *In: Direito & Literatura* – reflexões técnicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VELHO, Gilberto. **Individualismo e Cultura**: Notas para uma Antropologia da Sociedade Contemporânea. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987.

VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. **GENESIS** – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, janeiro/abril de 1997.

VIGORITI, Vincenzo. Giustizia e futuro: conciliazione e class action. *In: RePro* n. 181. Ano 35, março 2010.

WALZER, Michael. **Las esferas de la justicia**. Una defensa del pluralismo y la igualdad. México: Fondo de cultura econômica, 1997.

\_\_\_\_\_. **Política e paixão rumo a um liberalismo mais igualitário**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WAMBIER Teresa Arruda Alvim. “Súmula vinculante: desastre ou solução?” *In: Revista de Processo* n. 98, ano 25, abril-junho, 2000.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 11.ed. São Paulo: Pioneira, 1996.

\_\_\_\_\_. **Ensaio de Sociologia**. 5.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2002;

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001.

WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. Reafirmação dos direitos humanos. *In: Diálogos sobre a Justiça Dialogal* - Teses e Antíteses sobre os Processos de Informatização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

## SITES CONSULTADOS

<<http://blog.hsn-advogados.com.br/2010/03/26/comissao-de-juristas-que-elabora-o-anteprojeto-do-novo-cpc-realiza-audiencia-publica-no-tribunal-de-justica>>. Consultado em 22/04/2010.

<<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=120788>> consultado em 19/05/10.

<[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_homem_cidadao.pdf)> consultado em 15/02/10.

<<http://siteresources.worldbank.org/.../Resources/3817166.../29Justica.pdf>> consultado em 26/10/09.

<<http://www.cnj.jus.br/estrategia/index.php/tribunais-tem-10-metas-para-cumprir-em-2010/>> consultado em 06/06/10.

<<http://www.conjur.com.br/2009-abr-21/pacto-republicano-trouxe-reformas-processais-atualizacao-normas>> consultado em 31/03/10.

<<http://www.conjur.com.br/2009-ago-11/ministro-luis-felipe-salomao-nega-90-agrivos-analisados-mutirao>> consultado em 28/03/10.

<<http://www.conjur.com.br/2010-jan-02/codigo-processo-civil-fica-agil-anteprojeto-enviado-senado>> consultado em 14/05/10.

<<http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=noticia&id=253&subm=&width=&mostraData>> consultado em 07/05/10.

<[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=14739](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14739)> consultado em 05/04/10.

<<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/997810/pacto-republicano-de-estado-prioriza-acessibilidade-e-agilidade-para-o-poder-judiciario>> consultado em 31/03/10.

<[http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicações/Reforma\\_do\\_judiciário.pdf](http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicações/Reforma_do_judiciário.pdf)> consultado em 28/03/10.

<<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/default.asp>> consultado em 22/04/10.

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/principaldestaque/anexo/relatorio\\_stf\\_2009\\_18032010\\_qualidade\\_web\\_orcamento.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/principaldestaque/anexo/relatorio_stf_2009_18032010_qualidade_web_orcamento.pdf)> consultado 05/06/10.

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/STF\\_Relatorio\\_de\\_Atividades\\_2008\\_capa2.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/STF_Relatorio_de_Atividades_2008_capa2.pdf)> consultado em 05/06/10.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=474475&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>> consultado em 23/04/10.

<<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> consultado em 19/04/10.

<<http://www1.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias>> consultado em 22/04/10.

<[http://www1.tjrs.jus.br/site/processos/acoes\\_coletivas/banco\\_de\\_acoes](http://www1.tjrs.jus.br/site/processos/acoes_coletivas/banco_de_acoes)> consultado em 07/05/10.

<[www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf+banco+mundial+reforma+do+judiciario](http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf+banco+mundial+reforma+do+judiciario)> consultado em 28/03/10.

<[www.gidi.com.br/covers/Rumo.pdf](http://www.gidi.com.br/covers/Rumo.pdf)> consultado em 10/05/10.

<[http://www1.tjrs.jus.br/site/processos/acoes\\_coletivas/banco\\_de\\_acoes/](http://www1.tjrs.jus.br/site/processos/acoes_coletivas/banco_de_acoes/)> Consultado em 04/05/10.