

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

MIGUEL DO NASCIMENTO COSTA

**PODERES DO JUIZ E AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E
PROCESSO: PERSPECTIVAS PARA UM PROCESSO QUALITATIVA E
HERMENEUTICAMENTE EFETIVO E DEMOCRÁTICO**

SÃO LEOPOLDO

2011

MIGUEL DO NASCIMENTO COSTA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**PODERES DO JUIZ E AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E
PROCESSO: PERSPECTIVAS PARA UM PROCESSO QUALITATIVA E
HERMENEUTICAMENTE EFETIVO E DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

SÃO LEOPOLDO

2011

Os avaliadores, abaixo – assinados,
aprovam a Dissertação de Mestrado

**PODERES DO JUIZ E AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E
PROCESSO: PERSPECTIVAS PARA UM PROCESSO QUALITATIVA E
HERMENEUTICAMENTE EFETIVO E DEMOCRÁTICO**

Elaborada por

MIGUEL DO NASCIMENTO COSTA

Como exigência parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale do
Sinos

EXAMINADORES:

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

**São Leopoldo
2011**

*Dedico este trabalho para Carla da Rocha
Majewski, fonte inesgotável de apoio,
incentivo e compreensão; repositária do meu
carinho e sentido da minha existência.*

Ao meu Pai e à minha Mãe, pela vida.

Ao meu Irmão, por ser o quem ele é.

*A estes, dedico este trabalho, por tudo o que
representam na minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Jamais tive a intenção de trabalhar, estudar, viver ou existir sem a companhia das pessoas.

Minha família, amigos, professores e colegas integram a minha existência na Terra, e a eles penho toda minha gratidão, muito especialmente ao Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, meu Orientador, meu Professor, enfim, o meu Mestre.

Prof. Darci, muito obrigado pelo carinho, pelos ensinamentos, pelas aulas (na Especialização e no Mestrado) pela orientação, por acreditar no meu esforço e por sempre ser a voz de incentivo, de respeito e de apoio.

Mas minha gratidão, sem nenhuma exceção deve se estender ao meu Amigo, Irmão de espírito, maior e melhor incentivador, Igor Raatz dos Santos. Essa dissertação tem muito de ti, das nossas discussões, das tuas sugestões, das tuas críticas, mas, essencialmente, da tua amizade. Obrigado Cara!

Meus agradecimentos, também devem ser compartilhados com meus Amigos de Mestrado e parceiros de estudo, pessoas cujo brilhantismo, competência e talento transcendem à mera formação acadêmica e ecoam diretamente na minha Vida. Felipe, Gustavo, Guilherme e Giovane, muito obrigado por serem decisivos na apresentação deste trabalho.

Devo, ainda, agradecimentos especiais à Michele Wesp, por toda paciência, carinho e compreensão nestes dois anos de estudo e agradecimento aos meus Colegas de Escritório, todos representados na pessoa do meu Grande Amigo, Professor, Parceiro e Sócio Davi Gervásio München.

De modo muito particular, meus agradecimentos aos Amigos Frederico Leonel Nascimento e Silva e Dulcilene Ap. Mapelli Rodrigues, exemplos de dedicação, amizade e competência, que me fazem sentir um ser humano melhor.

Outrossim, mas de essencial e notória importância, o meu “muito obrigado” a todos os Professores e ao Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio do Sinos, Prof. André Luis Callegari.

Por fim, meu “muito obrigado” especial e particular ao Professor Maurício Martins Reis, pelas aulas que transformaram a minha vida acadêmica e pela parceria nos eventos, palestras e congressos; à Professora Taysa Schiocchet pelas discussões durante as aulas, por me ajudar a melhor compreender a ética em Aristóteles, pelo carinho, respeito e compreensão para comigo; e ao Prof. Lenio Luiz Streck, por ter me apresentado a hermenêutica filosófica e me fazer entender que a resposta correta e adequada à Constituição é sim um direito fundamental.

*“O vento e a chuva podem entrar na cabana do pobre, o rei não.
Todo cidadão inglês, não importando se funcionário público ou nobre, está
submetido, de igual modo, à lei e aos juízes ordinários.”*

William Edward Hearn¹

¹ Cf. W.E. Hearn, *The Government of England. Its Structure and its Development*, Longmans, London, 1867. pp.89-91 (apud, COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Organizado por Pietro Costa, Danilo Zolo, com a colaboração de Emílio Santoro; tradução Carlos Alberto Dastoli – São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 14)

RESUMO

O controle da efetividade e da constitucionalidade da tutela jurisdicional, atualmente, constitui-se em um dos temas de maior relevância no estudo do direito processual civil. O desenvolvimento desta temática, todavia, exige que se perquiram, sob os pontos de vista histórico e hemerênutico, *como, a partir de que premissas e sob que enfoques* se estabeleceram as relações entre direito material e processo. Assim, a partir destes aportes e do estudo das diferentes formas do Estado Moderno (Liberal, Social e Democrático) será possível compreender-se que o processo civil é inquestionavelmente orientado e influenciado pela Constituição da República. O processo deve ser compreendido como um instrumento próprio do Estado Democrático de Direito colocado à disposição da garantia e da efetividade de todos os direitos estabelecidos na Constituição. O Estado Democrático de Direito, desta feita, ao mesmo tempo que confere amplo acesso à justiça (e por conseguinte, um aumento dos poderes do juiz), exige um controle e uma adequada organização das instituições, estando aí compreendidos o juiz e a jurisdição. A tutela jurisdicional, nesta senda, somente estará adequada à Constituição se for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito, evitada a discricionariedade judicial e respeitada a coerência e a integridade do direito a partir de uma detalhada fundamentação. É a partir destas perspectivas que se poderá implementar verdadeiro controle (democrático) das decisões judiciais e, portanto, dos poderes do juiz, fazendo com o que o processo não seja mero instrumento colocado à disposição das partes da relação jurídica, mas sim um elemento de Estado voltado à garantia e à tutela dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Palavras chave: direito processual civil – Constituição – controle democrático – poderes do juiz – Estado Democrático de Direito

RIASSUNTO

Il controllo della efficienza e della costituzionalità della tutela giurisdizionale, costituisce attualmente uno dei temi più rilevanti nello studio della procedura civile. Lo sviluppo di questo tema, tuttavia, richiede domande sotto il punto di vista storico e emeneutico, il come, da cui premesse e in quali approci sono stati stabiliti i rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale. Così, da questi contributi e dello studio delle diverse forme di Stato moderno (liberale, Sociale e Democratico) sarà possibile capire che la procedura civile è senza dubbio influenzata e guidata dalla Costituzione Reppublicana. Il processo deve essere inteso come uno strumento proprio dello Stato democratico di diritto disponibili per la sicurezza e l'efficacia di tutti i diritti stabiliti dalla Costituzione. Lo Stato democratico, questa volta, dando un ampio accesso alla giustizia (e quindi un aumento nei poteri del giudice), richiede un adeguato controllo e una organizzazione delle istituzioni, qui compresi il giudice e la giurisdizione. La tutela giurisdizionale, in questo modo, sarà adatta per la Costituzione solo se è rispettata in misura maggiore, l'autonomia del diritto, evitata la discrezione e assicurata la coerenza e l'integrità della legge per una giustificazione dettagliata. E' da queste prospettive che si potrà attuare un legittimo controllo (democratico) delle decisioni giudiziarie, e, quindi, dei poteri del giudice, e che il processo, così, non sarà solo uno strumento a disposizione delle parti nel rapporto giuridico, ma un elemento di Stato girato a garanzia e tutela dei diritti fondamentali stabiliti dalla Costituzione.

Parole chiave: Diritto processuale civile - Costituzione - controllo democratico - poteri del giudice - Lo Stato democratico di diritto

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
PARTE I - EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL EM PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	17
I) ELEMENTOS HISTÓRICOS E EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL: AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO FRENTE AO PROBLEMA DA EFETIVIDADE.....	17
1. O PROCESSO CIVIL VISTO A PARTIR DAS SUAS RELAÇÕES HISTÓRICO-CULTURAIS E DA SUA IMBRICAÇÃO COM A NORMA CONSTITUCIONAL.....	17
2. O PERÍODO DOS PRÁTICOS OU PRAXISMO.....	21
2.1 A ausência de separação entre o direito material e o processo	21
2.2 O processo como quase-contrato.....	25
3. O CARÁTER CIENTÍFICO ATRIBUÍDO AO PROCESSO E A RUPTURA COM O DIREITO MATERIAL: O PROCESSUALISMO.....	27
3.1 A separação entre direito material e processo.....	31
3.2 O processo como relação jurídica processual.....	34
4. A SUPERAÇÃO DO PROCESSUALISMO: A SOCIALIZAÇÃO DO PROCESSO E O CONSTITUCIONALISMO (ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO).....	39
4.1 Da (necessária) aproximação do processo com o direito material.....	42
4.2 O processo como procedimento em contraditório.....	45
5. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO.....	49
5.1 A Constituição como ponto de partida do estudo do direito processual civil.....	49
5.2. O processo civil concebido a partir do Estado Democrático de Direito e da teoria dos direitos fundamentais.....	52

II) O PROCESSO CIVIL NA MATRIZ DA TEORIA DO ESTADO: DO PROCESSO LIBERAL AO PROCESSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	55
1. A TEORIA DO ESTADO COMO MATRIZ PARA A ANÁLISE DOS PODERES DO JUIZ NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL.....	55
2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO LIBERAL.....	59
2.1. O processo no Estado Liberal. A organização do processo como coisa das partes. Poderes do Juiz (passivo).....	66
2.2. O devido processo legal (<i>due processo of law</i>) e o Estado Liberal.....	73
3. DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS ESSENCIAIS. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	78
3.1 As garantias processuais concebidas a partir do Estado Democrático de Direito e da teoria dos direitos fundamentais.....	88
3.2. O processo no Estado Democrático de Direito. A organização do processo concebido como procedimento constitucional e principiologicamente qualificado. Poderes do Juiz (ativo).....	96
PARTE II - AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO A PARTIR DE UMA ANÁLISE CRÍTICA (HERMENÊUTICA) DO PROCESSO CIVIL.....	104
I) DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO.....	104
1. BREVES NOTAS SOBRE DIREITO SUBJETIVO, PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL E AÇÃO.....	104
2. DAS TEORIAS QUE TRATAM DA ORIGEM DO CONCEITO DE AÇÃO.....	112
2.1. Teoria civilista da ação.....	112
2.2. Teoria concreta do direito de agir.....	115
2.3. Teoria abstrata da ação.....	117
2.4. Teoria eclética da ação.....	119
3. AS AÇÕES DE DIREITO MATERIAL E A “AÇÃO” PROCESSUAL.....	126

4. DA POLÊMICA WINDSCHEID-MÜTHER EM TORNO DO CONCEITO DE AÇÃO: RELEVÂNCIA DESTA DISCUSSÃO PARA ANÁLISE DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO.....	133
5. DA NECESSIDADE DE UMA COMPREENSÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO E DO ESTUDO DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL.....	137
II) DA ANÁLISE DO PROCESSO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA.....	142
1. DELIMITAÇÃO TEMÁTICA DA INVESTIGAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO PARA O PROCESSO CIVIL.....	142
2. DISCRICIONARIEDADE, HERMENÊUTICA JURÍDICA E PODERES DO JUIZ.	147
3. A PONDERAÇÃO COMO APOSTA NA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA. OS PRINCÍPIOS COMO INTRODUÇÃO DO MUNDO PRÁTICO NO DIREITO.....	153
4. PERSPECTIVAS PARA UM CONTROLE HERMENÊUTICO DOS PODERES DO JUIZ.....	161
5. DIREITO FUNDAMENTAL À RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA (HERMENEUTICAMENTE).....	166
5.1. Os casos difíceis na concepção de Dworkin.....	168
5.2 Da metáfora do juiz Hércules (o direito como integridade) como proposta para superação da discricioneriedade judicial.....	171
5.3 Do direito fundamental a respostas/interpretações corretas no Direito.....	175
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	179
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	194

INTRODUÇÃO

As linhas que seguem neste trabalho têm o escopo de analisar as relações que, historicamente, se estabelecem entre direito material e processo, a partir do enfoque do fenômeno do “aumento dos poderes do juiz”², seja na condução do processo, seja na tarefa (muitas vezes a este concebida) de concretização dos direitos fundamentais³. A finalidade deste estudo, nesse sentido, será analisar as perspectivas jurídicas, metodológicas e constitucionais para se obter um *processo* qualitativa e hermeneuticamente efetivo e democrático, protegido contra a discricionariedade judicial (de cunho marcadamente positivista), do solipsismo e daquilo que se classifica como ativismo judicial.

Nessa senda é essencial assentar que o presente trabalho partirá da inquestionável premissa de que o processo civil, hodiernamente observado em *terrae brasilis*, é indelevelmente orientado e influenciado pela Constituição da República. Com efeito, é incontroverso que a Constituição de 1988 não apenas inaugurou o Estado Democrático de Direito, mas também de fato, representou uma severa ruptura com o passado, passando exigir uma nova forma de encarar o Direito e seus institutos, agora, conformados pelos princípios constitucionais⁴ e pela teoria dos direitos fundamentais.

É nesse cenário, jurídico-constitucional que o trabalho ora desenvolvido repousará suas análises e conclusões, sempre entendendo o processo como um instrumento próprio do Estado Democrático de Direito colocado à disposição da garantia e da efetividade⁵ de todos os direitos encampados na Constituição. Com efeito, o Processo Civil deve ser visto não somente como instrumento de realização do direito material, mas, também, como instrumento de realização da justiça, na medida em que se vai além das suas concepções subjetivas e objetivas

² DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 56.

³ Com efeito, muitas vezes o Poder Judiciário se apresenta como uma via possível para a realização dos direitos que estão previstos na Constituição STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 52.

⁴ Sobretudo, a partir da compreensão de que os princípios “resgatam o mundo prático” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 168)

⁵ Com relação ao tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 204-205.

O Estado Democrático de Direito, nesse quadrante, confere amplo acesso à justiça e compromete-se a prestar uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada dos direitos. Todavia, a necessidade de um *aumento dos poderes do juiz*, aliado à mudança metodológica introduzida pelo constitucionalismo contemporâneo, irá cobrar um forte controle democrático do órgão judicante. Afinal, o exercício do poder exige um controle e, por conseguinte, uma adequada organização das instituições, estando aí compreendidos o juiz e a jurisdição.

Essa tensão entre o papel do juiz e da jurisdição e a necessidade de controle do poder vai permear todos os aspectos do processo civil no Estado Democrático de Direito. Não é mais possível pensar em um processo estruturado na figura de um juiz passivo como ocorria no Estado Liberal, pois tal modelo seria incapaz de dar conta do papel atualmente desempenhado pela jurisdição. Todavia, também um processo centrado na figura do juiz (protagonismo) em desabono à participação das partes, assentado em decisionismos e na discricionariedade, mostra-se democraticamente inaceitável. Daí a importância e a necessidade de que o processo civil seja problematizado no marco do Estado Democrático de Direito, especificamente no sentido de equalizar tendências alicerçadas, ou na passividade, ou no protagonismo judicial, controlando-se democraticamente o poder do juiz na condução do processo e na concretização da tutela jurisdicional.

E é a partir de um inquestionável reconhecimento da existência de um caráter histórico, constitucional e cultural do processo civil, que a primeira parte do estudo em tela tem como mote investigar os elementos informadores e formadores (constitutivos) daquilo que modernamente se entende como ciência processual, a fim de que seja possível trazer à lume os conceitos e as definições básicas necessários à estruturação de um processo civil hermeneuticamente adequado à Constituição da República.

O primeiro capítulo dedicar-se-á a trazer os elementos históricos de constituição, configuração e desenvolvimento do estudo processo civil, examinando a evolução do pensamento jurídico, através da compreensão das relações que estabeleceram entre o direito material e o processo até a conformação do processo no modelo do Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará de analisar o processo civil, historicamente considerado, a partir da teoria do Estado: do Processo Liberal ao Processo do Estado Democrático de Direito, a fim de que seja possível realizar-se uma investigação sobre a evolução das concepções do processo, dos seus institutos e do papel das partes a partir de cada um dos principais modelos de Estado Moderno, pós Revolução Francesa. Serão, pois, analisados os principais aspectos constituintes do Estado Liberal, do Estado Social e do

Estado Democrático de Direito e, a partir destes elementos, analisada a forma como o processo civil, as partes e a jurisdição se comportam em cada um destes modelos de estado.

A segunda parte deste trabalho se ocupará de analisar as relações entre direito material e processo, a partir de uma análise crítica e hermenêutica destas relações. Para tanto, já no primeiro capítulo, serão trazidos os conceitos elementares de direito subjetivo, pretensão de direito material e ação (de direito material e processual). Outrossim, dada sua importância científica e epistemológica, serão apontadas as principais teorias que tratam sobre a ação (Civilista, Concreta, Abstrata e Eclética), assim como será analisada a célebre polêmica travada entre Bernhard Windscheid e Theodor Mütther, acerca das concepções sobre a ação. Outrossim, ainda neste primeiro capítulo da segunda parte, as relações entre direito material e processo serão analisadas sob o enfoque da hermenêutica jurídica e a partir dos princípios que norteiam e orientam o próprio Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo da segunda parte, o processo civil será finalmente analisado sob a perspectiva da crítica hermenêutica, utilizando-se, especialmente, os aportes teóricos de Lênio Streck. Será neste capítulo que, a partir dos fundamentos obtidos nos capítulos anteriores, se buscará encontrar uma forma de controle (democrático e constitucional) dos poderes do juiz, de modo que o processo seja organizado e conduzido de maneira conformada à Constituição. Serão, portanto, trazidos elementos que desvelarão a importância do constitucionalismo contemporâneo, no estudo do processo civil, assim como serão identificadas as principais razões que justificam o combate à discricionariedade judicial, ao solipsismo (sempre vinculados a práticas positivistas) e à ponderação (como aposta na filosofia da consciência), a partir da aposta de que os princípios (não mais os “gerais de direito”), por introduzirem o mundo prático no direito, têm o condão de exigir decisões judiciais tecnicamente conformadas com a Constituição e processualmente fundamentadas (vide a ideia de “fundamentação da fundação”⁶ trazida por Lenio Streck)

Assim, a decisão, neste quadrante, estará adequada à Constituição na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito, evitada a discricionariedade e respeitada a coerência e a integridade do direito a partir de uma detalhada fundamentação (ou “fundamentação da fundamentação”), nas palavras de Lenio Streck.⁷ É a partir destas perspectiva que se poderá implementar verdadeiro controle (democrático) das decisões judiciais e, portanto, dos poderes do juiz, fazendo com o que o processo não seja mero

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 169.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 546-547.

instrumento colocado à disposição das partes da relação jurídica, mas sim um elemento de Estado (Democrático de Direito) voltado à garantia e à tutela dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

PARTE I

EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

I ELEMENTOS HISTÓRICOS E EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL: AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO FRENTE AO PROBLEMA DA EFETIVIDADE

1 O PROCESSO CIVIL VISTO A PARTIR DAS SUAS RELAÇÕES HISTÓRICO-CULTURAIS E DA SUA IMBRICAÇÃO COM A NORMA CONSTITUCIONAL

Consoante hodiernamente se observa, o processo civil⁸ tem se constituído e se desenvolvido a partir de sua relação direta e estreita com Constituição⁹. Nesse sentido, é inegável a importância que a Norma Constitucional exerce sobre o processo civil atual, seja porque o legislador não pode (e não deve) violá-la ou olvidar¹⁰ seus princípios e orientações, seja porque o processo, concebido – modernamente - como forma de garantia de justiça e de

⁸ “O Direito é, mas a medida do seu ser é dada pela realização. Tal realização, ou ocorre pela observância espontânea, ou pelos aparelhos do Estado, tendentes a isso, às vezes criados para isso, como é o da Justiça. Existe ainda, direito especial, que se destina à realização do Direito – o direito processual” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960. Tomo 1. p. 26.)

⁹ No estudo do direito processual civil, é preciso ter sempre presente as suas relações com os outros ramos do direito e delas cuidar com toda a atenção necessária. O caráter dos diversos ramos do direito, configurado por seus objetivos específicos e natureza intrínseca, justifica o seu tratamento separado e autônomo. Porém, essas distinções são apenas características constitutivas de uma unidade na qual esses diversos ramos estão imersos, ligados por um princípio de coerência que lhes garante uma não-cindibilidade do todo indivisível. Destarte, na aplicação destes ramos estarão sempre, em maior ou menor escala, correlacionados dentro do ordenamento jurídico. Contudo, dentre os diversos ramos do direito, sobreleva a importância do direito constitucional, por que ele representa o centro desta unidade, o tronco comum no qual os vários ramos do direito partem e do qual trazem a sua seiva vital, principalmente quanto se fala em direito processual, em que o enquadramento no direito constitucional tem relação direta com a função do Estado de prestar jurisdição (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007. p. 03-04)

¹⁰ “A unidade da Constituição está presente na sua unidade argumentativa, um remédio aos efeitos destrutivos e desagregadores dos excessos legislativos contemporâneos. Dessa forma, a Constituição deve ser entendida com um direito superior, vinculativo inclusive para o legislador”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p.4.)

concretização dos direitos fundamentais, apresenta-se como forma imediata e direta de complementação dos mandamentos constitucionais¹¹.

Produto da experiência e da cultura de um povo¹² e sendo permanentemente influenciado pelos diversos momentos históricos¹³ percorridos, o processo civil está intimamente ligado aos princípios e pressupostos que determinaram a formação do próprio Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, as reflexões acerca da maturação histórica do processo civil revelam-se indispensáveis¹⁴ para se compreender as transformações ocorridas no direito e os rumos e as soluções que serão aplicadas às novas demandas sócio-jurídicas¹⁵ que surgem neste início de século XXI. De modo geral, as regras aplicáveis ao processo, assim com os princípios constitucionais incidentes sobre o processo civil, decorrem da evolução histórica e constitucional da ciência processual em si, tanto que, modernamente, o direito de ação faz parte dos chamados direitos fundamentais processuais e encontra suas diretrizes nas Cartas Constitucionais mais recentes, como por exemplo, a Constituição espanhola, no art. 24.1; a Constituição italiana, no art. 24.1; a Constituição brasileira, no art. 5º., XXXV, daí sua denominação de direito constitucional de ação.¹⁶

Nesse sentido, aliás, relevantes as reflexões de Michele Taruffo, segundo o qual a existência de relação entre o desenvolvimento do Estado e dos movimentos constitucionalistas, com o desenvolvimento do processo civil, demonstra que o constitucionalismo inaugura “uma longa temporada – ainda não concluída – de formulação

¹¹ MARQUES, José Frederico. *Ensaio Sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. p. 11.

¹² Daniel Mitidiero leciona que: “É lugar comum no estudo do direito, ganhando horizontes cada vez mais largos dentro do ambiente destinado ao processo civil, afirmar-se que o direito se encontra intimamente intrincado com a experiência e a cultura do povo.” (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-12.)

¹³ O direito é a própria história congelada, como observa Carl Joachim Friedrich, “Derecho e História. In: La Filosofía Del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 331. (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 12)

¹⁴ “El que quiera hacer derecho sin historia, no es un jurista, ni siquiera un utopista; no traera a la vida espíritu de ordenación social conciente, sino mero desorden y destrucción.” (STERNBERG, Teodoro. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. de José Rovira y Ermengol, 2ª ed., Barcelona: Ed. Labor, 1930. p. 124)

¹⁵ Darci Guimarães, ao estudar as garantias constitucionais a partir do postulado da efetividade, assim leciona: “A sociedade brasileira vive um momento peculiar de transformação social. A partir dos anos 90, novos fatores sociais passam a destacar-se na sociedade civil organizada, sugerindo, por conseguinte, novas demandas sociojurídicas. Neste início de século XXI, deparamo-nos com várias crises nas sociedades em um modo geral e, em especial, na sociedade brasileira, essas crises evidenciam uma necessidade urgente de revisão de paradigmas, bem como a construção de novos modelos, capazes de atenderem a uma demanda cada vez mais crescente e urgente de prestação de tutela jurisdicional. O acesso à justiça é inevitável e pressupõe um revisionamento nos sistemas jurídicos atuais. É neste contexto que emerge a construção de um direito processual constitucional que passa a refletir estas e outras questões, e gera um espaço de reflexão crítica dos problemas que afligem o processo como instrumento constitucional de realização da justiça, que, além de denunciar os problemas sociais, deverá anunciar as possibilidades concretas de acesso à justiça, buscando sempre unir teoria e prática.” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.77-78.)

¹⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. . Barcelona: J.M. Bosch Editor. 2004. p.93.

das garantias essenciais do processo civil, em termos de princípios fundamentais do ordenamento”¹⁷

Com efeito, é inegável o entrelaçamento entre o direito, a Constituição, a história e a cultura de um povo, assim como, também é inegável a gama de efeitos que a cultura faz incidir sobre o processo civil. Discorrendo sobre o tema, Galeno Lacerda afirma que na atividade processual há indiscutível influência do “fator cultural”¹⁸. Em igual sentido, Eduardo Kochenborger Scarparo enfatiza que, assim como qualquer objeto do conhecimento, o direito processual também é “norteado e balizado por estruturas ideológicas e culturais”.¹⁹ Dessarte, “por ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social²⁰”, o direito processual civil revela-se umbilicalmente ligado à

¹⁷ “A constituição brasileira de 1988 inseriu entre seus títulos aquilo que se tem caracterizado como a evolução da justiça civil, a partir da metade do Século XX, ou seja, a constitucionalização das garantias fundamentais processuais. Este fenômeno, historicamente, remonta as jurisdições do *common law*, a partir da Magna Charta de 1215, a qual deu origem à cláusula do *due process of law* e a Quinta Emenda da Constituição Americana (Bill of Rights de 1791). Todavia, garantias fundamentais processuais, em particular no ordenamento da *civil law* conhecem uma grande e articulada expansão, sobretudo, a partir do final da segunda guerra mundial. Especialmente, nas Constituições alemã e italiana (1948), a dar início aquela que será uma longa temporada – ainda não concluída – de formulação das garantias essenciais do processo civil, em termos de princípios fundamentais do ordenamento. Assim como na Constituição de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem enuncia no art. 8º e no art. 10 algumas garantias fundamentais do processo que passam a ser inseridas no catálogo dos direitos humanos; poucos anos depois, em 1950, na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental estabelece no art. 6º algumas garantias processuais. Nos anos 70, com o final do regime autoritário na Espanha e em Portugal, conduz a entrada nestes países, de constituições democráticas em que estão claramente presentes estas garantias fundamentais processuais. E atualmente, se pretende inserir no projeto de Constituição da União Européia, um princípio que reafirme um modo explícito de garantia fundamental processual.” (TARUFFO, Michele, *Le garanzie fondamentali della giustizia civile nel mondo globalizzato*. Revista trimestral de direito civil. V. 17, jan/mar 2004, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 117-118)

¹⁸ “Se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e uniforme o caráter de fato cultural. Nela, na verdade, se refle toda uma cultura, considerada como conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determina época de uma sociedade. Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes. Ele, na verdade, espelha uma cultura, serve de índice de uma civilização.” (LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. Revista de Direito Processual Civil, n. 3, 1962. p. 75.) Sobre o tema, Angelo Falzea, em publicação cujo título é “Sistema Culturale e Sistema Giuridico” também trabalha do fenômeno cultural sobre o direito (FALZEA, Angelo. *Sistema Culturale e Sistema Giuridico*. Revista di Diritto Civile. 1988. Parte I. p. 12-17.)

¹⁹ Para este autor, “O direito não pode, portanto, ser voltado ao propósito único de conservar os modelos vigentes. O desenvolvimento consiste justamente na superação de padrões no intermediar das relações culturais. A história constrói as formas de perceber a realidade, logo as compreensões dos movimentos e da construção da ciência não devem se dissociar dos estudos dos acontecimentos a influenciar a produção científica” (SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *Contribuição ao estudo das relações entre processo civil e cultura*. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 107, p. 119., set. 2007)

²⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e Ideologia: o paradigma da racionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 347. Em igual sentido, Pontes de Miranda, in, “PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. Tomo I, Prólogo”.

cultura e à ideologia²¹ de uma sociedade. Em outras palavras, mas no mesmo sentido, o direito processual civil, por sua característica de instrumento de efetividade das garantias fundamentais constitucionais e escopo de realização da justiça, está imbricado à identidade jurídica e constitucional da nação.

E é a partir deste indelével reconhecimento da existência de um caráter histórico, constitucional e cultural do processo civil, que este primeiro capítulo tem como escopo investigar os elementos informadores e formadores (constitutivos) daquilo que modernamente se entende como ciência processual, a fim de que seja possível trazer a lume os conceitos e definições básicas ao estudo e à estruturação de um processo civil qualitativa e hermeneuticamente efetivo, democrático e, hermeneuticamente, adequado à Constituição.

²¹ Sobre ideologia no processo civil, recorre-se aos escritos de Mauro Cappelletti, in “CAPPELLETTI, Mauro. *A ideologia no processo civil*. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 8, p.16-33, Nov. 1981”. Também sobre os efeitos da ideologia sobre o processo civil, consultar CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 364-369. Ainda sobre o papel da ideologia no direito processual civil, importantes as contribuições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, in ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 12, p. 79-85, Mar 1985 e Hermes Zaneti Júnior, in ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 177-184.

2 O PERÍODO DOS PRÁTICOS OU PRAXISMO

O processo civil, no decorrer de sua história, passou por diferentes perspectivas metodológicas²², sempre atreladas ao momento histórico, social e cultural do povo e do respectivo ordenamento jurídico-constitucional. Nesta senda, o chamado período dos práticos²³, praxismo ou sincretismo é identificado como primeiro estágio ou fase do direito processual civil.

Considerada a fase pré-processual ou fase “pré-histórica” do processo civil²⁴, o praxismo representa o momento anterior ao surgimento da própria ciência processual, caracterizando-se, basicamente, pela ausência de separação (autonomia) entre direito material e processo²⁵. Sob o ponto de vista histórico e metodológico, o praxismo congrega o processo civil romano, em qualquer dos seus três períodos (*legis actiones, per formulas e cognitio extra ordinem*) e o chamado processo civil comum: romano, canônico e germânico bárbaro²⁶.

A denominação desta fase tem origem no claro interesse demonstrado pelos juristas da época (os práticos ou praxistas) em estudar o direito de uma maneira mais prática e menos científica²⁷. Com relação ao tema, Edson Prata destaca alguns dos fatores que levaram os juristas desta fase a se inclinarem para o praxismo, destacando-se: (i) o cansaço do estudo

²² Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo e em linhas gerais, aponta três fases metodológicas do processo: sincretismo (ou praxismo), autonomia e instrumentalidade (DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. p. 17-24). Daniel Mitidiero, por seu turno, alinha quatro fases metodológicas, assim distribuídas: praxismo, processualismo, instrumentalidade e formalismo-valorativo (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 29). Independentemente do entendimento destes e de outros autores ou de outras classificações, no presente estudo serão analisados os principais aspectos históricos e analíticos do praxismo, do processualismo, assim como da superação do processualismo e as principais perspectivas do constitucionalismo contemporâneo, sem embargo, todavia, de também se fazer referências ao instrumentalismo e ao formalismo-valorativo, para fins de investigação, interpretação e crítica destes modelos de concepção do processo civil.

²³ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 123-124.

²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. Cit. p. 17. Expressão também utilizada por Nicola Picardi, in PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*: organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – Rio de Janeiro: 2008. p. 35.

²⁵ Os praxistas, equivocadamente, confundiam direito material com o direito processual e este com a prática forense. O direito processual era um direito adjetivo e o direito material um direito substantivo. Este entendimento perdurou durante muitos séculos, levando a ciência jurídica a incluir o direito processual como “simples apêndice do direito material”. (PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Op. cit. p. 125).

²⁶ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. Cit. p. 18.

²⁷ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Op. cit. p. 123.

sistemático de obras antigas, especialmente do direito romano, todas escritas em latim, o que dificultava a compreensão por parte considerável daqueles que desejam estudar o direito; (ii) o interesse dos povos voltado para o nacionalismo, pelas coisas da própria terra, em abandono ao passo remoto de outros povos; (iii) a intervenção da imprensa, gerando oportunidade para a impressão de maior quantidade de livros; (iv) o abandono do latim em favor do idioma nacional; com isso os escritores seriam lidos por um número mais elevado de pessoas; (v) a necessidade de se dotar os estudiosos do direito de obras práticas, em substituição daquelas de caráter técnico e científico²⁸.

Com efeito, o praxismo (ou sincretismo), ao encerrar manifestações culturais de natureza ainda pré-processual, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, apresentava um conhecimento meramente empírico, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método²⁹. Do mesmo autor, extrai-se, ainda que “o *processo* mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas na sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como a sucessão de atos, sem nada dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório)”³⁰. A racionalidade que informava o fenômeno jurídico de modo geral era a racionalidade prática, com a mobilização argumentativa dos sujeitos processuais direcionada à resolução de problemas concretos³¹.

O caráter eminentemente “prático” e a ausência de uma metodologia ou cientificidade no praxismo, pode ser ilustrada, inclusive, pela idéia de um “direito como arte”³². Recorrendo-se novamente à lição de Edson Prata, tem-se a clara noção de que o estudo do processo, nessa fase, parecia estar sendo impulsionado pela indústria gráfica (recém criada), que encontrou no meio jurídico, campo fértil para a criação e impressão de obras literárias. No período dos práticos (praxismo), proliferaram-se livros jurídicos, todavia, a contribuição dos juristas, apesar da quantidade excessiva, era mínima, na medida em que as publicações, na sua

²⁸ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Op. cit. p. 124.

²⁹ “Uma das mais sintomáticas características desse *sincretismo* inicial, responsável pela colocação do sistema processual nos quadrantes do direito privado, era a visão do processo como mero modo de exercício dos direitos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, vol. I. p. 255).

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit. p. 255.

³¹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. Cit. p. 17)

³² PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Op. cit. p. 124.

maioria, não tinham preocupação pelo direito como ciência, mas exclusivamente pelo direito como mera prática e técnica.³³

No praxismo, a jurisdição era entendida como um sistema posto à tutela dos direitos subjetivos particulares, sendo essa a sua finalidade essencial; a “ação” era compreendida como um desdobramento do direito subjetivo e o processo como mero procedimento³⁴. O praxismo, nesse sentido, fazia o processo ser abarcado pelo direito privado, em uma clara demonstração de confusão entre direito material e direito processual.

2.1 A ausência de separação entre o direito material e o processo

A ausência de uma metodologia e de um caráter científico, mas, especialmente, a inexistência de separação entre direito material e processo³⁵, representam a essência do praxismo. O direito processual era um direito adjetivo e o direito material um direito substantivo, entendimento que se consolidou por longo período, levando os juristas da época a incluir o direito processual como mero apêndice do direito material³⁶.

Até meados do século XIX, o processo era considerado mera forma de exercício dos direitos e a ação, esta era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, quando lesado, “adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida”³⁷. O praxismo, efetivamente, partia dos mesmos postulados presentes no direito romano, reafirmando a inexistência de distinção entre ação e direito subjetivo material.³⁸

³³ Neste período tem-se o surgimento de diversos livros intitulados de “Prática Civil e Criminal”, “Instrução de Escrivães”, “Elementos de Prática Forense”, “Manual de prática forense em forma de diálogo”, entre outros. (PRATA, Edson. *Apontamentos para a história do processo: período dos práticos (1.563 a 1.806)*. Revista Brasileira de Direito Processual. V. 44, Rio de Janeiro: 1984. p.38-39.)

³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit. p. 32.

³⁵ “Além da supervalorização de suas opiniões, predominando sobre a lei, os praxistas cometiam outro grave equívoco, que perdurou durante séculos e prejudicou consideravelmente o desenvolvimento da ciência processual: confundiam o direito material com o direito processual.” (PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Op. cit. p. 125)

³⁶ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Op. cit. p. 126.

³⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 27ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 48.

³⁸ “Os romanos, de sua vez, consideravam titulares da actio, não qualquer um que preenchesse determinados requisitos, mas, tão-somente, aquele que demonstrasse, nas formas estabelecidas, uma situação de direito material realmente existente: só podia ser considerado titular da actio quem tivesse razão. E isso porque, na verdade, o direito romano não distinguia entre actio e direito subjetivo material.” (TUCCI, Rogério Lauria. *Aspectos Modernos do Conceito de Ação*. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, nº 14, p. 157.)

Com efeito, nesta fase (praxismo), o processo civil era estudado de forma entrelaçada ao direito material, por meio de uma compreensão limitada, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou o resultado da lesão a um direito subjetivo), a jurisdição como um sistema de tutela de direitos e o processo, uma simples sucessão de atos, tudo isso sob a condução de um juiz pouco participativo³⁹. Não se tinha a compreensão da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial, nem se tinha conhecimento do próprio direito processual como ramo autônomo do direito⁴⁰.

Para o direito romano - e também no praxismo (que, em matéria de processo e ação, apenas repete os preceitos do direito romano) – somente tinha ação⁴¹, aquele que era titular de um direito material, o que claramente evidencia a existência de confusão entre um e outro. Esta confusão (ou inexistência de uma clara separação entre ação e direito material), aliás, é a marca da doutrina civilista, clássica ou imanentista da ação⁴², segundo a qual todo direito, diante de uma violação, “revestia-se de determinada virtualidade nova”, conferido àquele que sofrera a lesão. Esta “virtualidade nova” ou “nova roupagem” seria a ação que, em linhas gerais possuía duas condições básicas: a pré-existência de um direito e a violação deste direito⁴³. Nesse sentido, célebre a definição de Celso (Inst. 4,6,1), segundo o qual “*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio perseguendi*” (A ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido)⁴⁴. Não obstante, convém apenas alertar que a referência ora feita à teoria civilista da ação, tem como escopo tão somente ilustrar a efetiva inexistência de separação entre o processo e o direito subjetivo material, assim como a ausência de percepção quanto à autonomia do processo.

³⁹ No praxismo, verifica-se campo aberto para a prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais, diretamente vinculados ao liberalismo político até então vigente. (DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. Op. cit. p. 18).

⁴⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 48.

⁴¹ A *actio* nesse momento histórico era entendido como instituto de direito material, segundo leciona Ovídio Araújo Baptista da Silva: “(...) para certificarmos de que, efetivamente, a *actio* era concedida pelo *Praetor* romano ao autor que demonstrasse, no processo, a existência do direito (*actio*, prestação), que alegava ter. No direito romano clássico, o pretor dizia que, se a parte demonstrasse perante o juiz serem verdadeiras as alegações feitas em sua presença, então ele reconhecera uma *actio*. Este conceito nada tinha a ver com a ação processual. (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Jurisdição, direito material e processo*. – Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 29).

⁴² As teorias originárias a ação (civilista, clássica ou imanentista), remontam à época do direito romano, representando uma primeira tentativa de explicar o conceito de ação. (MITIDIERO, Daniel. ZANETI JUNIOR, Hermes. *Introdução do Estudo do Processo Civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p.64).

⁴³ MITIDIERO, Daniel. ZANETI JUNIOR, Hermes. *Introdução do Estudo do Processo Civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Op. cit. p. 65,

⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 149.

Esta fase praxista ou sincrética prevaleceu desde o direito romano até meados do século XIX, quando os alemães começaram a especular sobre a natureza jurídica da ação e sobre a própria natureza (e autonomia) do processo⁴⁵. O surgimento do direito processual civil, autônoma e cientificamente considerado, conforme se observará nas linhas que se seguem, tem seu surgimento a partir do processualismo e do emblemático estudo de Oskar Bülow, de 1868, intitulado “La teoria de las excepciones procesales y presupuestos procesales”⁴⁶.

2.2 O processo como quase-contrato

No período dos práticos (praxistas), dentro da concepção de que o processo integrava à estrutura do direito material, defendia-se a tese do processo como um “quase contrato”⁴⁷. A teoria do “quase contrato” surge da constatação de que o processo não se enquadrava nas formas usuais de criação e extinção de obrigações. Com efeito, o processo não poderia ser considerado um contrato (na exata acepção da palavra), porque sua criação não ocorria pela exclusiva vontade das partes, que eram necessariamente conduzidas a esta solução por força da lei⁴⁸. Utiliza-se a terminologia “quase contrato” para esta teoria por que, ao contrário do que ocorre normalmente em um contrato, não são as partes que acordam entre si, mas sim o autor e juiz, sendo que o réu pode ou não vir a aderir à demanda.⁴⁹

A teoria do processo como “quase contrato” remonta ao período formular do direito romano, nos séculos IV a II a.C., no qual as partes, num primeiro momento, submetiam a suas questões a um árbitro de sua livre escolha e, num segundo momento, a um árbitro nomeado

⁴⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 48.

⁴⁶ Como sendo a obra de Oskar Bülow o marco histórico para o surgimento do processualismo, a doutrina de modo geral não diverge, conforme se observa por exemplo nas lições de Ovídio Araújo Baptista da Silva (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit. p. 145) e Cândido Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*. Op. cit. p. 18-19).

⁴⁷ “Os praxistas julgavam a natureza do processo um quase contrato, pois faltando o consentimento inteiramente livre das partes (o que caracterizaria o contrato) e não se vinculando o processo ao delito, nem ao quase-delito (que são essas as demais fontes de obrigação), resta a menos imperfeita delas, que pe o quase-contrato.” (PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Op. cit. p. 125.)

⁴⁸ Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, o processo era considerado um quase contrato por que, “a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 74)

⁴⁹ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO. Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Op. cit. p. 279-280.

por um pretor. Este árbitro, por sua vez, decidia a questão de acordo com uma fórmula imposta pelo pretor, para a qual anuíam os demandantes⁵⁰. E justamente esta idéia de anuência das partes para com a chamada *litiscontestatio* é que dá ensejo a ideia do processo como um “quase contrato”⁵¹.

Importante anotar, outrossim, que os teóricos do processo como “quase contrato”, segundo leciona Arruda Alvim, “foram buscar nas fontes romanas os fundamentos para a sua teoria. O texto de inspiração foi um fragmento romano *De Pecúlio*”: *in iudicium quae contrahimus*.⁵² Por esta acepção, o processo era realmente visto com características contratuais, sobretudo, pelo fato de as partes terem de acordar sobre a fórmula elaborada pelo magistrado. Tratou-se, assim, durante certo tempo, o processo como de natureza contratual, com princípios idênticos aos encontrados no contrato de direito privado⁵³, o que também ilustra o fato de que o direito processual não era considerado uma ciência autônoma e que servia como mero apêndice do direito material.

⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*. Op. cit. p. 75.

⁵¹ Sobre o tema, revela-se imprescindível trazer a lume as considerações de Ovídio Araújo Baptista da Silva acerca da *litiscontestatio*: “A errônea compreensão do verdadeiro sentido e função da *litis contestatio* foi sem dúvida fatos coadjuvante de enorme importância para este resultado verdadeiramente e irracional. A pandetística, com efeito, ensinava que a *litis contestatio* correspondia a um contrato judicial e que o próprio processo tinha natureza contratual, quando hoje se sabe que esse instituto absolutamente não criava uma obrigação, se antes da propositura da ação uma verdadeira relação obrigacional não existisse. Porém, como a *litis contestatio* – uma solenidade imposta aos litigantes de em todas as *actiones* – passara a ser pressuposto geral de todos os processos, foi fácil aos juristas, manejando textos romanos, segundo seus interesses, imaginar que o direito que caísse no processo sofreria uma prodigiosa metamorfose, transformando-se numa relação obrigacional. (...) É claro que a deturpação do conceito de *litis contestatio* é o resultado de um longo e laborioso processo histórico, para o qual concorreram outros fatores de real significação, sendo ingênuo supor que os romanistas tenham simplesmente transferido do direito romano para o moderno, o instituto da *litis contestatio*, dando-lhe, porém, interpretação equivocada, sem a intermediação de um amplo universo conceitual, com a formação simultânea de outras categorias e instituições, ideologicamente formadas ao longo dos séculos que nos separam das fontes romanas”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 59-60). Mais adiante, Ovídio Araújo Baptista da Silva, explica que “Se pudéssemos estabelecer uma equivalência entre a *litis contestatio* romana e a estrutura do processo civil moderno, poderíamos sugerir que este instituto correspondesse ao ato através do qual se encerrava a fase postulatória, com a conseqüente inalterabilidade da instância, resultando estabelecidos pelo pretor os limites da controvérsia, seja pela fixação do conteúdo da ação, seja, eventualmente, pela admissão de exceções suscitadas pelo demandado. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 61) E, finalmente, explica o autor: “Claro que além dessa função peculiar à *litis contestatio*, outro papel importante desempenhava ela no processo formular. Havia a necessidade, com diz Scialoja, de que os litigantes aceitassem a fórmula, segundo a qual e dentro de cujos limites haveria o *iudex* de julgar a demanda. Sugere-se, assim, a natureza de um negócio jurídico de natureza privada, ou negócio jurídico processual, tornado efetivo na *litis contestatio*. Este caráter contratual do instituto assumiu maior relevância na interpretação que lhe deram os juristas nos períodos subseqüentes, especialmente, os romanistas e padectistas modernos, a ponto de definirem o processo com um quase-contrato, consumado por meio da *litis contestatio*.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 62).

⁵² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*, 8ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2003. p. 151.

⁵³ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 10ª ed. vol I. São Paulo: 2003. p. 27.

3. O CARÁTER CIENTÍFICO ATRIBUÍDO AO PROCESSO E A RUPTURA COM O DIREITO MATERIAL: O PROCESSUALISMO

As primeiras linhas do direito processual civil, como disciplina independente e cientificamente sistematizada, somente foram possíveis com a descoberta da autonomia⁵⁴ do direito processual em face do direito subjetivo material⁵⁵. É a chamada fase “conceitualista” ou “autonomista” do processo civil⁵⁶, momento histórico comumente denominado de “processualismo”. O processualismo sucede o praxismo⁵⁷, empregando o método científico e autonomista de estudo do processo civil, através do qual os estudiosos se aventuraram à tarefa de retirar da disciplina processual todo e qualquer resíduo de direito material, “forçados que estavam a justificar o direito processual civil como ramo próprio e autônomo”⁵⁸.

O processualismo teve origem em 1868, a partir da obra com que Oskar Bülow proclamou, em termos sistemáticos, a existência de uma relação jurídica⁵⁹ entre os sujeitos principais do processo (juiz, autor e réu), a qual difere da relação jurídico-material litigiosa por seus *sujeitos* (a inclusão do juiz), por seu *objeto* (os provimentos jurisdicionais) e por seus

⁵⁴ “Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pode ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Op. cit. p. 19.)

⁵⁵ Importante, todavia, ressaltar que este “movimento reformador” do direito processual, conforme leciona Mauro Cappelletti, revela, em verdade, “a expressão genuína das exigências de uma nova sociedade liberal e burguesa, produto natural da nova cultura e estrutura econômica da Europa no século XIX e começos do século XX” (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Op. cit. p. 319)

⁵⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 48.

⁵⁷ Nesta sucessão histórica de modelos, importante chamar atenção para a referência feita por José Frederico Marques, segundo o qual, anterior ao processualismo científico, o processo civil experimentou a fase do procedimentalismo. “Muito embora superem os práticos na exposição doutrinária, não imprimem, ainda, ao direito processual, o cunho científico que só posteriormente a disciplina iria adquirir. O procedimentalismo é, assim, um *ens mediam* entre o praxismo e a ciência processual” (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1997. p. 81)

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit. p. 32.

⁵⁹ Nas palavras do próprio autor, “Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocas, es decir, una *relación jurídica*” (BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Librería El Foro, 2008. p. 9)

pressupostos (os pressupostos processuais)⁶⁰. A sistematização de ideias em torno da relação jurídica processual conduziu às primeiras colocações do direito processual como uma ciência, confirmando a existência de um método próprio e seu objeto material (as categorias jurídico-processuais: jurisdição, ação, defesa e processo⁶¹). Conforme destaca Ovídio Araújo Baptista da Silva, Oskar Bülow demonstrou que o processo é uma relação jurídica dinâmica, em constante movimento e transformação, ao contrário das relações jurídicas privadas, advertindo que os juristas, preocupados com esse caráter evolutivo da relação processual, não se dedicaram ao estudo propriamente desta relação, agora entendida como de direito público, que se forma entre as partes e o tribunal⁶².

Dentre os objetivos centrais da doutrina do processualismo destacam-se: (i) autonomia da ciência processual; (ii) separação definitiva do direito processual civil do bojo do direito civil e do direito comercial, estabelecendo-se clara e objetiva separação ente o direito privado (civil e comercial) e o direito público (processual); (iii) enfoque científico da disciplina processual, contrariamente ao modelo praxista; (iv) exame científico do fenômeno processual; (v) desenvolvimento dos conceitos fundamentais da ciência processual: jurisdição, ação e processo; (vi) demonstração do caráter não científico das expressões direito substantivo, para o direito civil e direito adjetivo para o direito processual civil.⁶³

O programa desta “nova ciência”⁶⁴ confirmava, portanto, a tendência para a abstração e generalidade, como ciência formada por conceitos e regras lógicas universais. Ou, seguindo as palavras de Ovídio Araújo Baptista da Silva, o “processo como ciência e procedimento como praxismo anacrônico defrontam-se, agora, formalmente, a partir de Bülow”⁶⁵. O que interessa à recém criada ciência autônoma do processo é o estudo da relação processual⁶⁶, mediante a análise das condições que determinam a sua criação e das regras sob as quais a relação jurídica de direito público se desenvolve.⁶⁷

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Op. cit. p. 255.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Op. cit. p. 256.

⁶² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 145.

⁶³ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Op. cit. p. 176.

⁶⁴ Referência feita por Ovídio Araújo da Silva à teoria de Oskar Bülow, tamanha a repercussão e contribuição da sua obra em prol da autonomia e cientificidade a partir de então reconhecida ao processo civil (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 146)

⁶⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 146

⁶⁶ “O estudo do processo como uma relação jurídica de direito público, que se estabelece entre o Estado (juiz) e aquele que busca este tipo de tutela jurídica, deu origem, sem dúvida, ao nascimento do direito processual civil como ciência particular, com objeto próprio e com suas leis e princípios especiais, distintos dos princípios e regras que regem o direito material” (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1 – 5ª ed. rev. atual.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 16)

⁶⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 147

O processualismo parte da conceituação publicista do processo civil⁶⁸ e da idéia de autonomia do direito de ação, para infundir, em seguida, maior precisão sistemática ao estudo das categorias processuais, submetendo-as a rigorosa metodologia.⁶⁹ Contribuíram, além do próprio Bülow, para a consolidação e desenvolvimento do processualismo, juristas renomados como Kohler, que também desenvolveu sua teoria a partir da relação processual; Adolf Wach, que, primeiramente, conceituou a ação como direito público a autônomo e Degenkolb e A. Plósz a partir de seus estudos sobre a ação como direito abstrato.⁷⁰

Ao tratar sobre o processualismo, Pontes de Miranda refere que Oskar Bülow compreendeu que não existe ação como direito subjetivo anterior ao juízo. Com a demanda nasce o direito à sentença justa, ao funcionamento eficaz do aparelho justiferante do Estado. O direito à sentença favorável não existe antes da convicção do juiz e do julgado⁷¹. Ainda seguindo a lição de Pontes de Miranda, a sentença é emitida como prestação do Estado, em virtude da obrigação assumida da relação processual (processo), quando a parte ou as partes vieram a juízo, isto é, exerceram a pretensão à tutela jurídica. Tal explicação científica das *necessitas cognocendi et iudicandi* satisfaz as exigências práticas e teóricas. Inspirado em G. W. F. Hegel, a ela chegou primeiro que todos, Oskar Bülow, 1868. Adolf Wach (Hand-buch, 37) mostrou o caráter de direito público da pretensão à tutela jurídica; e Heinrich Degenkold, bem como A. Plósz, a sua independência em relação à pretensão de direito material, à *res iudicium deducta*⁷².

Com efeito, a partir da obra de Oskar Bülow, o processo deixa ser mero procedimento, convertendo-se em relação jurídica⁷³ abstrata que obedece a critérios e pressupostos próprios de sua existência e validade⁷⁴. A jurisdição assume a condição de poder vocacionado, não

⁶⁸ “Como afirma Bülow, até então os estudiosos do processo civil, em vez de considerarem o processo como uma relação de direito público, que se desenvolve progressivamente entre o Estado (tribunais) e as partes, limitavam-se a ver no processo apenas uma série de atos e formalidades a serem cumpridos pelos sujeitos que dele participavam, como uma mera consequência da relação de direito privado litigiosa (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 16-17)

⁶⁹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Op. cit. p. 82.

⁷⁰ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Op. cit. p. 83.

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 52.

⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op. cit. p. 188.

⁷³ “O direito como uma relação jurídica (a *relatio* dos antigos canonistas), que foi a concepção dominante do século XIX, a partir de Kant e daqueles que, no campo da ciências jurídicas, foram seus seguidores, particularmente Savigny, foi a ideia matriz do Código Civil francês (Código Napoleônico) quanto do movimento cultural conhecido com padetística germânica (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 17)

⁷⁴ “Se o processo é, portanto, uma relação jurídica, se apresentam, na ciência processual, análogos problemas que surgiram e foram resolvidos há muito tempo, para outras relações jurídicas. A exposição sobre uma relação jurídica deve dar, antes de tudo, uma resposta a questão relacionada com os requisitos a que se sujeita o nascimento daquela. (...) Estes problemas devem surgir também na relação jurídica processual e na se mostram, em seu respeito, menos apropriados e fecundos do que se mostraram nas relações jurídicas privadas. Também aqui dirigem sua atenção a uma série de importantes preceitos legais extremamente unidos. Em particular, a

mais à tutela dos direitos subjetivos, mas à função de realizar o direito objetivo estatal de pacificar a sociedade⁷⁵. A ação deixa de ser compreendida como um apêndice do direito material, passando a representar um direito público subjetivo autônomo de ir a juízo e lograr sentença, negando-se, por inteiro, a perspectiva metodológica do praxismo. Nas palavras de Daniel Mitidiero “o direito Judiciário converte-se em direito processual – passa-se de uma *procedura*, de inspiração privatista, para um *diritto procesuale*, de veio publicístico”.⁷⁶

Ocorre, porém, que esta nova postura processualista e científica acabou por isolar o direito processual civil do direito material e da própria realidade. Gradualmente, quanto mais elaboradas ficavam as teorias processuais, mais o processo se divorciava dos valores sociais e de suas finalidades essenciais⁷⁷. Ao discorrer sobre o tema, Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma ser “compreensível a aspiração da nova ciência de tornar-se uma disciplina jurídica autônoma, com princípios e métodos próprios, capazes de libertá-la do jugo do direito material a que se sempre estivera sujeita até então.”⁷⁸

Todavia, este mesmo autor reflete que “a ciência do processo civil nascera, portanto, irremediavelmente comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX: ao mesmo tempo em que lhe cabia oferecer às partes um procedimento suficientemente amplo, capaz de assegurar ao cidadão-litigante a plenitude de defesa em juízo, e ao Estado condições para que o magistrado decidisse com segurança que o exaustivo tratamento probatório do conflito lhe daria; o procedimento haveria de esgotar as possíveis questões litigiosas, de modo a assegurar, para sempre, com a máxima amplitude da coisa julgada, por tal modo obtida, o resultado prático alcançado pelo litigante vitorioso”⁷⁹; para, finalmente, concluir que “a tentativa de eliminação dos insuprimíveis laços de ligação entre o direito material e processo fez-se com tal profundidade e eficácia que somente agora, passados bem mais de cem anos, tornou-se possível não ainda o resgate, mas uma tímida tentativa de recuperar a idéia de que a jurisdição e, portanto, o processo são instituições criadas pelo Estado com a exclusiva finalidade de realizar a ordem jurídica que ele próprio estabelece. Em última análise, apenas

prescrições sobre: 1) a competência, capacidade e insuspeitabilidade do tribunal; a capacidade processual das partes e a legitimação de seu representante; 2) as qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa civil; 3) a redação e a comunicação da demanda e a obrigação do autor pelas garantias processuais; 4) a ordem entre vários processos.” (BÜLOW, Oskar. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Op. cit. p. 12-13).

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit. p. 34.

⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit. p. 34.

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit. p. 35.

⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 145.

⁷⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 145.

agora foi possível à ciência processual pensar seriamente na *função instrumental do processo*”.⁸⁰

A marca do processualismo, conforme se observa, portanto, é o caráter científico e autonomista, com a respectiva ruptura entre direito material e processo, tendência que modernamente se arrefece, conforme se verificará nas linhas que seguem ao trabalho, no sentido de se resgatar os “insuprimíveis laços de ligação”⁸¹, utilizando-se a expressão de Ovídio A. Baptista da Silva, que unem um ao outro.

3.1 A separação entre direito material e processo

A afirmação da autonomia do processo em face do direito material – ou em outras palavras, a existência de um processo neutro, infenso à realidade do direito material – retrata uma das maiores (senão a maior) preocupações do processualismo⁸², sobretudo, a partir da sistematização teórica desenvolvida por Oskar Bülow, momento histórico em que “as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos”⁸³. Aliás, remonta a essa época também a preocupação dos processualistas em tornar o processo mais célere, para fins de garantir efetividade plena do direito material.⁸⁴

É a partir do processualismo que o *sincretismo* jurídico⁸⁵, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual, vigente até o final do século XIX começou a ruir⁸⁶. Num primeiro momento, colocou-se em discussão o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua diferença, seja no plano conceitual, seja no plano funcional, em face da *actio* romana: ela não é instituto de direito material, mas de direito processual; não se dirige contra o adversário, mas ao juiz; não tem como objetivo o bem litigioso, mas a prestação

⁸⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 145.

⁸¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 146.

⁸² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 48.

⁸³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 49.

⁸⁴ Ao tratar sobre os efeitos que os movimentos reformadores do processo trariam sobre a duração dos processos, cuja tramitação era extremamente lenta, a ponto de ser consideradas *litis inmortales*, Mauro Cappelletti refere que “os processualistas freqüentemente se lamentavam da excessiva duração dos processos civil em seu país.” Nesta mesma obra, o autor traz elementos e dados estatísticos históricos que demonstram que os processos, anterior à fase científica ou processualista, tinham tramitação morosa. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. p. 323-325)

⁸⁵ Período dos práticos ou praxistas.

⁸⁶ DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. Op. cit. p. 18.

jurisdicional⁸⁷. A revolução causada por tais conclusões acabou por levar ao entendimento quanto à “plena autonomia não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais”⁸⁸.

No processualismo, a ação passa a ser entendida como um direito autônomo⁸⁹ e não aderente ao direito material⁹⁰, instante em que o direito processual alçou o status de ciência, deixando de integrar ao direito privado, para ingressar em definitivo para o ramo direito público⁹¹. Ocorre que este cariz marcadamente cientificista, próprio do processualismo acabou por tornar (ou resumir) o processo em algo indiferente ao direito material, portanto, distante do seu papel de instrumento de realização do direito e da justiça no caso concreto.

Neste momento histórico, no qual o processualismo inicia sua consolidação, direito material e processo passaram a ser entendidos como realidades diametralmente distintas, alcançando total abstração do processo em face ao direito material, tudo como forma de demonstrar a sua alegada “autonomia científica”⁹². E a justificativa para esta suposta neutralidade do processo em face do direito material é o comprometimento que o

⁸⁷ Cândido Dinamarco explica que “na obra revolucionária de Bernhard Windscheid, ponto inicial da famosa polêmica tantas vezes lembrada nos estudos dos processualistas, um dos propósitos fundamentais foi o de afastar o paralelismo entre a *actio* romana e a *ação* do direito moderno, a partir da observação de que o sistema romano foi um sistema de *actiones*, não de direitos; ao que os romanos designavam por *actio*, disse, corresponde o que hoje se chama de *pretensão* (...). Na resposta polêmica de Theodor Muther a esse escrito, onde se sustentou a prioridade do direito com referência à ação também no direito romano (defendida, pois, a reaproximação dos conceitos de *actio* e *ação*), foram ditas aquelas coisas no texto, sobre a natureza da ação (direito à tutela jurídica) e sua titularidade passiva (o magistrado, não o adversário). Essa histórica polêmica foi o marco inicial do inconformismo do jurista moderno em face das colocações tradicionais, e isso como reflexo do Iluminismo sobre a ciência processual secularmente dócil às tradições privatistas. Ela principou todo um movimento de acomodação do processo ao modo-de-ser da conjuntura político social em que se insere” (DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. Op. cit. p. 18.)

⁸⁸ A primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para a autonomia da relação jurídica processual, que se distingue da de direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos e objeto. (DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. Op. cit. p. 19.)

⁸⁹ Para Bülow, a relação jurídica processual se distingue de todas as demais relações de direito. (BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Op. cit. p. 10.)

⁹⁰ Relevante, neste prisma, a referência feita por Luiz Guilherme Marinoni de que “Giuseppe Chiovenda, em 1903, preferiu uma conferência – que se tornou famosa nos estudos de processo civil – demonstrando a autonomia da ação em face do direito subjetivo material. Esta conferência, a desvincular a ação do direito material, marcou o fim da era privatista dos processo e reafirmou a tendência do realce da natureza publicista do processo civil. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 33.

⁹¹ Nesse momento, a ação passa a ser considerada como instituto de direito processual dirigida contra o Estado e por esta razão seu viés de direito público. Não obstante, é relevante notar que, ainda que o processualismo tenha inaugurado a fase científica do direito processual, retirando o processo do direito privado e trazendo ao direito público, já no século XVII (portanto, antes do início da fase processualista), foram realizados os dois primeiros códigos de processo (o saxão de 1622 e o francês de 1667), conforme leciona Nicola Picardi, para quem “somente a partir do século XVIII as legislações processuais encontraram repercussão e continuação no plano cultural (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Op. cit. p. 60)

⁹² MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil*. Op. cit. p. 70.

processualismo e a teoria da relação jurídica de Oskar Bülow tinham com os ideais do liberalismo e da burguesia⁹³.

Esta atmosfera processualista, todavia, acabou por isolar o direito processual do direito material⁹⁴ e, por conseqüência, da própria realidade social⁹⁵. A separação entre direito material e processo revelou-se tão marcada que, modernamente, tem se apregoadado a necessidade de uma reaproximação entre o direito material e o processo⁹⁶. Com relação ao tema, Ovídio Araújo Baptista da Silva refere que, passado mais de um século do processualismo e da doutrina de total separação entre direito material e processo, os juristas partem para um momento de “redescoberta”, cujo objetivo é “restabelecer o elo perdido entre processo e direito material, seja para resgatar o princípio da instrumentalidade do processo, seja, a partir desta ideia fundamental, para investigar os instrumentos de tutela processual, de modo que o direito processual se liberte da servidão a que fora submetido pela ‘ciência’ processual”⁹⁷.

Esta separação entre processo e direito material, própria do processualismo, conforme já observado, decorrente da teoria do processo como relação jurídica (desenvolvida de forma mais sistematizada por Oskar Bölow), logo se curvará à necessidade de um direito processual mais próximo do direito material, ou seja, adequado às necessidades sociais, culturais e políticas da população⁹⁸, fase que iniciará um movimento de superação do processualismo e

⁹³ Conforme lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva, “a ciência do processo civil nascera, portanto, irremediavelmente comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit. p. 148.)

⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit. p. 34.

⁹⁵ Com relação ao tema, relevante as considerações tecidas por Hermes Zaneti Júnior: “A questão das relações entre direito material e direito processual se potencializa justamente por que, ao tempo do processualismo, na dicotomia completa entre direito e processo, abstraiu-se completamente o valor do direito material para a teoria do processo (ou pretendeu-se abstrair), criando dois planos tão distintos que corrente doutrinária de peso defendeu a inexistência de qualquer direito fora do processo. Essa simplificação extrema reduz o direito à jurisdição e o ordenamento ao processo. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 207)

⁹⁶ José Roberto dos Santos Bedaque a firma que “a razão de ser do direito processual está no direito material” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 129)

⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 155. Em igual sentido, o mesmo autor afirma ainda que: “Esta ‘redescoberta’ é tão significativamente extraordinária que os juristas mais fiéis aos velhos esquemas conceituais, paladinos da autonomia da ação e, fundamentalmente, do direito e do processo como *relação jurídica*, surpreendem-se ao constatar que o direito material pode influenciar (!) o processo.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 155).

⁹⁸ Esta cisão entre direito material e processo, a despeito de demonstrar o caráter autonomista e científico da teoria processo, inegavelmente, atende a interesses liberais e tem como maior revés o fato de afastar o processo e suas técnicas das necessidades inerentes do direito material, assim como das próprias necessidades sociais. O processo, na fase científica, é algo neutro ao direito material, assim como neutra e passiva é a atitude do Juiz frente ao caso concreto, como se os cidadãos fossem auto-suficientes e não necessitassem de tutela jurídica específica e adequada às suas necessidades sociais. Dierle José Coelho Nunes, nesse quadrante, irá afirmar que: “Assim, a perspectiva liberal, fruto da concepção d Estado liberal, própria do período pós-revolucionário,

surgimento de uma fase de constitucionalismo do processo civil, conforme se observar nas linhas que se seguem no presente estudo.

3.2 O processo como relação jurídica processual

Consoante já explicitado, a análise do processo – autonomamente considerado – a partir da perspectiva da existência de uma relação jurídica processual inaugura a fase cientificista do direito processual civil⁹⁹. A teoria do processo como relação jurídica, que veio de Hegel¹⁰⁰, e, posteriormente foi também trabalhada por Bulgaro¹⁰¹ e Bethmann-Holweg¹⁰², foi posteriormente organizada, sistematizada e desenvolvida por Oskar Bülow, o qual dissociou cientificamente a relação jurídica processual¹⁰³ da relação jurídica material¹⁰⁴.

pressupõe a existência de cidadãos auto-suficientes, que não precisam de qualquer auxílio estatal para defender seus direitos. E a perspectiva social, decorrente da concepção de Estados Sociais, própria da primeira metade do século XX, pressupõe a existência de cidadãos hipossuficientes, clientes da atuação assistencial estatal para busca de seus direitos e interesses. Tais perspectivas conduziram, no modelo liberal, uma sobrevalorização do princípio dispositivo, em face da suposição de uma cidadania paritária capaz de buscar seus próprios interesses sem qualquer auxílio estatal. Já no modelo socializador, ao reforço dos poderes dos juízes, especialmente, oficiosos, de modo a viabilizar uma engenharia social governada e predisposta para o Judiciário, que, com sensibilidade aplicaria o direito aos seus clientes hipossuficientes” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático – Uma análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora. 2009. p. 56-57)

⁹⁹ “Com o livro de Oskar Bülow, sobre a teoria dos pressupostos processuais, começou, em 1868, a época da ciência do direito processual. Antes dele, processualistas, como Manuel Mendes de Castro, no seu século, pensaram com a noção de relação jurídica processual; porém foi dele que se partiu para a sistemática do direito processual, mais tarde vigente no próprio processo administrativo.” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I: arts. 1º ao 45. Rio de Janeiro. Forense. 1996. Prólogo XX)

¹⁰⁰ A concepção do processo como relação jurídica tem sua origem remota no *iudicium* romano e no conceito de *iudicium* de Bulgaro e outros juristas medievais. Entreviu-a Hegel, em sua *Filosofia do Direito* (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Op. cit. p. 189). No mesmo sentido, quanto aos estudos de Hegel sobre a relação jurídica, ver também, MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 139.

¹⁰¹ “Von Bulow, na verdade, não criou a idéia de relação jurídica processual e sua configuração tríplice: ele apenas a racionalizou e desenvolveu, propondo desdobramentos. Antes dele, já dissera Búlgaro que *iudicium est actus trium personarum, iudicis, actoris, rei*; as Ordenações do Reino diziam que ‘três pessoas são por Direito necessárias em qualquer juízo, o juiz que julgue, o autor que demande e o réu que defenda (L. III, XXX pr.); na obra de Bethmann-Hollweg, que o próprio Bulow refere na sua, igualmente havia a alusão à relação jurídica processual. A inovação racionalizadora teve por mérito principal o destaque da relação jurídica processual e da relação de direito provado como duas realidades distintas”(DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. Op. cit. p. 20-21).

¹⁰² BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Op. cit. p. 9. Nota 1. Referência também feita por Paula Costa e Silva, in *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora. 2003. p. 84, Nota 115.

¹⁰³ A teoria da relação jurídica processual, não obstante ser compreendida como um enorme avanço no estudo e na análise científica do processo civil, historicamente sofre algumas críticas e questionamentos. Em oposição à teoria da relação jurídica de Bülow, James Goldschmidt desenvolve sua teoria do processo como situação jurídica (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor, 1934. p. 7-9) e Guasp a teoria do processo como instituição jurídica (GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 1998. p.33-

Com efeito, a relação jurídica processual¹⁰⁵, desvinculada da relação jurídica material, foi o ponto de partida para a autonomia do processo¹⁰⁶. Nesta fase, conforme já salientado, o processo é completamente neutro em relação ao direito material. A relação processual¹⁰⁷, como relação jurídica¹⁰⁸ que é, apresenta basicamente os seguintes caracteres, conforme ensinamentos de José Frederico Marques: (i) é uma relação de direito público; (ii) é uma relação autônoma, porquanto sua existência independe da relação jurídica material contida na lide; (iii) é uma relação unitária, pois, embora múltiplos sejam os atos que a compõem, todos se conjugam e se congregam em razão do escopo e causa final do processo; (iv) é trilateral ou triangular, visto que se realiza através das relações entre o autor e o juiz, o juiz e réu e autor e réu, como *actum trium personarum*; (v) é complexa, por não conter apenas um direito ou obrigação, mas um conjunto de vínculos jurídicos coordenados a um objetivo ou finalidade comum; (vi) é progressiva, uma vez que se trata de uma relação que se desenvolve paulatinamente na medida em que o processo se movimento para atingir o seu escopo final¹⁰⁹.

38). Entre as críticas dirigidas à teoria da relação jurídica, destacam-se as seguintes: a) baseia-se na divisão do processo em duas fases (*in jure e apud iudicem*), com a crença de que na primeira delas apenas se comprovam os pressupostos e na segunda apenas se examina o mérito, o que nem para o direito romano é verdadeiro; b) o juiz tem obrigações no processo, mas inexistem sanções processuais para o seu descumprimento; c) as partes não têm obrigações no processo, mas estão simplesmente num estado de sujeição à autoridade do órgão jurisdicional (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 305)

¹⁰⁴ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Op. cit. p. 13.

¹⁰⁵ Seguindo as palavras de José Frederico Marques: “Mas o processo civil, consoante observou Liebman, não é só procedimento. Os preceitos que o regulam criam vínculos jurídicos entre as pessoas que do processo participam, pois, de outro modo, o próximo procedimento ficaria comprometido: se essas vinculações não existissem, o curso do processo poderia até paralisar-se, ante a inércia, sem sanção, de algum dos sujeitos ou pessoas à que se atribuisse, nos elos formados pelo procedimento, a prática de determinados atos de que os ulteriores sempre dependem. O processo civil, além disso, surgiu e apareceu por que o Estado se obrigou a resolver as situações litigiosas. Assim sendo, os seus órgãos estão subordinados a obrigações e deveres, dentro do processo, a que correspondem direitos dos litigantes, os quais, por seu turno, sujeitando-se à situação estatal para verem composto o litígio, presos se encontram a ônus e obrigações em face dos poderes inerentes à jurisdição. Todos esses vínculos acabam por constituir um complexo de relações jurídicas unida e amalgamadas em razão da finalidade compositiva do processo civil, e que tem o nome de *relação processual* (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Op. cit. p. 186-187)

¹⁰⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, parte geral, p. 99.

¹⁰⁷ Sobre a relação jurídica processual, Pontes de Miranda ensina que “a relação jurídica processual perfaz-se com a citação do réu (angularidade necessária) ou desde o despacho na petição, ou depois de passar em julgado, formalmente, esse despacho. (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I: arts. 1º ao 45. Op. cit. Prólogo XXI)

¹⁰⁸ Sobre a relação jurídica Giuseppe Chioventa já explicava que “todo direito subjetivo pressupõe (como sua fonte ou causa imediata) uma relação jurídica entre duas ou mais pessoas, reguladas pela vontade da lei e forma pela verificação de um fato (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil. Os conceitos fundamentais. A doutrina das ações*. Tradução de J. Guimarães Menegale. Acompanhada de notas de Enrico Tulio Liebman. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e CIA, 1942. p. 28)

¹⁰⁹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Op. cit. p. 188.

A relação jurídica processual apresenta distinções frente à relação de direito material¹¹⁰, quanto aos sujeitos, objeto e pressupostos¹¹¹. Ao passo que a relação de direito material se dá entre os titulares (ativo e passivo) do direito subjetivo; a relação jurídica processual tem como sujeitos, em regra, autor, juiz e réu¹¹². Conforme Pontes de Miranda leciona “a relação jurídica processual é entre autor e Estado; costuma-se completar-se pela angularização (autor, Estado; Estado, réu), porém isso não é necessário, nem exclui a reciprocidade, nem a pluralidade de autores, com ou sem pluralidade de réus”¹¹³.

Ocorre que a verdadeira justificativa para a *neutralidade* conferida ao processo é justamente o comprometimento da teoria da relação jurídica com o liberalismo burguês¹¹⁴. Tanto no direito francês, quanto no direito alemão da época, a teoria da relação jurídica apresentava-se adequada ao projeto liberal da época¹¹⁵. A teoria do processo, neste prisma, acabou tomando emprestado a concepção de estado do modelo liberal, especialmente da neutralidade social, razão por que a ideia de processo como relação jurídica não deixa de servir aos interesses do modelo de Estado então vigente. Contudo, é essencial apontar que a teoria do processo como relação jurídica, não obstante estar comprometida com os ideais do Estado Liberal, prega a existência de uma relação entre as partes e o Estado, reforçando, dessa maneira, o caráter público do processo, empresa que seria levada a efeito por Chiovenda e

¹¹⁰ O que há de característico na relação processual e que a torna distinta de qualquer outra relação jurídica de direito material, quer se trate de um vínculo de direito privado, quer mesmo de direito público, é a circunstância de transformarem-se, perante ela, os direitos e obrigações, que as partes ponham em causa, em meras *expectativas* de direitos ou de obrigações. (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 19)

¹¹¹ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma que Oskar Bülow observou que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) por seus *sujeitos* (autor, réu e Estado-juiz); b) por seu *objeto* (a prestação jurisdicional); c) por seus *pressupostos* (os pressupostos processuais). (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 304)

¹¹² “A concepção triangular da relação processual pressupõe a identificação de vínculos entre as partes e entre as partes e o tribunal” (SILVA, Paula Costa. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Op. cit. p. 86).

¹¹³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. I, Prólogo XXI. No mesmo sentido, Paula Costa e Silva leciona que “Bülow encontrou no conceito de relação jurídica a explicação para a manutenção de um mesmo processo apesar da ocorrência de alterações em alguns de seus elementos. De acordo com Bülow, o processo é a relação jurídica triangular que se estabelece entre as partes e o tribunal. Esta relação, ao invés das relações materiais que lhe subjazem e que, no processo, se apresentam como terminadas na sua evolução, e uma relação que se desenvolve passo a passo, tendo a característica de evoluir continuamente (SILVA, Paula Costa. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora. 2003. p. 84)

¹¹⁴ “O direito como uma relação jurídica (a *relatio* dos antigos canonistas), que foi concepção dominante no século XIX europeu, a partir de KANT e daqueles que, no campo das ciências jurídicas, foram seus seguidores, particularmente SAVIGNY, foi a ideia matriz tanto do Código Civil francês (Código Napoleônico) quanto do movimento cultural conhecido como pandetística germânica” SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil, volume 1: processo de conhecimento*, Op. cit. p. 17.

¹¹⁵ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica – Seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981, p. 35.

Klein¹¹⁶ no final do século XIX e no início do século XX, em um verdadeiro anúncio das mutações que – posteriormente - rumariam ao Estado Social.

Importante salientar, outrossim, que ao passo que o objeto da relação jurídica processual¹¹⁷ é imediato e tem como fim a prestação jurisdicional, o objeto da relação jurídica material é mediato e tem como fim a realização de um bem da vida¹¹⁸. Também quanto aos pressupostos¹¹⁹, ambas as relações apresentam diferenças, na medida em que a relação jurídica processual apresenta pressupostos¹²⁰ de existência e validade, subjetivos, formais, objetivos e extrínsecos¹²¹, enquanto que a relação jurídica de direito material apresenta, como pressupostos de validade, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Dito de outra forma, o processo somente pode se constituir de maneira válida depois de cumpridos alguns requisitos determinados pela lei processual¹²².

¹¹⁶ Influenciado, sobretudo, por Anton Menger, autor que marcou a corrente denominada “socialismo jurídico” (MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947)

¹¹⁷ Ademais, Paula Costa e Silva reflete que o conceito de relação jurídica “exercia um enorme fascínio, não apenas porque permitia explicar, de forma sistematizada, o direito processual, como porque fundava uma equiparação entre o sistema processual e o sistema de direito material, estruturado sobre a relação jurídica. Desta tendência foi tributário o Código Civil Português, que, estrutura a respectiva parte geral em torno dos elementos da relação jurídica: as pessoas, as coisas e os factos jurídicos”. (SILVA, Paula Costa e Silva, *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Op. cit. p. 85).

¹¹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva Efectiva. Hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Op. cit. Nota 236, p. 99

¹¹⁹ Essa relação jurídica (o processo) nem sempre se finda com a entrega da prestação jurisdicional em que se consubstancia a composição da lide. Pode haver obstáculos ou impedimentos que não permitam a entrega da prestação jurisdicional, uma vez que a composição da lide somente se verifica mediante a existência de determinados pressupostos, que se denominam *pressupostos processuais*. Não se trata, porém de pressupostos necessários para a existência do processo, mas, sim, para a composição da lide e entrega da prestação jurisdicional, visto que, ainda que faltem alguns desses pressupostos, nem por isso, deixa o processo de caminhar para diante, ainda que sem atingir, muitas vezes, a sua fase final. (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Op. cit. p. 189)

¹²⁰ Os pressupostos processuais são diversos, conforme se trate do processo de conhecimento, de processo executivo ou de processo cautelar. Alguns distinguem os pressupostos de existência do processo dos pressupostos de validade do processo, distinção essa de pouca relevância prática. É que todos eles, em última análise, não passam de pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional para a composição da lide. (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Op. cit. p. 189)

¹²¹ Classificação adotada por Galeno Lacerda (LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1952). Conforme José Maria Rosa Tesheiner, “são pressupostos subjetivos: a) concernentes ao juiz: ter jurisdição, ser competente para conhecer da ação e imparcialidade (inexistência de causa de impedimento e suspeição); b) concernentes às partes: personalidade jurídica (capacidade de ser parte), capacidade processual e representação por advogado. (...) Os pressupostos formais dizem respeito à forma dos atos processuais. São extremamente numerosos e variáveis. Não é possível a apresentação de um catálogo completo. A título de exemplo, podem-se apontar a forma escrita da petição inicial e da sentença, os requisitos da citação e intimações, a intervenção do Ministério Público, a adequação do procedimento e a produção das provas necessárias à decisão da causa. São pressupostos objetivos a existência de um pedido, de uma causa de pedir, de nexos lógicos entre ambos e a compatibilidade dos pedidos, havendo mais de um. (...) São pressupostos extrínsecos o compromisso, a perempção, a litispendência, a coisa julgada, a caução e o depósito prévio das custas. (TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 108-09).

¹²² MACEDO, Gisela Márcia Araújo. O Contraditório e a Decisão *Ex Officio* no Processo Civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). *Estudos Continuados de Teoria do Processo: a pesquisa jurídica no Curso de Mestrado em Direito Processual*. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 2. p. 54.

Esses requisitos, considerados como “pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação juiz, autor e réu”¹²³, deveriam, por esses sujeitos ser observados, para que em momento posterior se pudesse examinar o direito disputado e alegado¹²⁴. Contudo, também deve ser mencionado que Oskar Bülow claramente se vale dos estudos de Bulgaro, jurista italiano do século XII, que afirmava: *judicium est actum trium personarum: judicium actoris at rei*¹²⁵. Pela teoria da relação jurídica processual, portanto, o processo é uma relação jurídica de direitos e obrigações recíprocos entre as partes e o Estado, que se desenvolve gradualmente, estando em um constante movimento de transformação¹²⁶.

¹²³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*. Op. cit. p. 88.

¹²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*. Op. cit. p. 88.

¹²⁵ Essa sentença latina pode ser traduzida para português, conforme leciona Rosemiro Pereira Leal: “o processo é ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*. Op. cit. p. 88).

¹²⁶ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 140.

4 A SUPERAÇÃO DO PROCESSUALISMO: A SOCIALIZAÇÃO DO PROCESSO E O CONSTITUCIONALISMO (ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO)

Com efeito, ainda que seja inquestionável o fato de que o processualismo (através da teoria da relação jurídica processual), ao analisar o processo de forma autônoma das relações traçadas no direito material¹²⁷, tenha dado o passo decisivo no estudo sistemático e científico do direito processual, sobretudo a partir da obra de Oskar Bülow¹²⁸, é também inegável que esta ruptura (a pretexto de se defender uma ideia científica de autonomia) entre direito material e processo¹²⁹ acabou revelando-se insuficiente para “toda a complexidade teórica que se encontra de envoltas implicadas no conceito de processo”¹³⁰ e, portanto, incompatível com a compreensão – teórica e cultural – do processo frente aos princípios e aos valores do Estado Democrático de Direito¹³¹, visto que o “conceito de relação jurídica, originalmente estático, convive muito mal com a dinamicidade ínsita ao processo”¹³². Nesse sentido, é imperioso intuir que o processo civil, sem o direito material não tem função (utilidade), assim como,

¹²⁷ Segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva, é impossível “obscurecer a extraordinária importância que o estudo do processo como uma relação jurídica peculiar, de direito público, teve para o desenvolvimento do direito processual civil como uma disciplina autônoma” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil, volume 1: processo de conhecimento*. Op. cit. p. 17).

¹²⁸ “Aceite-se ou rechace-se a doutrina de Bülow, ninguém poderá discutir-lhe dois triunfos decisivos: a) haver buscado uma explicação publicística à natureza do processo, mercê da qual as interpretações privatistas, isto é, as que o imaginavam como um contrato ou quase contrato, ficaram definitivamente sepultadas; e b) haver provocado um movimento científico processual de magnitude e brilhantismo inigualáveis, que se irradiou primeiro à Itália e depois a outros países, originando a completa renovação da nossa disciplina, no mundo”. (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 21).

¹²⁹ “O estudo do processo como uma relação jurídica de direito público, que se estabelece entre o Estado (juiz) e aquele que busca este tipo de tutela jurídica, deu origem, sem dúvida, ao nascimento do direito processual civil como ciência particular, com objeto próprio e com suas leis e princípios especiais, distintos dos princípios e leis que regem o direito material. Deve-se ao jurista alemão OSKAR VON BÜLOW o mérito de haver, em 1868, numa obra que se tornou clássica e universalmente conhecida, mostrar a importância do estudo da relação processual como relação de direito público que se forma entre o particular e o Estado, determinando as condições e pressupostos de sua existência e validade, assim como os princípios e regras que a presidem.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil, volume 1: processo de conhecimento*. Op. cit. p. 17).

¹³⁰ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 141.

¹³¹ Com relação tema, Hermes Zaneti Júnior refere que: “O tema das relações entre processo e direito material tem tomado dimensão exagerada na atual fase do processo civil. Talvez esse exagero esteja vinculado ao sentimento de culpa e à ‘aparente’ cegueira que dominou grande parte dos processualistas europeus continentais na chamada fase processualista. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 204)

¹³² MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 141.

sem o direito processual, o direito material não “conseguiria superar eventuais crises na sua realização”.¹³³

O isolamento do direito material frente ao processo, preconizado pela doutrina processualista, efetivamente, mostrou-se impróprio e inconcebível, em face de uma de uma leitura socializada e constitucional do direito processual¹³⁴, na medida em que “o processo precisa, como instrumento que é, estar adequado ao direito material”¹³⁵ ou, em outras palavras, deve ser constitucionalmente adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais. O conceito de relação jurídica, neste viés, sob a justificativa de conferir “autonomia científica” ao processo, acabou desligando-o do direito material¹³⁶. É justamente este exacerbado “cientificismo” empregado na fase processualista que acabou por tornar o processo em algo neutro (blindado) em relação ao direito material, olvidando-se do seu papel de instrumento de realização do próprio direito material e da justiça no caso concreto.¹³⁷ De fato, esta concepção do processo como relação jurídica faz com que o direito material e o processo fossem vistos como realidades distintas (que não se entrelaçam), decorrendo daí a necessidade de sua superação do processualismo, como fase metodológica ou de estruturação do processo civil.

Transparece notório, nesse sentido, que a teoria da relação jurídica¹³⁸ e sua autonomia cientificista entre direito material e processo apresentam-se em desfocados em relação ao dinamismo¹³⁹ próprio do processo e à necessidade de uma aproximação (entrelaçamento)

¹³³ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 141.

¹³⁴ É essencial que se supere a concepção neutra do processo ou, em outras palavras, é necessário ir além da dicotomia processo e direito material para que se possa, efetivamente, identificar o valor do justo. (TROCKER, “*Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LV, n. 2, 2001. p. 385)

¹³⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 207.

¹³⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Op. cit. p. 70.

¹³⁷ Na verdade, o “direito processual é essencial ao direito material, assim como esse é igualmente fundamental àquele. Existe, pois, uma ‘interdependência funcional’ entre ambos (...)” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Op. cit. p. 70).

¹³⁸ Nesse sentido, oportuna a lição de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico: “Amplamente reconhecida a partir da célebre obra de Oscar von Bülow, com a nítida distinção entre as relações jurídicas de direito material e processual, a emancipação da ciência processual possibilitou novo enfoque ao princípio dispositivo, com conseqüências profícuas ao reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz. O processo passou a ser visto como instrumento a serviço da jurisdição, ostentando natureza eminentemente pública e sendo inconfundível, portanto, com os direitos privados das partes nele discutidos. Após a instauração do processo, mediante o exercício do poder de ação – nos limites estabelecidos pelo pedido e pela causa de pedir -, embora privados os direitos, a aplicação e a justa aplicação da lei ao caso concreto importam ao próprio Estado. (...) Bem delineados e apartados, esses dois fenômenos – antes indiscriminadamente englobados nos domínios do princípio dispositivo -, e reconhecida autonomia ao processo, além de evidenciada a sua natureza pública, uma doutrina autorizada passou a estabelecer claramente o limite da influência exercida pelos interesses privados sobre o fenômeno processual (PACÍFICO. Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*, 1ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 145-147).

¹³⁹ Aqui, relevante apontar a crítica de James Goldschmidt em relação à teoria de Oskar Bülow, verificando o caráter dinâmico do processo, que existe em razão do litígio: “quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito

entre um e outro. Ademais, este afastamento entre direito material e processo fez da atividade jurisdicional, algo igualmente distante da realidade e da necessidade das partes. É nesse sentido que a doutrina passou a criticar a postura *neutra* ou *omissa* dos juízes na condução dos processos. Com relação ao tema, Ataliba Vianna, em sua crítica, afirma que o juiz não pode ser um “dois de paus” que assiste o “torneio judicial” de forma impassível¹⁴⁰. Em igual sentido, José Alberto dos Reis, ao criticar o Código de Processo Civil Português, afirma que “o Código de processo civil está todo construído sobre a velha concepção francesa da inércia e passividade do juiz. O juiz não tem iniciativa; só se move mediante o impulso das partes.”¹⁴¹

Decorre daí que a fase científica ou processualista do direito processual, ao fazer “tabula rasa do direito material”¹⁴², deixando de lado as necessárias tutelas diferenciadas exigidas para a tutela dos direitos, merece e deve ser revista. O estudo do processo civil deve avançar no sentido de se encontrar alternativas concretas para a satisfação das necessidades ínsitas do direito material. É neste contexto jurídico-processual que o resgate do direito material, como valor ideológico, através da socialização do processo¹⁴³ e de uma preocupação

pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação, como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não corresponde” (GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Barcelona: EJE, 1936. p. 49).

¹⁴⁰ “O juiz não é mais um *dois de paus*, que assistia impassível, ao torneio judicial. Ele não pode desamparar à discricção das partes, a sorte do litígio; cumpre-lhe, na decisão final, proferir sentença que se aproxime, quanto possível, da verdade. Por outro lado, toca-lhe velar pela economia de tempo e dinheiro, de modo que evite perengas escusadas e onerosas. O arbítrio que com tais propósitos, lhe confere a lei, tem porém, o juiz que exercê-lo, sem cercar aos litigantes o uso dos meios adequados à defesa dos seus objetivos. (VIANNA, Ataliba. *Inovações e obscuridades do Código de Processo Civil e Comercial Brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins, 1940. p. 53).

¹⁴¹ Em face da relevância, vale a transcrição do seguinte trecho da obra: “O processo é uma luta que se trava entre os litigantes e a que o juiz assiste impassível até o momento de proferir a sentença. As partes articulam e alegam o que lhes aprez; produzem as provas que querem produzir; oferecem ao juiz o que lhes apetece. O magistrado tem de aceitar o que lhe apresentam, sem poder intervir eficazmente na preparação e andamento da causa. (...) O *juiz manequim* ou o *juiz fantoche*, movido descrecionariamente pelo impulso dos litigantes, eis o figurino que o Código adoptou. Este modelo era a consequência do conceito individualista do processo e da confusão entre o direito material e a acção judiciária destinada a fazê-lo valer. A relação processual considerava-se como um negócio de exclusivo interesse particular, de que as partes podiam dispor como de coisa sua. (...)”

As doutrinas modernas abalaram estes conceitos. A acção diferencia-se do direito subjectivo que as partes pretendem tornar efectivo e a relação processual assume o aspecto duma relação de direito público estabelecida entre as partes e o Estado, representado pelos seus órgão jurisdicionais. O Estado tem no desenvolvimento do processo um interesse a defender e uma função a desempenhar: assegurar a realização do direito objectivo, fazer triunfar a justiça. Cumpre-lhe, portanto, tornar tão pronta, tão completa e tão perfeita quanto possível a acção dos órgãos Judiciários; para isso há que assinar ao juiz um papel *activo*, uma intervenção directa e eficaz na instrução da causa e na marcha do processo. Desta maneira, ao conceito do *juiz inerte* contrapõe-se o conceito do *juiz activo*, que informa a legislação da Inglaterra, da Alemanha, da Áustria e da maior parte dos cantões suíços. Há que colocar o juiz em condições de dirigir convenientemente a causa, há que assegurar-lhe no processo uma posição tal que lhe permita encaminhar prontamente o litígio para uma solução final que, por ser rápida, não deixe de ser justa. (REIS, José Alberto da. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª edição actualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1929. p. 207-208)

¹⁴² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 208

¹⁴³ Conforme Picó i Junoy, “as concepções privatistas do processo como assunto privado ou relação jurídica privada estão superadas há muito tempo em favor de uma visão ‘publicista’ ou ‘social’ do processo, que o

mais específica com a concretização de direitos fundamentais (própria do Estado Democrático de Direito), através de uma tutela efetiva e adequada, revela-se essencial; exercício que somente será possível, através de uma gradativa aproximação histórica entre processo e direito material.

4.1 Da (necessária) aproximação do processo com o direito material

É evidente que direito material e processo não se confundem como objeto de estudo e de análise científica (sendo talvez esta uma das maiores lições a serem extraídas da obra de Oskar Bülow). Ocorre, todavia, que é igualmente inegável a existência de um estreito relacionamento entre um e outro¹⁴⁴, ou seja, entre direito material e processo, a tal ponto que Hermes Zaneti Júnior reflete que, “em verdade, essas relações são tão importantes e evidentes que jamais deixaram de existir”¹⁴⁵. Modernamente, diz-se que o direito material “constitui-se a matéria prima com que irá trabalhar o juiz”, ou seja, o processo deve partir do direito material e ao direito material deve voltar¹⁴⁶, razão por que, “o processo civil sempre foi, nesse quadrante, uma técnica adequada para a consecução dos fins almejados pelo direito material”¹⁴⁷.

concebe como instrumento necessário para o exercício da função jurisdicional do Estado. Ainda que seja verdade que aquilo que se discute no processo civil, como regra geral, tenha um caráter disponível ou privado, isso não significa que tais características possam igualmente aplicar-se ao processo, dado que o modo em que o processo se desenvolve não pertence aos litigantes, mas, sim, ao Estado, único titular da função jurisdicional, e que se serve do processo como instrumento para garantir a efetividade desta função” (JUNOY, Joan Picó. Il diritto processuale tra il garantismo e l’efficacia: un dibattito mal impostato. *Revista de processo*. Ano 36. Vol. 197. Julho/2011, p. 204). Para fins de aprofundamento sobre a matéria, pesquisar em CARNACINI, Tito. Tutela Giurisdizionale e Tecnica del Processo. In.: *Studi in Onore di Enrico Redenti nel XL Anno del suo Insegnamento*. Milano: Giuffrè Editore, 1951.

¹⁴⁴ Galeno Lacerda refere que o processo não pode estar separado do direito material, ou seja “do verdadeiro objetivo do processo, que é sempre um dado concreto da vida, e jamais um esqueleto de formas sem carne” (LACERDA, Galeno. *O código e o formalismo processual*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Vol. 21. 1983. p. 8). Prossegue o mesmo autor, referindo que “Insisto em dizer que o processo, sem direito material não é nada. O instrumento, desarticulado fo im, não tem sentido” (LACERDA, Galeno. *O código e o formalismo processual*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Vol. 21. 1983. p. 9).

¹⁴⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 204

¹⁴⁶ “O processo recebe direito material e devolve direito material, mas aí tocado pela atividade jurisdicional, o que lhe outorga uma outra dignidade frente a ordem jurídica: o processo, que inicialmente revelara toda a sua ‘fragilidade’ e ‘discutibilidade’ do direito material, com observa Gustav Radbruch, dissolve a incerteza e devolve ao plano do direito material situações jurídicas já não mais suscetíveis de revisão (ao menos, já não mais suscetíveis de revisão fora dos quadros do Poder Judiciário). MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Op. cit. p. 70-71.

¹⁴⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 204.

A compreensão quanto à necessidade de uma aproximação entre direito material e processo decorre, pois, da retomada das preocupações com relação à realidade social e à tutela dos direitos, ocorrida, mormente, após a Segunda Guerra mundial¹⁴⁸. Neste período, ocorre uma sensível alteração na concepção do processo em si mesmo¹⁴⁹. A garantia de acesso à tutela jurisdicional passa a exigir muitos mais do que a supressão de barreiras e de limites formais ao exercício da ação¹⁵⁰, mas também a efetiva eliminação de condicionamentos e discriminações sociais e econômicas capazes de limitar e excluir de fato o acesso à justiça¹⁵¹.

A aproximação ente o direito material e processo, nesse quadrante, é também uma preocupação de Mauro Cappelletti, para quem o “nexo entre o processo e o direito substancial”¹⁵² vem sendo redescoberto pela doutrina, após um longo período de tempo em que prevaleceu a “aclamada autonomia da ação e da relação processual”¹⁵³. O processo, por esta concepção social e constitucional, deve estar apto a oferecer respostas céleres e adequadas às necessidades da parte¹⁵⁴, ou seja, consentâneas aos ideais de justiça e tutela dos direitos fundamentais, próprios do Estado Democrático de Direito. Para tanto, fez-se

¹⁴⁸ A concepção de um processo influenciado pelo direito material e sem dilações indevidas, além de ser um dos pressupostos básicos de uma jurisdição adequada, tem sido proclamada no texto das principais constituições democráticas do mundo, especialmente, no Segundo Pós-Guerra. (Nesse sentido: NICOLÒ TROCKER, “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il *giusto processo* in materia civile: profili generali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LV, n. 2, 2001)

¹⁴⁹ “Da un lato, infatti, il trattarsi di garanzie generali di rango costituzionale implica direttamente l’illegittimità di ogni norma ordinaria che contrasti con esse: una conseguenza che non è e non era derivabile dai principi generali dell’ordinamento. Dall’altro - e si tratta dell’aspetto più importante - l’inserzione delle garanzie in questione in un contesto di principi giuridico-politici caratteristici dello Stato democratico implica che in tali garanzie si veda il cardine di ciò che è estato chiamato la democratizzazione o la socializzazione della giustizia civile” (TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal’700 a oggi*. Bologna : Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 312.)

¹⁵⁰ Ao tratar sobre acesso à justiça, Kazuo Watanabe salienta como indispensáveis os seguintes elementos para uma ordem jurídica justa: “(1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características” (WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e a sociedade moderna”, in *Participação e processo*, coord. Ada P. Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1988, pp. 134-135).

¹⁵¹ “Garanzia dell’accesso alla tutela giurisdizionale significa infatti non solo l’eliminazione di ostacoli e limiti formali all’esercizio dell’azione, ma anche eliminazione dei condizionamenti e delle discricionazioni sociale ed economiche che possono limitare ed escludere de facto l’accesso alla giustizia, nonché intervento attivo dello Stato al fine di porre “tutti” (ed in particolare i non abbienti) nella condizione reale di ottenere La tutela giurisdizionale dei logio diritti” (TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal’700 a oggi*. Op. cit, p. 313.)

¹⁵² CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1999. p. 13

¹⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Op. cit. p. 13.

¹⁵⁴ “Vale ressaltar a tendência atual do direito processual comparado, que demonstra uma crescente preocupação dos ordenamentos internos em valorizar a adequação para garantir maior efetividade e economia processual” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 207)

necessário a implementação de técnicas processuais capazes de garantirem uma tutela jurisdicional efetiva e adequada¹⁵⁵, entre as quais, a simplificação das formas procedimentais, a presença de juízes leigos nos órgãos judiciais e o aumento dos poderes do juiz, sobretudo no campo da prova¹⁵⁶.

Quanto ao tema do aumento dos poderes ao juiz (*l'ampliamento dei poteri del giudice*) para reduzir as desigualdades em relação ao litigante socialmente mais fraco, Vittorio Denti trabalha três premissas básicas: (i) a intervenção do juiz no sentido de solicitar o andamento do processo, a fim de obter rapidez na atuação da justiça, o que consistiria em um bem muito mais precioso ao litigante pobre que ao rico; (ii) a intervenção do juiz tendente a provocar o esclarecimento das questões de fato e de direito que servem de fundamento à respectiva pretensão, de modo a suprir as deficiências da defesa do litigante mais pobre; (iii) e o crescimento dos poderes do juiz relativamente à disponibilidade da prova¹⁵⁷.

É neste contexto de rupturas e quebras de antigos paradigmas que - a partir da compressão da necessidade de uma aproximação entre direito material e processo, para fins de uma tutela jurisdicional atenta aos comandos e princípios da norma constitucional, aos anseios e necessidades sociais e aos direitos fundamentais - o processo vai gradativamente deixando de ser compreendido como aquele instrumento infenso, neutro e indiferente ao direito material e aos problemas sociais. Hodiernamente, em face da a constitucionalização do processo e da importância atribuída à teoria dos direitos fundamentais na sua conformação, ninguém olvida que o processo tem como seu maior objetivo servir ao direito material, cobrando-se a organização de um processo justo capaz de proporcionar tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.

O advento do Estado Democrático de Direito, pois, exige uma nova compreensão do direito processual civil. De modo geral, é possível dizer que o processo civil do Estado Democrático de Direito é o reflexo de um Estado ativo (contrário da postura passiva e

¹⁵⁵ Com efeito, esta nova forma de ver o processo, este momento de superação do processualismo, “demanda adequação do processo e do procedimento, não só ao direito material posto, mas também ao que pretende o autor obter do processo, e sua viabilidade frente à força normativa da Constituição” (ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 208).

¹⁵⁶ “Quali sono, dunque, i possibili modi di utilizzazione della tecnica interna del processo civile per fini di giustizia sociale? Io credo Che, nell’esperienza degli ordinamenti moderni, si possano ridurre a tre: a) la semplificazione delle forme dei procedimenti; b) la presenza di laici nei collegio giudicanti; c) l’aumento dei poteri del giudice, soprattutto nel campo delle prove.” (DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Op. cit. p. 56.)

¹⁵⁷ “La prima di queste è l’intervento del giudice inteso a sollecitare l’andamento del processo, al fine di ottenere quella rapidità nell’attuazione della giustizia, Che è certamente un bene assai più prezioso per il litigante povero, Che per il litigante ricco. In una seconda direzione, l’intervento del giudice tente a provocare dalle parti il chiarimento delle questioni di fatto e di diritto che stanno a fundamento delle rispettive pretese. (...) La terza direzioni in cui opera l’accrescimento dei poteri del giudice per fini sociali è quella che concerne La disponibilità delle prove.” (DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Op. cit. 63-64.)

omissiva do Estado liberal), preocupado com a concretização dos direitos fundamentais, a partir de uma concepção participativa da democracia. É um Estado, em síntese, afinado com o paradigma e com os ideais do constitucionalismo contemporâneo¹⁵⁸.

4.2 O processo como procedimento em contraditório

Afora as críticas já referidas quanto ao conceito de processo como relação jurídica¹⁵⁹, a sua inadequação metodológica de se pensar o processo de forma distinta (totalmente separada) do direito material é contraposta pela teoria do processo como “procedimento em contraditório”¹⁶⁰. Sem embargo de outras conclusões e perspectivas, o resultado da aplicação desta teoria é o de que o processo somente terá aptidão para produzir uma decisão justa e legítima se estiver consubstanciado em um procedimento adequado ao direito material – e aos valores constitucionais -, realizado em contraditório e em paridade de condições (que atenda ao postulado da igualdade), possibilitando, assim, uma participação¹⁶¹ concreta e efetiva na formação da decisão jurisdicional, respeitando, ainda, o conteúdo dos direitos fundamentais.

Conforme já delineado, com o surgimento e a consolidação do Estado Democrático de Direito fez-se necessária, também, uma reconstrução do direito processual, sendo uma destas tentativas, justamente a teoria do processo como procedimento em contraditório, capitaneada por Elio Fazzalari. Esta teoria, entre outros aspectos, tem o mérito de separar cientificamente os conceitos de *processo* e de *procedimento*, colocando o primeiro como espécie do segundo¹⁶². Com efeito, outras tentativas (de realinhamento do direito processual) se

¹⁵⁸ O direito processo civil, ao encerrar manifestações de cultura, é também reflexo das concepções e dos ideais dominantes sobre o papel do Estado (DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani. Bologna: Il Mulino, 2002. (capitoli III, IV e V).

¹⁵⁹ O processo como “situação jurídica”, na concepção de James Goldschmidt e o processo como “instituição jurídica”, na dicção de Jaime Guasp.

¹⁶⁰ Deve-se à obra de Elio Fazzalari o desenvolvimento da teoria processo como procedimento em contraditório, como forma de superação do conceito de processo como relação jurídica processual (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 24). A ideia do processo como procedimento em contraditório tem origem, todavia, no direito administrativo, especificamente, a Aldo Sandulli (SANDULLI, Aldo. *Il procedimento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1940).

¹⁶¹ “Como dito, para Fazzalari, o que difere o processo do procedimento é justamente a existência e constância no contraditório do ‘módulo processual’, ou seja, o direito de participação das partes na formação do ato final”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 196.)

¹⁶² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 196.

seguiram, como bem exemplificam os trabalhos desenvolvidos por Fix-Zamundio¹⁶³, Andolina e Vignera¹⁶⁴ e, principalmente no Brasil, pelos trabalhos pioneiros estudos de José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁶⁵, responsável por afirmar a existência de um modelo geral constitucional do processo.

Tratando ainda do conceito de processo como contraditório, tem-se que por esta teoria, o procedimento assume a função nuclear na teoria do processo, invertendo-se a lógica própria do procesualismo no qual o processo seria o gênero e o procedimento a espécie¹⁶⁶. Com efeito, para Elio Fazzalari o processo seria uma espécie do gênero procedimento, desse distinguindo-se, precisamente, por ser um procedimento que se desenvolve em contraditório, em uma estrutura dialética, possibilitando uma participação concreta e efetiva no manejo do poder estatal¹⁶⁷. O procedimento constitui uma sequência de normas, de atos, de posições subjetivas que culmina em um provimento¹⁶⁸. No entanto, quando do procedimento de formação do ato final (provimento), participam em contraditório, além do próprio autor do ato, também outras pessoas que estejam sujeitas aos seus efeitos, haverá um processo¹⁶⁹. O processo é, pois, um procedimento em contraditório¹⁷⁰, “portanto, não mais gênero, mas sim espécie de procedimento”¹⁷¹.

¹⁶³ FIX-ZAMUNDIO, Héctor. El Pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, n. 30, 1977.

¹⁶⁴ ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Torino: Giappichelli, 1990.

¹⁶⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹⁶⁶ Para Elio Fazzalari, enquanto o gênero “procedimento” é sequência de normas (de posições subjetivas, de atos) conclusos pelo provimento, ao qual o seu desenvolvimento é endereçado, a espécie “processo” apresenta-se diferente: da participação dos interessados ao *iter* procedimental, na fase preparatória do provimento, entendendo por tais aqueles destinados a sofrer a eficácia direta do ato final; não somente, mas também e especialmente de modo dialético de participação, em contraditório e em simétrica paridade (FAZZALARI, Elio. Valori Permanenti del Processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Ano XLIV, n. 1. Gennaio-marzo 1989. Padova: CEDAM, 1989, p. 2).

¹⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 144-145.

¹⁶⁸ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 46. Para Elio Fazzalari, “o provimento de um órgão estatal constitui a conclusão do procedimento, é o seu ato final”. (...) Porém, “a lei não reconhece validade ou eficácia ao provimento se este não é precedido de uma séria preparatória de atos previstos na lei”, ou seja, o procedimento (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Op. cit. p. 5).

¹⁶⁹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Op. cit. p. 6.

¹⁷⁰ No âmbito do processo civil, deve-se à obra de Elio Fazzalari o desenvolvimento da teoria processo como procedimento em contraditório com vistas à superação do “gasto e inadequado clichê da relação jurídica processual” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Op. cit. p. 24). A ideia do processo como procedimento em contraditório tem origem, no entanto, no direito administrativo, especificamente, a Aldo Sandulli (SANDULLI, Aldo. *Il procedimento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1940).

¹⁷¹ MITIDIERO, Daniel. ZANETI JUNIOR, Hermes. *Introdução do Estudo do Processo Civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Op. cit. p. 48.

O ponto crucial é, portanto, a participação das partes em contraditório¹⁷² e em simétrica paridade de condições, de modo que possam realizar atividades que deverão ser levadas em conta pelo autor do ato, que não poderá ignorá-las¹⁷³, ainda que venha a rejeitá-las. Nesse sentido, nas palavras de Daniel Mitidiero, “a teoria do processo como procedimento em contraditório, ainda, outorga especial relevo ao contraditório, enunciado já em seu núcleo básico, tornando o processo um autêntico instrumento de vida democrática”.¹⁷⁴

Além disto, como bem assinala Hermes Zaneti Júnior, para a aplicação prática da teoria do processo como procedimento em contraditório, é necessário caracterizar a sua estrutura e critérios orientadores. E esta estrutura, pois, consiste: (i) na participação dos destinatários do ato final na fase preparatória do ato; (ii) na simetria da sua posição no curso do procedimento; (iii) na mútua implicação da sua atividade (desenvolvida respectivamente para promover e impedir a emanção do provimento); (iv) na **relevância das atividades das partes para o autor do provimento, de maneira que as escolhas, reações e controles pelas partes sejam consideradas no controle e nas razões dos outros, e que o autor do ato deva ter presentes os resultados dessas condutas.**¹⁷⁵

Ocorre que, não obstante as observações de Elio Fazzalari e a teoria do processo como procedimento em contraditório tenham sido decisivas para a superação dos dogmas processualistas, a dimensão democrática e participativa do processo no marco do Estado Democrático de Direito, não é integralmente contemplada por esta teoria. O conceito de processo como procedimento em contraditório “se coloca um passo atrás, adotando uma divisão interna entre processo público e processo que não satisfaz, e é por isso afastado”¹⁷⁶. Nesse sentido, Hermes Zaneti Júnior apresenta sua crítica: “Assim, justamente por excessivo apego privativa e lógico-formal, a contribuição de Fazzalari para a compreensão do processo como prática e procedimental fica reduzida e inviabilizada no direito brasileiro”¹⁷⁷. Para o mesmo autor, “ao cerrar as portas para o discurso judicial e para a criação do direito pelo juiz,

¹⁷² A fim de bem atender à exigência constitucional do contraditório na formação do *iter* procedimental que resultará na decisão final (MITIDIERO, Daniel. ZANETI JUNIOR, Hermes. *Introdução do Estudo do Processo Civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Op. cit. p. 48.)

¹⁷³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Op. cit. p. 30.

¹⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 145.

¹⁷⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 199.

¹⁷⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 199.

¹⁷⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 200.

Fazzalari adota uma barreira intransponível para a consecução da finalidade de abertura democrática do processo”¹⁷⁸.

Faz-se necessário, dessa forma, uma legitimação do provimento através de um procedimento informado pelos direitos fundamentais processuais, concretizando-se, assim, o direito fundamental à participação, marca configuradora do próprio Estado Democrático de Direito. É imprescindível que o procedimento seja também legítimo (ou melhor dizendo, constitucionalmente adequado), com a vocação de promover a exata e correta aproximação entre direito material e processo e, portanto, adequado à tutela dos direitos¹⁷⁹. E, por fim, deverá produzir uma decisão legítima, vale dizer, conformada à Constituição e aos direitos fundamentais¹⁸⁰.

Nesse sentido, o procedimento deve ser conformado pelos direitos fundamentais processuais que caracterizam o processo justo, ou em outras palavras, “um procedimento em contraditório, jungido aos valores constitucionais e devidamente demarcado pelas garantias processuais mínimas que configuram o devido processo legal processual (art. 5º, LV)”¹⁸¹ visa a produção do processo justo, através de sua indelével e irrenunciável vocação constitucional.

¹⁷⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 200.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 401.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Op. cit. pp. 431-446..

¹⁸¹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 145.

5. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

O fenômeno da constitucionalização do processo está intimamente ligado com a superação do processualismo (da teoria da relação jurídica processual) e com a necessária (re)aproximação entre o processo e o direito material. É no final dos anos sessenta que ocorre uma sensível mudança dos estudos do direito processual, enfatizando-se a origem constitucional dos institutos processuais, como se pode verificar na obra de Nicolò Trocker, que trabalha com a ideia de em um direito à tutela jurisdicional a partir de bases constitucionais¹⁸².

Num primeiro estágio, a constitucionalização do processo civil traz consigo a incorporação de normas processuais na própria Constituição¹⁸³, caracterizando de forma inconfundível a base constitucional do direito processual. Todavia, no marco do Estado Democrático de Direito, este movimento de constitucionalização do processo desenvolve-se a partir de uma outra perspectiva: passa-se a implementar a eficácia dos direitos fundamentais¹⁸⁴, sem ignorar o aporte de seu regime jurídico, como “a teorização acerca da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF), da interpretação conforme aos direitos fundamentais e da vinculação do Estado e dos particulares aos direitos fundamentais”¹⁸⁵.

5.1 A Constituição como ponto de partida do estudo do direito processual civil

É inescusável que o estudo do processo civil deve partir da Constituição. Todo o direito processual, como ramo de direito público¹⁸⁶ que é, tem suas linhas fundamentais

¹⁸² TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

¹⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Op. cit. p. 42.

¹⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Op. cit. p. 42.

¹⁸⁵ MITIDEIRO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Op. cit. p. 43-44.

¹⁸⁶ Sobre o caráter público do direito processual, socorre-se da lição de José Carlos Barbosa Moreira: “Vale a pena recordar que, em época não muito distante – e à qual vai a nossa dando a impressão de querer assemelhar-se por mais de um prisma –, o processo civil costumava ser visto como ‘coisa das partes’. Tal concepção, que prevaleceu na Europa até a primeira metade presente século, ligava-se naturalmente à filosofia liberal

traçadas pelo direito constitucional¹⁸⁷. Com efeito, para além de seus pressupostos, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos caracterizadores.

Com efeito, sob este enfoque, as relações entre o processo civil e a Constituição revelam-se “dialógicas” e em “constante implicação”¹⁸⁸. No mesmo sentido, Hermes Zaneti fala em uma “prevalência do processo constitucional, entendido como a unidade do ordenamento processual abaixo da Constituição, em toda a sua extensão”, apontando que o processo constitucional não se limita à jurisdição constitucional *stricto sensu* do controle de constitucionalidade das normas e atos normativos, mas “pelo contrário, é preciso alargar esse conceito, para que a constitucionalização do processo seja exercida a pleno e em toda sua extensão”¹⁸⁹.

É nesse quadrante que se revela essencial revelar o conteúdo ideológico do direito constitucional e do constitucionalismo, bem como atrelar a influência do direito material e processual nos conceitos estruturantes do direito processual: jurisdição, ação e processo.¹⁹⁰ Na doutrina contemporânea, diz-se que há um diálogo constante entre direito processual civil e o direito constitucional, a ponto de alguns se referirem a uma *teoria processual da*

individualista de que se impregnavam os sistemas políticos então dominantes, e encontrava alento numa peculiaridade do processo civil, como o concebiam e disciplinavam os países europeus: a de ter por exclusivo objeto litígios atinentes a relações jurídicas de direito privado – ao contrário, assinale-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à ‘soberania das partes’ – reflexo do princípio da autonomia da vontade, entendido em termos praticamente absolutos. À luz de certos aspectos da recente evolução histórica, não será de estranhar que a alguns sorria a idéia de ressuscitar essa moda”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2. ed. Sétima Série – São Paulo: Saraiva, 1988. p. 12). Prossegue o mesmo autor: “Na verdade, não é preciso ir muito longe para perceber a inconsistência do pensamento que desvaloriza o elemento publicístico do processo civil. Nada importa que ele verse sobre matéria de direito privado, consoante pode acontecer, embora não aconteça necessariamente, em nosso ordenamento jurídico. O litígio será talvez privado, mas daí não se segue que seja igualmente privado o processo a ele relativo. Tenho consciência de estar proclamando obviedades, dignas do Conselheiro Acácio: o óbvio, entretanto, é às vezes a coisa mais difícil de enxergar com nitidez”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2. ed. Sétima Série – São Paulo: Saraiva, 1988. p. 13). Em igual sentido, Ada Pellegrini Grinover leciona que: “O direito processual é ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Tem ele fins distintos de seu conteúdo e esses fins se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitário. 2000, p. 79)

¹⁸⁷ “Hoje acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 84.)

¹⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 39.

¹⁸⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 62.

¹⁹⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 62.

*Constituição*¹⁹¹ e de outro, conforme ressalta Daniel Mitidiero “em uma teoria constitucional do processo, como desdobramento da força normativa da Constituição especificamente canalizada para o campo de atuação do processo civil”¹⁹².

O estudo do processo civil, devida e adequadamente analisado a partir da Constituição, em *terrae brasilis*, apresenta importância ímpar, especialmente, ante a amplitude da temática¹⁹³. Com efeito, a preocupação de que o processo civil seja concebido através do filtro constitucional se justifica também pelo fato de que o conceito de processo civil é de extrema relevância, não somente para a tutela dos direitos postos em discussão em juízo, mas também para a conformação de outros ramos de direito processual, conforme bem assinala José Carlos Barbosa Moreira.¹⁹⁴

Nesta vereda, relevante salientar que ainda na década de cinquenta, Liebman já alertava acerca da necessidade de que fosse atribuído mais valor à interpretação constitucional das normas processuais¹⁹⁵, temática que, à época, também se fazia presente no pensamento de Eduardo Couture¹⁹⁶. Modernamente, o processo civil deve ser necessariamente concebido a partir da Constituição e da teoria dos direitos fundamentais¹⁹⁷. Afasta-se da ideia de um processo procedimentalmente estruturado por garantias de defesa (concepção liberal do fenômeno processual) para encará-lo sob o prisma dos direitos fundamentais¹⁹⁸, tomados em perspectiva dinâmica e substancial¹⁹⁹.

¹⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 40.

¹⁹² MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 40.

¹⁹³ Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira: “A expressão *processo civil* tem no direito brasileiro extensão conceptual maior do que noutros ordenamentos jurídicos. Não se refere apenas às atividades realizadas pelos órgãos judiciais para decidir litígios sobre relações jurídicas de ordem privada. Abrange, além disso, a atividade judicial relativa às causas da chamada ‘jurisdição voluntária’ e também a concernente a litígios sobre relações jurídicas de direito público (constitucional, administrativo, tributário), os quais se incluem na área de competência da Justiça ordinária, uma vez que não existe no Brasil, aparelho equiparável ao ‘contencioso administrativo’ do tipo frances (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2. ed. Primeira Série – São Paulo: Saraiva, 1988. p. 3)

¹⁹⁴ “Convém assinalar que mesmo os ramos do direito processual estranhos ao civil, admitem como fontes subsidiárias as normas processuais civis, desde que compatíveis com a índole especial de cada um daqueles tipos de processo. Pode-se afirmar, portanto, que o direito processual assume no sistema brasileiro o papel de direito processual comum” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2. ed. Primeira Série – São Paulo: Saraiva, 1988. p. 4)

¹⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Il principio Del contraddittorio e La costituzione. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1954, p. 129.

¹⁹⁶ Conforme José Alfredo de Oliveira Baracho, “Eduardo J. Couture, com seus estudos, despertou o interesse da doutrina na América Latina e, inclusive, na Europa, pela análise das garantias constitucionais do Processo”, nessa linha, afirma que “após o projeto do Código de Procedimentos Cíveis de Couture, em 1945, começou na América Latina certa tendência reformista”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 122-23). Para Couture, o processo civil significava “o desenvolvimento de um preceito constitucional” (COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 94).

¹⁹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit. p. 42.

¹⁹⁸ Com relação ao tema, oportuna a lição de Luigi Paolo Comoglio “Se analisar-se, ao longo da história constitucional moderna, desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial, se chegará a uma conclusão clara. Nas

5.2. Constitucionalismo contemporâneo e suas implicações no processo civil

A nova perspectiva adotada pelo processo civil, com o advento do Estado Democrático de Direito, decorre das preocupações sociais com o processo, mas também do cariz transformador próprio do constitucionalismo contemporâneo que se desvencilha do modelo de constitucionalismo liberal. O novo constitucionalismo, próprio desse Estado Democrático de Direito, confere ao direito um caráter modificador e concretizador das garantias fundamentais, ao mesmo tempo em que estabelece um embate ideológico em face do positivismo²⁰⁰.

Nesse sentido, Lenio Streck afirma haver “uma incompatibilidade paradigmática entre o novo constitucionalismo (*compromissório, principiológico e dirigente*) com o positivismo jurídico, nas suas mais variadas formas.”²⁰¹ Assim, eventual postura que, de alguma forma, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, revela-se diametralmente oposta às proposições do constitucionalismo contemporâneo.

O direito, a partir deste novo paradigma constitucional, assumirá um caráter hermenêutico²⁰², deixando de ser identificado na lei, para manifestar-se com o “acto judicativamente decisório através do qual, pela mediação embora do critério jurídico possivelmente oferecido por essas normas, *mas com ampla actividade normativamente constitutiva*, se cumprem em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, enquanto tal”²⁰³ O essencial, nesse sentido, é dar primazia ao momento concreto de aplicação

principais convenções internacionais e nas constituições dos Estados de democracia clássica, sobretudo na Europa, certas garantias relacionadas com a função jurisdicional e do processo - nomeadamente as que decorrem dos princípios mais significativos (...) a justiça natural - foi gradualmente imposta como fundamental e inviolável, no contexto geral dos direitos e liberdades da pessoa, em virtude de uma necessidade contingente jurídico-político” (COMOGLIO, Luigi Paolo, “Garanzie costituzionali e *giusto processo* – Modelli a confronto”, Revista de Processo, Ano 2000. nº 90, p. 99)

¹⁹⁹ Um dos exemplos mais evidentes desta concepção dos direitos fundamentais e da influência no direito processual veio logo após a Segunda Grande Guerra, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Neste instrumento ficou consignado que: “*Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela*” (art. 10).

²⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8.

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit, p. 8.

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit, p. 217.

²⁰³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003, pp. 11-12.

do direito²⁰⁴, em detrimento do momento abstrato-sistemático.²⁰⁵ O direito, nesta quadra, deixa de se encontrar contraído na lei, tendo em vista a preferência jurídica conferida aos direitos fundamentais e o reconhecimento de "princípios normativos a transcenderem também a lei, a legalidade, convocados como fundamentos normativos da juridicidade e que a própria lei terá de respeitar e cumprir"²⁰⁶

Além disto, a concretização dos direitos fundamentais passa a ser o centro das preocupações do Estado²⁰⁷. E, apesar de o Poder Judiciário assumir um papel importante, não se admite decisionismos ou interpretações discricionárias²⁰⁸. E aí reside justamente a tarefa básica de uma teoria jurídica adequada sob o ponto de vista constitucional: concretizar direitos e evitar arbitrariedades, decisionismos e discricionariedades²⁰⁹.

O Poder Judiciário, nesta quadra, sempre atuará no sentido regulador, controlando a legalidade constitucional, podendo, no limite, ordenar a execução e determinadas medidas ao Executivo (medidas essas determinadas pelo direito), mas a execução em si sempre caberá ao Executivo. Há um espaço que o Judiciário não alcança. Por isso, uma teoria da decisão é importante para nos assegurar dos limites desse espaço não alcançado pelo Judiciário; um espaço democraticamente garantido, para que nossa democracia não se transforme em uma

²⁰⁴ Nesse sentido, veja que Carlos Maximiliano, já nos Comentários à Constituição de 1892, chamava atenção para a importância do momento da aplicação: "Formulam-se, de acordo com a boa técnica, as leis positivas em termos gerais, sem causticas individualizações: fixando regras, consolidando princípios, estabelecendo normas, em uma forma clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial ao executor descobrir a relação entre o texto abstracto e o caso concreto, entre a norma jurídica e o facto social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, será mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo: o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, -- *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*. (MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios á Constituição Brasileira*. 2ª Edição, ampliada. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor. 1929. p. 89.)

²⁰⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 57)

²⁰⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV [separata], 1998, p.5-6

²⁰⁷ "Ou seja, é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um carácter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação. Na medida em que aumentam as demandas por direitos fundamentais e na medida em que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de controlar limites ao "poder hermenêutico" do juiz" (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. p.1-2).

²⁰⁸ "Nenhum intérprete (juiz, promotor de justiça, advogado, etc.) está autorizado a fazer interpretações discricionárias" (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit, p. 217."

²⁰⁹ "Numa palavra: se o direito é um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar condições para a) a concretização de direitos – afinal, a Constituição (ainda) constitui – e, b) ao mesmo tempo evitar decisionismos, arbitrariedades (espécies do mesmo gênero, o positivismo) interpretativas" (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit, p. 12.).

juristocracia.²¹⁰ Nesse cenário, exige-se da teoria jurídica uma revigorada teoria das fontes que tenha a capacidade de, dentre vários aspectos, embasar uma compreensão constitucional do processo civil.

Assim, os direitos fundamentais podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade²¹¹. Na condição de direitos subjetivos, “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”²¹². Não obstante, entende-se que os direitos fundamentais não podem ser analisados somente do ponto de vista dos indivíduos como um poder do qual são titulares²¹³. Daí a importância de serem surpreendidos também em uma perspectiva objetiva, na qual ganham função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, e que “desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais”²¹⁴. Ainda que não seja possível traçar um “paralelismo necessário entre regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre princípios e a perspectiva objetiva”²¹⁵ é inegável que, em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais assume diversas facetas, como a de “fornecerem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”²¹⁶ (eficácia irradiante), que vão pressupor uma compreensão adequada do caráter principiológico que venham a assumir.

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 66.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Op. cit. p. 152.

²¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 144-45.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Op. cit. p. 144.

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Op. cit. p. 144.

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Op. cit. p. 147.

II) O PROCESSO CIVIL NA MATRIZ DA TEORIA DO ESTADO: DO PROCESSO LIBERAL AO PROCESSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. A TEORIA DO ESTADO COMO MATRIZ PARA A ANÁLISE DOS PODERES DO JUIZ NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL

Um estudo a respeito do direito processual civil que real e efetivamente se considere sério e minimamente comprometido com o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição não pode (e não deve) ficar limitado à pesquisa dogmática²¹⁷ jurídica²¹⁸ do direito. É preciso ir além²¹⁹. E para tanto é essencial que o processo civil e seus respectivos institutos processuais sejam (re)analisados/(re)visitados a partir da compreensão dos diferentes modelos do Estado (e seus objetivos) no curso da história, dando-se ênfase às três principais matrizes do Estado Moderno: Estado Liberal²²⁰, Estado Social e Estado Democrático de Direito²²¹.

²¹⁷ Quanto à crítica do estudo do direito a partir da “dogmática jurídica”, ver os apontamentos de Lenio Luiz Streck, in STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*: “Dogmática Jurídica: Graças a isso, no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, “suplicante e suplicado”, expressões estas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a todos nós. Mutatis mutandis, isto significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de “coisificação” (objetificação) das relações jurídicas.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 89)

²¹⁸ Conforme Warat, por que a dogmática jurídica “é a atividade que tem a pretensão de estudar o direito positivo vigente sem construir sobre o mesmo, juízos de valor”. Dessa forma, cuidaria de uma “teoria sistemática do direito positivo baseada em sua aceitação acrítica, e que, mediante a elaboração conceitual do direito estabelecido, explicitaria a sua coerência, denotando a pseudológica que o ordena” (WARAT, Luis. CARDOSO, Rosa. *Epistemologia e dogmática jurídica*. In: WARAT, Luis Alberto. *Ensino e saber jurídico*. Luis Alberto Warat e Rosa Maria Cardoso da Cunha. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977, p. 25)

²¹⁹ E “ir além” na proposta de estudo apresentada neste trabalho, significa estudar o processo civil e seus institutos a partir da análise da respectiva teoria do Estado (vigente no respectivo momento histórico) e da necessária e obrigatória imbricação do processo civil com a Constituição.

²²⁰ Nesse sentido, Dierle José Coelho Nunes classifica o processo civil no Estado Liberal como um modelo que buscava a prevalência do princípio da escritura e do papel das partes (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Op. cit. p. 55)

²²¹ Quanto a este modelo de organização do Estado, Dierle José Coelho Nunes, faz referência aquilo a “uma prevalência do princípio da oralidade e do papel do juiz no processo (socialização processual)” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Op. cit. p. 55)

Esta abordagem, nesse sentido, toma como ponto de partida as relações entre governantes e governados²²², sem descuidar, não obstante, de outros elementos que se fazem presentes na caracterização das referidas formas de Estado. As relações entre Estado, indivíduo e a sociedade devem ser compreendidas a partir do contexto social, histórico e cultural do qual faz parte o Direito. O processo civil, neste quadrante e conforme refere Mirjan R. Damaska é um reflexo também das concepções dominantes sobre o papel do Estado²²³. A teoria do Estado, dessarte, para o direito processual, deve ser compreendida como um elemento essencial, na medida em que toda a compreensão do processo civil já traz consigo um sentido cultural a respeito do modelo de organização do Estado²²⁴. Com efeito, as idéias dominantes sobre o papel do Estado – num dado momento histórico e social tomado em referência – afetam (influenciam) sobremaneira as concepções e os propósitos de justiça, e estes por sua vez, são relevantes para a escolha de várias soluções processuais.

A compreensão do fenômeno processual, a partir da análise da teoria do Estado, por exemplo, possibilita ao pesquisador do direito investigar as razões históricas que contribuíram para que o magistrado no Estado Liberal assumisse um papel passivo na condução do processo e subordinado à legislação na tomada das decisões (“*la bouche de la loi*”), conforme se verificará nas linhas que seguem; assim como identificar o papel do juiz (ativo) e das partes (com direito à participação efetiva) – com relação ao processo civil – no paradigma do Estado Democrático de Direito. Necessário, portanto, verificar-se a evolução histórica e jurídica do processo civil em face das modificações ocorridas no papel do Estado, desde a sua feição liberal (pós Revolução Francesa) até o advento do Estado Democrático de Direito (pós Constituição de 1988, especificamente, no Brasil).

²²²PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 21.

²²³“ Il mio secondo tema richiede di stabilire connessioni tra la fisionomia del processo e le concezioni dominanti del ruolo dello Stato nella società. Queste connessioni posso definirsi in diversi modi, ma io le definirò prevalentemente in quanto mediate dall'evoluzione delle idee circa gli scopi della amministrazione della giustizia: le idee dominanti sul ruolo dello Stato influenzano le concezioni degli scopi della giustizia, e queste sono a loro volta rilevanti per la scelta di varie soluzioni processuali” (DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002, p. 41.)

²²⁴Conforme Miguel Reale, “desde o mais elementar ato de percepção, o percebido já surge como algo objetivo e transpessoal, de tal modo que jamais lograríamos compreender o significado do homem desvinculado do complexo variegado daquilo que ele exterioriza, como projeção e dimensão imediata de sua consciência intencional. É a razão pela qual costume afirmar que a cultura é o *sistema aberto das 'intencionalidades objetivadas'*, de tal sorte que o homem só pode ser integralmente compreendido levando-se em conta o que ele é como *indivíduo 'a se'* e o que ele é como *sócio*, isto é, enquanto partícipe consciente ou não do complexo de imagens, símbolos, fórmulas, leis, instituições, etc., ou seja, de todas as *formas* que, no decurso do tempo, vão assinalando a incessante incidência de valores sobre o já dado ou positivado na história” (REALE, Miguel. *O homem e seus horizontes*. 2ª ed. São Paulo: Topbooks, 1997, p. 25).

A forma de organização do processo, ou seja, o modo como ocorre a divisão das atividades e posições dos sujeitos processuais, apresenta uma necessária e inescusável imbricação com a configuração do próprio modelo de Estado. Essa análise pode ser feita a partir de três modelos de Estado: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, para a compressão das influências da teoria do estado sobre a forma de organização do processo civil, revela-se valiosa a lição de Mirjan R. Damaska, o qual aponta a existência de dois tipos de estado²²⁵: o Estado Reativo²²⁶ (cuja orientação resta ligada ao modelo liberal) e o Estado Ativo²²⁷ (comprometido com o modelo Social e Democrático de direito), sendo que para cada um dos dois tipos de Estado, se verifica um modelo distinto de “amministrazione della giustizia”²²⁸.

Partindo destas concepções (matrizes essenciais), seria possível associar o Estado Reativo a um modelo específico de administração da justiça e do processo? Ao responder tal questionamento, Mirjan R. Damaska responderá que “Nel suggerire una risposta affermativa mostrerò come lo Stato mínimo colori la percezione di ciò che significa amministrare la giustizia e, in secungo luogo, come tale percezione influenzi la scelta dei principi strutturali fondamentali per la costruzione del processo”²²⁹, ou seja, o modelo de Estado Mínimo tem influência direta na forma como a justiça e o processo serão administrados, na medida em que o Estado não se envolve nos conflitos e nas disputas individuais, limitando-se a realizar uma “administração residual” de assuntos que, eventualmente possam por ele se tratados.²³⁰

²²⁵ DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 136.

²²⁶ “L'unico compito dello Stato reattivo consiste nel fornire una struttura portante nell'ambito della quale i cittadini perseguono gli scopi che si sono scelti. I suoi strumento devono liberare le forze spontanee dell'autogestione sociale. Lo Stato no consce nozione di interesse distinto dagli interessi sociali e individuali (privati): no ci sono problemi tipicamente statali ma solo problemi sociali e individuali. Di questo Stato minimalista si dice spesso che faccia soltanto due cose: protegger l'ordine e costituire un foro per la risoluzione di conflitti che non posso essere amplianati dai cittadini stessi. Tuttavia il non pito di proteggere l'ordinine - specialmente quando sfocia nell'azione preventiva - può portare a una considerevole estensione dell'attività direttiva. Di conseguenza le vere e proprie versioni estreme dell'ideologia reattiva tendono a far coincidere la protezione dell'ordine con la risoluzione dei conflitti.” (DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 136.)

²²⁷ “la nostra attenzione va ora rivolta all'altro capo dello spettro ideologico: allo Stado attivo estremo. Um tale Stato fa molto di più che adottare scelta di valore propulsiva e qualche programma di benessere. Esso assume o persegue una teoria globale delle condizioni di vita ottimali, e tenta di utilizzarla come base di programmi teoricamente onnicomprensivi di miglioramento morale e materiali de dittadini.” (DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 147).

²²⁸ DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 136.

²²⁹ DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 142.

²³⁰ “Si è già sottolineato che nell'ottica dell'ideologia reattiva ogni attività estatale diventa indistinguibile dalla risoluzione dei conflitti. Essendo meramente reattivo, lo Stato non è legittimato a risponder a una crisi nella società civile senza che, e finchè, i litiganti abbiano adito il suo foro: il processo presuppone necessariamente una effettiva controversia. Nella misura in cui lo Stato si occupa di amministrazione residuale, anch'essa finisce per mescolarsi con il processo. La pubblica amministrazione che desidera agire in un modo a cui qualcuno si oppone deve dare inizio a una qualche specie di azione civile di fronte a un tribunale, anzichè limitar-se a portare

Reflexo desta orientação/ideologia é a postura do juiz que apenas “preside” o processo, garantido um *mínimo de equilíbrio* entre as partes litigantes: “I giudici si limitano a presiedere alla discussione delle parti avverse, e intervengono nel processo solo quando è necessario per controllare e garantire un'equa soluzione delle questioni.”²³¹

Diferentemente, no Estado Ativo a participação do Estado é marcante nas relações e resolução de conflitos entre os indivíduos, bastando observar-se o exemplo oferecido por Damaska, no qual o Estado teria poderes para agir – no sentido prevenir uma “ameaça econômica ou moral” – mesmo em situações decorrentes de “contratos conscientemente celebrados” ou de terminados “comportamentos sexuais mantidos por adultos”.²³² No Estado Ativo, por outro lado, a justiça e o processo, segundo Damaska, apresentam uma “due facce”: giustizia come risoluzione dei conflitti e come attuazioni di scelte politiche, ou seja, justiça para resolução de conflitos e como implementação de políticas sociais.²³³

Não restam dúvidas, nesse cenário, que visualizar o processo civil a partir da função desempenhada pelo Estado é maneira profícua para se identificar as origens e influências culturais, histórias e sociais em que o processo civil encontra-se inserido, escopo que se pretende aportar nas linhas seguintes, num primeiro momento tratando do aspecto histórico e conceitual, para num segundo momento trazer-se os necessários elementos de crítica e reflexão sobre a influência dos modelos de Estado na organização do processo e das atividades do juiz.

avanti i propri piani e quindi addossare al cittadino interessato l'onere di ricorrere alla giustizia.” (DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 142.)

²³¹ (DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 146.)

²³² “Nell'esaminare l'impatto dell'ideologia attiva sulla struttura del processo, un utile punto di partenza consiste nel mostrare in che modo la concezione del diritto dello Stato attivo, come strumento per la realizzazione dei suoi programmi, renda il processo indipendente dalla risoluzione dei conflitti. Richiedere l'esistenza di una controversia come requisito generale per l'instaurazione del processo no ha evidentemente alcun senso per uno Stato attivo. I conflitti non nascono miracolosamente ogniqualvolta un evento sociale indica il bisogno di attuar la legge e realizzare così uno scopo di politica del diritto nelle circostanze concrete del caso. Infatti la stessa assenza di controversie - la stati sociale - può essere motivo di preoccupazione per uno Stato seriamente impregnato nella trasformazione della società. Le attività tra adulti consenzienti - un contratto che hanno concluso, o un certo comportamento sessuale - pur nun provocando alcun disturbo alla società nel suo complesso e pur gratificando completamente i partecipanti, possono tuttavia esse considerate dai funzionari dello Stato come una minaccia al miglioramento del benessere economic o morale.” (DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 153.)

²³³ DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 158.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO LIBERAL

O Estado Liberal de Direito, que historicamente tem em Locke²³⁴ e Montesquieu²³⁵ algum de seus principais teóricos, caracterizou-se pela propagação de um ideal político, jurídico e social baseado na existência de liberdades individuais²³⁶, de direitos fundamentais²³⁷, de uma democracia representativa, da separação de poderes, bem como, do protagonismo das leis, próprio dos movimentos constitucionalistas que surgiram a partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215²³⁸.

²³⁴ Para entender o poder político e suas origens liberais, Locke entende ser essencial analisar como conviviam os homens em seu estado de natureza. No estado natural, os homens eram iguais, mas essa liberdade e essa igualdade eram, sobretudo, no plano teórico. Na visão lockiana, o cidadão tem direitos inerentes à sua existência, tais como: vida, liberdade e a propriedade, porém é incapaz de desfrutar desses direitos naturais sem paixões pessoais. Necessária, portanto, para o uso e o gozo desses direitos, é a reunião das pessoas em torno de um contrato social que garanta os direitos naturais mediante um governo que imponha leis capazes de protegê-los. Cria-se uma estrutura de segurança e, sob essa condição, a liberdade que coexistia, assim como os outros direitos, apenas no plano teórico pode ser restringida, crescendo por conseqüência a liberdade real. Mas Locke ressalta, nesta obra, que somente o assentimento do povo daria e seria o único fundamento da autoridade desse governo. E é explícito ao escrever: “A liberdade do homem, na sociedade, é não se submeter a nenhum outro poder legislativo, senão o estabelecido mediante assentimento no país, nem ao domínio de qualquer vontade, ou restrição de qualquer lei, senão daquela que o legislativo promulgar, segundo a confiança nele depositada” (LOCKE, John, *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 35-39)

²³⁵ Partindo do pressuposto de que é necessário um controle externo para que os sistemas políticos funcionem a contento, Montesquieu propõe a criação de regras para que sejam estabelecidos limites aos detentores do poder, sobretudo, para que possa implementar uma garantia de liberdade dos indivíduos. E a forma sugerida por Montesquieu é a divisão da esfera administrativa em três poderes: “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Muracho* – São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 184-195.)

²³⁶ Leciona Paulo Bonavides: “A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuida que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade. Fazia-se mister contrapor à onipotência do rei, um sistema infalível de garantias. Essa doutrina é, como se vê, um termômetro das tendências antiabsolutistas” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 45)

²³⁷ Sobre a relação entre direitos fundamentais e o Estado Liberal, relevante a contribuição de Luigi Ferrajoli: “Que coisas são os direitos fundamentais? A vida, a liberdade, responde Locke (...). A liberdade, a propriedade e a resistência à opressão, a firma o art. 2º da Declaração de 1789, que, no art. 17, reafirma o caráter de ‘direito sacro e inviolável’ da propriedade.” (FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Coppetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 19)

²³⁸ Enquanto teoria diversificadamente elaborada por filósofos, teólogos e juristas, a doutrina dos direitos do homem pode ser considerada como a racionalização póstuma do estado de coisas a que conduziu, especialmente na Inglaterra e muitos séculos antes, a luta entre a monarquia e as outras forças sociais, que concluiu com a concessão da Magna Carta por parte de João Sem Terra (1215), quando as faculdades e os poderes que nos séculos futuros serão chamados de “direitos do homem” são reconhecidos sob o nome de “liberdade” (*libertates, franchises, freedom*), ou seja, como esferas individuais de ação e de posse de bens protegidos perante o poder

De modo geral, o pressuposto filosófico do Estado Liberal, entendido como o Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto²³⁹, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual todos os homens, indiscriminadamente, são titulares de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.²⁴⁰ E a estes direitos, o Estado ou aqueles que em determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência de seus comandados, deve respeitar e não invadir (assim como, proteger contra toda e qualquer possível invasão por parte de outros)²⁴¹.

Nesse viés, Norberto Bobbio refere que na acepção mais comum, por “liberalismo” entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas e, como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que, atualmente, chama-se de Social. No entanto, é essencial compreender-se que “liberalismo” e “democracia” não são a mesma coisa e tampouco são interdependentes: um Estado liberal não é necessariamente um Estado Democrático.²⁴² Segundo lição do mesmo autor, historicamente, o Estado Liberal realizou-se em sociedades cuja a participação do governo era bastante restrita e limitada às classes possuidoras. Um governo democrático não é certeza de um Estado Liberal e vice-versa. A bem da verdade, o Estado Liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal²⁴³.

A ideia de que o exercício do poder político apenas é legítimo se fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais deve ser exercido e, portanto, um acordo entre aqueles que decidem submeter-se a um poder superior com aqueles a quem esse poder é confiado, é uma premissa que deriva da pressuposição de que os indivíduos têm direitos que não dependem da instituição de um soberano e que a instituição de um soberano tem a principal função de

coativo do rei. (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. – São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 13).

²³⁹ Nas palavras de Lenio Luiz Streck e José Luís Bolzan de Moraes: “Como primeira expressão do Estado Moderno, vamos observar que a estratégia de construção da nova forma estatal, alicerçada na ideia de soberania, vai levar à concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, o que vai originar as chamadas monarquias absolutistas, fazendo com que a realeza que esta nas origens do Estado Moderno associe as concepções latina e feudal de autoridade – *imperium e senhoriagem* – permitindo-se personificar o Estado na figura do rei, ficando na história a frase de Luiz XIV, o Rei Sol: *L’État c’est moi* – O Estado Sou eu”. (STRECK, Lenio Luiz. *Ciência e teoria do estado* / Lenio Luiz Streck; José Luís Bolzan de Moraes. 7ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.45)

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Op. cit. p.11.

²⁴¹ O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e não prescritíveis do homem (art. 2º da Declaração Universal do Homem e do Cidadão, 1789)

²⁴² BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Op.cit. p.7.

²⁴³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Op.cit p.8

permitir a máxima explicitação desses direitos compatível com a segurança social.²⁴⁴ Segundo Paulo Bonavides, no Estado Liberal, o Estado é a armadura de defesa e proteção da liberdade e a sua essência há de se esgotar numa missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social.²⁴⁵

Constituem-se, pois, valores do Estado Liberal, os direitos individuais, a liberdade²⁴⁶, a propriedade privada²⁴⁷, a segurança jurídica²⁴⁸ e a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal.²⁴⁹ O liberalismo, portanto, centra-se na concepção de Estado que tem poderes e funções típicas de um Estado mínimo²⁵⁰. Ou seja, no conceito de liberalismo concentra-se a ideia de limites de liberdades, tendo como o ator principal o próprio indivíduo.²⁵¹ Assim, a tradição liberal concebe o Estado como sendo limitado apenas por proibições, a fim de garantir os direitos individuais de liberdade e propriedade, trazendo então, somente garantias negativas, ou seja, deveres de não fazer para o Estado, de não interferir na esfera dos particulares.²⁵²

Outrossim, é importante ressaltar que este modelo de Estado Liberal atribuía ao Parlamento um primado absoluto em relação aos outros poderes do Estado, uma vez que o Poder Legislativo seria o único órgão que teria condições de ostentar uma investitura popular

²⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Op.cit. p.15

²⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Op.cit. p. 41.

²⁴⁶ Liberdade, segurança e propriedade, eis a essência do lema da construção liberal da sociedade. A que se acrescenta, na fórmula lapidar da época, a "resistência à opressão". (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 44)

²⁴⁷ A propriedade tornava-se, assim, mais que o conteúdo de um direito fundamental, uma condição objetiva e uma garantia de liberdade - constituindo e distribuindo o poder de escolha (de compra) - e, simultaneamente, de felicidade - permitindo o equilíbrio ótimo das preferências sob o signo da verdade racional da lei, no "melhor dos mundos possíveis". (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Op. Cit. p. 44)

²⁴⁸ Por sua vez, a segurança constitui o pressuposto da liberdade. O Estado não pode intrometer-se na vida de cada um, deve deixar que os indivíduos encontrem, por si, em concorrência, a sua felicidade, mas o Estado tem de existir e há-de ser até um Estado forte para o desempenho das suas missões básicas, sintetizadas na garantia da defesa e da segurança da nação e dos cidadãos. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Op. Cit. p. 46)

²⁴⁹ GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Tradução, prefácio e apêndice de Agassis Almeida Filho: Forense, 2009. p. 41-42.

²⁵⁰ Importante nessa quadra salientar que falar-se em Estado Mínimo não é o mesmo que se falar em Estado Negativo, conforme salientam Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan: "Entretantp, o Estado negativo – com um intervencionismo zero – nunca foi experimentado, pois, desde sua criação, a atividade estatal sempre se deu, em maior ou menor escala, voltada para fins distintos, porém algum grau de intervencionismo sempre foi experimentado, até mesmo por que, em caso contrário, estaríamos diante da própria supressão do Estado como ente artificial que deve responder às características postas pelo Contrato Social" (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68).

²⁵¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Op. cit. p. 57-58.

²⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juar Terradillos Basoco, Rocio Cantanero. 4.ed. Madrid: Trota, 2000. p. 860.

direta.²⁵³ Nesse cenário, a “lei” havia sido concebida, *à la* Rousseau, como expressão da vontade geral da nação a cujas prescrições o Poder Executivo devia ater-se rigorosamente.²⁵⁴ Diante desta hegemonia do Parlamento, os Poderes Executivo e Judiciário assumiriam posições de subordinação: (i) ao Executivo competia uma obediência literal à lei; (ii) enquanto que ao Judiciário, competia o formalismo da aplicação desta lei.

Decorre desta percepção, o fato de que a lei deveria ser concebida como norma geral e abstrata, a fim de defender os interesses dos cidadãos dos privilégios e abusos outrora verificados no Estado Absolutista. Com efeito, a lei não tem uma relação disjuntiva com a liberdade, razão pela qual esta começa onde se detém a força coativa da primeira. Tanto para Locke, como para Montesquieu, a lei é o caminho indispensável da liberdade. Aquilo que para Montesquieu, impede o despotismo – a degeneração do bom regime – é o feliz conúbio entre liberdade e lei. O indivíduo é livre enquanto age nos trilhos da lei e esta, por sua vez, é o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio. É exatamente no nexo entre liberdade e lei que nasce a possibilidade de conter o arbítrio do príncipe e de tutelar a segurança dos sujeitos. A liberdade e a segurança (da pessoa, dos bens) são valores finais que a lei permite alcançar na medida em que impede o arbítrio.²⁵⁵

Assim, a tradição liberal concebe o Estado como sendo limitado apenas por proibições, a fim de garantir os direitos individuais de liberdade e propriedade, trazendo então, somente garantias negativas, ou seja, deveres de não fazer para o Estado, de não interferir na esfera dos particulares.²⁵⁶ Destarte, compete ao Estado Liberal, por meio da lei, “garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”²⁵⁷. O direito, no Estado Liberal, passa a ser considerado um ordenamento constitucional/legal²⁵⁸, deixando para trás a antiga ideia de que ele era algo concebido transcendentemente com base na imutável hierarquia social oligarca.

²⁵³ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Organizado por Pietro Costa, Danilo Zolo, com a colaboração de Emílio Santoro; tradução Carlos Alberto Dastoli – São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23.

²⁵⁴ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Op. cit. p.23.

²⁵⁵ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Organizado por Pietro Costa, Danilo Zolo. p. 103.

²⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Op. cit. p. 860.

²⁵⁷ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.

²⁵⁸ Nesse sentido, recorre-se a lição de J. J. Canotilho: “A ideia de Estado de direito no constitucionalismo francês assentou – pelo menos em termos teóricos -, na construção de um *État Légal* concebido com uma ordem jurídica hierárquica. No vértice da pirâmide hierárquica situava-se a *Déclaration* de 26 de Agosto de 1789 consagrando os ‘*droits naturels ET sâcres de l’homme*’. Esta *Déclaration* era, simultaneamente, uma ‘supra-constituição’ e uma ‘pré-constituição’: supra-constituição porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a

Com base neste substrato ideológico-filosófico, a igualdade formal de todos diante da lei passa a ser consagrada. É neste contexto que são formulados os princípios de legalidade - *nullun crimen sine lege* – e de igualdade jurídica (a igual submissão de todos os sujeitos à lei) que a civilização jurídica oitocentista irá considerar de algum modo adquiridos (pelo menos idealmente, mesmo permanecendo incerta e problemática a sua efetiva realização)²⁵⁹. O constitucionalismo, neste contexto jurídico e social, surge como tema basilar para a legitimação do poder político. O escopo, no Estado Liberal²⁶⁰, é impor limites ao *Leviatã*²⁶¹ e garantir os direitos individuais. Decaída a autoridade do antigo Estado Absoluto (*ancien regime*) e rompida a ideologia do passado, o cidadão caminha rumo à democracia, prosseguindo com seus combates e determinando a mudança ocorrida, no sentido das Cartas Constitucionais, cada vez mais exigentes de conteúdos que se destinassem a fazer valer objetivamente o ideário burguês das liberdades concretas, dignificadoras da pessoa humana.²⁶²

própria constituição (1791); pré-constituição porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira lei superior. A lei ocupa o terceiro lugar na pirâmide hierárquica e, na base, situam-se os atos do executivo de aplicação das leis.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 95)

²⁵⁹ No “século XVIII reformador”, de qualquer modo, a confiança na lei como instrumento de proteção e de fortalecimento da liberdade, da propriedade, dos direitos dos sujeitos procede igualmente com uma atitude otimista em relação à soberania: que na sua atual configuração tende perigosamente ao despotismo, mas pode, deve se tornar a expressão e o caminho para uma ordem finalmente racional. (COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Op. cit.. p. 103-104)

²⁶⁰ Quanto ao Estado Liberal, Canotilho refere que “Inicialmente o Estado de direito começou a ser caracterizado, em termos muito abstratos, como ‘Estado da Razão’, ‘Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa’. No final do século, estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: o Estado de direito é um *Estado Liberal de Direito*. Contra a ideia de um *Estado de Política* que tudo regular e que assume como tarefa própria a prossecução da ‘felicidade dos súditos’, o Estado de direito é um *Estado liberal* no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e seguranças públicas (“Estado polícia”, “Estado gendarme”, “Estado guarda noturno”), remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 97)

²⁶¹ Com relação ao *Leviatã*, relevante é a contribuição de Hoffe ao, assim, descrevê-lo: “Uma comunidade política possui, sob uma ou outra forma, mandatos para o exercício da coerção e se converte através deles em uma situação de dominação que pode assumir os traços ameaçadores de um Estado com carta branca, de um Estado onipotente e absolutista. Para uma tal situação de dominação, devemos a Hobbes a metáfora orientadora. Para seu tempo fiel à Bíblia, quase furiosamente bíblico, ele denominou o poder do Estado inexpugnável “*Leviatã*”, o monstro marinho do livro de Jô. Pra nossa época não mais tão fiel À Bíblia, a gravura em cobre do título, que abre a primeira edição do *Leviatã* representa claramente a afirmada onipotência do Estado: atrás de montanhas, de algumas aldeias e duma cidade emerge um tirano com cora e insígnias; examinando melhor, percebe-se que o gigantesco homem artificial, o Estado, é composto somente de homenzinhos – figura da ideia de Hobbes tem da representação e também da tese de que cada cidadão se dissolve completamente no Estado onipotente. O tirano, aliás, não segura em suas mãos apenas a espada, mas também o cajado de pastor – figura a expressar que Hobbes atribui ao soberano, ao mesmo tempo, os direitos de decisão, tanto para questões mundanas, como para as religiosas” (HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 2).

²⁶² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Op. cit. p. 44.

O vitorioso Estado burguês de Direito eleva os direitos da liberdade ao cume da ordem política²⁶³. Consoante leciona Paulo Bonavides, “disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e, assim, concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal”. Ademais, permitia aos burgueses falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos da liberdade (fundamentais de primeira geração) que ela mesma proclamara, os quais se apresentavam, em seu conjunto, do ponto de vista teórico, “válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir”²⁶⁴.

A separação de poderes ganhou maior projeção como garantia contra o abuso do poder estatal²⁶⁵, técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade, em razão do exercício fracionado e simultâneo das funções administrativas, legislativas e judiciais. Com efeito, o princípio da separação dos poderes²⁶⁶ é resultado dos próprios postulados do Estado Liberal e visa – dentre outros - a combater o arbítrio, como uma arma necessária da liberdade do indivíduo e para a afirmação da sua personalidade²⁶⁷. Em decorrência destas premissas, o princípio da separação dos poderes foi concebido pelo Estado Liberal, da seguinte maneira: i) atividade legislativa: estabelecimento de normas gerais e abstratas; ii) atividade administrativa: era primária e espontânea, o direito deveria ser aplicado por iniciativa própria, tendo em vista os interesses da própria administração (administrar é aplicar a lei de ofício); iii) atividade *jurisdicional*: estava voltada à atuação da vontade concreta da lei²⁶⁸. Pelo

²⁶³ Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos ma do respeito de uma esfera de liberdade individual. Compreende-se, por isso, que os dois direitos fundamentais – liberdade e propriedade – só pudessem sofrer intervenções por uma lei aprovada pela representação popular (*doutrina da lei protetora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina da reserva de lei*) (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit. p. 97)

²⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Op. cit. p. 45.

²⁶⁵ O controle dos poderes públicos torna-se tema de interesse permanente, quando se destaca a necessidade em conciliar-se a liberdade e a autoridade. Martin Péres Guevara acentua que, a partir da Revolução Francesa e desde quanto Montesquieu aponta o princípio da separação dos poderes como instrumento essencial para assegurar a liberdade e as garantias do homem e do cidadão, o controle passa a ser um dos temas fundamentais do Direito Público. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional* – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984. p. 02)

²⁶⁶ Eduardo Cambi defende que seria mais adequado falar-se em “separação de funções”, uma vez que o poder estatal é um só, conforme disposto na Constituição Federal Brasileira ao estabelecer no art. 1º, parágrafo único que *todo o poder emana do povo*. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 171).

²⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Op. cit. p. 86.

²⁶⁸ Conforme lição de Eduardo Cambi, ao comentar o princípio da separação dos poderes. Op. cit. p. 172.

modelo liberal, a liberdade implica a ausência de obstáculos, impostos pelo Estado, para que as pessoas exerçam suas escolhas e possam decidir quais os caminhos pretendem trilhar.²⁶⁹

Assim, além dos próprios direitos fundamentais e da separação de poderes, erige-se o ideal do *law's empire*, ou seja, é o momento histórico daquilo que os liberais chamam de Império da Lei²⁷⁰, com observância estrita ao direito posto, como forma de persecução da segurança jurídica. O ideário, nesse sentido, era de que somente a lei refletia a vontade geral e, assim sendo, condicionava a jurisdição, já que o poder legislativo era tido como o depositário da vontade geral, razão pela qual a manifestação jurídica em conformidade com a lei era a regra fundamental de toda a democracia.²⁷¹

Nesta esteira, o Constitucionalismo Moderno²⁷², próprio do Estado Liberal, surgiu com a finalidade de controlar o exercício do poder político, a fim de garantir aos indivíduos o respeito à lei por parte dos órgãos do governo, sendo que o instrumento idealizado para a concretização destes direitos, a norma constitucional²⁷³. Na perspectiva do paradigma do Estado Liberal, o arcabouço de garantias das liberdades individuais e dos direitos fundamentais, necessária e obrigatoriamente, encontra eco na norma constitucional. A Constituição é compreendida como instrumento de governo (*instrument of government*), como

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p.411

²⁷⁰ J. J. Conotilho em seu “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*” tem passagem de conteúdo ímpar a respeito: “A limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberando: este estava também submetido ao *império da lei*, transformando-se em ‘órgão do Estado’. No âmbito da atividade administrativa, fundamentalmente dedicada à defesa e segurança públicas, os poderes públicos deciam atuar nos termos da lei (*princípio da legalidade da administração*) e obedecer a princípios materiais, como por exemplo, o *princípio da proibição de excesso*. Logicamente, estes princípios conduzem à exigência do controle judicial da atividade da administração. A fiscalização da legalidade dos atos da administração pelos tribunais poder-se-ia fazer segundo um de dois modelos: (1) ou segundo o modelo e *jurisdição ordinária* confinando aos *tribunais ordinários* o controle da atividade de administração (modelo seguido em Bremen e Hamburgo); (2) ou segundo o modelo da justiça administrativa, atribuindo a *tribunais administrativos* a tarefa de julgar os atos da administração (modelo adotado pelas leis da Prússia de 3-7-1875, e da Baviera de 8-8-1878.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 98).

²⁷¹ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 119.

²⁷² Com relação ao tema, J. J. Conotilho pondera que: “O Estado constitucional, com hierarquia de normas seria radicalmente oposto ao Estado de Polícia. No entanto, o Estado constitucional transmutar-se-ia em simples Estado Legal, afirmando-se a soberania ou primado da lei com base da doutrina da soberania nacional expressa pela assembleia legislativa. O princípio da primazia da lei servia para a submissão ao direito do poder político ‘sob um duplo ponto de vista’: (1) os cidadãos têm a garantia que a lei só pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral; (2) em virtude da sua dignidade – obra dos representantes da Nação – a lei constitui-se a fonte de direito hierarquicamente superior (a seguir às leis constitucionais) e, por isso, todas as medidas adotadas pelo poder executivo a fim de lhe dar execução deviam estar em conformidade com ela (*princípio da legalidade da administração*). Mas só isso: como produto da vontade geral, as leis eram necessariamente gerais (*generalidade da lei*) garantindo, deste modo, a observância do *princípio da igualdade perante a lei* e conseqüente repúdio as velhas *leges privatae* (privilégios) características do *Ancien Régime*. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 95/96).

²⁷³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.

estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, do Estado, no qual o poder político encontra limites e o Estado se legitima pela representação popular.

A conformação liberal do Estado de Direito traz consigo o pressuposto teórico das “três separações”: a separação entre a política e a economia, a separação entre o Estado e a Moral e a separação entre o Estado e a sociedade civil. Consoante lição de Jorge Reis Novais, a ideologia das três separações pode ser visualizada nos seguintes termos: "a) a separação entre política e economia, segundo a qual o Estado se deve limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida econômica entregue a uma dinâmica de auto-regulação pelo mercado; b) a separação entre o Estado e a Moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coacção externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autónoma dos indivíduos; c) a separação entre o Estado e a sociedade civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e económicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias regras".²⁷⁴ A partir daí, estrutura-se o Estado Liberal pelos direitos fundamentais, concebidos como esferas de autonomia a preservar a intervenção do Estado²⁷⁵, pela divisão de poderes, que assegurar o predomínio do corpo legislativo (pelo império da lei e pelo princípio da legalidade) e da força social que o hegemoniza, ou seja, a burguesia.²⁷⁶

Em linhas gerais, o modelo do Estado liberal de direito tem por base a liberdade de todos, ou seja, todos devem ser livres, proprietários e iguais, num sistema alicerçado no império das leis, na separação de poderes e no enunciado dos direitos e garantias individuais. O direito, nesse paradigma é visto como um sistema normativo (dogmático) no qual as regras, gerais e abstratas, são válidas universalmente para todos os membros da sociedade, e tão-somente a esta, incumbe a tarefa de pautar/limitar a atuação do *Leviatã*.

2.1. O processo no Estado Liberal. A organização do processo como coisa das partes. Poderes do Juiz (passivo)

²⁷⁴NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 59.

²⁷⁵NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Op. cit. p. 78.

²⁷⁶NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Op. cit. p. 89.

O Estado Liberal nasceu como um movimento de resposta da insipiente burguesia em face da ausência de limites do Estado Absolutista. Buscava-se, com a criação do Estado Liberal erguer-se barreiras contra o poder ilimitado do Estado (monarca), ou, pelo menos, limitar a atuação da administração cujas providências concretas, individuais e potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a “calculabilidade, a liberdade e a igualdade de oportunidades dos agentes econômicos, essenciais para o desenvolvimento das bases econômicas burguesas.”²⁷⁷

A garantia constitucional de certos direitos ou liberdades perante os poderes públicos, por sua vez, apresenta-se ligada a eventos históricos anteriores às Revoluções Libertárias do Século XVIII. Todavia, a configuração de direitos instituída em tais contextos históricos pretéritos, como, por exemplo, a Magna Carta de 1215, tem como característica a concessão ou reconhecimento de liberdades-privilégios aos estamentos sociais (direitos e regalias da Nobreza, liberdades e prerrogativas da Igreja, liberdades e costumes municipais, direitos corporativas), não se tratando, em rigor, de direitos gerais, mas obrigações específicas daqueles reis que os subscreviam.²⁷⁸ Não se tratavam de verdadeiros direitos fundamentais, tal como hoje são concebidos, vale dizer, como direitos reconhecidos em geral aos homens ou a certas categorias entre eles, por razões ligadas à própria condição humana.²⁷⁹

Pode-se dizer, portanto, que os direitos fundamentais, como direitos de igualdade, universais, e não direitos de desigualdade, estamentais, começam a ser teorizados a partir dos “direitos dos ingleses” (conquistados durante o século XVII, pela Revolução Puritana e pela “Glorious Revolution”) os quais surgem, progressivamente, como enunciações gerais, embora de direito costumeiro, na *Petition of Right*, que Carlos I teve de assinar em 1628, na *Abolition of Star Chamber* (1641), no *Habeas Corpus Act* (1679), assinado por Carlos II, e sobretudo no *Bill of Rights* (1689), que Guilherme d’Orange subscreveu e onde se consagram o direito de petição, a proibição dos tribunais de exceção e de penas cruéis e até uma relativa liberdade de expressão (parlamentar).²⁸⁰

Ainda mais significativa – sob o ponto de vista histórico e paradigmático – é a contribuição francesa para a consolidação jurídica dos direitos fundamentais. Pretendendo lançar os fundamentos de uma nova ordem social, a França revolucionária produz, em nome

²⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Op. cit. p. 40.

²⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Op. cit. p. 25.

²⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Op. cit. p. 26.

²⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Op. cit. p. 26.

da razão universal, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789²⁸¹, em que afirma, expressamente, que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição (artigo 16).²⁸² Os direitos fundamentais, nessa senda, surgem indissociavelmente atrelados à figura do Estado, estando ligados, na sua evolução temporal, ao surgimento do moderno Estado Constitucional.²⁸³

Tal forma de pensar os direitos fundamentais tem como mote o liberalismo, que vem, então, a permear o Estado Liberal, englobando um *liberalismo político*, o qual está associado à doutrina de garantia dos direitos humanos e da divisão dos poderes, e um *liberalismo econômico*, centrado sobre uma economia de mercado livre (capitalista).²⁸⁴ Assim, com a sociedade burguesa forneciam-se as condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico, mormente por que o Estado Liberal estava calcado – dentre outros – sob os valores da *propriedade privada* e do *individualismo*²⁸⁵.

A economia capitalista, por sua vez, inspirada pelo modelo do liberalismo político e econômico exigia *segurança jurídica*, segurança esta que não estava garantida no Estado Absolutista, em virtude das freqüentes intervenções do monarca na esfera jurídico-patrimonial

²⁸¹Com relação à “paternidade dos direitos fundamentais”, Ingo Sarlet identifica algum dissídio doutrinário, fazendo referência à Declaração dos Direitos do povo da Virgínia em 1776, referindo que este estatuto foi o primeiro a marcar a transição dos direitos de liberdades legais dos ingleses, para os direitos fundamentais constitucionais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit. p.44)

²⁸² Este artigo da Declaração francesa sintetiza dois momentos característicos do novo entendimento dos direitos fundamentais, agora radicalmente afirmados como direitos individuais. Por um lado, no seguimento da tradição inglesa, liga os direitos fundamentais, concebidos a partir dos quadros do jus-racionalismo, à separação dos poderes, na função comum que lhe cabe de instrumentos de limitação do poder absoluto* (da soberania). Só que nesta ligação vai já implícita uma diferença em relação aos limites tradicionais consubstanciados no respeito de uma certa estrutura política ou, mais tarde, da dignidade humana: não se trata agora apenas de declarar constringões teóricas ou de fazer apelos morais ao soberano, mas sim de "assegurar a garantia" dos direitos fundamentais de forma tão efetiva (pressupõe-se) quanto o é a separação real dos poderes e das potências. Por outro lado, essa limitação efetiva do poder alcança-se através da consagração constitucional dos direitos. Os direitos fundamentais tronam-se assim direitos constitucionais, reunindo- por força dessa sua dignidade formal, as condições para que lhes seja reconhecida relevância jurídica positiva como um valor superior ao da própria lei. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Op. cit. p. 27)

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit. p. 36. Os direitos humanos, por sua vez, não estão atrelados à ordem constitucional, tendo, portanto, um caráter universal. A propósito, Flávia Piovesan afirma: “o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1996. p. 31).

²⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p.107.

²⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit. p. 108.

dos súditos e o direito discricionário quanto à alteração e revogação de leis²⁸⁶. Assim, toda a construção constitucional liberal tem em vista a busca da certeza do direito, ou seja, o alcance da segurança jurídica para assegurar os propósitos do liberalismo econômico. O laço que liga ou vincula às leis gerais, as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito burguês e a economia do mercado.²⁸⁷ Assim, entendia-se que para a liberdade atingir a plenitude era necessário um sistema normativo previsível, ou seja, buscava-se a *certeza do direito* e a *previsibilidade jurídica*²⁸⁸, na época, essenciais à consolidação do capitalismo e centrados na ideia de manutenção do *status quo*.

Por outro lado, era imprescindível para os intentos econômicos da burguesia que fosse assegurada a *liberdade*, razão pela qual o Estado Liberal foi moldado como um Estado destituído de conteúdo, neutralizado para todo ato de intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo, o qual, como soberano, ceifaria a Coroa (ou seja, o Monarca) de todas as responsabilidades sociais²⁸⁹. O Estado Liberal preocupa-se somente com um aspecto: de colocar seus próprios cidadãos em condições, através da garantia da liberdade externa, de perseguir, segundo seu próprio pensamento, os fins religiosos, éticos, econômicos, eudemonísticos que melhor correspondam à sua vontade²⁹⁰. Com base neste substrato ideológico-filosófico, a *igualdade* de todos diante da lei passa a ser consagrada.

A outra face dessa concepção política era a ideia dos direitos fundamentais como barreira à interferência estatal, limitando-se, assim, o Estado²⁹¹ a partir de normas gerais que deveriam espelhar a soberania da vontade geral expressa no Parlamento²⁹². De forma sucinta, pode-se afirmar que o Estado Liberal surgiu alicerçado na ideia de limitação do Estado, como forma de assegurar o desenvolvimento da burguesia e do então incipiente modelo econômico capitalista, a partir da configuração de direitos fundamentais e da divisão de poderes, com a ênfase ao Poder Legislativo e uma total subordinação do Poder Judiciário à lei.

Ao Poder Judiciário, neste cenário, competia a resolução dos conflitos privados, numa evidenciada posição subalterna perante o poder a quem competia a produção normativa, pois o Poder Judiciário ficava limitado a uma atividade mecânica, ou seja, em ser apenas, no

²⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit. p. 108.

²⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit. p. 109.

²⁸⁸ Utilizando-se da expressão cunhada por ZAGREBELSKY, o liberalismo se sustentava no plano jurídico, através de um modo pelo qual o intérprete pudesse retirar a previsibilidade da norma jurídica através das “*partículas que constituyen la estructura jurídica*” ou seja, as partículas constitutivas do edifício jurídico, tradução livre. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 32)

²⁸⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Op. cit. p. 68.

²⁹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Op. cit. p. 134.

²⁹¹ ROSENKRANTZ, Carlos F. *Introducción a La edición en castellano*. In: ACKERMAN, Bruce. *La justicia social em El estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

²⁹² NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Op. cit. p. 44.

dizer de Montesquieu, *la bouche de la loi*.²⁹³ Portanto, no Estado Liberal, o Poder Judiciário era concebido com um poder subordinado à lei, sobretudo, por que era impensável imaginar que a lei tivesse “duas vontades”.²⁹⁴ Ao Poder Executivo, por sua vez, incumbia a tarefa de implementar o Direito, “garantindo a certeza e a segurança jurídicas e sociais, internas e externas, na paz e na guerra”.²⁹⁵ Com efeito, a relação entre os três poderes pautou-se por um sistema de contenção, de freios e contrapesos (*check and balances*), no qual o poder limitava o poder, no exercício das faculdades de impedir.²⁹⁶

Tais orientações, evidentemente, influenciaram o direito processual da época, a ponto do mesmo ser tido como ambiente no qual se manifestava a autonomia e a liberdade das partes privadas, as quais deveriam ter a ingerência sobre todos os instrumentos processuais suficientes para desenvolver, por iniciativa própria, uma competição individual que se dava frente ao juiz, o qual fazia o papel de um verdadeiro árbitro²⁹⁷, cuja função era somente a de assegurar o respeito às “regras do embate”²⁹⁸.

A noção de um processo como verdadeiro “duelo privado” é comum a todas as legislações processuais liberais, as quais se conformam por princípios que encerram um típico modelo liberal de condução do processo²⁹⁹. Tal modelo de organização do processo restou plenamente recepcionado por duas das principais legislações processuais puramente liberais oitocentistas: (i) o Código napoleônico de 1806; (ii) e o Código italiano de 1865.

A admissão da ação, nestas legislações, não estava condicionada a nenhuma aprovação do juiz e estava no domínio absoluto dos particulares. A regra da demanda, nesse momento, era entendida no seu sentido mais rigoroso, de modo que as partes não obtinham nenhuma colaboração do juiz na fixação da prova. Ainda nesse sentido, era confiada às partes a disposição do processo e o controle do tempo. Salvo a audiência de discussão oral, o processo

²⁹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte:1999. p. 479.

²⁹⁴ O modelo liberal clássico partia da premissa de que toda a norma jurídica deveria ter um sentido unívoco. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p.92.

²⁹⁵ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Op. cit. p. 57.

²⁹⁶ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Op. cit. p. 57.

²⁹⁷ “I giudici si limitano a presiedere alla discussione delle parti avverse, e intervengono nel processo solo quando è necessario per controllare e garantire un'equa soluzione delle questioni.”, nas palavras de Mirjan R. Damaska (DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 146.)

²⁹⁸ TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009. p. 72.

²⁹⁹ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: *Dottrine Del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 15.

se desenvolvia na forma escrita³⁰⁰, inclusive na fase instrutória, que era remetida integralmente à disponibilidade das partes. Nesse momento, as legislações que tratavam do processo tinham por objetivo “destruir as estruturas e privilégios feudais”³⁰¹, todavia, satisfaziam-se em afirmar a igualdade política meramente *formal*, que, ainda não pretendia ter uma “coloração social”³⁰². E pode se dizer o mesmo, substancialmente, quanto às leis que sucederam no curso século XIX, como a Lei Francesa de 22 de janeiro de 1851 sobre a *assistance judiciaire*, aquela alemão de 1877 (ZPO, §111 e seguintes) e o decreto-lei italiano n° 2627 de 06 de dezembro de 1865, sobre o patrocínio gratuito³⁰³.

O processo civil foi, assim, conduzido a um *ideal individualista*, enquanto controvérsia de duas partes autônomas, como se fora mera continuação de outros meios de relações privadas, conforme lição extraída de Damaska: “Il processo civile, ora pensato come una mera continuazione con altri mezzi dei rapporti privati, fu dominato da nozioni molto generali dell'autonomia di parte.”³⁰⁴ O processo, portanto, fora constituído como base em um “modelo rigoroso” que se sustentava a partir da existência de uma controvérsia entre “*duas partes autônomas*”, que submetiam seus conflitos frente a uma “*corte passiva*”³⁰⁵.

Esta perspectiva de organização do processo é, pois, decorrência da concepção do Estado Liberal-burguês, própria do período pós-revolucionário que, conforme já salientado, “pressupõe a existência de cidadãos auto-suficientes, que não precisam de qualquer auxílio estatal para defender seus direitos.”³⁰⁶ Tais perspectivas, na lição de Dierle José Coelho Nunes “conduziram, no modelo liberal, uma sobrevalorização do princípio dispositivo, em face da suposição de uma cidadania paritária capaz de buscar seus próprios interesses sem qualquer auxílio estatal”³⁰⁷.

Resta claro, portanto, que o Estado Liberal Clássico construiu um modelo de juiz passivo, segundo a qual o Estado deveria evitar qualquer intervenção nos assuntos privados. O perfil do processo no Estado Liberal Clássico, portanto, pode ser resumido no binômio proposto por Michele Taruffo: “*totale libertà delle parti private davanti al giudice*” e “*forte*

³⁰⁰ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. Op. cit. p. 15-16.

³⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Op. cit. p. 194.

³⁰² CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Op. cit. p. 195.

³⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Op. cit. p. 195.

³⁰⁴ DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op, cit. p. 343.

³⁰⁵ DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op, cit. p. 343.

³⁰⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformar processuais. Op. cit. p. 56-57

³⁰⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformar processuais. Op. cit. p. 57.

controllo político sul giudice da parte del governo”³⁰⁸, refletindo, exatamente, a concepção liberal de Estado.

Com efeito, o Estado Liberal delineava legislações e sistemas processuais lastreados em princípios técnicos – comprometidos com o ideal liberal (liberalismos processual³⁰⁹) – quais sejam: “igualdade formal dos cidadãos, a escritura (mantida da fase pré-liberal) e, especialmente, o princípio dispositivo.”³¹⁰ O processo, pois, a partir desta estruturação liberal, se dimensionava em sua perspectiva privatística como mero instrumento de resolução de conflitos, sendo visualizado como instrumento privado, colocado à disposição e benefício das partes. O papel do Poder Judiciário se circunscreve à aplicação das normas, não havendo a possibilidade de interferir nas funções políticas do legislativo, conforme leciona Damaska: "Il roulo del potere giurisdizionale venne limitato all'applicazione delle norme, e si pose l'assoluto divieto di interferire sulla funzione di indirizzo político del potere legislativo."³¹¹

Nessa perspectiva estatal-liberal, os indivíduos são considerados como “soberanos na gestão de seus interesses”³¹². A autonomia privada, encarada como verdadeira autonomia da vontade permite aos cidadãos uma auto-suficiência em relação ao Estado que lhe permite promover a própria defesa, inclusive na esfera penal.³¹³ Assim, transposta na administração da justiça, a “soberania” da parte implica que a mesma seja reconhecida como “senhora da própria lide” (*dominus litis*) e seja legitimada a comportar-se como preferir, na maioria dos casos, escolhendo até mesmo a forma do processo.³¹⁴ Nesse sentido, retomando os ensinamentos de Damaska, a expressão individual, privatista e de autodeterminação é a marca do processo liberal: "l'autonomia viene presa coi sul serio nello Stato reattivo da essere protetta anche in quelle ipotesi in cui l'esercizio dell'autonomia delle parti distorce gravemente il funzionamento ottimale del processo contruito como uno scontro. Un esempio significativo è il diritto del cittadino di difendersi da sé, un evidente prodotto dell'autodeterminazione individuale. Qua ci si difende da sé senza aver alcuna preparazione foerente insiste nel gestire personalmente la sua causa, è ovvio che la discussione in udienza si faccia impari, e persino i

³⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Op. Cit. p. 149.

³⁰⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdizional democrático*. Uma análise crítica das reformar processuais. Op. cit. p. 73.

³¹⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdizional democrático*. Uma análise crítica das reformar processuais. Op. cit. p. 73.

³¹¹ DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op, cit. p. 82.

³¹² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdizional democrático*. Uma análise crítica das reformar processuais. Op. cit. p.73

³¹³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdizional democrático*. Uma análise crítica das reformar processuais. Op. cit. p.74

³¹⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdizional democrático*. Uma análise crítica das reformar processuais. Op. cit. p.74

funzionari degli Stati piú rigorosamente passivi trovano difficili da ingoiare almeno alcune delle conseguenze di questo squilibrio del processo."³¹⁵

2.2. O devido processo legal (*due processo of law*) e o Estado Liberal

O devido processo legal³¹⁶, dentro da perspectiva jurídica, social e política do Estado Liberal é o instituto/princípio em torno qual se organiza e se fundamenta o processo civil do modelo liberal. Decorre, pois, da preocupação e da necessidade de se impor limites ao poder outrora exercido no Estado Absolutista (*Leviatã*). Trata-se de princípio concebido originalmente para ser “freio ao poder real”³¹⁷ e para servir de estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes na Inglaterra no Século XIII. O princípio do devido processo legal, neste contexto, desenvolveu-se e consolidou-se a ponto de se constituir em um dos elementos fundamentais do próprio Estado de Direito Liberal, tamanha a sua importância e relevo.³¹⁸

O devido processo legal é a tradução quase literal da expressão inglesa “*due process of law*”³¹⁹ que foi utilizada pela primeira vez, na cláusula 3º do 28º Estatuto de Eduardo III, de 1354, segundo o qual “*No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be*

³¹⁵ DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 183.

³¹⁶ Segundo lição de José Rogério Cruz e Tucci, “derivam do devido processo legal outros princípios tais quais o da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da proibição de prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais”. (TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 23)

³¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Op. Cit. p. 102.

³¹⁸ J. J. Canotilho, a respeito do tema, trabalha a ideia do devido processo legal, a partir da definição do *Rule of Law* “*The Rule of Law* significa, em primeiro lugar, na seqüência da *Magna Charta* de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of Law* significa a proeminência das leis e costumes do “país” perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 95/96).

³¹⁹ Há outros que adotam outras traduções para a expressão *due processo of law*, como por exemplo, na obra “*A supremacia do direito no Estado democrático de direito e seus modelos básicos*” em que Cezar Saldanha Souza Junior utiliza-se da seguinte tradução: “processo jurídico devido”. Adotando a mesma linha de interpretação de Sérgio Luís Wetzel de Mattos (*Devido processo legal e proteção de direitos* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009) e considerando a redação do art. 5º, inc. LIV da Constituição da República, no presente trabalho, se utilizará a expressão “devido processo legal”.

brought to answer by due process of law”³²⁰. A ideia do *due process of law*, contudo, advém da *Magna Charta Libertatum* de 1215, a qual, na cláusula 39 estabeleceu que: "Nenhum homem livre será detido preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.”³²¹

Acerca da expressão “devido processo legal”, Rui Portanova explica que o conceito, (e não a expressão), tem sua origem efetivamente na Carta Magna inglesa, outorgada em 1215 pelo rei João, denominado “Sem Terra”. A Carta não foi escrita em inglês, pois o latim era o idioma oficial e dos meios cultos e intelectuais. Assim, a expressão *per legem terrae* que aparecia no capítulo 39 representa a primeira ideia do que hoje veio a se chamar de devido processo legal.³²² É importante salientar, outrossim, que naquele período ainda não se tratava dos chamados direitos fundamentais, mas sim de “meras tolerâncias”³²³ do soberano em relação aos direitos dos indivíduos, como uma espécie de submissão do Rei ao Parlamento, decorrente da crença de que este (o Poder Legislativo) era capaz de oferecer a proteção necessária e adequada aos cidadãos.³²⁴ Somente por ocasião da expansão dos domínios ingleses na América do Norte é que este entendimento sofre alteração, na medida em que os colonos norte-americanos passam a perceber que o legislador, por si só, não era capaz de proteger o homem em todos os seus aspectos fundamentais.

É neste cenário, que emerge o fenômeno norte-americano de constitucionalização dos direitos fundamentais do homem, em meio aos quais desponta o *due process of law*, inserido na Quinta (1791) e Décima Quarta (1868) Emendas à Constituição dos Estados Unidos.³²⁵ Neste ponto e sem adentrar na discussão sobre o princípio do devido processo legal no Brasil, é importante salientar que a Constituição da República de 5 de outubro de 1988

³²⁰ Cf. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 17. Tradução livre: “Nenhum homem, independente do estado ou condição que seja, deve ser posto para fora de suas terras ou prédios, nem deserdado, nem condenado à morte, sem ser levado a responder pelo devido processo legal”

³²¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Op. cit. p. 18.

³²² PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 145.

³²³ KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Trad. Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Editora Depalma, 1980, p.157.

³²⁴ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 17.

³²⁵ Tradução Livre: Emenda V, Nenhuma pessoa será privada da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal. Emenda XIV. Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal.

(art. 5º, inc. LIV) praticamente transcreve o disposto na Quinta e Décima Quarta Emenda da Constituição Estadunidense.³²⁶

Desta forma, originado no direito anglo-saxão, aperfeiçoado no constitucionalismo americano, hoje o devido processo legal é um instituto universal, com previsão em todas as constituições democráticas do mundo. Com efeito, o devido processo legal difundiu-se em vários outros ordenamentos jurídicos, como na Alemanha, Argentina, Espanha, México e Panamá, onde assumem, inclusive, outras designações, como *proceso debido* e *debido proceso legal*. Nos Estados Unidos, por seu turno, o *due process of law* teve um desenvolvimento singular, pois, a partir do seu significado mais comum, assegurador de um *ordely proceedings*, a Suprema Corte construiu um entendimento³²⁷ segundo o qual a tarefa legislativa também está sujeita ao *due process of law*.³²⁸ O princípio do *due process of law* é tão amplo e significativo que, nas palavras de Rui Portanova, “legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito”³²⁹. Já sob uma perspectiva estrutural das normas de direitos fundamentais, que as classifica em “regras” e “princípios”, o devido processo legal apresenta-se neste último grupo, classificando-se, pois, como um princípio que, como os demais, requer uma máxima efetividade, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes.³³⁰

Posteriormente, exsurge no direito norte-americano a distinção entre o *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo) e *procedural due process of law* (devido processo legal processual). Com efeito, o *procedural due process of law* é tido como uma garantia procedimental que assegura à parte o direito ao contraditório, à ampla defesa, ao duplo grau, à publicidade, ao juiz natural e outros; em outras palavras, diz respeito aos processos ou procedimentos que o Estado deve observar antes de privar alguém da vida, da liberdade ou da propriedade. Já a expressão *substantive due process of law*, nas palavras de Maria Rosynete Oliveira Lima, “significa mais do que processos justos e razoáveis, significa que alguns direitos substantivos que, por serem direitos fundamentais, não podem ser violados por meio de qualquer processo, por mais justo e razoável que seja”.³³¹

De aplicação ainda hoje discutível, o devido processo legal substantivo teve origem nas ideias políticas da nascente comunidade americana, segundo as quais o homem é

³²⁶ Art. 5º, LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

³²⁷ Decisão a partir do litígio *Dred Scott v. Sandford* (1857), conforme referência de Maria Rosynete Oliveira Lima na sua obra *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

³²⁸ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Op. Cit. p. 18.

³²⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Op. Cit. p. 146.

³³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.88.

³³¹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Op. Cit. p. 106-107.

possuir de certos “direitos naturais”, que atuam como barreiras contra a ação do Estado, impedindo-o de restringi-los abusivamente.³³² De modo geral, o *substantive due process* é o princípio de garantia da liberdade em geral, contra as arbitrariedades do Estado. Trata-se de disposição constitucional aberta (*open-ended constitutional provision*), que proíbe que se prejudiquem certos direitos, sobretudo, direitos fundamentais. Nesse sentido, o princípio do *substantive due process* é aplicado com dois objetivos específicos: (i) incorporação de direitos fundamentais conferidos pela Declaração de Direitos, por meio da disposição do *due process of law* da 14ª Emenda, para aplicação aos governos estaduais; (ii) reconhecimento e proteção de direitos fundamentais não-enumerados pela Constituição norte-americana, como parte da liberdade garantida pelas disposições do *due process of law* da 5ª e 14ª Emendas.³³³

Neste contexto, embora nascido no direito inglês, o princípio do devido processo legal desenvolveu-se principalmente nos Estados Unidos, a partir de duas fases. A primeira, decorrente da evolução do “*law of the land*” (julgamento a partir da lei da terra) e do “*his day on court*” (direito de ser ouvido pelo tribunal), se reveste de um caráter estritamente processual, ou *procedural due process of law*. A segunda, tem um cunho material ou substantivo (*substantive due process of law*) tornou-se o principal instrumento para exame do *reasonableness* (razoabilidade) e *rationality* (razoabilidade) dos atos estatais.³³⁴

Analisando e definindo o devido processo legal, Candido Rangel Dinamarco identifica quatro aspectos estruturantes que caracterizam este princípio³³⁵. O primeiro ponto, inerente à própria conceituação, diz respeito à ideia de um sistema de freios aos agentes estatais de toda a ordem, não somente o juiz. Também ao legislador podem ser imputadas transgressões ao *due process of law*, o que ocorre sempre que contrarie valores fundamentais postos na Norma Constitucional. O segundo ponto, ligado ao primeiro, é que o devido processo legal não se resume a um contexto de legalidade. Observa-lo, não significa simplesmente cumprir a lei. A própria lei deve estar conforme ao *due process of law*, assim, observar esta garantia é como “andar de acordo com os valores que a Constituição consagra”. O terceiro ponto é que todos os direitos fundamentais estão protegidos pela cláusula do devido processo legal. Entre eles o direito à vida, à incolumidade física, à liberdade, à honra, à intimidade, à propriedade e ao processo. O último ponto de destaque é a imprecisão do conceito de devido processo legal, “justamente porque resulta de uma absorção quase

³³² LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Op. cit.. 108.

³³³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Op. Cit. p. 84.

³³⁴ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis da Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.384-385.

³³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 177.

intuitiva de valores”, essa cláusula não comporta definições ou delimitações muito pontuais, tanto quanto o conceito político de democracia, a que está intimamente ligada. Mais se sente a presença do *due process of law* quando ele é violado, do que em manifestações positivas ou precisões conceituais.³³⁶

O devido processo legal, é importante salientar, mesmo no Estado Liberal, tinha aplicação na jurisdição civil e penal, assim como nos procedimentos administrativos, englobando reivindicações de direitos (inclusive de declarar a inconstitucionalidade de lei), a ampla defesa e a produção de provas.³³⁷ Não obstante os fundamentos, premissas e definições acerca do devido processo legal, já delineados nas linhas anteriores, Galeno Lacerda leciona que não se pode pensar o *due process of law* apenas como preservação do rito, “como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causa à parte inerte. Nas palavras do autor, “não é isso fazer justiça; não é para isto que existe o processo.”³³⁸ O *due process of law*, refere Rui Portanova “não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de uma mera fórmula. O princípio é produto da história, da razão e do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. Due process of law não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um dedicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento deste processo.”³³⁹

Assim, ainda que no Estado de Direito Liberal, o *due process of law* tenha nascido com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado e capaz de preservar direitos fundamentais frente ao Estado, atualmente, o devido processo legal se justifica como um verdadeiro princípio informativo para todos os demais princípios ligados ao processo e ao procedimento, razão por que, seja na conceituação do Estado Liberal, seja na conceituação do Estado Democrático de Direito, é tido como elemento essencial-básico e orientador do próprio ordenamento jurídico.

³³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Op. cit. p. 177-178.

³³⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Op. Cit. p. 147.

³³⁸ LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista Ajuris*. V. 28. p. 10.

³³⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Op. Cit. p. 148.

3. DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREI CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS ESSENCIAIS. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

A liberdade (liberalismo) que o mundo experimentou e praticou sob à égide do Liberalismo Clássico³⁴⁰ não atendeu às expectativas dos menos favorecidos, da massa anônima de trabalhadores e daqueles que “messianicamente” se “voltaram à espera de um milagre de melhoria social”³⁴¹. O “velho liberalismo”, na estreiteza de sua formulação, não resolveu o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade³⁴² e, por esta razão, entrou em crise³⁴³, crise esta que originou a formação do Estado Social de Direito³⁴⁴. Com efeito, nem o individualismo e tampouco a neutralidade preconizados pelo Estado Liberal conseguiram dar uma resposta adequada às reais exigências de liberdade e de igualdade dos setores mais oprimidos social e economicamente³⁴⁵.

Por estã razão, na segunda metade do século XIX, uma série de conflitos de classe veio a desvelar a insuficiência do marco de liberdades burguesas quando “inibido o

³⁴⁰ “O projeto liberal teve como conseqüências: o progresso econômico; a valorização do indivíduo, como centro e ator fundamental do jogo político e econômico; técnicas de poder como poder legal, baseado no direito estatal (...). Todavia, estar circunstâncias geraram, por outro lado, uma postura ultraindividualista, assentada em um comportamento egoísta; um concepção individualista e formal da liberdade onde há o direito, e não o poder de ser livre; e a formação do proletariado em conseqüência da Revolução Industrial e seus conseqüências, tais como urbanização, condições de trabalho, segurança pública, saúde etc.” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Op. cit. p. 69-70.)

³⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Op. cit. p. 188.

³⁴² “Evidentemente que isto trouxe reflexos que se expressaram nos movimentos socialistas e em uma mudança de atitude por parte do poder público, que vai se expressar em ações intervencionistas sobre e no domínio econômico, bem como em prática até então tidas como próprias da iniciativa privada, o que se dá, por um lado, para mitigar as conseqüências nefastas e, por outro, para garantir a continuidade do mercado ameaçado pelo capitalismo financeiro” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Op. cit. p. 70.)

³⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Op. cit. p. 188.

³⁴⁴ “A conseqüência geral que advém desse processo até agora delineado se concretiza no *Welfare State*, na nomenclatura americana. A regulamentação, em especial e da denominada genericamente questão social, envolvendo os temas mediata e imediatamente relacionados ao processo produtivo (relações de trabalho, previdência, saneamento, saúde, educação etc.) delineiam os traços característicos do Estado do Bem-Estar, ou seja, seu papel interventivo e promocional” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Op. cit. p. 69-78.)

³⁴⁵ O desenvolvimento do *État Providence* ou Estado de Bem-Estar pode ser creditado a duas razões: A – Uma de ordem política, através da luta pelos direitos individuais (Terceira geração), pelos direitos políticos e, finalmente, pelos direitos sociais, e B – Outra de natureza econômica, em razão da transformação da sociedade agrária em industrial, pois ‘o desenvolvimento industrial parece a única constante capaz de ocasionar o surgimento do problema da segurança social...’ (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Op. cit. p. 79)

reconhecimento da justiça social”³⁴⁶. Destaca-se, nesse contexto, o progressivo estabelecimento por parte do Estado de políticas cujo objetivo era estancar a expressão mais chocante do capitalismo, quer seja, a exploração e o desrespeito da vida humana em prol do desenvolvimento econômico das nações mais avançadas, especialmente nos “domínios dos horários de trabalho e do trabalho infantil e feminino”³⁴⁷. Isso tudo implicou uma alteração radical na forma de conceber as relações do Estado com a sociedade, a partir de um novo modelo baseado numa concepção da sociedade não mais como um dado, mas como um objeto suscetível e carente de uma estruturação a ser perseguida pelo Estado para realização da justiça social.³⁴⁸ O ideal que predomina e alicerça a concepção do Estado Social é o de um sistema político que dê a todos os cidadãos um digno padrão de vida, como possibilidade efetiva para se realizarem como homens.³⁴⁹

O Estado, nesta seara, passou a desempenhar um comportamento ativo na realização da justiça social³⁵⁰, rompendo com aqueles padrões próprios da atuação estatal mínima que permeava o modelo puramente liberal. A previsão de uma linha de conduta para o Estado, no sentido de regular os fenômenos sociais, significava, então, a superação da até então mística divisão entre o Estado e a sociedade. Nesse quadro, mostra-se adequado caracterizar o Estado pela sua finalidade, que é a realização da igualdade a partir de mínimos materiais em favor de grupos sociais. Com a consagração de direitos inéditos até então, de cunho eminentemente social, passava-se a exigir uma maior e mais qualificada intervenção, deslocando-se o foco das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da sua atividade executiva.³⁵¹

Percebeu-se que a liberdade política – preconizada pelo modelo liberal – como liberdade restrita era inoperante, visto que não dava solução às contradições sociais,

³⁴⁶ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 223.

³⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. Op. cit. p. 180.

³⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. Op. cit. p. 183.

³⁴⁹ SANTOS, Ângelo dos. *O estado social: análise à luz da história*. Lisboa: Editorial Minerva, 1970. p. 15. Numa perspectiva crítica é interessante notar, no entanto, que o Estado Social acaba servindo como forma de assegurar a continuidade do projeto liberal. Nesse sentido, "da propriedade privada dos meios de produção passou a viger a função social da propriedade, e da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual. Contudo, o primado básico do Estado Liberal se mantém, a despeito de o Estado ter-se transformado em Intervencionista, qual seja: a separação entre os trabalhadores e os meios de produção, gerando mais-valia, de apropriação privada pelos detentores do capital" (STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 65).

³⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

³⁵¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto (et. al.)* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107.

mormente daqueles que se achavam à margem da vida e desapossados de quase todos os bens³⁵². E disto decorreu uma das primeiras transformações do liberalismo, conforme leciona Paulo Bonavides, “o reconhecimento geral da liberdade política, com um mínimo de restrição, isto é, mediante sufrágio universal, não foi o fruto altruístico e amistoso da munificência liberal. Foi uma das mais penosas conquistas revolucionárias, processada no âmago do conflito entre o trabalho e a capital”³⁵³. Todavia, esta conquista, do ponto de vista do liberalismo, representou uma irreparável derrota, a qual liquidou para sempre os anseios liberais-burgueses que tiveram que lançar mão de sua poderosa arma de conservação política: o voto censitário.

Ocorre que, por mais paradoxalmente que pareça, essa concessão salvou e preservou ideologicamente o que havia de melhor na antiga tradição liberal: a ideia da liberdade moderna, liberdade como valorização da personalidade, agora, já no âmbito da democracia plebiscitária vinculada ao emergente Estado Social. Ocorre que a massa proletária não se contentou apenas com o direito formal de voto e, nas palavras de Paulo Bonavides, empregou este direito de voto, “sem hesitação, em benefício dela mesma, ou seja, dos trabalhadores, mediante legislação de compromisso que veio amortecer o ímpeto da questão social³⁵⁴”. É neste cenário, em que os direitos sociais passam a ser contemplados pelas novas legislações, que surge o chamado Estado Social que, de acordo com os ensinamentos de Manuel García-Palayo³⁵⁵ “significa, historicamente, a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos, neste caso, o Estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. Não devemos ver as medidas criadas para permitir tal adaptação como algo totalmente novo, mas como uma mudança qualitativa de tendências surgidas no século XIX e princípios do XX para regular, naquele momento, aspectos parciais da sociedade, regulação que passa, na atualidade, por processo de generalização, integração e sistematização.”

O Estado, portanto, passou a desempenhar um comportamento ativo na realização da justiça social³⁵⁶, rompendo-se com aqueles padrões próprios da atuação estatal mínima que permeava o modelo puramente liberal. A previsão de uma linha de conduta para o Estado, no sentido de regular os fenômenos sociais, significa, então, a superação da até então mística

³⁵² GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Op. Cit. p. 2.

³⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Op. cit. p. 188.

³⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Op. cit. p. 189.

³⁵⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Op. Cit. p. 6.

³⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

divisão entre o Estado e a sociedade.³⁵⁷ Nesse quadro, mostra-se adequado caracterizar o Estado pela sua finalidade, que é a realização da igualdade a partir de mínimos materiais em favor de grupos sociais.³⁵⁸ A adjetivação pelo *social* pretende, assim, a correção do individualismo liberal clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social.³⁵⁹ Com a consagração de direitos inéditos até então, de cunho eminentemente social, passa-se a exigir uma maior e mais qualificada intervenção, deslocando-se o foco das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da sua atividade executiva.

Desde o último terço do século XIX, vem se desenvolvendo uma política social cujo objetivo imediato é tentar corrigir as péssimas condições de vida das camadas mais desamparadas e necessitadas da população. Trata-se, assim, de uma política setorial não destinada, exatamente, a transformar a estrutura social, mas de “remediar” alguns de seus piores efeitos. A atual política social dos países industrializados e pós-industrializados, por sua vez, estende seus efeitos não somente a aspectos parciais das condições devida das classes trabalhadoras, que tende a diminuir em termos percentuais, se tomarmos o total da população como referência. Também alcança as classes médias, cuja porcentagem aumentou consideravelmente como consequência da tecnificação do trabalho e do crescimento do setor de serviços. Indiretamente, a referida política social alcança a totalidade da população.³⁶⁰ Tais medidas, decorrentes das políticas sociais, não se limitam à pobreza econômica, alcançando também outros aspectos, visando a se promover o *welfare state* (bem estar social) na cultura, lazer, educação, saúde, defesa do meio ambiente, desenvolvimento de regiões atrasadas e outros.³⁶¹

Estes direitos fundamentais que, embrionária e isoladamente, já haviam sido contempladas nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849, caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho e outros, revelam a transição das liberdades formais abstratas para liberdades materiais

³⁵⁷ COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989. p. 32.

³⁵⁸ COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Op. cit. p. 33.

³⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Op. cit, p. 88.

³⁶⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Op. Cit. p. 6.

³⁶¹ O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual mas sim de propiciar um direito de participar do bem-estar social (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. Cit. p. 51).

concretas.³⁶² Com observa Paulo Bonavides, estes direitos fundamentais, que não se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”³⁶³, entendida esta em sentido material.

Os direitos fundamentais, nesta quadra, passaram por transformações decorrentes da evolução do próprio Estado, passando do Estado Liberal ao Estado Social³⁶⁴ até chegar ao Estado Democrático de Direito. Seja no Estado Liberal Clássico, seja no Estado Social, o fim ultimado é o “de adaptação à ordem estabelecida”³⁶⁵, mantendo-se, todavia, a antes referida separação entre Estado e sociedade. Quanto mais profunda essa separação, mais a relação de cidadania se converte numa relação “paternalista de clientela”, ou seja, reservando ao cidadão um papel apático e periférico.³⁶⁶ Desse modo, a exigência de socialização do Estado passa a exigir não somente o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada das decisões políticas centrais, mas, efetivamente, a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente expressada pelo conjunto da sociedade.³⁶⁷ Vale dizer, o cidadão deve ser visto como participante, e não mero recipiente da intervenção social do Estado.³⁶⁸ Ganha relevo a democracia participativa. O povo passa a ser compreendido em todo e qualquer indivíduo, o qual, agora, figura como novo partícipe na realização concreta da seara política.³⁶⁹

³⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. Cit. p. 51.

³⁶³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros. 1997, p. 518.

³⁶⁴ No século XVIII cresceu o ideal liberal, em que a autonomia da vontade e de possibilidades criadas pela capacidade de cada indivíduo deveria prevalecer. Porém, com o passar do tempo, as necessidades sociais foram sendo alteradas, levando, no século XIX, à consequente mudança do Estado Liberal para o Estado Social (MORAIS, José Luis Bolzan de. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*/ José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Op. cit. p. 51)

³⁶⁵ Nesse sentido, referem Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes: "Como *liberal*, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa. Transmutado em *social*, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida" (STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91).

³⁶⁶ A propósito, afirma Daniel Sarmento: "Na medida em que se aprofunda a distância entre governados e governantes, e declina a importância das instituições representativas na estrutura estatal, a relação de cidadania se converte numa relação paternalista de clientela. Cada vez menos os atos do Estado podem ser imputados à vontade majoritária do seu povo, em razão da autonomização da tecnocracia, e da apatia política que contamina uma sociedade que se interessa apenas pelo consumo. É eloqüente o fato de que, na linguagem política, a figura do cidadão venha sendo substituída pela do consumidor" (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 23).

³⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Op. cit. p. 191.

³⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

³⁶⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista da Ajuris*. Ano 36. n. 114, jun. 2009, pp. 94-95.

Essa nova postura do Estado (típica do modelo de Estado Social), que redundava na diminuição da atividade livre do indivíduo³⁷⁰, ainda carece de um perfil democrático, no entanto. Vale dizer, ainda que rompida a separação entre o Estado e a sociedade, os indivíduos permanecem sem força para atuar democraticamente na determinação dos direitos dos fins do Estado.³⁷¹ Não se pode dizer, por exemplo, que o Estado Social – ao menos na sua configuração intervencionista, porém alicerçada em bases liberais – cumpriu um papel efetivamente socializante. Antes disso, caracterizava-se muito mais como um Estado assistencial, no qual os direitos não passavam de concessões.³⁷² De qualquer forma, o que deve ficar enfatizado é a forma de atuação ativa do Estado Social, seja no sentido de delimitar os fins da sociedade, seja no sentido de conferir, aos cidadãos, direitos fundamentais de caráter positivo e assumir a tarefa de realizá-los, notadamente pela atuação do Poder Executivo.

Tem-se, dessa forma, a necessidade de incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado, garantindo juridicamente as condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.³⁷³ Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito estará indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais.³⁷⁴ O Estado Democrático de Direito, desta forma, pode ser compreendido através de seus dois pilares: a democracia e os

Conforme Canotilho, o “princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 280).

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Op. cit. p. 55.

³⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

³⁷² Vale mencionar o alerta feito por José Luis Bolzan de Moraes a respeito do tratamento das promessas incumpridas nos países em defasagem no tratamento da *questão social* e onde “uma percepção liberal-individualista-egoística dos direitos sociais ainda parece predominar, muitas vezes em “perfeita” harmonia com estratégias políticas de “clientelização fidelizada” da cidadania, oriundos de uma tradição patrimonialista e autoritária, onde a “concessão” de direitos vai de encontro a um projeto de construção de cidadania, muito em voga na história política latino-americana, na qual um “falso” Estado Social - na prática um Estado Assistencial - foram “doados” pelos “donos” do poder político-econômico a indivíduos “bestializados”, acostumados a “assistirem” transições conservadoras” (MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto (et. al.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103)

³⁷³ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Op. cit. p. 94.

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit. p. 39. Conforme Ingo Sarlet “os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Op. cit. p. 59-60).

direitos fundamentais, havendo uma "co-pertença entre ambos"³⁷⁵. Com efeito, ao lado da imprescindível participação do povo na configuração e definição dos contornos dos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito tem uma preocupação premente (e permanente) com o cumprimento da Constituição e com a satisfação dos direitos nela encampados. Pode-se dizer que o Estado organizado e uma Constituição só têm sentido para que se cumpra a Constituição e se viabilize a dignidade humana.³⁷⁶

Com efeito, a crescente evolução e consolidação dos direitos fundamentais tem conduzido ao abandono do modo de encará-los como “simples garantias, instrumentalizadas somente para um mero direito de defesa do cidadão em face do Estado”, de modo a visualizá-los “como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização”³⁷⁷, assegurando-se aos indivíduos a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes.³⁷⁸ Assim, ainda se aproveitando da lição de Ingo Sarlet: “os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais”³⁷⁹.

É evidente que o momento histórico atual é caracterizado por profundas e constantes mudanças em distintos aspectos e setores (cultura, direito, economia, social, internacional, etc...). Estas transformações são muito mais profundas do que as divisões políticas do mundo, em Estados capitalistas, neocapitalistas e socialistas ou em países desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, ainda que, naturalmente, as mencionadas transformações assumam distintas modalidades em cada um dos países e sistemas. O Estado – Liberal, Social ou

³⁷⁵ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 104.

³⁷⁶ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Op. cit. 667.

³⁷⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>. Acessado em 20/10/2011.

³⁷⁸ É importante destacar que, hoje, a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que de longe não mais se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit. p. 154). Desse modo, as garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É neste sentido que também se fala de direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas. (...) É por isso que, entre nós, corretamente se apontou para a possibilidade de um direito fundamental se exprimir pela norma de garantia, quando nesta se encontra subentendido”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit. p. 180). Não obstante, o mesmo autor afirma que “apesar de sua íntima vinculação com a ideia de um procedimento justo, com a efetivação dos direitos fundamentais e a dimensão procedimental, se excluem do objeto dos direitos à participação na organização e procedimento os direitos e garantias processuais, nomeadamente os direitos-garantias de que falamos no âmbito dos direitos de defesa, excetuando-se o direito de acesso à Justiça (art. 5º, inc. XXXV, da CF) típico direito prestacional lato sensu. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit. p. 196).

³⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit. p. 194.

Democrático de Direito – não poderá escapar desta fundamental transformação e que, com ou sem revoluções políticas, também sofrerá as conseqüência das alterações correspondentes. Nesta senda, Eduardo Cambi³⁸⁰ refere que além do aspecto instrumental, para a efetividade dos direitos fundamentais, revela-se essencial o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial de instrumentos de proteção e salvaguarda das garantias fundamentais.

O Estado Democrático de Direito, além de exigir uma renovada postura do Estado frente à necessidade de concretização dos direitos fundamentais, traz consigo uma série de direitos fundamentais que se diferenciam, estruturalmente, daqueles concebidos na gênese do Estado Liberal. Isso impõe a necessidade de repensar o sistema de tutela dos direitos fundamentais, os quais se apresentam alargados no seu conteúdo e titularidade, deixando de serem vistos, somente, à luz de uma perspectiva liberal-individualista. Além disso, o refinamento da teoria dos direitos fundamentais acaba por exigir uma ampla atuação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, dando-se ênfase não apenas para o Poder Legislativo, como ocorrida no Estado Liberal, mas também para o Poder Executivo e para o Poder Judiciário, o qual se vê frente à necessidade de remodelar o sistema de tutela jurisdicional dos direitos, que, até então, era posto para dar conta, apenas, de direitos fundamentais próprios do Estado Liberal.

É inegável que a crescente evolução dos direitos fundamentais tem conduzido ao abandono do modo de encará-los como simples garantias, instrumentalizadas somente para um mero direito de defesa do cidadão em face do Estado, de modo a visualizá-los como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização, assegurando-se aos indivíduos a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. A criação de um Estado Democrático de Direito, nesse sentido, tende a propor uma melhor e mais adequada organização da relação homem-mundo e das relações intersubjetivas (entre e com os homens), segundo um projeto de estruturas básicas de justiça³⁸¹. No mesmo sentido, Peter Häberle aduz que, no *Estado Constitucional*, o elemento nacional-estatal é relativizado e a pessoa avança - para além das fronteiras estatais – para o ponto central da atuação estatal da realização dos direitos fundamentais.³⁸²

Com efeito, não é mais possível admitir-se a manutenção da concepção tradicional de ordenamento jurídico que, conforme salienta Alfonso Julios-Campuzano, originou o

³⁸⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, política públicas e protagonismo Judiciário*. Op. Cit. p. 224-225.

³⁸¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil*. Op. cit. p. 41.

³⁸² HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 71.

positivismo oitocentista, que se consagrava nos seguintes princípios: (i) a primazia da Constituição como marco regulatório em que se estabeleciam as condições do governo legítimo; (ii) a consagração do império da lei como fonte da primazia de produção jurídica e garantia da imparcialidade; (iii) a consequente concepção monista de produção jurídica, de sorte que o âmbito da juridicidade ficava circunscrito exclusivamente à produção jurídica estatal que se pressupunha racional e legítima; (iv) a limitação estrita da função judicial a um trabalho meramente secundário que convertia o juiz, segundo Montesquieu em “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” (concepção que cerceava a interpretação das normas ao converter o juiz em um autômato, cuja discricionariedade permanecia aprisionada pela busca da *mens legis*); (v) e, finalmente, de uma concepção de direito desta natureza, somente podia desprender-se uma ideia “isolacionista” da Ciência jurídica, na medida em que a obsessão compulsiva por uma pretendida, e ao mesmo tempo, inalcançável pureza metódica, levou os cientistas do direito a convertê-lo em uma “realidade física” não suscetível de ser valorada por quem a estudava.³⁸³

A evolução do Estado de Direito provocou alterações no ordenamento jurídico, especialmente pela generalização – a partir do segundo pós-guerra mundial – do modelo de Estado Social de Direito e a incorporação de novos modelos de organização política, social e de gestão do Estado. Ocorre que, ao se alterar o paradigma anterior (Estado Liberal) de produção jurídica, a partir de novas atribuições para o Estado, o Estado Social de Direito mostrou-se tendente a uma proliferação legislativa quase que desenfreada, situação que, segundo Luigi Ferrajoli, propiciou a mudança do meio “paleopositivista do Estado legislativo” (que se produziu com o nascimento do Estado moderno e a afirmação do princípio de legalidade como norma de reconhecimento do direito existente); para o “modelo neojuspositivista” do Estado constitucional de Direito, produzido, por sua vez, pela difusão na Europa, logo após a Segunda Guerra Mundial, de constituições rígidas como normas de reconhecimento do direito válido e do controle jurisdicional de constitucionalidade sobre as leis ordinárias.³⁸⁴

Nesse cenário é que se deu a passagem do Estado Social (que tinha como maior desafio compatibilizar o bem estar geral e as demandas do capitalismo, gerando um espaço de decisão política fora dos controles de legitimidade tradicionais) para o Estado Democrático de

³⁸³ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad. José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 41-42.

³⁸⁴ (COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Organizado por Pietro Costa, Danilo Zolo, Texto de Luigi Ferrajoli, “*O Estado de Direito entre o passado o futuro*”. Op. Cit. . p. 416-417.)

Direito, que tem como maior finalidade consagrar o valor fundamental da Constituição como elemento de supremacia e totalidade de todo o ordenamento jurídico. O Estado Democrático de Direito, pois, inaugura uma nova etapa da evolução do próprio Estado de Direito.³⁸⁵

Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito. Conforme leciona Lenio Luiz Streck, citando Elias Diaz: “o Estado Liberal de Direito é a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do Antigo Regime, onde se produz uma clara distinção entre o político e o econômico, com um Estado formalmente abstencionista, que deixa livres as forças econômicas, adotando uma posição de (mero) policial da sociedade civil que se considera a mais beneficiada para o desenvolvimento do capitalismo em sua fase de acumulação inicial e que vai aproximadamente até o final da primeira grande guerra; já o Estado Social de Direito pode ser caracterizado como institucionalização do capitalismo maduro, no qual o Estado abandona a sua postura abstencionista tomada inicialmente para proteger os interesses da vitoriosa classe burguesa, passando não somente a intervir nas relações econômicas da sociedade civil, como também se converte em fator decisivo nas fases da produção e distribuição de bens; finalmente, o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades”.³⁸⁶

Neste cenário, o direito processual civil, evidentemente, não ficou infenso às influências caracterizadoras e concretizadoras do Estado Democrático de Direito e também foi atingido pelos princípios, postulados e premissas constitutivas deste novel modelo jurídico, político e social. Ora, se o Estado Democrático de Direito é um modelo novo, que remete a um tipo de Estado em que se pretende obter transformações sociais, para a implantação de níveis superiores de igualdades e liberdades, é evidente que o processo civil deve receber os impactos e as influências deste paradigma em seus princípios orientadores. A sociedade brasileira, hodiernamente, vive um momento de inovações e transformações políticas, jurídicas e sociais. Este início de século XXI convive com diferentes tipos de crises, crises

³⁸⁵ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Op. Cit. p. 45.

³⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 36-37.

que evidenciam uma necessidade urgente de revisão de paradigmas³⁸⁷, bem como a construção de novos modelos capazes de atender a uma demanda cada vez mais crescente e urgente de prestação jurisdicional, contexto em que a tutela dos direitos fundamentais – sob o prisma do Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º da Constituição da República³⁸⁸ – ganha relevo e importância no atual cenário jurídico e processual pátrio.

O Estado Democrático de Direito, nas palavras de Darci Guimarães Ribeiro, apresenta como princípios essenciais e conformadores: o princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, o sistema de direitos fundamentais e o princípio da justiça social entre outros³⁸⁹. É neste contexto e diante desta principiologia que emerge a construção de um direito processual constitucional³⁹⁰ que passa a refletir estas e outras questões, assim como analisar os problemas que afligem o processo como instrumento constitucional de garantia dos direitos fundamentais.

3.1 As garantias processuais concebidas a partir do Estado Democrático de Direito e da teoria dos direitos fundamentais

³⁸⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional à formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.77.

³⁸⁸ Art. 1º da Constituição: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”

³⁸⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional à formas de tutela*. Op. Cit. p.57.

³⁹⁰ Com relação à expressão, importante trazer a lição de Marcelo Cattoni, segundo o qual “se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, 'constitucional'. (...) Portanto, não se pode levar tão a sério a distinção entre um Direito Constitucional Processual e um Direito Processual Constitucional, a ponto de se distinguir o que deve estar intimamente relacionado, Processo e Constituição. Ainda que se admita a existência de um Processo Constitucional, enquanto disciplina a congregação do estudo de instrumentos especiais e complementares de garantia, no Brasil qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal, Tributário, etc.” (CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 212-13.). Não obstante, Darci Ribeiro Guimarães pondera que “o certo é que o tema apresenta grande importância, na medida em que possibilita a criação de um novo ramo do Direito Processual, o Direito Processo Constitucional. Este novo ramo do Direito Processual, mais do que permitir o enlace entre Processo e Constituição, revela uma mudança paradigmática na forma de conceber o próprio Direito Processual que passa a ser visto não mais como um simples instrumento de realização do ordenamento jurídico (concepção objetiva) ou dos interesses em conflito (concepção subjetiva), mas como um Direito Fundamental. Esta nova postura permite aos operadores do direito (re)interpretar os institutos processuais à luz da Constituição” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional à formas de tutela*. Op. Cit. . Nota 252. p. 77)

Nessa linha de compreensão, o direito ao devido processo legal ou devido processo constitucional³⁹¹, antes visto apenas como mera garantia, passa a ser compreendido como verdadeiro direito de defesa³⁹² e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito a organização e procedimento³⁹³. O processo³⁹⁴ e suas garantias, no paradigma do Estado Democrático de Direito, ganha então um tom democrático³⁹⁵. Deixa de ser “aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos”.³⁹⁶

Nesse viés democrático do processo, “todas as esferas de exercício do poder encontrariam um controle compartilhado, uma blindagem de mão dupla, em um espaço de problematização incessante, que impediria o subjetivismo e o autoritarismo, de um lado, e a má fé e a procrastinação por parte do advogado, do outro” Sob esse prisma, tem-se, de um lado, a obrigação do Estado “de levar a cabo tudo que sirva para a realização dos direitos fundamentais”³⁹⁷, possibilitando a todo o cidadão o direito de obter uma tutela jurisdicional adequada e efetiva³⁹⁸, e, de outro, o papel dos direitos fundamentais em precisar o conteúdo do direito a um processo adequado³⁹⁹, que não se limita ao ato inicial do juiz, mas compreende todas as posições “ativas” das partes, ao longo de todo o procedimento, até o ato final. Tudo isso com vistas à obtenção da justiça do caso concreto, finalidade do processo, frente a qual o Estado dispõe, como meios de realizá-la, o processo justo e a tutela

³⁹¹ O devido processo legal, a partir da teoria dos direitos fundamentais, apresenta um viés materialmente vinculado aos princípios constitucionais, sendo, por esta razão, possível falar-se em um devido processo constitucional. Tal expressão é também utilizada por Dierle José Coelho Nunes (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Op. cit. p. 250.)

³⁹² Ainda como direito de defesa, o devido processo legal pode ser concebido como direito fundamental a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações dos titulares de direitos fundamentais (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. Cit. p.461-462.)

³⁹³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Op. cit. p. 134.

³⁹⁴ Joan Picó I Junoi refere que “o processo era um negócio privado cuja finalidade se resumia na defesa dos interesses pessoais dos litigantes” (JOAN PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996, p. 235.), mas que, ainda que os litigantes sejam livres para “dispor dos interesses em conflito” estes mesmos litigantes não podem “anular o compromisso do Estado com a prestação jurisdicional adequada”. (JOAN PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Op. cit. p.219-220).

³⁹⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Op. cit. p. 250.

³⁹⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Op. cit. p. 250-251.

³⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84.

³⁹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 84.

³⁹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 77.

jurisdicional⁴⁰⁰, que, de certo modo, retratam "os dois valores essenciais, presentes em qualquer ambiente processual, o da segurança e o da efetividade"⁴⁰¹.

Exsurge, portanto, a noção de um processo justo⁴⁰²⁴⁰³, para designar aquele modelo de processo conformado pelos direitos fundamentais⁴⁰⁴, os quais deixam de ser visualizados sob um prisma defensivo, próprio do Estado Liberal, além de sofrerem todos os influxos do regime jurídico dos direitos fundamentais. Nessa linha, mostra-se necessária uma coordenação dos direitos fundamentais que compõem o processo justo, já que este não se cristaliza, nem se exaure, em nenhum deles sozinhos⁴⁰⁵.

O devido processo legal processual brasileiro, segundo Daniel Mitidiero⁴⁰⁶, é o nosso modelo mínimo de processo equo: uma vez que somente com um processo justo podem advir decisões justas. Dessa forma, o perfil de processo que enaltece a garantia do *due process* é, portanto, o do *processo justo*⁴⁰⁷ e, sob tal perspectiva, este decorre da compreensão concreta de certos direitos fundamentais expressos na Constituição da República⁴⁰⁸. O processo justo⁴⁰⁹, neste quadrante, trata de um processo conformado por direitos fundamentais, cujo

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Op. Cit. p. 136.

⁴⁰¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Op. Cit. p. 84.

⁴⁰² "O justo processo é o que se compõe de garantias fundamentais de justiça". (COMOGLIO, Luigi Paolo, "Garanzie costituzionali e *giusto processo* – Modelli a confronto", Revista de Processo, Ano 2000. n° 90, p. 101-102)

⁴⁰³ Essencial destacar aqui, que "processo justo" e "devido processo legal", para efeitos do presente trabalho, são tratados como sinônimos, especialmente, por que a Constituição da República Federativa do Brasil consagra o direito fundamental ao devido processo, não fazendo menção àquilo que parte da doutrina denomina de "processo justo". A menção ao "processo justo" no decorrer das linhas que seguem, entretanto, visam a destacar a evolução do processo, compreendido a partir da teoria dos direitos fundamentais, no paradigma do Estado Democrático de Direito, especialmente, em relação à garantia e à satisfação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

⁴⁰⁴ Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, "a fórmula mínima do processo justo está em estruturar-se o formalismo processual de modo a nele terem lugar os direitos fundamentais à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, inciso XXXV, CRFB), ao juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, CRFB), à representação técnica (art. 133, CRFB), à paridade de armas (art. 5º, inciso I, CRFB), ao contraditório (art. 5º, inciso LV, CRFB), à ampla defesa (art. 5º, inciso LV, CRFB), à prova (art. 5º, inciso LVI, a *contrario sensu*, CRFB), à publicidade (arts. 5º, inciso LX, e 93, IX CRFB), à motivação da sentença (art. 93, inciso IX, CRFB), à assistência jurídica integral (arts. 5º, inciso LXXIB, e 134, CRFB) e à duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXXVIII, CRFB). Fora daí, fere-se nosso perfil constitucional de processo" (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 28).

⁴⁰⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo". In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 687.

⁴⁰⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil*. Op. cit. p. 41.

⁴⁰⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O Processo Justo na Constituição Federal de 1988. In: *Revista AJURIS*, n. 91. p. 226.

⁴⁰⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. Cit. p. 131.

⁴⁰⁹ Augusto Mario Morello anota que o justo processo significa um enérgico empreendimento econômico-social cuja meta é destruir barreiras e reduzir os obstáculos (internos e externos) que interferem na proximidade do cidadão aos benefícios do processo, responsáveis pelo bloqueio de uma visão democrática da Justiça. (MORELLO, Augusto Mario, *El proceso justo (De la teoría del débito proceso legal al acceso real a La jurisdicción)*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova: CEDAM, 1994, Vol. Primo, p. 490).

núcleo essencial é vital e irrenunciável, de modo que somente na presença de sua plena atuação, poderá ser considerado, sob o plano de vista ético e técnico, efetivamente justo⁴¹⁰. Nesse sentido, todos os direitos fundamentais processuais revelam-se essenciais para a garantia do processo justo.

Assim, na seara do Estado Democrático de Direito, resta imprescindível identificar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais⁴¹¹, considerando, desta forma, que o movimento de “constitucionalização do processo” não pode ser compreendido apenas pela incorporação de normas processuais na Constituição, mas, também, por empregar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais. O devido processo legal (*due process of law*) nesta quadra, que está longe de ser um conceito estático e fixo⁴¹², deixa de ser compreendido em uma dimensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, passando a ser informado pelos direitos fundamentais, em uma perspectiva dinâmica.

Nesta linha e conforme leciona Sérgio Luís Wetzel de Mattos, pode-se afirmar que o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República) é aplicável sob a forma de princípio, conferindo, assim, uma posição jurídico-fundamental *prima facie* que vem a ser o direito fundamental a um processo justo, isto é, o direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais, celebrado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que de qualquer forma dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto e, enfim, destinado à obtenção de uma proteção judicial efetiva.⁴¹³ Não obstante, é essencial salientar que o devido processo legal constitui, igualmente, um direito fundamental em si, no sentido de um conjunto de posições jurídicas fundamentais (contraditório, ampla defesa, juiz natural, duração razoável do processo, etc...).

Assim, impende constatar que a perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o direito fundamental ao processo justo, isto é, não mais um processo estruturado formalmente (estático), mas entendido como garantia mínima de meios e resultados, uma vez que deve ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios

⁴¹⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n.157, mar. 2008. p. 85-102.

⁴¹¹ Consoante palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "não se trata mais de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é conduzido" (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 262).

⁴¹² Para Robert Cover, Owen Fiss e Judith Resnik, "o devido processo é mais uma pergunta que uma resposta. Não é um conceito estático com um significado fixo já que, ao contrário, seu alcance tem evoluído através do tempo e continua evoluindo". (COVER, Robert. FISS, Owen. RESNIK, Judith. *Procedure*. New York: The foundation Press, 1988, p. 105).

⁴¹³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Op. cit. p. 172.

processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante.⁴¹⁴ O processo civil no Estado Democrático de Direito contemporâneo, em suma, não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial⁴¹⁵ justa, adequada e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um processo justo, informado pelos direitos fundamentais.

Desta forma, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a consequente eficácia irradiante sobre as leis processuais, permite a criação de técnicas processuais adequadas, céleres e efetivas à realização do processo justo. Neste contexto, refere Eduardo Cambi, que a ausência de regras processuais não é, pois, capaz de inviabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabendo ao juiz, na ausência de lei expressa, suprir a omissão obstaculizadora dos direitos fundamentais.⁴¹⁶

Destaca Luigi Paolo Comoglio, nessa perspectiva, que a garantia do *justo processo* é composta por garantias mínimas (como o direito de ação e defesa, direito ao contraditório, à independência e imparcialidade do juiz, ao processo *efetivo* com *duração razoável*, entre outras) “che si compenetrano saldamente, come parte del tutto con le garanzie di protezione e di tutela dei diritti inviolabili dell’uomo”⁴¹⁷. Em conclusão: “as garantias processuais mínimas, nesse contexto, passam a constituir ou integrar a lista dos *direitos fundamentais* ou *direitos invioláveis do homem*, reconhecidos não só nas Constituições, mas também nas Convenções e Tratados Internacionais”.⁴¹⁸ O direito fundamental ao processo justo, portanto, faz com que o processo não seja caracterizado por um objeto formal ou abstrato (processo *tout*

⁴¹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. Ed. Bolonha: Il Mulino, 2007. Vol. 1. p. 63.

⁴¹⁵ “Com isso, relativiza-se a tradicional distinção entre *substance* e *procedure*. Direito processual e direito material não se diferem por critérios absolutos. Mesmo os direitos formais devem ser, igualmente, limitados por dados materiais da realidade, pelos substratos dos princípios jurídicos e pelas estruturas existentes, podendo-se afirmar que há conteúdos substanciais nas disposições processuais” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. Op. Cit. p. 220)

⁴¹⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 222.

⁴¹⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 278.

⁴¹⁸ A tutela do processo justo, por exemplo, encontra previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, de 1948; na Convenção Européia, de 1950; no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966; no Tratado de Roma, instituidor da Comunidade Européia, de 1950; no Ato Único Europeu, de 1986; no Tratado de Maastricht de 1992; no Tratado de Amsterdam de 1997; e no Tratado de Nice de 2000; e, na América, na Convenção Internacional de São José da Costa Rica, de 1969, a que aderiu o Brasil (Dec. 678/1992), integrando-o ao ordenamento jurídico interno. Nesse Pacto, acham-se incorporadas todas as garantias que compõem modernamente o denominado “justo processo”, dentre elas o “direito ao acesso efetivo à jurisdição em tempo razoável” (ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade: proposta de releitura à luz da efetividade do processo*. Tese de Doutorado, Belo Horizonte, UFMG – Faculdade de Direito, 2008, p. 43, nota 144).

court), assumindo um conteúdo modal qualificado que, na verdade, é a face dinâmica do devido processo legal.⁴¹⁹

Dentre o rol de direitos fundamentais processuais do paradigma do Estado Democrático de Direito, o direito fundamental ao contraditório surge como um “fluxo discursivo entre os sujeitos processuais e constitui uma baliza procedimental para o exercício das funções endoprocessuais”.⁴²⁰ É evidente, nesse contexto, que a função constitucional do *contraditório* (enquanto direito fundamental) é dependente da efetivação de outros direitos fundamentais processuais, todavia, por exercer função de incontestável relevância constitucional e democrática, entendeu-se por lhe dar destaque neste capítulo, sem, contudo, descuidar da relevância dos demais direitos fundamentais que informam e organizam o processo. Num primeiro aspecto, o contraditório vem concebido pela ideia do *audiatur et altera pars*⁴²¹, ou seja, faz referência ao direito que ambas as partes tem de ser ouvidas, “a alegação de um só homem não é alegação, o juiz deve ouvir a ambas as partes”, tradução livre do brocardo alemão medieval “*einse mannes red ist keine red, der Richter soll die deel verhoeren heed*”.⁴²² Na medida em que “esta visão de um contraditório estático, somente pode atender a uma estrutura procedimento monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz”⁴²³, no Estado Democrático de Direito, o contraditório apresenta uma feição muito mais profunda, indo além da simples bilateralidade da audiência (*audiatur et altera pars*)⁴²⁴.

Nesse contexto, ao lado do devido processo legal (devido processo constitucional), o contraditório revela-se inerente à compreensão de um processo democrático, revelando a

⁴¹⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. Op. Cit. p. 221.

⁴²⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. op. cit. p. 224.

⁴²¹ Sobre este brocardo, Nicola Picardi assim se manifesta: “Esse rico aforismo jurídico, com toda a probabilidade, representava uma direta reelaboração de textos literários latinos. Em verdade, Sêneca havia escrito ‘*qui statuit aliquid, parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud arquus fuerit*’. Contudo, a máxima, ao que parece verdadeiro, é de origem grega. Tal conceito encontra, de fato, em *Os Zangões* (conhecido também como *A Vespa*), nas *Vespas*, comédia de ambiente Judiciário de Aritófanes e, ainda antes, em *Os Eráclides* de Eurípedes. A verdade é que na literatura grega era citado com freqüência um verso de autor incerto: ‘*antes de haver ouvido um e outro, não dar sentença sobre sua lide*’. (...) De qualquer modo, o aforismo em exame continuou a ser sucesso também no âmbito literário: de Plutarco a Ariosto, o qual escreve ‘*antes de causar danos à pessoa, olhar em sua face e ouvir as razões que usa*’” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Op. cit. p. 130-132).

⁴²² MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, S.A., Editores, 1945, p. 47.

⁴²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, v.34, n.168, p. 107-141, fev. 2009. p. 117.

⁴²⁴ A respeito da evolução e das nuances históricas do contraditório, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. In: *Revista AJURIS*, n. 74, 1998.

importância e indispensabilidade da participação do indivíduo na preparação do ato de poder⁴²⁵, tornando o processo um verdadeiro ambiente de inspiração democrática⁴²⁶. É o contraditório que possibilita a participação⁴²⁷. Essa nova roupagem do contraditório, como elemento essencial e fator de legitimação democrática do processo, afasta, de imediato, a ideia segundo a qual a parte possa ser considerada simples objeto do pronunciamento judicial no *iter* procedimental.⁴²⁸ O valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo e cooperação são resgatados⁴²⁹; a necessidade de uma legitimação democrática, participativa e deliberativa, dá azo à maior abertura do processo às partes, de forma dialética na construção da decisão jurisdicional. As partes têm, nessa linha, o direito de fazer valer livremente suas razões e de serem atentamente ouvidas.⁴³⁰

O direito fundamental ao contraditório, nesta senda, é considerado em uma perspectiva ativa (própria do paradigma do Estado Democrático de Direito), como verdadeiro direito de influir sobre a elaboração e formação do convencimento do juiz⁴³¹, ou seja, “como direito de influência”⁴³² e, ao mesmo tempo como direito de “não surpresa”⁴³³. Nessa mesma seara, Giuseppe Tarzia resume o contraditório na “possibilidade de participar ativamente no desenvolvimento do processo e, portanto, de influir sobre os provimentos do juiz”.⁴³⁴ Com efeito, quanto maior a participação das partes, mais justa e equilibrada será a solução encontrada ao caso concreto, de modo que a participação não somente vem a ser indicativa da

⁴²⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 160-61.

⁴²⁶ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 53.

⁴²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Volume primo. Padova: Cedam, 1982, p. 210.

⁴²⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista de processo*, n. 73, 1998, p. 10.

⁴²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório, op. cit., p. 10.

⁴³⁰ CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1956. V. p. 679.

⁴³¹ Nesse sentido, COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.116, ago. 2004, p. 132.

⁴³² “Impõe-se, assim, a *leitura do contraditório como direito de influência* no desenvolvimento e resultado do processo. O contraditório é guindado a elemento normativo estrutural da comparticipação, assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit., p. 224 e p. 226-226.)

⁴³³ “A colocação de qualquer entendimento jurídico (v.g. aplicação de súmula de jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores) como fundamento da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa. Desse modo, *o contraditório, constitui uma verdadeira garantia de não surpresa* que impõe ao juiz o dever de provar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que uma ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes”. (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit., p. 224 e p. 229.)

⁴³⁴ TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994. p. 60.

justa possibilidade de manifestação, mas configura também uma contribuição para a solução justa.⁴³⁵

Corolário destes aportes é a “tutela contra o perigo de eventuais surpresas”⁴³⁶, que “impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em 'solitária onipotência' aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes”.⁴³⁷ Dessa forma, “a submissão de todos os aspectos potencialmente relevantes da decisão ao contraditório apresenta-se como uma manifestação da percepção de que o poder do juiz no processo não é absoluto (incontrolável protagonismo judicial), em face de sua falibilidade e do fato de que a discussão será muito mais adequada (e legítima) se todos souberem os aspectos mais importantes da demanda”⁴³⁸. Ademais, acaba sendo resgatada a “importância técnica e legitimadora do processo, uma vez que este implementará a baliza discursiva necessária (contraditório) para o debate participativo”.⁴³⁹

Depreende-se, portanto, que a (re)leitura dos institutos processuais, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito⁴⁴⁰, não garante apenas uma perspectiva meramente formal ao fenômeno jurídico, possibilitando que estes mesmos institutos processuais sejam filtrados pela Constituição da República, sendo substancialmente conformados pelos direitos fundamentais. Desta forma, o direito processual civil, no Estado Democrático de Direito, é perpassado pelos valores constitucionais vigentes, de forma a que se realize a justiça no caso concreto, em vista de que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade justa (conforme art. 3º da

⁴³⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di diritto processuale*. v. 60. Padova, CEDAM, apr.-giugno 2005, p. 458. Conforme Michele Taruffo, para aquilatar a justiça da decisão, é necessário seguir três critérios, dentre eles "o emprego de um procedimento válido e justo para chegar à decisão" (TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. v. 51. n. 2. Milano: Giuffrè, 1997, p. 319.). A justiça da decisão deverá ser aquilatada no caso concreto, porém o *processo justo* constitui condição de possibilidade para se chegar a soluções justas, mas, não é suficiente para a produção de decisões justas, conforme afirma Sergio La China, no sentido que a justiça procedimental do processo jurisdicional é uma justiça imperfeita (CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Revista de processo*. ano 32. n. 152. out/2007, p. 103).

⁴³⁶ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 499.

⁴³⁷ JUNIOR, Humberto Theodoro. NUNES, Dierle José Coelho. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*, op. cit., p. 125.

⁴³⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit., p. 231.

⁴³⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 239.

⁴⁴⁰ Segundo leciona Dierle José Coelho Nunes: “faz necessária a análise do sistema processual a partir da Constituição, especialmente quando se assume como imperioso o paradigma do Estado Democrático de Direito” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 215.)

Constituição), objetivo que passa, obrigatoriamente, pela construção de processos justos e decisões equânimes.⁴⁴¹

3.2. O processo no Estado Democrático de Direito. A organização do processo concebido como procedimento constitucional e principiologicamente qualificado. Poderes do Juiz (ativo)

Considerando o indelével e inquestionável perfil transformador e garantidor de direitos fundamentais que o Estado Democrático de Direito encerra, não é possível concebê-lo como sendo um Estado passivo (característica típica do Estado Liberal Clássico). Nesse viés, a necessidade de participação dos cidadãos na formação da vontade estatal e na construção das decisões judiciais apresenta-se como uma das principais características do Estado Democrático de Direito⁴⁴² (vide o direito fundamental ao contraditório, conforme antes mencionado). Essa relação entre a sociedade e o Estado, portanto, irá impactar diretamente na concepção do processo civil, de modo a equalizar o “problema da divisão do trabalho entre o juiz e as partes”⁴⁴³. Nesse quadrante, gradativamente⁴⁴⁴, o direito e o processo civil passam a receber as influências deste novo modelo de Estado (Democrático de Direito), com a implementação de reformas legislativas justificadas pela necessidade de rejeição ao individualismo, que era associado aos princípios do liberalismo clássico.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 72.

⁴⁴² Com relação ao tema, Dierle José Coelho Nunes defende que “um dos pilares da democratização processual seria o abandono de perspectiva de protagonismo e a assunção de um perfil participativo e democrático da estrutura processual” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 224).

⁴⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Problema da ‘Divisão do Trabalho’ entre Juiz e Partes: aspectos terminológicos. In: *Revista de Processo*, n. 41, 1985. p. 7-14.

⁴⁴⁴ Essencial notar que a evolução do processo civil e sua adequação aos moldes do Estado Democrático fora realmente gradativa, sendo relevantes as contribuições de Anton Menger e Frans Klei para aquilo que a doutrina chama de “socialização do processo”. Ver nesse sentido, NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Op. cit. p. 79. “O juiz, na esteira do pensamento mengeriano, deveria auxiliar as partes buscando o clareamento dos requerimentos obscuros, sugerindo o preenchimento de detalhes incompletos e impedindo que o engano ou desconhecimento na sua elaboração inviabilizem o julgamento” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Op. cit. p. 83). “Klein, assim, enxergava enorme significado (escopo) político, econômico e social do processo, mas ao mesmo tempo, projetava-o como um caso de crise social, que deveria ser resolvido mediante uma atuação mais efetiva do Estado em todas as fases”. “O processo é visto, assim, na perspectiva socializadora de Klein, como uma inevitável ‘instituição estatal de bem-estar social’” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Op. cit. p. 83-84).

⁴⁴⁵ “Sim dall’inizio, queste riforme legislative furono giustificate col rigetto dell’individualismo associato ai principi del liberalismo classico.” (DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Op. cit. p. 146.)

O processo, não mais concebido como algo privado, passou a representar o exercício de um direito público, deixando de ser considerado como "coisa das partes", para refletir um *locus* no qual se manifesta o poder estatal, com a finalidade de não somente de tutelar os interesses privados, mas, também, de realizar o interesse público da administração da justiça. Assim, Michele Taruffo salienta que “il processo no è piú esclusivamente um ‘affare delle parte’ ma um luogo in cui esprime l’autorità dello Stato; Esso no mira solo alla tutela di interissi privati, mas realizza l’interesse pubblico all’amministrazione della giustizia; Il perno del processo no è piú l’iniziativa delle parti, mas la funzione del giudice.”⁴⁴⁶ Em resumo, para Michele Taruffo: “In sintesi, il processo non è piú vostp come uma forma in cui si esplica l’autonomia privata nell’esercizio dei diritti, mas come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati i vista dell’attuazione della legge”.⁴⁴⁷

No mesmo sentido, Nicola Picardi chamará atenção para o fato de que na transposições dos modelos de Estado, “as tarefas do magistrado e dos aparelhos administrativos se multiplicaram”, em clara alusão ao incremento dos “poderes do juiz” que, numa visão moderna do processo, não podem manter a postura neutra e passiva, caracterizadoras do modelo de processo observado no Estado Liberal Clássico.⁴⁴⁸ As características de passividade e neutralidade presentes no juiz do Estado Liberal davam margem à lentidão e ao abuso, uma vez que as partes e seus defensores tornavam-se gestores quase que absolutos do processo. O processo civil, conforme já visto, no Estado Liberal, restava infenso a valores, refletindo a neutralidade do Estado, sendo concebido como um “dispositivo técnico capaz de servir a todas as possíveis ideologias e, em virtude da tolerância que uma tal concepção pressupunha, abrigar em seu seio as mais variadas e contraditórias correntes de opinião”⁴⁴⁹

Dessa forma e com o objetivo de repensar o processo civil de acordo com o primado do Estado Democrático de Direito, a doutrina processual que vivia aquele momento histórico de transição⁴⁵⁰ tratou que redesenhar o processo – a fim de reorganizá-lo – a partir de uma nova concepção, baseada em um juiz ativo e atendo à necessidade de concretização, no plano material e formal, dos direitos e garantias fundamentais. Não se tratava, a toda evidência, de conceber o processo a partir de um modelo autoritário de Estado (tampouco de filiar-se ao

⁴⁴⁶ TARUFFO, Michele. La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi. Op. cit, p. 188.

⁴⁴⁷ TARUFFO, Michele. La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi. Op. cit, p. 188.

⁴⁴⁸ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Op. cit. p. 5.

⁴⁴⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit. p. 118.

⁴⁵⁰ Ao falar do constitucionalismo da segunda metade do século XX, Dierle José Coelho Nunes refere “que a superação das linhas de hermenêutica constitucional positivista e o advento, pós-Segunda Guerra, de linhas pós-positivistas, como as comunitaristas-teleológicas ou a procedimentalista normativa, impõem novos horizontes para o estudo processual ” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 216).

“ativismo judicial”), mas, sim, em compreender o processo como um instrumento voltado para a justiça social, prestada através de uma tutela jurisdicional mais célere (vide o ideal de *razoável duração do processo*) e eficaz. É, portanto, nesta transição de modelos de Estado, com a afirmação do modelo Democrático de Direito que as modificações ocorridas no processo civil revelaram-se essenciais para que o papel do juiz e das partes passasse a ser (re)definido, a fim de que fosse superado aquele arquétipo de processo concebido como “coisa das partes”, em contraposição a um juiz passivo e inoperante. Assim, no paradigma do Estado Democrático de Direito, prevalece a “soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, mas especialmente, na esfera estatal, na qual existe a constante formação de provimentos que gerarão efeitos para uma pluralidade de cidadãos”.⁴⁵¹

No Estado Democrático de Direito ocorre uma evidente mudança de orientação: se no Estado Liberal se enfatiza o Poder Legislativo (período da expressão máxima do positivismo) e no Estado Social, a ênfase era no Poder Executivo (implementação de políticas sociais) e no Poder Judiciário (protagonismo judicial); no Estado Democrático de Direito, observa-se uma prevalência - qualitativa e democrática - do Poder Judiciário⁴⁵², naquilo que Nicola Picardi chama de “vocação de nosso tempo para a jurisdição”⁴⁵³. Partindo da percepção de um “movimento pendular” entre legislação e jurisdição, Nicola Picardi salienta que: “no início do século XIX, Friedrich K. von Savigny, com uma feliz expressão, falou em ‘vocação’ do seu tempo para a legislação e a ciência jurídica. No século XX, ao fim dos anos trinta, Mariano D’Amelio retomará tal expressão em conhecido ensaio sobre a vocação do século XX para a codificação. (...) Ao início do século XXI, a situação parece enfim diferente e mais complexa. Poderíamos sintetizá-la falando de vocação do nosso tempo para a jurisdição e para a doutrina jurídica”⁴⁵⁴.

Essa concepção doutrinária, que a partir do segundo pós-guerra é renovada com os estudos de autores como Vittorio Denti, Mauro Cappelletti e Nicolò Trocker, portanto, acaba por romper com a concepção puramente liberal do processo, que gradualmente deixa de ser compreendido como aquele instrumento neutro e indiferente ao direito material e aos problemas sociais. O aumento dos poderes do juiz vem, assim, ligado à necessidade de

⁴⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 216.

⁴⁵² Dierle Nunes José Coelho Nunes ao tratar do tema, ressaltará uma prevalência do Poder Judiciário, no paradigma do Estado Democrático de Direito: “A verificação do aumento da importância do Judiciário em nosso tempo é realmente uma constatação inegável” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 216)

⁴⁵³ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Op. cit. p. 1.

⁴⁵⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Op. cit. p. 1-2.

redução das desigualdades em relação ao litigante socialmente mais fraco.⁴⁵⁵ Tal discurso, todavia, merece ser atualizado (revitalizado) por aquilo que se entende por Estado Democrático de Direito. Ora, se é necessário retirar o órgão julgador da passividade em que se encontrava no Estado Liberal, isso não pode significar sua colocação na posição de protagonista do processo, transformando as partes em mero recipiente da vontade estatal, alijando-as da participação e da formação dos provimentos judiciais. O Estado Democrático de Direito cobra uma (re)organização do processo em conformidade com a própria noção de democracia.⁴⁵⁶ Nesse cenário, revela-se essencial encontrar-se um equilíbrio entre os poderes do juiz e das partes no processo: nem um juiz inoperante e passivo nos moldes do Estado Liberal, nem um reforço dos poderes do juiz em detrimento da atuação das partes no processo, especialmente por que “do equilíbrio de forças entre o juiz e os litigantes que transparece a verdadeira concepção que o legislador tem da justiça”.⁴⁵⁷

No Estado Democrático de Direito, busca-se conciliar características do processo liberal e do processo social⁴⁵⁸ a partir de um modelo de organização processual em que o magistrado deve desenvolver diálogo no mesmo nível das partes, sempre com base na democracia participativa⁴⁵⁹. Por outro lado, a noção de equilíbrio da posição e funções das partes e do juiz decorre do modelo colaborativo⁴⁶⁰ ou comparticipativo⁴⁶¹ de organização do

⁴⁵⁵ DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Op. cit. p. 62-63.

⁴⁵⁶ “Il grande problema di questa nuova funzione assunta dal giudice è che insocietà altamente complesse e pluraliste, come, per esempio, proprio quella brasiliana, non si può estrarre un concetto assoluto di “buono” e soprattutto non si può attribuire a nessun soggetto o istituzione la capacità di estrapolarlo dal complesso normativo. Pertanto, il ruolo che la magistratura esercita, in questo momento di evoluzione degli studi scientifici, dev’essere rivisitato: diventa necessario, a questa stregua, analizzare il ruolo del giudiziario a partire da una concezione processuale di Stato democratico di Diritto che assicuri lo sviluppo dell’attività dialogica all’interno del processo, con l’influenza di tutti gli attori sociali (giudice, parti e avvocati) nella formazione dei provvedimenti.” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. Disponível em: <<http://www.diritto.it>>. Acesso em 15/11/2011)

⁴⁵⁷ PERROT, Roger. *Il nuovo futuro codice di procedura civile francese*. Rivista de Diritto Processuale. N. 2. 1975. p. 239.

⁴⁵⁸ Consoante lição de Dierle José Nunes Coelho, “conciliar as características de um processo social e de um processo ‘privatista’ pode provocar resultados sociais e constitucionalmente aceitáveis, no sentido de uma justa legitimação das decisões judiciais, sem reduzir a participação ativa do juiz e a contribuição das partes, isto é, a função do processo de assegurar e garantir o contraditório” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. Disponível em: <<http://www.diritto.it>>. Acesso em 15/11/2011).

⁴⁵⁹ “A almejada e defendida publicização do processo deve permitir a utilização do espaço criado por essa para discutir todos os temas dos interessados no resultado dos provimentos. Não um mero instrumento de falsa pacificação social conseguida por critérios pessoais do juiz. O espaço público criado pelo processo deve permitir a ampla participação das partes e do juiz, com uma discussão bem estruturada, ainda que limitada pela inevitável imperfeição dos mecanismos processuais e pela congruência com as matérias discutidas (...) Quando não se assegura a todos os participantes o exercício de uma efetiva influência na formação dos provimentos, a decisão da lide é conseguida pelas mãos (solitárias) do juiz sem que se haja a preocupação com a ‘colaboração’ das partes e dos seus advogados” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. Disponível em: <<http://www.diritto.it>>. Acesso em 15/11/2011).

⁴⁶⁰ Para um estudo mais aprofundado ver Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil, Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

processo faz, especialmente, partindo-se do pressuposto de que a participação das partes no processo deve ser pautada pela boa-fé objetiva⁴⁶².

O modelo colaborativo (comparticipativo) de organização do processo⁴⁶³, próprio do Estado Democrático de Direito, decorre de uma concepção conjunta de trabalho⁴⁶⁴ em (comunidade de trabalho⁴⁶⁵) entre o juiz e as partes⁴⁶⁶. Este modelo, todavia, não exige que as partes colaborem entre si. Sobre o tema, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni salientam que “a colaboração no processo civil devida no Estado Constitucional não é uma colaboração entre as partes. É uma colaboração do juiz para com as partes. Pode ocorrer de uma das partes ter de cooperar com o juízo a fim de que este colabore com a outra. Isto de modo nenhum autoriza, contudo, que se diga que há colaboração entre as partes. É a própria estrutura adversarial ínsita ao processo contencioso que repele a ideia de colaboração entre as partes”⁴⁶⁷. Assim, por força do contraditório, o juiz está “obrigado ao debate, ao diálogo Judiciário”⁴⁶⁸, devendo dirigir o processo isonomicamente, a partir do dever de cooperação, dever este que, por sua vez, se desbora em múltiplos outros deveres, conforme leciona Paula Costa e Silva: (i) pedir esclarecimento; (ii) prevenção; (iii) auxílio; (iv) consulta.⁴⁶⁹

⁴⁶¹ “Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 215.)

⁴⁶² Nesse sentido, ver o disposto no art. 14 do Código de Processo Civil vigente no Brasil: “Art. 14 - São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

⁴⁶³ Paula Costa e Silva entende a colaboração no processo civil como um princípio (previsto no art. 266/1 do Código de Processo Civil Português), salientando que: “Este princípio vem a refletir-se na imputação de situações jurídicas aos diversos intervenientes processuais, que visam uma actuação colaborante ao longo do processo” (SILVA, Paula Costa. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Op. cit. p. 590)

⁴⁶⁴ “De acordo com o art. 266/1 do CPC, o tribunal, as partes e seus mandatários devem cooperar entre si na condução e intervenção no processo. A finalidade que presidiu à consagração deste dever só se torna evidente perante a segunda parte do mesmo preceito. A cooperação terá em vista a obtenção, com brevidade e eficácia, da justa composição do litígio.” (SILVA, Paula Costa. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Op. cit. p. 590)

⁴⁶⁵ “A denominada ‘comunidade de trabalho’ (*Arbeitsgemeinschaft*) entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca e que, levada a sério, permitiu na Alemanha a formação unitária dos futuros magistrados e advogados, impediu que a relação entre se transformasse em um conflito de categorias, além de delinear, na doutrina processual, a idealização do policentrismo processual, que afasta qualquer concepção de protagonismo”. (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 215.)

⁴⁶⁶ LEBRE, José de Freitas. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra. 2006. p. 168.

⁴⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73.

⁴⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit. p. 75.

⁴⁶⁹ SILVA, Paula Costa. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Op. cit. p. 591.

Pelo *dever de pedir esclarecimentos*, no dizer de Paula Costa e Silva, “o tribunal pode ouvir as partes, convidando-as a prestar esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que afigurem pertinentes”⁴⁷⁰. Em igual sentido, Miguel Teixeira de Souza, também jurista português, salienta que o dever de esclarecimento encerra “o dever do tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”⁴⁷¹. No entanto é essencial salientar ser evidente que entre o *ter o poder de pedir a prestação de esclarecimentos* e o *dever de indicar um caminho adequado à parte*, existe uma enorme diferença. Através da prestação destes esclarecimentos, a parte pode “lograr convencer o tribunal de que a sua perspectiva quanto à matéria de direito é a adequada. Pelo que o pedido deduzido se revelará também correto”. Todavia, se a intervenção da parte não for persuasiva, “a ação acabará por falir” e o juiz concluirá, ao final, que a parte formulou pretensão que não pode proceder.⁴⁷²

Pelo *dever de prevenção*, o julgador se vê compelido a prevenir as partes sobre eventuais “deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos”⁴⁷³ (no direito português, chamado de “convite ao aperfeiçoamento”⁴⁷⁴). Paula Costa e Silva, a respeito, enuncia que “o dever de prevenção não foi consagrado como cláusula geral, tendo sido previsto para uma situação específica: a complementação ou clarificação na exposição da matéria de facto”⁴⁷⁵. Em suma, por este dever, compete ao juiz prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ser frustrado pelo uso inadequado do processo.⁴⁷⁶

Por *dever de auxílio*, entende-se o procedimento do juiz que deve auxiliar as partes na superação de determinadas dificuldades que impeçam o exercício de direitos e prerrogativas ou que inviabilizem o cumprimento de seus ônus e deveres processuais.⁴⁷⁷ Note-se que, uma vez que os poderes do juiz são aumentados (a partir do necessário carácter constitucional conferido ao processo), impõe-se a este o dever de informar às partes as iniciativas que pretende exercer, “de modo a permitir a elas um espaço de discussão em contraditório”⁴⁷⁸, devendo haver a expansão e a institucionalização do *dever de esclarecimento judicial* a cada

⁴⁷⁰ SILVA, Paula Costa. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Op. cit. p. 605.

⁴⁷¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 65.

⁴⁷² SILVA, Paula Costa. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Op. cit. p. 605.

⁴⁷³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Op. cit. p. 66.

⁴⁷⁴ BAUR, Fritz. *O papel ativo do juiz*. Revista de Processo n.27: 186-199.

⁴⁷⁵ SILVA, Paula Costa. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Op. cit. p. 593.

⁴⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit. p. 76.

⁴⁷⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Op. cit. p. 67.

⁴⁷⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 229.

etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos de surpresa⁴⁷⁹. Quanto ao *dever de consulta*, o juiz deve consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, “possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser imprimido à causa”.⁴⁸⁰ O dever de consulta, pois, tem como pressuposto o direito de participação das partes na condução e resultado finais do processo. O dever de consulta, portanto, impõe ao juiz o “fomento do debate preventivo”⁴⁸¹ e a submissão de todos os fundamentos da futura decisão ao contraditório. Por este dever – considerado como desdobramento da colaboração no processo – estaria assegurada a igualdade de chances no processo e a igualdade de armas.

O processo civil, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, impõe o modelo colaborativo, de modo a estabelecer um adequado equilíbrio entre os poderes e funções das partes e do juiz. Necessariamente lastreado e imbricado pelos princípios constitucionais, o processo – colaborativo e democrático – “constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático”⁴⁸². O “processo democrático”, portanto, não é aquele instrumento que “aplica o direito com a rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juiz natural e a inafastabilidade do controle judicial”⁴⁸³. Todos esses princípios constitucionais, aplicados em perspectiva democrática, garantirão um processo principiologicamente qualificado e adequado para a “fruição de direitos fundamentais em visão normativa, além de uma ampla participação e problematização na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos relevantes para os interessados.”⁴⁸⁴

Neste contexto, tem-se que o processo é muito mais do que mero procedimento; o processo é um procedimento constitucional e principiologicamente qualificado. A partir daí é possível concebê-lo como um procedimento capaz de legitimar o provimento jurisdicional, na medida em que é capaz de concretizar o direito fundamental à participação, marca indelével do Estado Democrático de Direito e, portanto, adequado à tutela dos direitos⁴⁸⁵, e, por fim, capaz de produzir uma decisão legítima (substancialmente legítima), vale dizer, conformada à

⁴⁷⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 229.

⁴⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit. p. 76.

⁴⁸¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 226.

⁴⁸² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 250.

⁴⁸³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 250.

⁴⁸⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 250.

⁴⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 401.

Constituição e aos direitos fundamentais⁴⁸⁶. É impensável, nesse quadrante, defender-se um protagonismo das partes ou do juiz, seja por que tal noção não se harmoniza com a ideia de um processo democrático, seja por que “acaba conduzindo a um comportamento belicoso entre profissões jurídicas, o que aguça o conflito, além de obscurecer a necessária interdependência existente entre elas”⁴⁸⁷.

Com efeito, é arcabouço principiológico da Constituição que irá informar o processo, tornando-se constitucional e hermeneuticamente adequado. Na medida em que os princípios representam o todo conjuntural da Constituição e que introduzem o mundo prático no direito, é perceptível que o procedimento somente poderá ser considerado um instrumento democrático de produção do direito (processo) quando estiverem presentes os princípios constitucionais do processo (e não somente o contraditório). Afinal, conforme refere Lenio Luiz Streck, “tendo por norte a perspectiva nitidamente pós-positivista presente na Constituição do Brasil, o processo é uma construção compartilhada que se dá a partir da principiologia constitucional, em que o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o respeito à integridade do direito estejam presentes em todo o iter processual e aferido desde o dever fundamental de justificar as decisões, ao modo de uma *accountability* hermenêutica”⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 431-446..

⁴⁸⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit. p. 250.

⁴⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit., p. 322.

PARTE II – AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO A PARTIR DE UMA ANÁLISE CRÍTICA (HERMENÊUTICA) DO PROCESSO CIVIL

I) DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO

1. BREVES NOTAS SOBRE DIREITO SUBJETIVO, PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL E AÇÃO

As relações entre direito material e processo constituem-se, já há bastante tempo, campo fértil de estudos, discussões e reflexões⁴⁸⁹ de juristas e pesquisadores do tema, bastando observar as mais diversas teorias a respeito da ação, criadas justamente para harmonizar esta complexa questão⁴⁹⁰. Não obstante, para a exata compreensão das relações que se estabelecem entre direito material e processo⁴⁹¹, é essencial que se tenha presente as bases teóricas em que repousam as definições de *direito subjetivo*, de *pretensão de direito material* e de *ação*⁴⁹², empresa a que se dedicarão as próximas linhas deste estudo.

⁴⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 7.

⁴⁹⁰ “Os processualistas cuidaram da ação por um motivo específico: através desse conceito buscavam explorar as relações entre o direito material e o processo civil. Contemporaneamente, porém, sabemos que todo o processo reage ao plano do direito material, não se cingindo o inbricamento entre o direito e o processo à categoria da ação” (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 91)

⁴⁹¹ Nesse sentido, aliás, valiosa a lição de José Maria Rosa Tescheiner, na Apresentação do “*Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*”, organizado pelos Professores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral: “(...) há duas espécies de ação: a de direito material, contra o obrigado, e a processual contra o Estado. A ação de direito material é o agir do titular do direito para a realização do próprio direito, independentemente da vontade do obrigado. Observa que o juiz, no processo, exerce duas ordens de atividade: a primeira, de certificação do direito, através da qual investiga se as afirmações feitas pelo autor coincidem com a realidade e o direito material afirmado; a segunda, se afirmativa a primeira, desenvolvendo a ação de direito material que o autor não pôde realizar, porque vedada a defesa privada. Nessa linha de pensamento, é na execução que se encontra a essência da jurisdição, mais do que na sentença em que ela se funda.” (TESHEINER, José Maria Rosa. Apresentação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 7.)

⁴⁹² “Primeiramente, é mister atentar à multiplicidade de acepções que o termo ‘ação’ incova. Ora empregado como direito, ora como poder, é também definido como pretensão, como exercício de um direito pré-existente e, não raro, é considerado, na prática forense, como sinônimo de processo, procedimento, ou mesmo, autos. Há

Com efeito, e conforme preconiza Ovídio A. Baptista da Silva, o direito subjetivo trata-se de uma categoria fundamental para o processo civil⁴⁹³, constituindo-se na “faculdade reconhecida à pessoa pela ordem jurídica em virtude da qual o titular exterioriza sua vontade, dentro de certos limites, para a consecução dos fins que sua própria escolhe determine.”⁴⁹⁴ Com relação a noção de direito subjetivo, Darci Guimarães Ribeiro faz uma abordagem a partir da teoria monista do ordenamento jurídico, estabelecendo duas categorias: *direitos subjetivos mediatos* e *direito subjetivos imediatos*.⁴⁹⁵ Os direitos subjetivos mediatos são exercidos sempre frente à alguém, pois “a todo direito deve corresponder um dever jurídico que o garante, motivo pelo qual a existência de um direito subjetivo mediato afetará a esfera jurídica dos outros”⁴⁹⁶. Porém, se é certo que todo direito subjetivo mediato afeta a esfera jurídica de outro, não é possível sustentar dentro do ordenamento jurídico a existência deste tipo de direito antes da sentença, porque a esfera jurídica de uma pessoa somente pode sofrer restrições por determinação legal ou resolução judicial, e nunca por simples exercício de um direito subjetivo mediato. Assim, nas palavras de Darci Guimarães Ribeiro “não pode existir dentro do ordenamento jurídico a possibilidade de uma pessoa adentrar na esfera jurídica de outro, senão única e exclusivamente através do processo, sob pena de gerar um caos na sociedade”⁴⁹⁷. Estes direitos subjetivos são mediatos exatamente porque sua existência depende de uma sentença, isto é, não se formam no momento em que o ordenamento confere a vantagem objetiva para o seu titular, mas, sim, que necessitam ser declarados em uma sentença⁴⁹⁸.

Diferentemente dos chamados *direitos subjetivos mediatos* (que dependem de sentença), os direitos subjetivos imediatos não necessitam ser exercidos frente à nada ou

ainda autores que distinguem ação de direito material e ação de direito processual.” (PINHO. Humerto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3ª ed. ampl. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 153.)

⁴⁹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 15.

⁴⁹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 15.

⁴⁹⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Op. cit. p. 49-51.

⁴⁹⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Op. cit. p. 49.

⁴⁹⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Op. cit. p. 50.

⁴⁹⁸ “Com outras palavras, se o direito existe para realizar-se, com anterioridade à sentença não pode existir ‘direito subjetivo mediato’, porque antes dela sua realidade é questionável e sua realização depende exclusivamente da vontade das pessoas, é uma regra social de conduta (‘*Verhaltensrecht*’), já que o Estado somente pode *obrigá-las* a realizar o direito⁶² através de uma sentença, ou seja, com a sentença existe a concreção de uma sanção abstrata através da coação que pode ser *atual* ou *potencial*⁶⁴, e além de garantir a existência do direito, despreza a vontade de obrigação que já não tem importância para a realização do direito.” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Perspectivas Epistemológicas do Direito Subjetivo*. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em 30/11/2011).

ninguém, por isso sua existência não afetará a esfera jurídica de nenhuma pessoa e, portanto, não há necessidade de uma sentença para submeter, atual ou potencialmente, o querer volitivo de um obrigado que não existe. Por esta razão, é possível sustentar que dentro do ordenamento jurídico a existência deste tipo de direito sem a necessidade de uma sentença.⁴⁹⁹ Nos direitos subjetivo imediatos, como por exemplo, o direito a vida, a liberdade ou a ação judicial, a simples vantagem objetiva concedida pelo ordenamento jurídico é suficiente para que ele possa existir, na medida em que sua existência não comporta nenhuma limitação à esfera jurídica de outra pessoa. O simples exercício do direito subjetivo imediato é suficiente para que o mesmo possa produzir efeitos independentemente de uma sentença judicial⁵⁰⁰.

Com relação às concepções de Darci Ribeiro Guimarães sobre direito subjetivo, relevante a contribuição de José Maria Tesheiner, ao afirmar que: “Monista, Darci Guimarães Ribeiro sustenta que não existe direito subjetivo antes da sentença. Confrontado, porém, com questões como existe um direito subjetivo para a vida antes da sentença e necessitamos da sentença para que o direito à vida exista?”, faz uma importante concessão à teoria dualista, distinguindo direitos subjetivos imediatos, como o dito direito à vida, e direitos subjetivos mediatos, os únicos que correspondem à idéia de um poder de vontade, que, segundo o Autor é a que caracteriza o direito subjetivo. (...) O ponto, porém, que desejo destacar é o de que, seja monista ou dualista a teoria que se adote, a idéia de direito subjetivo vincula-se ao individualismo, seja porque definido como um poder de vontade, seja como um interesse (individual) juridicamente protegido.”⁵⁰¹

Nada obstante a existência de maneiras diversas de se trabalhar a temática, o elemento central da definição de *direito subjetivo*, segundo Ovídio A. Baptista da Silva, está na noção de direito subjetivo como poder da vontade de seu titular, ou seja, a faculdade que a ordem jurídica confere àqueles a quem outorga o direito subjetivo de torná-lo efetivo pelo exercício, defendê-lo perante terceiros, exigir seu reconhecimento e efetivação perante os órgãos públicos incumbidos de prestar jurisdição ou, enfim, renunciá-lo.⁵⁰² Em igual sentido Daniela

⁴⁹⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Op. cit. p. 50.

⁵⁰⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Op. cit. p. 51.

⁵⁰¹ TESCHEINER, José Maria. *Direito subjetivo - Em sequencia a um artigo de Darci Guimarães Ribeiro*. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net>>. Acesso em 30/11/2011.

⁵⁰² Ovídio A. Baptista da Silva, citando Von Thur (General del Derecho Civil), leciona, nesse sentido, que o conceito de Ihering de direito subjetivo, como sendo o “*interesse juridicamente tutelado*”, não satisfaz, fundamentalmente por suas razões: “(a) o direito objetivo pode conceber a tutela de interesses considerados relevantes pela ordem jurídica, mediante a utilização de outras técnicas diferentes do direito subjetivo. Em verdade, no direito moderno onde as incursões estatais no domínio de atividades tidas tradicionalmente como região específica do direito privado são comuns, a ordem jurídica dispensa proteção a incontáveis situações jurídicas sem conferir aos particulares qualquer direito subjetivo; os chamados ‘direitos difusos’ são situações jurídicas protegidas sem que se chegue à subjetivação do direito na pessoa ou grupo de pessoas que,

Boito Maurmann Hidalgo aponta o direito subjetivo como uma “categoria estática”, um poder da vontade, “correspondente, em um dado momento, a sua exigibilidade, pretensão, que é o poder de exigir de outrem a satisfação do direito”⁵⁰³

Sob este prisma, revela-se sem fundamento a antiga (e já superada) compreensão de que o direito subjetivo seria a expressão individual ou a subjetivação do direito objetivo, como se os dois fossem conceitos de igual dimensão. A concepção que fazia o direito subjetivo como sendo a *facultas agendi*, e *normas agendi*, o direito objetivo, portanto, deve ser afastada.⁵⁰⁴ Assim, recorrendo-se novamente à lição de Ovídio A. Baptista da Silva tem-se que “o direito objetivo é muito mais vasto do que poderá sê-lo o direito subjetivo. As normas jurídicas que disciplinam a atividade administrativa do Estado, as que regulam o processo legislativo, as regras de direito processual que instrumentalizam o processo jurisdicional, tais como as normas sobre competências e tantas outras, são autênticas normas jurídicas componentes do sistema de direito objetivo de um determinado Estado, e não atribuem a ninguém direito subjetivo”.⁵⁰⁵

Assim, ainda que de um ponto de vista *dogmático*, o direito subjetivo corresponde a uma técnica que o legislador se utiliza, ou seja, o plano do direito positivo há de ser sempre um momento posterior ao direito objetivo, não se pode conceber direito subjetivo anterior ao momento da positivação do direito.⁵⁰⁶ Com relação ao tema, Pontes de Miranda refere expressamente que, “rigorosamente, o direito subjetivo foi abstração, a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos”⁵⁰⁷. Mais adiante, Pontes de Miranda dá continuidade à sua reflexão, afirmando que “a regra jurídica é objetiva e incide nos fatos; o suporte fático tornar-se fato jurídico.

O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é que, já aqui subjetivo, porque se observa do lado desse alguém, que é titular dele⁵⁰⁸. Desta forma,

eventualmente, no plano processual, poderiam invocar a tutela jurisdicional; (b) podem ocorrer situações caracterizadas como verdadeiros direitos subjetivos onde seu titular não o menor interesse em seu exercício, como sucede com o direito atribuído ao tutor.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 15.)

⁵⁰³ HIDALGO, Daniel Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 27.

⁵⁰⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 15

⁵⁰⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 16

⁵⁰⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 16

⁵⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1970. Tomo V. p. 225.

⁵⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Op. cit. p. 225.

não obstante a teoria monista (antes observada) não admitir a existência de direito subjetivo antes da sentença, é titular de direito subjetivo aquele que, com a incidência da regra jurídica em um suporte fático, obteve algum tipo de “vantagem” jurídica⁵⁰⁹. Outro ponto especial a merecer atenção é o fato de que o direito pode conter faculdades, mas tais não se confundem com o direito em si, uma vez que direito subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade.

Pois, destas breves considerações resultam duas conseqüências essenciais: (i) sempre que a ordem jurídica atribui a alguém um direito subjetivo, confere-se, ao mesmo tempo, a faculdade de exercer o poder que a lei concede, ou de não exercê-lo; (ii) o direito subjetivo é um *status*, uma categoria “estática”, ao contrário da *ação*, que pode ser definido como esse próprio direito subjetivo em seu “momento dinâmico de realização”, conforme palavras de Ovídio A. Baptista da Silva⁵¹⁰. Assim, é essencial que se evite confusão que, comumente se faz, entre “ação” e “direito subjetivo público de invocar a tutela jurisdicional”⁵¹¹. A “ação” não é um direito subjetivo, pela singela razão de ser ela a expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior e que a funda.

No plano processual, há “ação” quando se tem direito subjetivo à jurisdição. Não se pode, dessarte, confundir-se as duas categorias: uma coisa será o direito subjetivo processual, por meio do qual a ordem jurídica reconhece a alguém o poder de tornar efetivo o direito através do exercício da “ação” processual; “outra, não o poder, mas o exercício efetivo desse direito, por meio da ‘ação’”⁵¹². Todavia, preliminarmente à compreensão da “ação” processual, é necessário que se observe outras distinções dentro do direito subjetivo.

Partindo-se do entendimento de que direito subjetivo é *status* jurídico que o seu titular usufrui, impõe-se distinguir as duas posições básicas que o sujeito do direito poderá assumir, em relação ao próprio direito e perante o titular do dever jurídico ou da obrigação.⁵¹³ Num primeiro estágio, verifica-se que a existência de um direito subjetivo não implica obrigatoriamente no seu exercício. Em segundo, pode haver direito subjetivo sem que haja

⁵⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Op. cit. p. 226.

⁵¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 56.

⁵¹¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 17.

⁵¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 57.

⁵¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 57.

ainda (ou não mais exista) a faculdade reconhecida ao titular de poder exigir a realização de seu direito⁵¹⁴.

A partir destas constatações é possível distinguir a *exigibilidade* da *exigência efetiva*. Ao explicar o tema, Ovídio A. Baptista da Silva utiliza-se de exemplo prático bastante elucidativo: “se sou titular de um crédito ainda não vencido, tenho já direito subjetivo, estou na posição de credor. Há *status* que corresponde a tal categoria de Direito das Obrigações, porém, não disponho ainda da faculdade de *exigir* que meu devedor cumpra o dever correlato, satisfazendo meu direito de crédito. No momento em que ocorrer o vencimento, nasce-me uma nova faculdade de que meu direito subjetivo passa a dispor, qual seja, o *poder de exigir* que meu devedor preste, satisfaça, cumpra a obrigação. Nesse momento, diz que o direito subjetivo, que se mantinha em estado de latência, adquire dinamismo, ganhando uma nova potência a que se dá o nome de *pretensão*.”⁵¹⁵.

Desta forma, a partir do momento que é possível exigir-se o cumprimento do dever a que está submetido o sujeito passivo da obrigação, significa que o direito subjetivo está dotado de pretensão⁵¹⁶. Por outro lado, se acaso o credor não exige seu direito de crédito, pelo decurso do tempo e pela inércia, estará prescrita a faculdade de exigir o pagamento, situação que ira refletir na existência de um direito subjetivo, todavia, sem pretensão e, conseqüentemente, sem ação. Veja-se, por oportuno, que tanto o direito subjetivo quanto à pretensão (“pretensão é, pois, a tensão para algum ato ou omissão, dirigida a alguém”⁵¹⁷) são categorias de direito material⁵¹⁸. É possível verificar-se, portanto, que a ordem jurídica (o direito objetivo do Estado) pode outorgar a alguém a condição de sujeito de direito, mas não lhe reconhecer ainda, ou já não mais lhe reconhecer, o poder de exigir a satisfação de tal direito. Nesta hipótese, há o direito subjetivo e não há *pretensão de direito material*.

⁵¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 57.

⁵¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 17. Ainda sobre “pretensão”, Pontes de Miranda refere que “*Pretensão* é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op. cit. p. 68)

⁵¹⁶ “O correlato da pretensão é um dever ‘premiável’ do destinatário dela, talvez obrigação (no sentido estrito), sempre obrigação (no sentido largo). Ao ‘posso’ do titular da pretensão, corresponde a ‘ser obrigado’ do destinatário. Não há pretensão sem destinatário; nem obrigação, sem que haja a pretensão; porém, se conceituássemos obrigação como a posição passiva de quem ‘deve’, haveria obrigação a que não corresponderia pretensão. Obrigação tem, pois, dois sentidos, o do dever, que é larguíssimo (posição subjetiva passiva correlata à de direito), e o de posição subjetiva passiva correlata à de pretensão.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op. cit. p. 68)

⁵¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op. cit. 69.

⁵¹⁸ “Existe o direito subjetivo e existe a pretensão, que é a *faculdade de se poder exigir a satisfação do direito*.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 17.)

O direito a que não se atribui mais pretensão⁵¹⁹, tal como o direito cuja pretensão foi alcançada pela prescrição, é um estado de titularidade absolutamente estático; a pretensão de direito material é que “potencializa o direito subjetivo, dotando-o de dinamismo em virtude do qual o direito poderá realizar-se como consequência da exigência de sua satisfação”⁵²⁰. Tem-se, portanto, três fenômenos diferentes entre si: o direito subjetivo, a pretensão de direito material e a ação, que, nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva são “estados de que desfruta seu titular. Tenho direito subjetivo, pretensão e ação. Não sou, porém, obrigado a exercê-los. Posso renunciar ao direito subjetivo, posso ter pretensão e não exercê-la, assim como ter ação e deixá-la prescrever. Posso, no entanto, usar e desfrutar de meu direito subjetivo, assim como posso exercer as pretensões dele nascidas, exigindo sua satisfação, como igualmente posso agir, exercendo a ação.”⁵²¹ O exercício da prerrogativa de exigir, que não é mais um estado, assim como o exercício da ação (quando a exigência não é cumprida) não é um simples estado, mas um agir por parte do titular da obrigação.⁵²²

Nesta senda, “o titular da pretensão, ao exigir que o titular do dever jurídico (obrigado) se comporte de acordo com a norma e cumpra a obrigação, ainda não estará *agindo para a realização* do direito. Enquanto limita-se a *exigir*, ainda não *ajo*.”⁵²³ Com efeito, a pretensão é meio para se atingir o cumprimento da obrigação, todavia, na medida em que apenas exijo o cumprimento da obrigação, o cumprimento deste dever jurídico é obtido através de um comportamento voluntário do obrigado. Assim, resta evidente que, o mero exercício da pretensão ainda não realiza o direito subjetivo, visto que a satisfação ficará na dependência da ação do obrigado (no sentido de satisfazer a obrigação).⁵²⁴

Acaso, entretanto, a exigência do titular da obrigação se torne inócua e o obrigado não cumpra o dever jurídico a que está adstrito, surge ao titular da pretensão a ação de direito

⁵¹⁹ Discorrendo sobre o tema, Pontes de Miranda discorre que “Por que à pretensão é que corresponde a obrigação. Não, porém, obrigações sem dever. Nada têm o dever e a obrigação, o direito e a pretensão com o ter de sofrer a execução forçada, por que esta é deferimento de pedido feito ao Estado, com ou após o exercício da pretensão de tutela jurídica.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op. cit. p. 67)

⁵²⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 58.

⁵²¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 59.

⁵²² SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 59.

⁵²³ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 59.

⁵²⁴ “Na generalidade dos casos, o exercício da pretensão de direito material se dá fora do processo, e a satisfação do direito ocorre por ato ou omissão do obrigado, mas pode haver pretensão cujo atendimento não se dê senão quando a exigência se faça através de ação judicial, como a exigibilidade do divórcio, que é pretensão à desconstituição, como seria qualquer outra, mas que não poderá ser atendida fora do processo.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 59.)”

material, que é o agir – não mais o simples exigir – por meio do qual o sujeito ativo da obrigação realizará a mesma por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou qualquer outra conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado⁵²⁵, ou nas palavras de Pontes de Miranda “a ação exerce-se principalmente por meio de ‘ação’ (remédio jurídico processual)”⁵²⁶, mas tal não sucede necessariamente.⁵²⁷ Efetivamente, existem hipóteses excepcionais em que o exercício da ação de direito material poderia ocorrer sem que o agente a veicule através da jurisdição, como é o caso da legítima defesa da posse⁵²⁸ (art. 1.210, §1º do Código Civil vigente⁵²⁹)

Acaso, entretanto, se a exigência do titular da obrigação se torne inócua e o obrigado não cumpra o dever jurídico a que está adstrito, surge ao titular da pretensão a ação de direito material, que é o agir – não mais o simples exigir – por meio do qual o sujeito ativo da obrigação realizará a mesma por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou qualquer outra conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado⁵³⁰, ou nas palavras de Pontes de Miranda “a ação exerce-se principalmente por meio de ‘ação’ (remédio jurídico processual)”⁵³¹, mas tal não sucede necessariamente.⁵³² Efetivamente, existem hipóteses excepcionais em que o exercício da ação de direito material poderia ocorrer sem que o agente a veicule através da jurisdição, como é o caso da legítima defesa da posse⁵³³ (art. 1.210, §1º do Código Civil vigente⁵³⁴)

⁵²⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 60.

⁵²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op. cit. p. 124.

⁵²⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 19

⁵²⁸ Conforme exemplo sugerido por Ovídio A. Baptista da Silva (*Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 19)

⁵²⁹ (art. 1.210, §1º - CC. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse)

⁵³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 60.

⁵³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op. cit. p. 124.

⁵³² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 19

⁵³³ Conforme exemplo sugerido por Ovídio A. Baptista da Silva (*Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 19)

⁵³⁴ (art. 1.210, §1º - CC. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse)

2. DAS TEORIAS QUE TRATAM DA ORIGEM DO CONCEITO DE AÇÃO

Considerado elemento basilar no paradigma do processualismo (momento histórico em que, conforme já comentado, Oskar Bülow proclamou, em termos sistemáticos, a existência de uma relação jurídica⁵³⁵, passando o processo civil passou a ser estudo de forma autônoma ao direito material), o conceito da “ação” tornou-se foco de estudos, investigações, discussões, polêmicas e pesquisas dos estudiosos do processo civil a partir do século XIX.

Os estudiosos do processo civil debruçaram-se sobre a “ação” com o objetivo básico de explorar as relações entre o direito material e o processo⁵³⁶. Modernamente, tem-se a compreensão de que o processo reage ao direito material, não havendo uma verdadeira e necessária cisão entre direito material e processo.

Destarte, com base nestas premissas e visando a dar continuidade às investigações sobre as relações entre direito material e processo, passará a se delinear brevemente⁵³⁷ as principais correntes teóricas que se aventuraram a conceituar a ação para, no capítulo seguinte, estudar-se, com mais profundidade a ação de direito material e a “ação” processual.

2.1. Teoria civilista da ação

Também chamada de “tese da ação de direito material”⁵³⁸ e de doutrina clássica ou imanentista⁵³⁹, tem origem no direito romano⁵⁴⁰, sendo a primeira tentativa de trazer à lume o

⁵³⁵ Em 1868, Oskar Bülow publica a obra “*La teoria de las excepciones procesales y presupuestos procesales*”, sendo este considerado o marco histórico do início do processualismo.

⁵³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 91.

⁵³⁷ Com efeito, não se fará estudo aprofundado sobre as teorias que visam a conceituar a ação, mormente por que este não é o objeto direito do presente estudo, servindo os subsídios apresentados para auxiliar na compreensão dos temas que serão posteriormente tratados.

⁵³⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 20.

⁵³⁹ Com relação ao tema Humberto Dalla Bernardina de Pinho refere: “Segundo a clássica proposição de Celso, a ação era o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou violação sofrida. Não havia ação em direito. Defendia-se a tese da imanência do direito de ação ao direito subjetivo material” (PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Op. cit. p. 155) O mesmo autor ainda explica que: “A teoria imanentista repousava suas bases em três idéias fundamentais: 1) não há ação sem direito; 2) não há direito sem ação; 3) ação segue a natureza do direito” (PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Nota 7. Op. cit. p. 155)

conceito de ação. Sobre tal teoria, é comum partir-se da célebre definição de Celso (Inst. 4,6,1, pr.)⁵⁴¹: segundo o qual “*Actio autem nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*” (A ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido)⁵⁴².

Partindo de concepções e conceitos do direito romano, Savigny definiu que ação é o direito à tutela judiciária ante a violação de outro direito: “*la relacion que de la violacion resulta, es decir, el derecho conferido á la parte lesionada se llama derecho de accion ó accion*”⁵⁴³. Assim, em face da violação do direito, Savigny entendia necessária a criação de várias instituições: (i) a jurisdição, como parte integrante do direito público; (ii) a pena, como conteúdo do direito criminal; (iii) as formas destinadas ao restabelecimento do estado normal do direito violado.⁵⁴⁴

De qualquer modo, a doutrina básica da teoria civilista se norteia na seguinte orientação: a ação teria um direito à tutela jurídica nascida da lesão de um direito. Outrossim, reconhece que toda ação implica necessariamente duas condições: o direito e a violação do direito. Se o direito não existe, a violação não é possível; e se não há violação, o direito não pode revestir a forma especial da ação e a ação não ter havido.⁵⁴⁵

Pela violação, o direito “aparece numa nova forma, em estado de defesa”⁵⁴⁶. A lesão tem como consequência uma repercussão sobre o conteúdo e a existência do próprio direito, o direito se transforma em direito de ação, que de modo nenhum constitui um direito autônomo.⁵⁴⁷ Em resumo, o direito de ação (*Klagrecht*) era considerado uma forma especial assumida pelo direito material depois da sua lesão ou violação, uma espécie de metamorfose extensível a todo direito⁵⁴⁸. Pela teoria civilista, “o fundamento jurídico da ação é o próprio direito violado”⁵⁴⁹. Esta violação, por esta teoria, cria um vínculo de direito idêntico a uma

⁵⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 91.

⁵⁴¹ “Com efeito, a definição que CELSO dava à *actio* romana nunca poderia servir aos juristas modernos para a definição da ‘ação’ processual. Como mostrou WINDSCHEID, a *actio* não correspondia, em direito romano, à ‘ação’ processual, estando mais próxima do conceito de *pretensão de direito material*.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 71.)

⁵⁴² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 149.

⁵⁴³ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1930. Tomo IV, p. 10.

⁵⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 20.

⁵⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 21.

⁵⁴⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Op. cit. p. 11.

⁵⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 21.

⁵⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 21.

⁵⁴⁹ TESCHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 86.

obrigação, da qual é sujeito ativo o titular da relação de direito, e sujeito passivo, o seu violador.⁵⁵⁰

Assim, resta perceptível que a teoria civilista da ação não apresenta outra coisa senão a própria ação material, razão por que resta forçoso concluir que – salvo certas imprecisões terminologias⁵⁵¹ – as orientações dos juristas da época se revelaram adequadas. O equívoco fora “tentar explicar, através do prisma material, fenômeno de ordem processual (‘ação’ processual), misturando-se de modo inadmissível esse dois planos.”⁵⁵²

Definindo, a denominada teoria civilista, a ação processual como o direito de perseguir em juízo “o que nos é devido pelo obrigado”, a doutrina misturou duas realidades, ou seja, o exercício da pretensão de tutela jurídica e ação de direito material, que é o agir do titular para a obtenção “do que lhe é devido”, e, ao assim proceder, não teve como explicar os casos em que o agente houvesse promovido um processo sem ter direito, ou seja, ficou impossibilitada de explicar o fenômeno da ação improcedente, pois em tal caso a ação processual não teria sido o direito de ‘perseguir em juízo “o que nos é devido” (pelo obrigado).⁵⁵³ Nesse sentido, Araken de Assis e assevera que “não se afigura lícito e correto baralhar os planos material e processual, inoculando o no último uma categoria que, por definição, se situação ‘aquém’ – na hipótese de ao existir litígio – ou ‘dentro’ do processo, jamais, contudo, se confundindo com o próprio.”⁵⁵⁴

A estreita vinculação do direito material com a ação repercutiu posteriormente, inclusive na doutrina nacional⁵⁵⁵, chegando mesmo a encontrar no próprio Código Civil de 1916, que, no artigo 75, se manteve fiel à visão imanentista, estabelecendo que “A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.⁵⁵⁶ Seja como for, o entrelaçamento de conceito e a confusão de planos (material e processual) redundou que, através da teoria civilista (imanentista), jamais fosse explicada a improcedência da ação⁵⁵⁷ e a existência da

⁵⁵⁰ TESCHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 86.

⁵⁵¹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 93.

⁵⁵² MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 93.

⁵⁵³ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 71.

⁵⁵⁴ ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 54.

⁵⁵⁵ Sobre tal aspecto, essencial a leitura da obra de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, para quem as diretrizes privativas da doutrina civilista influenciaram a elaboração do art. 75 do Código Civil de 1916 (revogado). No entanto, segundo o autor, “em decorrência dos crescentes contornos autônomos atribuídos ao direito processual, a doutrina imanentista foi aos poucos sendo rechaçada e esse artigo começou a ser interpretado como fonte de garantia de tutela jurisdicional adequada (art. 5º, XXXV, CF). (PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Op. cit. p. 155)

⁵⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 23.

⁵⁵⁷ “Outra objeção de peso se retira da ação declaratória negativa. Nesta espécie de demanda, o objeto litigioso consiste na afirmativa, realizada pelo autor, de que não há relação jurídica vinculando-se o réu, e, contudo,

ação declaratória negativa⁵⁵⁸, “com o que se abandonou a teorização em torno da noção civilista da ação”.⁵⁵⁹ Assim, abandonada a teoria civilista, pela necessidade de se distinguir ação e direito subjetivo, e “afirmada a preocupação, como consequência, a autonomia da ciência processual”⁵⁶⁰, a preocupação dos estudiosos do processo voltou-se, sobretudo, para a ação declaratória.

2.2. Teoria concreta do direito de agir

A teoria concreta do direito de agir sucede a teoria civilista da ação, sendo considerado um dos importantes passos para a autonomia do direito processual civil.⁵⁶¹ A ação é considerada concreta quanto do seu exercício resultar em uma sentença favorável⁵⁶². Por esta teoria, ter ação é ter razão, ou seja, ter direito à sentença favorável.⁵⁶³

A chamada teoria do direito concreto da ação, devida a Adolf Wach⁵⁶⁴, se tornou clássica e uma das mais importantes teorias para o desenvolvimento da ciência processual, “mostrou que o agir em juízo poderia ter como finalidade não a defesa ou a perseguição do que nos é devido, mas simplesmente o exercício de uma pretensão a que o juiz declare a

haverá ‘ação’, talvez procedente. Sem embargo das eventuais dificuldades introduzidas por tal classe de ações na teoria do objeto litigioso, aqui, todavia, induz satisfatoriamente à inverossimilhança da teoria examinada.” (ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. Op.cit. p. 54)

⁵⁵⁸ “A teoria civilista da ação explodiu com a revelação da existência da ação declaratória negativa que, por visar precisamente à declaração da inexistência de relação jurídica, não podia ser concebida como estado de um direito subjetivo violado” (TESCHEINER. José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 88.)

⁵⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 93.

⁵⁶⁰ TESCHEINER. José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 88.

⁵⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 31. Em igual sentido, leciona Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “A aludida autonomia do direito de ação foi demonstrada através da ação declaratória negativa, que consiste justamente na declaração de inexistência de determinada relação jurídica e, por conseguinte, do direito material subjetivo que dela poderia defluir” (Em igual sentido, leciona Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “Representa uma variante da teoria concreta, pois também condiciona a existência do direito à obtenção de uma sentença favorável.” (PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Op. cit. 156).

⁵⁶² “A ação se dirige contra o Estado, que deve outorgar proteção, e contra a parte adversa, em face de quem deve ser outorgada dita proteção. É o direito público subjetivo *de quem tem razão*, a fim de que o Estado lhe outorgue tutela jurídica mediante pronunciamento favorável.” (TESCHEINER. José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 91).

⁵⁶³ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 97.

⁵⁶⁴ “Em 1885, publicou Adolf Wach o primeiro volume de seu *Handbuch des deutschen Civilprozessrechtz*, no qual demonstra a independência entre o direito de ação e o direito subjetivo material.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Jaqueline Mielke Silva, Luiz Fernando Baptista da Silva. Atualizadores de Ovídio A. Baptista da Silva. – 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 94.)

inexistência de um direito do adversário, ou a existência de uma relação jurídica, o que significaria valer-se do processo para declarar que nada seria devido pelo autor”⁵⁶⁵.

Conforme leciona Ovídio A. Baptista da Silva, Adolf Wach “teve sua atenção despertada por um fenômeno novo no campo do processo, decorrente da introdução feita pela Ordenança Processual Civil alemã de 1877, de uma pretensão especial e autônoma para a simples ‘declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica’, demonstrando que o agir em juízo poderia simplesmente consistir no exercício de uma pretensão de tutela jurídico-processual para que o juiz declarasse a inexistência de uma certa pretensão do adversário”⁵⁶⁶. Dessa forma, nestes casos, caberia a sentença de procedência declarar a inexistência de uma relação jurídica, o que equivaleria utilizar-se do processo para declarar que nada seria devido.

Em seus estudos, Adolf Wach demonstra, definitivamente, a autonomia da ação, afirmando que ela não se confunde com o direito subjetivo privado e, tampouco, com a pretensão de direito civil.⁵⁶⁷ Para Adolf Wach, o direito de ação, embora não nascendo junto com o direito subjetivo material, dele deve decorrer, sempre e necessariamente, à exceção da hipótese da ação declaratória negativa. Além do mais, “se a pretensão declaratória negativa não tem por base um direito subjetivo privado, o mesmo não ocorre com qualquer pretensão positiva, que deverá emergir sempre de um direito próprio, encontrando neste um de seus requisitos.”⁵⁶⁸ Esta concepção⁵⁶⁹ (teoria do direito concreto de agir) teve o mérito de demonstrar que a ação não podia ser confundida com direito subjetivo, como afirmara outrora a teoria civilista.⁵⁷⁰

A denominação “teoria do direito concreto da ação” é de fácil compreensão, na medida em que, à exceção da declaratória negativa, a ação de direito subjetivo material só poderia conduzir a uma sentença favorável.⁵⁷¹ Disso resulta que Adolf Wach indica três condições para a ação: (i) a existência de um direito violado ou ameaçado de violação; (ii) a

⁵⁶⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 71.

⁵⁶⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 72.

⁵⁶⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 94.

⁵⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 95.

⁵⁶⁹ “À teoria do ‘direito concreto de ação’, concebida por WACH, deu sua valiosa adesão GIUSEPE CHIOVENDA, sem dúvida um dos maiores processualistas italianos de nossa época, o qual, em sua famosa preleção feita na Universidade de Bolonha, em 1903, mostrava ser a ‘ação’ processual um direito especial de natureza potestativa por meio do qual se realiza, no caso concreto, a vontade da lei, abstratamente prevista pelo ordenamento jurídico.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 74.)

⁵⁷⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 74.

⁵⁷¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 95.

legitimação, ou seja, a necessidade de que o direito violado ou ameaçado fosse do próprio autos; (iii) a possibilidade jurídica do pedido, ou a adequação do direito ao ordenamento jurídico concreto.⁵⁷²

A teoria do direito concreto, embora considere a ação como um direito autônomo e por isso existente também nos casos em que o autor não tenha um verdadeiro e próprio direito subjetivo substancial a satisfazer, contudo continua identificando a ação com a relação substancial existente entre as partes, ainda que visualizada sob um aspecto peculiar, enquanto direito à aplicação da sanção.⁵⁷³ Daí decorre que a ação continua a ser o próprio direito que se deduz em juízo. Todavia, a ação é verdadeiramente distinta do direito ou da relação jurídica substancial. É o direito instrumento por meio do qual se deduz em juízo a afirmação de um direito ou em geral de uma situação jurídica que se quer ver declarada ou tutelada.⁵⁷⁴

A crítica a esta teoria, todavia, ficou por conta de a mesma não dar conta de explicar o fenômeno da sentença de improcedência. A propositura de uma demanda por quem seja titular de um direito (legitimidade) violado ou ameaçado de violação (interesse da tutela) e que contenha pedido previsto no ordenamento jurídico concreto, deverá necessariamente ser julgada procedente, restando, sem explicação, portanto, o fenômeno da sentença improcedente.

2.3. Teoria abstrata da ação

De forma precedente à teoria do direito concreto, Heinrich Degenkolb (Alemanha) e Alexander Plósz (Hungria)⁵⁷⁵ – quase que simultaneamente⁵⁷⁶ – desenvolveram a chamada teoria do direito abstrato da ação. Procuraram estes dois pensadores identificar um fundamento para ação, desvinculado e independente de qualquer direito anterior⁵⁷⁷. Esta teoria define a ação como poder de reclamar uma decisão de qualquer conteúdo (direito subjetivo

⁵⁷² SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 95.

⁵⁷³ TESCHEINER. José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 98.

⁵⁷⁴ TESCHEINER. José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 98.

⁵⁷⁵ Degenkolb desenvolveu o *Einslassungszwang und Urheilsnorm – Ingresso forçado e norma judicial*, publicado em 1877. Plósz (não obstante a doutrina geralmente se refira antes a Degenkolb) escreveu sua obra *Beiträge zur Theorie des Klagerechts – Contribuição à teoria do direito de queixa, em 1876*, muito em embora só tenha sido traduzida para o alemão em 1890.

⁵⁷⁶ “Antes mesmo que Chiovenda lançasse sua doutrina, Degenkolb já criara na Alemanha, em 1877, a teoria do direito abstrato de agir. Quase ao mesmo tempo, por outra coincidência curiosa, Plósz formulava doutrina idêntica, na Hungria.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 273.)

⁵⁷⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 99.

público à tutela estatal, pura e simplesmente, preexistente ao processo), o que deixa evidente o total desvinculamento da ação com a pretensão material⁵⁷⁸. Para agir, basta alguém, de boa ou de má-fé, ajuizar a demanda (mesmo para aqueles sem direito a tutelar), fato que explica, “quicá insuperavelmente⁵⁷⁹”, a ação improcedente e, outrossim, “a existência do processo, criado a partir da ação, desvinculada do direito material”.⁵⁸⁰

Com efeito, por esta teoria, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado⁵⁸¹. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione um interesse, protegido em abstrato pelo direito.⁵⁸² Trata-se, pois, de direito público subjetivo: direito à jurisdição, direito à prestação jurisdicional do Estado, direito à sentença, isto é, direito a uma resposta do Estado, qualquer que seja o seu conteúdo.⁵⁸³

Quanto ao requisito da boa-fé, percebe-se diferente concepção nas teorias de Degenkolb e Plósz. Na vertente de Degenkolb, teoriza-se a ação de maneira conceitual, “de existência restrita aos casos em que o demandante afora a demanda de boa-fé, convicto subjetivamente de que seu o seu direito⁵⁸⁴, no plano material, efetivamente existe”⁵⁸⁵; na vertente de Plósz, separa-se a uma ação processual e outra material, ambas independentes, sem qualquer exigência que, para que a demanda exista, tenha que estar o autor de boa-fé em seu pleito⁵⁸⁶.

A denominação “direito abstrato” decorre da circunstância de que a ação independe da existência de um direito subjetivo concreto⁵⁸⁷ (basta que se alegue sua existência e, na ação declaratória negativa, o que se pede ao juiz é exatamente que se declare a inexistência de

⁵⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 103.

⁵⁷⁹ ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. Op. cit. p. 60.

⁵⁸⁰ ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. Op. cit. p. 60.

⁵⁸¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 274.

⁵⁸² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 274.

⁵⁸³ TESCHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 89.

⁵⁸⁴ “Muitos anos depois de ter publicado seu primeiro livro, Degenkolb modificou seu critério, exigindo que o demandante, para que tivesse o poder de acionar, se julgasse, sinceramente, armado de direito. Tais vacilações, porém, não eram necessárias e seu pensamento, com elas, perdeu clareza.” (TESCHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 89).

⁵⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 103.

⁵⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 103.

⁵⁸⁷ “O conteúdo primordial do direito de ação seria o interesse secundário e abstrato à intervenção do Estado para a eliminação dos obstáculos que se contrapõem à obtenção da intervenção do interesse principal (direito material). Assim, esta teoria teve o mérito de reconhecer a existência de um direito público, subjetivo, preexistente ao processo e desvinculado do direito material ao permitir que o autor, no exercício de seu direito de ação, fizesse apenas referência a um interesse seu, levando o Estado a proferir uma sentença por meio da atividade jurisdicional, ainda que contraria aos interesses autorais.” (PINHO, Humerto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. p. 157).

direito subjetivo da parte adversa)⁵⁸⁸. Ovídio A. Baptista da Silva, nesse sentido, afirma que “por não esta chamado o ‘direito de ação’ ligado a, ou na dependência, de nenhum direito subjetivo material que lhe servisse de *causa*, dizia-se que este direito era *abstrato*, ou seja, outorgado pela ordem jurídica a todos quantos invocassem a proteção jurisdicional, independentemente de serem ou não os mesmos titulares dos direitos alegados em juízo⁵⁸⁹”.

O direito de ação, segundo a concepção de Degenkolb e Plósz, é direito subjetivo público que se exerce em face do Estado e em razão do qual sempre se pode obrigar o réu a comparecer em juízo. É o direito de agir, decorrente da própria personalidade, nada tendo em comum com o direito privado argüido pelo autor; pode ser concebido com abstração de qualquer outro direito, pré-existe à própria demanda, constituindo-se esta tão somente no meio através do qual pode ser exercido.⁵⁹⁰

A teoria do direito abstrato da ação não fora recepcionada por muitos juristas, por considerarem impossível confundir-se o direito de ação⁵⁹¹ com o denominado direito de petição, este sim, equivalente ao direito de acesso aos tribunais, outorgado indistintamente a todos os cidadãos.⁵⁹²

2.4. Teoria eclética da ação

A orientação “eclética” da ação é a teoria formulada por Enrico Tullio Liebman e tem esta denominação porque se trata de uma tentativa de se conciliar as teorias concreta e abstrata do direito de agir. Foi a teoria adotada pelo Código de Processo Civil vigente⁵⁹³. Por esta teoria, Liebman visa a “superar as duas posições extremas”⁵⁹⁴, partindo da afirmação de que “este fenômeno, a que se dá o nome de direito ação, corresponde a um agir dirigido contra o Estado, em sua condição de titular do poder jurisdicional, e por isso, em seu exato

⁵⁸⁸ TESCHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 90.

⁵⁸⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 75.

⁵⁹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 99.

⁵⁹¹ “Outros estudiosos, também filiados à doutrina da ação como direito abstrato, apresentam divergências e peculiaridades em suas construções. Carnelutti configura a ação como direito abstrato e de natureza pública, mas dirigido contra o juiz e não contra o Estado. Couture, no Uruguais, concebe-a integrada na categoria constitucional do direito de ação.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 274.)

⁵⁹² SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 99-100.

⁵⁹³ Assim, Daniel Mitidiero. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 103.

⁵⁹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 76.

significado, o direito de ação é, no fundo, o direito à jurisdição.⁵⁹⁵ Entre ação e jurisdição existe, por isso mesmo, uma exata correspondência, não podendo haver um sem o outro.

Lecionava Liebman que vir a juízo constituía para a parte, antes de tudo, um ônus⁵⁹⁶, porquanto, não é dado ao órgão judicante proceder de ofício, não podem examinar questões, nem prover sobre o pedido sem solicitação prévia do demandante.⁵⁹⁷ Ao mesmo tempo, se afigurava também como um direito de “provocar a atividade judiciária”⁵⁹⁸, relacionado com determinada situação jurídica em que o autor, lesado ou ameaçado de lesão em sua esfera jurídica, estivesse buscando a satisfação de um interesse.⁵⁹⁹ Portanto, a ação processual corresponde ao agir que colocará em movimento a jurisdição⁶⁰⁰. Assim, se o Estado prestou jurisdição é porque alguém exerceu “ação”, ou seja, porque alguém, a quem se dá o nome de autor, o provocou para que o mesmo prestasse tutela jurisdicional. Assim, se alguém exerceu ação é por que fora desencadeada a atividade jurisdicional⁶⁰¹. De resto, Liebman afirma ser o direito de ação um direito ao processo e a um julgamento de mérito.⁶⁰²

Conforme chama a atenção Ovídio A. Baptista da Silva, até este ponto, “ecletistas” e partidários da doutrina do “direito abstrato” não divergem. Tanto uma quanto outra destas vertentes concordam que a ação não é dada apenas ao autor que tenha razão e logre sucesso na demanda. Igualmente, o litigante que veja repelida por infundada sua ação, terá exercido realmente ação processual, desde que, tanto para os juristas da doutrina “ecclética” quanto para os defensores da teoria abstrata, o direito de ação é um direito à jurisdição⁶⁰³. Não obstante, onde começa a atividade jurisdicional para a teoria eclética de Liebman? É na resposta a este questionamento que reside o ponto de discórdia com a teoria abstrata.

Haverá, segundo Liebman, atividade jurisdicional quanto o juiz rejeita preliminarmente a ação por considerar a mesma inepta? Ou por reconhecer como inexistente a

⁵⁹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 76.

⁵⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 105.

⁵⁹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Volume 1. p. 184.

⁵⁹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Op. cit.. p. 145.

⁵⁹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Op. cit. p. 146.

⁶⁰⁰ “A teoria eclética preconiza a existência do direito de ação quando presentes determinadas condições, mesmo que inexistente o direito material” (Em igual sentido, leciona Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “Representa uma variante da teoria concreta, pois também condiciona a existência do direito à obtenção de uma sentença favorável.” (PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Op. cit. 158).

⁶⁰¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 76.

⁶⁰² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Op. cit. p. 150.

⁶⁰³ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 77.

legitimidade das partes? Ou quando o juiz reconhece a inexistência de interesse processual?⁶⁰⁴ Nos termos da teoria eclética, a decisão do juiz que julgar estas questões preliminares ainda não corresponde à atividade jurisdicional. Ou nas palavras de Liebman: “quando, em determinado caso, faltam as condições da ação ou mesmo uma delas (interesse e legitimação para agir), dizemos que ocorre carência de ação, devendo o juiz negar o julgamento de mérito e então declarar inadmissível o pedido. Ação, como direito ao processo e ao julgamento de mérito, não garante resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta”.⁶⁰⁵ Só haverá jurisdição quando, ultrapassa esta fase de averiguação prévia, constatar o juiz que a causa posta em julgamento fora constituída de forma regular e capaz de ensejar uma sentença de mérito, ainda que a decisão seja contrária ao autor.⁶⁰⁶ Fica claro, assim, que não existe processo, e, sequer, jurisdição, se desassistida a demanda das condições da ação.⁶⁰⁷

Nos escritos de Liebman encontram-se as seguintes idéias fundamentais: (i) a ação é um direito subjetivo instrumental e abstrato; (ii) a ação se subordina a condições (interesse, legitimidade e possibilidade jurídica); (iii) ação e jurisdição se exigem mutuamente; (iv) jurisdição implica julgamento de mérito; (v) faltando condição da ação, não há exame do mérito e, portanto, jurisdição não há.⁶⁰⁸ A ação é, pois, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional: por efeito da propositura da demanda, o órgão Judiciário se põe em movimento, em obediência às regras internas que disciplinam a sua função. Pode-se ela, pois, nas palavras de José Maria Rosa Tesheiner, definir-se como direito à jurisdição.⁶⁰⁹ A ação é, pois, proposta sempre contra uma outra parte, em face da qual se pede que se pronuncie a sentença; a ação produz, assim, um estado de sujeição da parte adversa ao poder e à atividade do órgão jurisdicional.

Com efeito, as chamadas condições da ação, juntamente com os conceitos de mérito e jurisdição constituem “pedra angular” em que se sustenta a teoria eclética.⁶¹⁰ Para Liebman

⁶⁰⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 77.

⁶⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Op. cit. p. 151.

⁶⁰⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 77.

⁶⁰⁷ ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*. Op. cit. p. 66.

⁶⁰⁸ TESCHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 101.

⁶⁰⁹ TESCHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 101.

⁶¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 103.

três são as condições da ação a serem satisfeitas para que o autor não seja julgado carecedor da ação, conforme lição de Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes⁶¹¹:

- (i) *possibilidade jurídica do pedido*: consiste na previsibilidade, pelo direito objetivo, da pretensão exata pelo autor⁶¹²;
- (ii) *interesse de agir*: implica na necessidade e/ou utilidade da tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito alegado⁶¹³;
- (iii) *legitimidade*: o autor – sujeito ativo da relação jurídica processual – pela teoria eclética deve também ser um dos titulares da relação jurídica substancial coloca à apreciação do juiz. Já o réu deve ser o outro sujeito da relação litigiosa.⁶¹⁴

O argumento central desenvolvido pelos defensores da “teoria eclética” – conforme reflete Ovídio A. Baptista da Silva - consiste em recusar um direito de ação que seja tão absoluto que não tenha condições capazes de legitimar seu exercício. Daí por que não poderá confundir o verdadeiro direito processual de ação (dizem eles) com o simples direito, abstrato

⁶¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 103.

⁶¹² O pedido formulado deve ter correspondência, *in abstracto* na lei. O exemplo clássico do pedido juridicamente impossível é a cobrança de dívida de jogo, excluída da apreciação jurisdicional pelo art. 814 do Código Civil (“As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento”). (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 103.) Não é demais registrar, todavia, o fato de que Liebman, a partir da terceira edição de seu célebre Manual de direito processual civil – editado na Itália em 1973 – haver excluído a “possibilidade jurídica do pedido” como uma das condições da ação. Mesmo assim, continuasse no Brasil a incluí-la dentre elas. Nosso Código de Processo Civil considera a “possibilidade jurídica do pedido” como uma das condições da ação (art. 267, inc. VI). (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 80.) “Ironicamente, no mesmo ano que entrou em vigor o Código de Processo Civil vigente, Liebman, na famosa 3ª edição de seu *Manuale di Diritto Processuale Civile*, abandonou a possibilidade jurídica do pedido como condição autônoma da ação, afeiçoando-se ao interesse de agir. (MITIDIÉRO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 107).

⁶¹³ “Essa necessidade pressupõe, assim, um conflito de interesses, pois sem lide não haverá lugar à invocação da tutela jurisdicional. Em suma, o interesse ou necessidade/utilidade da tutela jurisdicional decorrerá da ameaça ou da violação do direito subjetivo.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 103.)

⁶¹⁴ “Implica a *legitimatío ad causam*, portanto, a correspondência, ou identidade, entre os dois sujeitos da relação processual (autor e réu) e os sujeitos da relação de direito material discutida em determinado processo. Assim, A será parte legítima para propor uma ação de despejo contra B, caso seja o locador do prédio objeto Del; na hipótese de vir a ação a ser proposta contra C, deverá o juiz reconhecê-lo para ilegítima para suportá-la” (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 103.)

e incondicionado, de acesso aos tribunais.⁶¹⁵ Por esta linha de argumentação, fica claro a visível preocupação dos defensores da teoria eclética de se oporem à teoria do direito abstrato.

A ação, como direito de provar o exercício da jurisdição, deve ser tida, segunda doutrina de Liebman, como direito de provocar o julgamento do pedido, ou seja, a decisão da lide, ou, em suma, a análise do mérito.⁶¹⁶ Necessário, desta forma, que se esclareça, pela doutrina eclética de Liebman, as suas posições a respeito de lide, mérito e jurisdição.

Assim, *lide* é conceituada por Liebman como o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios. Não aceita ele, por conseqüência, o conceito carnellutiano, “com toda a razão afirmando, apoiado em Calamandrei, que, se o conflito de interesses não entrar para o processo tal como se verificou na vida real, descaberá ao juiz conhecer do que não constitui objeto do pedido”.⁶¹⁷ Já o conceito de *mérito* identifica-se com o de *lide*. Incluem-se no *mérito* todas as questões que, de qualquer forma, refiram à controvérsia existência entre as partes e submetida ao conhecimento do juiz, cuja solução pode levar ao julgamento do pedido.⁶¹⁸ Quanto ao conceito de *jurisdição*, Liebman que como sendo a atividade do Poder Judiciário que viabiliza, na prática, a realização da ordem jurídica, mediante a aplicação do direito objetivo às relações humanas intersubjetivas e “essa realização só conseguida pela *decisão de mérito*”⁶¹⁹.

A doutrina eclética de Liebman, não obstante engenhosa, merece ressalvas⁶²⁰. Com efeito, a teoria eclética simplesmente deixou de caracterizar a espécie de atividade que o juiz exerce quando “inexiste ação”, ou seja, quando o juiz não examina o mérito da causa, uma vez que atividade jurisdicional não se tratava.⁶²¹ Nesse sentido, Fábio Luiz Gomes, em co-autoria com Ovídio A. Baptista da Silva aponta tal falha na teoria de Liebman, tratando-a como uma “redução do campo da atividade jurisdicional”⁶²². Para aceitar tal orientação, teria que se criar uma atividade estatal “de natureza diversa das três existentes (executiva, legislativa e judiciária), para enquadrar aquela exercida pelo juiz ao decidir sobre as condições da ação”⁶²³. A redução do poder do juiz e a sua transformação em “braço mecânico

⁶¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 78.

⁶¹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 103.

⁶¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 103.

⁶¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 104.

⁶¹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 104.

⁶²⁰ Primeiramente por tentar conciliar o inconciliável, ou seja, “postar-se em uma posição intermediária entre a doutrina concreta e a abstrata, buscando criar uma zona comum entre ambas” (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 107.)

⁶²¹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 107

⁶²² SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 107.

⁶²³ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 107.

da lei revelam o primado do paradigma racionalista e consultam os interesses da classe dominante”⁶²⁴.

Nesta quadra, Ovídio A. Baptista da Silva aduz que “quando o juiz declara inexistente uma das ‘condições da ação’, ele esta em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu – e não contra o Estado – é improcedente. E tal sentença é sentença de mérito. A suposição de que a rejeição da demanda por falta de alguma ‘condição da ação’ não se constitua decisão sobre a lide, não fazendo coisa julgada e não impedindo a reprodução da *mesma ação*, agora pelo verdadeiro legitimado ou contra o réu verdadeiro, parte do falso pressuposto de que a *nova ação* proposta por outra pessoa, ou pela mesma que propusera a primeira, agora contra outrem, seria a *mesma ação* que se frustrara no primeiro processo. Toma-se o ‘conflito de interesses’ *existente fora do processo*, a que Cernelutti denominava ‘lide’, como o verdadeiro e único objetivo da atividade jurisdicional. Como este conflito não fora composto pela primeira sentença que declara o autor carecedor de ação, afirma-se que seu mérito permaneceu inapreciado no julgamento anterior. Daí porque, no segundo processo, *com novos figurantes*, estar-se-ia a desenvolver a *mesma ação*. Ora, no segundo processo, nem sob o ponto de vista do direito processo, e muito menos em relação ao direito material, a ação seria a mesma. Mudando-se as partes, transforma-se a demanda. Afirmando o juiz que o autor não tem legítimo interesse para a causa, sem dúvida estará afirmando que o conflito de interesses por ele descrito na petição inicial não merece que o Estado lhe outorgue proteção, o que significa declara que tal conflito é irrelevante para o direito. E, neste caso, igualmente lhe falta a *ação de direito material*, ou esta seria ilegítima por falta de interesse e da qual o autor não carecerá jamais, pois o direito a ser ouvido por um tribunal é princípio constitucional a todos assegurado.”⁶²⁵

De outra parte, conforme salienta Araken de Assis, nem todos os adeptos da teoria eclética “guardam absoluta fidelidade à premissa de que, na ausência de condições da ação, inexistirá ação”. Barbosa Moreira, por exemplo, falará em legítimo exercício do direito de ação⁶²⁶, acompanhando, aliás, a idêntica dicção de Galeno Lacerda⁶²⁷. Trabalhando sobre o tema das condições da ação, aliás, o próprio Araken de Assis ira trazer exemplo prático para

⁶²⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. GOMES. Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Op. cit. p. 107.

⁶²⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 84.

⁶²⁶ “É conquista irreversível da moderna ciência do processo a distinção entre o *mérito da causa* e as chamadas ‘condições da ação’ (*rectius*: condições de legítimo exercício do direito de ação)” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2. ed. Primeira Série – São Paulo: Saraiva, 1988. p. 199).

⁶²⁷ ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*. Op. cit. p. 66.

apontar os equívocos existentes na teoria eclética: “alguém ajuíza uma ação de usucapião e declina, na inicial, um tempo de posse insuficiente para se consumir a prescrição aquisitiva. Em tal caso, ter-se-ia de proclamá-lo carecedor desta ação, ante a impossibilidade jurídica do pedido, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito (art. 295, e parágrafo único, III). Se o mesmo autor, ao invés, por precaução ou por malícia, altera o fato constitutivo e se declara, na inicial, por tempo necessário, somente apurando-se o equívoco depois de completa averiguação probatória, qual a diferença com o julgamento anterior? Nenhuma. E, no rigor das definições de Liebman, na última hipótese ocorreria improcedência da ação”.⁶²⁸ Desta forma se depreende que a teoria eclética, nas palavras do autor, conduz ao “absurdo”. No exemplo do usucapião, em ambos os casos há julgamento do mérito, seja ele definido como lide, o conflito virtual ou efetivo de pedidos contraditórios, ou questão que influi na improcedência do pedido⁶²⁹.

Em igual sentido, é a crítica de José Maria Rosa Tescheiner, segundo o qual “faltando uma dessas condições, o autor é carecedor da ação. Não havendo ação, não há jurisdição. Tudo, pois, se passa no campo da administração. Pensamos nós que o juiz exerce atividade jurisdicional, quer profira sentença meramente processual, quer profira sentença de carência de ação. A circunstância de não produzir, então, coisa julgada material não tem relevância maior, porque a jurisdição não se caracteriza por seu resultado, eventual, de produzir julgada”.⁶³⁰

⁶²⁸ ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*. Op. cit. p. 66.

⁶²⁹ ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*. Op. cit. p. 66.

⁶³⁰ TESCHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Op. cit. p. 106.

3. AS AÇÕES DE DIREITO MATERIAL E A “AÇÃO” PROCESSUAL

Consoante antes se referiu, Pontes de Miranda leciona que “a ação exerce-se principalmente por meio de ‘ação’”, ou seja, através do exercício da pretensão à tutela jurídica que o Estado criou⁶³¹. Nas linhas anteriores já se observou que ao direito subjetivo corresponde um dever do sujeito passivo da obrigação. Assim, pode haver – e geralmente há – a possibilidade de o sujeito ativo exigir diretamente do obrigado o cumprimento da obrigação, desde que este dever já seja exigível⁶³². Todavia, havendo resistência do obrigado ao cumprimento do dever jurídico (obrigação), nasce ao titular da pretensão à ação de direito material, que é o “agir para a realização do próprio direito”.⁶³³

A distinção fundamental entre os dois conceitos – pretensão e ação de direito material – está em que a pretensão supõe a mera exigência por parte do titular do direito subjetivo, de tal modo que a realização ainda ocorra como resultado da ação do próprio obrigado. A partir do momento em que o devedor, mesmo premido pela exigência (exercício da pretensão) não cumpre o dever jurídico, surge a ação de direito material, a qual pressupõe um agir do sujeito ativo, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado.⁶³⁴ Este agir tendente à realização inerente a todos os direitos é o que se chama de ação de direito material.⁶³⁵

Pontes de Miranda, cujos estudos inspiraram as conclusões de Ovídio A. Baptista da Silva, sustenta, mesmo diante da existência de ação de caráter processual e do monopólio da jurisdição pelo Estado, o qual veda a autotutela, que a *actio* romana ainda existe: “A *actio romana* continua a existir independentemente da ‘ação’ no sentido de invocação do juiz,

⁶³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op. cit. p. 124.

⁶³² “Se o direito pode ser exigido pelo titular, diz-se que ele está munido de pretensão. O direito condicional ou a termo é direito ainda não dotado de pretensão. Verificada a condição ou ocorrido o termo, surge no titular o poder de exigir a satisfação e no sujeito passivo a obrigação (*latu sensu*) de prestá-la. Se o titular do direito exige que o obrigado o cumpra, haverá exercício de pretensão, normalmente levada a efeito extrajudicialmente” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 19)

⁶³³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 19

⁶³⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 19

⁶³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 60.

‘plus’ que se junta à ‘actio’ quando se chama o obrigado a juízo”⁶³⁶. Tal seria compreendida (modernamente) como a ação de direito material.

Na generalidade das situações, o agir para a realização dos direitos deve ser veiculado através da chamada “ação” processual, ou seja, em vez de o titular do direito agir privativamente para tornar o direito efetivo, ante a resistência do obrigado, a sujeito ativo da obrigação deve invocar a tutela estatal, a fim de que o órgão responsável por prestar a jurisdição, uma vez comprovada a existência do direito (eficácia declaratória da sentença⁶³⁷), realize no lugar de seu titular. Quanto mais o Estado alargou, através da história, o seu campo de atividades e ampliou o monopólio da jurisdição, proibindo a realização privada do direito, tanto menor passou a ser a possibilidade de exercer-se a ação de direito material sem a invocação jurisdicional.⁶³⁸

De outra parte, é relevante salientar que, assim como pode ocorrer o exercício de ação fora da jurisdição, igualmente pode ocorrer de o titular da obrigação se utilizar da jurisdição para o exercício de simples pretensão de direito material (não ação de direito material e tampouco “ação” processual). Este é o caso da interpelação judicial ou notificação judicial. Aquele que interpela ou notifica judicial para o cumprimento de uma obrigação não exerce ação, apenas exige. Terá havido nesse caso “ação” no sentido de invocação da tutela jurisdicional, mas não o exercício de uma ação (de direito material).⁶³⁹ Em outras palavras, não se deve confundir a ação de direito material com a “ação” processual, bem como não se deve supor que todos os pedidos de tutela jurídica dirigidos ao juiz (“ação” processual) envolvam uma ação de direito material. Assim como pode ocorrer exercício de ação de direito material fora da jurisdição - embora isso seja raro no direito moderno - igualmente pode suceder que o titular da pretensão de direito material (direito exigível) valha-se da jurisdição, formulando pedido ao juiz, para simples exercício (processualizado) de sua pretensão, e não para que o Estado realize, através da ação de direito material, o seu direito. Nesse caso, teríamos “ação” sem ação, ou seja, estaríamos em presença de uma “ação” processual, enquanto pedido de tutela jurisdicional, todavia, sem ação (de direito material)⁶⁴⁰.

⁶³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit. p. XXIV.

⁶³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 60

⁶³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 60

⁶³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 19

⁶⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. Op. cit. p. 62

A doutrina processual, de modo geral, tem negado relevância científica, chegando a negar a própria existência da ação de direito material, sob a alegação de que, uma vez proibida a autotutela privada (ante ao monopólio da jurisdição pelo Estado⁶⁴¹), a ação do titular do direito para a sua realização teria sido transformada ou substituída pela “ação” processual, ou seja, pelo poder que ao titular do direito se reconhece de invocar a tutela jurisdicional para a realização do mesmo.

Com efeito, parte da doutrina, como Carlo Alberto Alvaro de Oliveira refere que “mostra-se inadequado continuar a pensar as relações entre direito material e processo e o processo em termos de ação de direito material”⁶⁴² e que “impõe-se prestar atenção à idéia de tutela jurisdicional, mas consentânea com os valores imperantes em nossa época, especialmente aqueles consagrados no plano constitucional”⁶⁴³.

Em outra passagem, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, reiterando a sua negação à ação de direito material aduz que “antes de nada, a ação de direito material, que seria exercida conjuntamente com a ação processual, pressupõe a existência do direito material por que é a inflamação do direito material ou da pretensão, ou o próprio direito subjetivo reagindo contra a agressão que lhe foi feita. Ora, se não é possível reconhecer a existência do direito antes do contraditório, fica difícil admitir a ‘ação de direito material’, já no início da demanda, algo que esta ínsito ao próprio direito subjetivo, que faz parte da sua essência”⁶⁴⁴.

Em igual sentido, posiciona-se Guilherme Rizzo Amaral, para quem “sendo apenas um *plus* que se junta à ação de direito material, pode-se dizer que a ação processual necessita deste *prius* chamado de *actio*, ou a ação de direito material, confundida no direito romano com o próprio direito subjetivo material. A tese nos traria de volta à doutrina de Wach, ou, retrocedendo mais ainda, a Savigny, assumindo que o *plus* seria a armadura do direito subjetivo material”⁶⁴⁵.

Sob outro prisma - sem negar diretamente, mas também não reconhecendo objetivamente a existência das ações de direito material - José Maria Rosa Tesheiner afirma que “Deve-se a Pontes de Miranda a idéia de ação de direito material, em oposição à ação

⁶⁴¹ “Na fase atual da história humana, o Estado, como ente encarregado da paz social, assume a solução dos conflitos de interesses e veda qualquer forma de justiça particular, de *agere* privada”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Op. cit. p. 35)

⁶⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlo Alberto. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 84,

⁶⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlo Alberto. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*. Op.cit. p. 84.

⁶⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlo Alberto. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*. Op.cit. p. 101.

⁶⁴⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica em torno da “Ação de Direito Material”*. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 119-120.

processual, com que amalgamou a ação concreta de Wach com a ação abstrata de Degenkolb. Há, no plano do direito material, o direito subjetivo, a pretensão, no sentido de poder jurídico de exigir, que surge quando do vencimento da dívida, há o exercício da pretensão, que é o ato de exigir o que nos é devido. A ação de direito material surge com a violação do direito subjetivo, ou seja, quando o devedor não atende à pretensão e recusa o pagamento. Primitivamente, o credor exercia a ação de direito material mediante atos de execução privada. Proibida a auto-tutela, a ação de direito material é exercida através do processo, ou seja, através da ação processual. Como esta cabe tanto a quem tem como a quem não tem razão, segue-se que a ação processual existe sempre, ao passo que a ação de direito material somente existe no primeiro caso, ou seja, no caso de ação procedente.”⁶⁴⁶

Segundo este processualista, “o conceito de ação de direito material não serve para estabelecer uma ponte entre o direito material e o processual. Essa ponte existe, e se encontra na causa de pedir ou no bem da vida pretendido pelo autor e com a vantagem de se prescindir de sua procedência ou improcedência. Uma ação acidentária ou de divórcio não deixa de ser tal, porque julgada improcedente. Mas para isso será preciso abandonar a idéia de que a ação processual seja una, ou seja, sempre idêntica, qualquer que seja o pedido ou a causa de pedir.”⁶⁴⁷

Não obstante o profundo respeito entende-se que as interpretações contrárias à afirmação da ação de direito material merecem ser revistas. Inicialmente, por que ao contrário do que “propaga a doutrina tradicional, reconhecer a ação de direito material não afeta o caráter publicístico do processo, por que todo o direito está impregnado pela forma transformadora da Constituição e por que os direitos materiais devem ser compreendidos a partir da matriz constitucional, motivo pelo qual seu caráter meramente privado não tem mais lugar nessa quadra da história”.⁶⁴⁸ Com efeito, não se nega autonomia do processo, mas apenas de exigir o reconhecimento da existência de uma estreita ligação entre direito material e processo.

Ademais, valendo-se dos ensinamentos de Ovídio A. Baptista da Silva, fosse verdadeira a doutrina contrária à ação de direito material, segundo a qual a ação de direito material teria sido, no sistema processual moderno, substituída pela ação processual, e sendo a ação de conhecimento apenas um pronunciamento que o juiz faz, compondo o conflito,

⁶⁴⁶ TESCHEINER, José Maria Rosa. *Ação de Direito Material*, disponível em www.tex.pro.br, acessado em 03.11.2011.

⁶⁴⁷ TESCHEINER, José Maria Rosa. *Ação de Direito Material*. Op. cit.

⁶⁴⁸ HIDALGO, Daniel Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Op. cit. p. 45.

questiona-se: “e, havendo reconhecimento da procedência da demanda, não terá havido realização pelo Estado da ação de direito material que ele próprio vedou, pela via privada, a partir do momento em que o órgão jurisdicional *pratica aquela mesma atividade (agere)* que o titular do direito, reconhecido pela sentença, praticaria se o monopólio estatal da jurisdição não tivesse impedido?”⁶⁴⁹

A realização coativa do direito pelo Estado (através da ação processual) é a mesma ação de direito material, ou seja, o agir inerente a todo direito, realizado pelos órgãos estatais da jurisdição. Assim, diferentemente de haver supressão, ou substituição, da ação de direito material, o que, em verdade ocorreu foi a duplicação de ações: uma dirigida contra o obrigado (ação de direito material), e outra endereçada em face do Estado (ação processual) para que este, por meio o órgão jurisdicional, pratique a ação cuja realização privada, pelo titular do direito, o próprio Estado veda.⁶⁵⁰

Com efeito, chega a ser surpreendente a resistência por parte da doutrina em reconhecer duas categorias (que se valem da mesma expressão ortográfica) com que têm de tratar necessariamente os processualistas: as ações (*no plural*) de direito material e a “ação” (*no singular*) uma, abstrata e formal, conhecida como “ação processual”.⁶⁵¹ A doutrina não leva em consideração que o monopólio estatal da jurisdição fez nascer uma segunda pretensão (exigibilidade), além daquela que o titular do direito já possuía, como destinatário do dever jurídico. Conforme ensina Ovídio A. Baptista da Silva, “tanto posso ‘exigir’ o pagamento (exercer a pretensão) contra meu devedor, quanto posso exigir que o Estado – quando fracasse aquela exigência privada – realize, através do processo, a minha pretensão. É claro que estou a tratar de “ação procedente”, porém, não se pode obscurecer a existência das duas *exigibilidades*, outorgadas ao titular do direito: o agir contra o devedor (proibido, mas não eliminado!); e o agir estatal, que a sentença de procedência necessariamente realiza”.⁶⁵²

Sob outro enfoque, mais ainda afirmando a existência da chama ação de direito material, Fábio Cardoso Machado, em seu ensaio “Ação e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material”, refere que “ao fim e ao cabo, Pontes de Miranda continua incompreendido pela falta de uma clara percepção da distinção que orienta a

⁶⁴⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 21.

⁶⁵⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 21.

⁶⁵¹ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Jurisdição, direito material e processo*. Op. cit. p. 181.

⁶⁵² SILVA, Ovídio A. Baptista. *Jurisdição, direito material e processo*. Op. cit. p. 181.

formulação de seus conceitos: a ação de direito material e a ‘ação’ processual são fenômenos diversos que pertencem a planos diversos⁶⁵³.

Além disto, Fábio Cardoso Machado é enfático ao afirmar que a “ação de direito material é precisamente a categoria capaz de restabelecer, dogmaticamente, o perdido vínculo entre o direito material e o processo. Nesse caso, a negação de sua existência dificultaria a compreensão do preciso ponto de contato entre os dois planos, com inegável prejuízo para o propósito de recolocar o processo no devido lugar de instrumento de tutela dos direitos.⁶⁵⁴

Em verdade, o maior equívoco daqueles que negam a existência ou importância da ação de direito material, consiste em crer que a “ação” processual, categoria pertencente ao direito público, substituiu a antiga *actio*⁶⁵⁵. Ocorre que, os romanos, ao utilizar o termo *actio*, e os modernos, ao utilizar o termo “ação”, referem-se a fenômenos absolutamente distintos em todos os seus aspectos. Não é correto, portanto, cogitar-se desta tal “substituição”. Ao utilizar a expressão “ação de direito material”, tanto Pontes de Miranda, como mais recentemente Ovídio A. Baptista da Sila, se referem à categoria pertencente ao plano do direito material, categoria esta que não apresenta semelhança alguma com a “ação” processual.⁶⁵⁶

A ação de direito material - cujo conceito, segundo Pontes de Miranda, “não é preciso fazer-se qualquer referência ao juízo em que se deduza”⁶⁵⁷ - é categoria que expressa o agir para a realização do direito, conforme já afirmara Ovídio A. Baptista da Silva, por quem tem direito, contra quem se encontra no pólo passivo da relação de direito material. Este agir nada tem de abstrato e autônomo. A “ação” processual, esta sim, será autônoma e abstrata, pois

⁶⁵³MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material”. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 139-140.

⁶⁵⁴ MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material”. Op. cit. p. 140-141.

⁶⁵⁵ Com relação ao tema, Fábio Cardoso Machado ressaltar que “apesar de a história ter testemunhado as mais variadas divergências sobre a *actio*, é inegável que esta jamais apareceu aos romanos como a parecer para nós a ‘ação’ processual, abstrata e desvinculada do direito do sujeito. Se a *actio* era expressão do direito, se ocupava o lugar do direito mesmo, ou se representava um *agere* concreto, é resposta que não temos, bastando-nos assentar que a experiência romana fazia decorrer da *actio*, ou corresponder a *Alea*, a sujeição de quem hoje chamamos de sujeito passivo do direito subjetivo” (MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material”. Op. cit. p. 141.)

⁶⁵⁶ MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material”. Op. cit. p. 145

⁶⁵⁷ “A ação existe durante o todo o tempo que medeia entre nascer e precluir, ou por outro modo se extinguir. Como veremos, a prescrição não a faz precluir; só lhe encobre a eficácia. A *deductio in iudicium* é acidental, na duração da ação; tão acidental, tão estranha ao conteúdo daquela (=tão anterior é ela ao monopólio da justiça pelo Estado), que se pode dar (e é freqüente dar-se) que se se deduzam em juízo ações que não existem, tendo o Estado, por seus juízes, de declarar que não existem, ou que não existiam quanto foram deduzidas” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op. cit. p. 124.)

assume a função de garantir que todos possam alegar a possibilidade de agir contra outrem, de modo a permitir que quem tenha direito e pretensão de direito material consiga, através do processo, agir material para a satisfação de seu direito.⁶⁵⁸

Assim, a ação de direito material redundaria em atividade para satisfação, ou seja, vai além da mera pretensão uma vez que “a pretensão contém exigir; a ação, além de exigir (*exigere*), que é premir para que outrem aja, leva consigo o *agere* do que pretende: ação sua; e não de outrem, premido”.⁶⁵⁹ Esta ação (de direito material) do titular do direito deve ser tratada como categoria de direito material, se realizando, em regra, por meio do processo, a fim de que o Estado – através do órgão encarregado pela jurisdição – realize no lugar do seu titular. Assim, afirmar que a ação de direito material se exerce através do processo, não significa dizer que a “ação” processual tenha substituído a ação de direito material, “mas justamente, ao contrário, que a percepção da existência de ‘ação’, como expressão de direito à prestação de jurisdicional, não poderia ter contribuído para suprimir aquela categoria de direito material.”⁶⁶⁰

Lamentável e equivocadamente a doutrina rechaça de seu horizonte a ação de direito material, encobrando assim o “sol do sistema” (expressão cunhada por Pontes de Miranda, tamanha a importância reservada ao tema), nas palavras de Fábio Cardoso Machado, “rompendo o vínculo do processo com o direito material: o escopo jurídico do processo é a realização da ação de direito material, e sem ter em vista este escopo, o processo perdeu o rumo, como instrumento que não sabe a que fim serve”.⁶⁶¹

É necessário compreender-se que a realização da ação através do processo pressupõe não apenas que todos, tendo ou não razão, possam provocar a jurisdição. Esta realização somente ocorre quando o processo dispõe dos meios de tutela adequados à aquela ação específica, cujas individualidades são ditadas pelo direito a que corresponde. Observa-se, nesse sentido, que a ação de direito material e a “ação” processual são categorias diferentes e designam fenômenos diversos, mas que guardam entre si um estrito vínculo estrutural: “age-se processualmente para, verificada a procedência do pedido, agir-se materialmente”.⁶⁶²

⁶⁵⁸ MACHADO. Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material”. Op. cit. p. 145.

⁶⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op. cit. p. 64.

⁶⁶⁰ MACHADO. Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material”. Op. cit. p. 146.

⁶⁶¹ MACHADO. Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material”. Op. cit. p. 146.

⁶⁶² MACHADO. Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material”. Op. cit. p. 148.

4. DA POLÊMICA WINDSCHEID-MÜTHER EM TORNO DO CONCEITO DE AÇÃO: RELEVÂNCIA DESTA DISCUSSÃO PARA ANÁLISE DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO

A percepção da ação como direito autônomo e subjetivo teve como um de seus maiores contributos a célebre polêmica travada entre Bernhard Windscheid e Theodor Mütther⁶⁶³. Em 1856, Windscheid, então Professor Ordinário de Direito da Universidade de Greifswald, ao publicar a obra “*Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*”, deu início a uma das maiores polêmicas do direito processual civil⁶⁶⁴.

Em sua obra, Windscheid se insurgira contra a identificação – até então pacificada – que se estabelecia entre a *actio* romana e a *Klage* alemã (entendida como *Klagerescht*, isto é, direito de acionar)⁶⁶⁵. Com efeito, Windscheid estabeleceu uma distinção entre o direito material, correspondente à *actio* romana, e o direito de o cidadão ir a juízo contra a sua violação. Negou a existência jurídica da *Klagerecht*, como direito do particular contra o Estado, destacando a existência de uma pretensão em sentido processual (*Anspruch*), equivalente ao direito do ofendido de impor ao ofensor a sua vontade pela via jurisdicional. Seguindo a lição de Windscheid, a partir de uma violação de um direito não decorreria necessariamente um direito de ação contra o Estado, mas sim uma pretensão contra o autor da violação, que se transforma em ação quando levada a juízo. A ação, portanto, seria a pretensão jurídica deduzida em juízo.⁶⁶⁶

Outrossim, afirma Windscheid que a *actio* é uma emanção do direito e que a “*actio* es pues el término para designar lo que se puede exigir de outro; para caracterizar esto em forma breve, podemos decir atinadamente que *actio* es el vocablo para designar pretensión”.⁶⁶⁷ É nesse sentido, pois, que se verifica que o próprio autor alemão colabora para o

⁶⁶³ Acerca do tema, ver CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. In: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Chile, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Bosch y Cía Editores, v. I, 1949, p. 08 e seguintes.

⁶⁶⁴ Polêmica que, nas palavras de Araken de Assis, contribuiu decisivamente para “conferir foros de dignidade à ciência processual” (ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*. Op. cit. p. 54.)

⁶⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 94.

⁶⁶⁶ YUNES, Alfonso Luz. *Estudio de La Accion Civil*, Universidad de Guayaquil, 1968, p. 48.

⁶⁶⁷ WINDSCHEID, Bernhard; MÜTHER, Theodor. *Polemica sobre la “action”*. Buenos Aires: Ejea, 1974, p. 12,

desenvolvimento de confusões e imprecisões que permeiam o processo civil atual e que contribuem para a negação da ação de direito material. As imprecisões de Windscheid levam às incompreensões bem apreendidas por Ovídio A. Baptista da Silva: “Para esse propósito, é indispensável apontar algumas imprecisões existentes na obra de Windscheid que ainda repercute na doutrina, dando origem a muitas incompreensões. A primeira, decorre de haver ele identificado a pretensão com a *actio* do direito privado romano, sugerindo que todas as pretensões teriam cunho obrigacional, já que a *actio*, para o sistema processual do *ordo iudiciorum privatorum*, deriva sempre de uma *obligatio*; a segunda, deve-se ao fato de sugerir Windscheid que se ‘exerce *actio*’ quando se pede tutela processual. Na verdade, este fora um dos tantos sentidos assumidos pela palavra *actio* ao longo da história do direito romano. A imprecisão, portanto, ou essa plurivocidade de sentido, decorre das próprias fontes, segundo vários estágios percorridos pelo sistema romano e não do romanista alemão”.⁶⁶⁸

Não obstante as confusões e imprecisões existentes na teoria de Windscheid, este teve o mérito – nas palavras de Chiovenda⁶⁶⁹ – de aclarar a insuficiência das conceituações anteriores sobre a ação. A identificação proposta por Windscheid, entre pretensão e *actio*, todavia, “carregando, para a categoria que ele propunha, as controvérsias que sempre existiram a respeito do conceito de *actio*.”⁶⁷⁰

No ano seguinte, em 1857, com a publicação da obra de Theodor Mütther estabelece-se a polêmica que ao cabo tornou-se famosa e decisiva para o desenvolvimento e consolidação da própria ciência processual. O objetivo de Mütther era claro e declarado, ou seja, “acabar de uma vez por todas com a nova teoria de Windscheid”.⁶⁷¹ Em sua obra, Mütther, ao contrário do que sustentava Windscheid, tentou demonstrar que existia correspondência entre a *actio* romana e a *klage* alemã⁶⁷². Além disto, Mütther - opositor de Windscheid - distinguiu, de um lado, o direito material violado e, do outro, a ação, reconhecendo-a como um direito público subjetivo. Dela derivaria tanto o direito do ofendido à tutela jurisdicional, oponível contra o Estado, quanto o direito do Estado de pôr termo à violação do direito, oponível contra o ofensor. Na visão de Mütther, o ordenamento romano apresentava dois direitos distintos: um de natureza pública e outro de natureza privada.⁶⁷³ Mütther contesta a tese de Windscheid de que o fator construtivo para os romanos seria o juiz e não o direito. O ordenamento jurídico

⁶⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Jurisdição, direito material e processo*. Op. cit. p. 15.

⁶⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. In: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Op. cit. p. 9.

⁶⁷⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Jurisdição, direito material e processo*. Op. cit. p. 15.

⁶⁷¹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 94.

⁶⁷² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. Op. cit. p. 134.

⁶⁷³ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 95.

romano também se apresentaria como ordenador direitos, observando ainda que os juristas romanos raramente indagavam se um direito compete a esta ou àquela pessoa, e sim se esta ou aquela pessoa tem uma *actio*.⁶⁷⁴ Nesta perspectiva, Müther sustenta que a *actio* é a pretensão do titular do direito contra o Pretor à concessão de uma fórmula, na hipótese de que seu direito seja violado. Com a fórmula, fica designado e instruído o juiz e assim constituído o *iudicium*.⁶⁷⁵

Assim, de forma distinta a Windscheid, o conceito de direito de ação proposto por Müther é vinculado ao direito subjetivo, apresentando-se como direito especial, ou seja, se a pretensão não é respeitada, o lesionado pode pedir proteção ao Estado, mas essa proteção será diversa, segundo tenha sido o direito violado de um ou de outro modo; ele terá a *rei vindicatio* ou a *actio negatória*, a pretensão resultante de seu direito será a mesma em ambos os casos, mas uma mesma pretensão correspondem a várias ações⁶⁷⁶.

Seja como for, acima de qualquer juízo ou crítica que se apresenta à teoria de Müther, há de se considerar o mérito de ter direcionado a ação processual em face do Estado, deslocando-se da figura do obrigado.⁶⁷⁷ Essa orientação fora posteriormente bem aceita, que, atualmente, resta completamente inadmissível deslocar-se o sujeito passivo da ação (em sentido processual) do Estado para qualquer outro sujeito.

A partir da polêmica travada entre Windscheid e Müther, passou-se a compreender a ação como direito subjetivo público e autônomo, que se exerce em face do Estado e que não se confunde com o direito material, este oponível contra o particular. Por outro lado e igualmente relevante para o estudo do processo, reputa-se a Windscheid o mérito de ter vislumbrado o conceito de pretensão em sentido material, tanto que Pontes de Miranda, ao se referir a Windscheid expressamente indica que a este “se deve a fixação do conceito científico de pretensão”.⁶⁷⁸ Na verdade, pode-se dizer que Windscheid “trouxe grande achado para explicar as coisas no plano material”, ao passo que Müther encontrou peça fundamental no mecanismo processual.⁶⁷⁹

Acerca das críticas apresentadas na obra de Müther, Windscheid, inicialmente as replicou com veemência⁶⁸⁰, até que, posteriormente, veio a ela aderir, admitindo a existência de um direito de ação, oponível tanto contra o Estado quanto contra o ofensor. Nessa quadra,

⁶⁷⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 26.

⁶⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 27.

⁶⁷⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Op. cit. p. 28.

⁶⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 96.

⁶⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Op. cit. p. 69.

⁶⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Op. cit. p. 96.

⁶⁸⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 272.

é a sensação de Cintra, Dinamarco e Grinover, para quem “as doutrinas dos dois autores antes se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas e dando nova roupagem ao conceito de ação”.⁶⁸¹

Veja-se que a histórica polêmica do conceito da ação, travada no final na metade do século XIX, entre Windscheid e Mütter teve desdobramentos diretamente relacionados (i) à afirmação da autonomia do processo frente ao direito material, apregoada por Oskar Bülow; (ii) e ao paulatino desprendimento do direito material do processo. Até aqui, verifica-se, a ação de direito material era reduzida à *actio* romana e era tratada como realidade que compreendia a “ação” ou que era compreendida por esta. Ainda não se verificava a existência de uma verdadeira separação entre direito material e processo, todavia, os ares da época exigiam a conformação do Direito Processual como uma ciência própria. Assim, desde que Oskar Bülow definiu o processo como relação jurídica que se estabelece entre as partes e o juiz, este passou a ser estudado e tratado de forma autônoma (separada) do direito material⁶⁸².

E a polêmica ainda continua. Cada vez mais acirrada, sendo sua “importância crucial, pois evidencia a defesa do paradigma positivista dominante, de um lado, e uma tentativa de construção de um novo sentido”⁶⁸³ para o estudo do processo, a partir da análise das relações que se estabelecem entre o direito material e processo, valendo, nesse momento, trazer-se novamente os ensinamentos de Ovídio A. Baptista da Silva, para quem deve-se “restabelecer o elo perdido entre processo e direito material, seja para resgatar o princípio da instrumentalidade do processo, seja, a partir desta idéia fundamental, para investigar os instrumentos de tutela processual, de modo que o direito processual se liberte da servidão a que fora submetido pela ‘ciência’ processual”⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Op. cit. p. 272.

⁶⁸² HIDALGO, Daniel Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Op. cit. p. 29.

⁶⁸³ HIDALGO, Daniel Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Op. cit. p. 30.

⁶⁸⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 155.

5. DA NECESSIDADE DE UMA COMPREENSÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO E DO ESTUDO DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

A formação jurídica moderna, como bem assentou Ovídio A. Baptista da Silva, por força de uma longa tradição cultural, pensa o Direito através de conceitos, “vendo-o constituído por fórmulas e regras, sem considerar que o direito existe nos fatos”⁶⁸⁵. A separação entre “fato” e “direito”⁶⁸⁶, entre a vida e a norma, que resulta desta realidade, acaba por exercer profunda influência quando se busca estudar os campos do direito material e do direito processual. Na verdade, a separação entre norma e fato determina a redução do direito apenas ao mundo normativo, concebendo-o como uma entidade abstrata.

A importância desta reflexão reside no fato de que o Estado Democrático de Direito exige a superação do esquema “*direito enquanto sistema de regras*”, o que somente é possível

⁶⁸⁵ Ovídio A. Baptista da Silva continua sua crítica, afirmando que “os livros jurídicos, mesmo aqueles escritos pelos processualistas, o grupo dos juristas que, por dever de ofício, convivem com os problemas concretos da experiência judiciária, não devem indicar exemplos que possam ilustrar suas proposições teóricas. O exemplo, tendo de lidar, inevitavelmente, com fatos da vida real, faria com que os práticos forenses contaminassem a pureza da ‘ciência’ jurídica que, enquanto conceitual, haveria de manter-se perene, como uma equação algébrica, ou as figuras geométricas. A Universidade, por sua vez, cuida apenas do direito ‘puro’, sem preocupar-se com os casos concretos,” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Material e Processo*. Op. cit. p. 55).

⁶⁸⁶ Quanto à inviabilidade de se analisar os “fatos” de forma isolada do “direito”, reporta-se aos ensinamentos de Castanheira Neves ensina que “o ‘puro fato’ e o ‘puro direito’ não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto” (CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito – ou o Problema Metodológico da Juridicidade - Ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 55-56). Em outro trecho, Castanheira Neves reflete: “o direito não é elemento, mas síntese; não é premissa de validade, mas validade cumprida (...); não é *prius*, mas *posterius*; não é dado, mas solução; não ponto de partida, mas resultado; não está no princípio, mas no fim. (...) Pelo que o sem-sentido metodológico do esquema normativista-subsuntivo é agora uma evidência. Não é “o direito” que se distingue de “o facto”, pois o direito é a síntese normativo-material em que o “facto” é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta. E se quisermos referir o direito às suas já conseguidas objectivações (as normas, as instituições, os precedentes), então há que ter em conta que só o podemos pensar juridicamente se restabelecermos aí, no seio dessas objectivações do direito constituído, aquela mesma problemática (e aquela mesma distinção) constituinte” (CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito – ou o Problema Metodológico da Juridicidade - Ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 586). No mesmo sentido José Afonso da Silva leciona que “não se pode separar fato de Direito, pois este é, como vimos, objeto tridimensional, porque integrado de fato, valor e norma” (SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. 1. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1963. p. 125)

mediante a introdução dos princípios⁶⁸⁷ na interpretação e na compreensão do direito, uma vez que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (análise do caso concreto), o que era até então negado pelo positivismo de Kelsen e de Hart.⁶⁸⁸ Com efeito, é inegável que a tradição representada pelo modelo liberal-burguês trabalhava o direito como um sistema de regras, separado da moral e da política. Os princípios (que eram os “gerais de direito”⁶⁸⁹), neste modelo, tinha a função positivista de fechar o direito e de dotar um juiz de um enorme poder discricionário⁶⁹⁰. O positivismo não percebe que não é possível ver efetivamente o direito, mas apenas aquilo que se fala sobre o direito⁶⁹¹. Ao centrar-se em seu “modelo de regras”, o positivismo deixa de aplicar na interpretação jurídica os argumentos de princípios e, assim, abre espaço para a discricionariedade judicial.

Com efeito, a pretendida cisão entre direito material e processo, a despeito de demonstrar o caráter autonomista e científico da teoria processo, inegavelmente, atende a interesses liberais⁶⁹² e tem como maior revés o fato de afastar o processo e suas técnicas das necessidades inerentes do direito material, assim como das próprias necessidades sociais. O processo, divorciado do direito material, é algo neutro à realidade social, assim como neutra e passiva é a atitude do Juiz frente ao caso concreto, como se os cidadãos fossem auto-suficientes e não necessitassem de tutela jurídica específica e adequada às suas pretensões (de direito material).

Não se está a negar a autonomia do processo como objeto de estudo, apenas se pretende reconhecer a existência de um liame concreto e inegável entre direito material e processo, “desamarrando-se os óbices à compreensão de ambos, que resultou da indevida

⁶⁸⁷ Nesse diapasão, para Juarez Freitas "o juiz (...) exerce poder criativo, devendo lutar, dialética e transdogmaticamente, para superar, no campo da hermenêutica, toda e qualquer subserviência ao Executivo e ao Legislativo", vale dizer, investindo na atividade interpretativa a possibilidade de resgatar os princípios constitucionais, que representam uma escolha (ideológica) de um formato político bastante claro – a democracia de direito. (FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989. p. 67)

⁶⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 337.

⁶⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit. p. 252

⁶⁹⁰ Neste quadro, a introdução dos princípios na solução dos chamados casos difíceis, representa uma ruptura com o modelo positivista que considera o direito com mero sistema de regras.

⁶⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 176.

⁶⁹² “A ciência do processo civil nascera, portanto, irremediavelmente comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX: ao mesmo tempo em que lhe cabia oferecer às partes um procedimento suficientemente amplo, capaz de assegurar ao cidadão-litigante a plenitude de defesa em juízo, e ao Estado condições para que o magistrado decidisse com a segurança que o exaustivo tratamento probatório do conflito lhe daria. O procedimento haveria de esgotar as possíveis questões litigiosas, de modo a assegurar, para sempre, com a máxima amplitude da coisa julgada, por tal modo obtida, o resultado prático alcançado pelo litigante vitorioso. Todas estas virtudes da ordinariedade somadas naturalmente àquele pressuposto racionalista determinante da submissão do juiz ao poder político” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 145.)

simbiose entre ‘ação’ e a ação pela qual é responsável a teoria concreta, perpetuada pela teoria eclética”.⁶⁹³ Se trata, portanto, de “reconhecer a existência e o valor original da ação de direito material como o ‘sol’ do sistema, não no sentido de centro, mas de fonte de irradiação de efeitos”⁶⁹⁴. Assim, reconhecendo-se que o direito material não se confunde (nem se restringe) ao direito subjetivo, confirmar-se o caráter público do processo, renovando-se este mesmo caráter público, como constituidor⁶⁹⁵ de direitos e transformador da realidade social a partir da matriz constitucional.

Certamente, compreender a polêmica que se fez em torno do conceito de ação, assim como reafirmar a existência e efeitos da ação de direito material, é ponto crucial para que se possa analisar as diferentes concepções sobre o processo, seja no decorrer de suas fases metodológicas, seja no decorrer de sua estruturação histórica e social. De qualquer forma, “afirmar que a relação entre direito material e processo possa, na atual quadra da história, assumir variadas interpretações dogmáticas, restando escolha do intérprete perfilar qualquer das teorias que isto reflita na realidade da jurisdição, importa desvinculá-la de sua função e despir-lhe dos meios para realização do direito material no processo”.⁶⁹⁶ Isto por que a escolha não é livre do intérprete, em um sistema jurídico constitucional-democrático que não convive com decisões unilaterais, solipsistas e discricionárias⁶⁹⁷.

⁶⁹³ HIDALGO, Daniel Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Op. cit. p. 45.

⁶⁹⁴ HIDALGO, Daniel Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Op. cit. p. 45.

⁶⁹⁵ Nesse sentido, aliás, revela-se indispensável a leitura que Leni Streck faz do caráter “constituidor” da Constituição: “Do mesmo modo, percebemos a Constituição ‘como’ Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição ‘como’ Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate de promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição ‘como’ Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente *por que a imensa maioria da população não os têm*; a Constituição, é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria de seus dispositivos; percebemos, também, que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, *a Constituição coloca a lume a sua ausência*, desnudando as mazelas da sociedade; enfim, não é a Constituição uma mera Lei Fundamental que ‘toma’ lugar no mundo jurídico, estabelecendo um ‘novo dever-ser’, até porque antes dela havia outra ‘Constituição’ e antes desta outras quatro na era republicana..., mas sim, *é da Constituição, nascida no processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade*” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 307).

⁶⁹⁶ HIDALGO, Daniel Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Op. cit. p. 45.

⁶⁹⁷ Nesse sentido, é bastante esclarecedora a análise feita por Lenio Streck ao negar a possibilidade de discricionariedade ao intérprete: “E esta resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento ao “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca pela “verdade real” (cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Op. cit. p. 97). “Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quicá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que o ‘juiz possui poder discricionário’ para resolver os ‘casos difíceis’, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de

Escolher buscar as origens da discussão (polêmica) em torno do conceito de ação e das relações que se estabelecem entre o direito material e o processo é “engajar-se em uma infundável discórdia em que se falam várias línguas diferentes, em que os horizontes de sentido não se fundem, em que os paradigmas são diversas”.⁶⁹⁸ Nesse contexto, Ovídio A. Baptista de Oliveira procurou demonstrar o comprometimento que a recusa da ação de direito material tem com o normativismo⁶⁹⁹. Ocorre que esse comprometimento com o “normativismo” deve ser evitado, justamente por que tal postura – incompatível com o atual modelo jurídico-constitucional⁷⁰⁰ – representa um retorno às práticas positivistas, portanto, não consentâneas com o caráter hermenêutico assumido pelo direito⁷⁰¹ a partir do constitucionalismo contemporâneo.

Com efeito, a potencialidade do direito se impor por sua própria força, mesmo necessitando do processo como veículo, decorre da própria outorga de direitos pelo texto constitucional diretamente ou por delegação legislativa a normas infraconstitucionais vinculadas a ele formal e materialmente⁷⁰². A norma não se confunde com o seu texto e não seria possível conceber que o ordenamento jurídico garante um direito sem, ao mesmo tempo,

solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...!” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. p. 98)

⁶⁹⁸ HIDALGO, Daniel Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo*: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Op. cit. p. 48.

⁶⁹⁹ “A nosso ver, torna-se evidente que a eliminação das pretensões e ações do campo do direito material, contribui, decisivamente, para a debilitação do direito material, em favor do predomínio do direito processual” (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Jurisdição, direito material e processo*. Op. cit. p. 125-126.)

⁷⁰⁰ Conforme Lenio Streck, “há uma incompatibilidade paradigmática entre o novo constitucionalismo (compromissório, principiológico e dirigente) com o positivismo jurídico, nas suas mais variadas formas. Qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo. Isso significa afirmar que a separação do direito da moral, a tese das fontes sociais e a discricionariedade, em qualquer grau, são componentes que afastam qualquer forma de positivismo do neoconstitucionalismo. Não fosse assim e afastaríamos o papel da filosofia da discussão acerca da evolução do direito e do Estado nesta quadra da história. Não é possível continuar a sustentar, por exemplo, a separação do direito da moral nestes tempos de superação do paradigma da filosofia da consciência e da inserção do mundo prático na filosofia, proporcionado pelo giro linguístico-ontológico. Também não é possível sustentar qualquer forma de discricionariedade judicial neste momento histórico, uma vez que a discricionariedade está ligada ao subjetivismo (portanto, sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo. Estado Democrático de Direito e discricionariedade são incompatíveis e essa questão é fulcral (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 8).

⁷⁰¹ Lenio Streck ensina que “é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação. Na medida em que aumentam as demandas por direitos fundamentais e na medida em que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de controlar limites ao “poder hermenêutico” do juiz” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 1-2).

⁷⁰² HIDALGO, Daniel Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo*: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Op. cit. p. 68.

outorgar a sua “potencialidade impositiva”⁷⁰³. Veja-se, nesse sentido, que a previsão constitucional emanada no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República, tem a missão essencial de garantir essa “potencialidade impositiva” que ela mesma outorga ao direito material, ou melhor dizendo, à ação de direito material.

Visualizar o processo, separado do direito material, faz com que a norma constitucional seja interpretada de forma abstrata, desvinculada das necessidades do direito material. O que importante, nessa quadra, é compreender que a negação da existência de uma ação de direito material, apregoada por grande parte da doutrina, tem conseqüências danosas para a compreensão das relações que se estabelecem entre direito material e processo, na medida em que subtraem dessa realização a realidade do mundo material. Assim, a ação de direito material é a realização do direito na sua feição dinâmica, para se fazer efetivo e adequado à Constituição, resgatando a “essência do Direito”⁷⁰⁴ através da – cada vez mais necessária – (re)aproximação do direito material com o processo, em suas relações.

⁷⁰³ HIDALGO, Daniel Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Op. cit. p. 68.

⁷⁰⁴ Fazendo lembrança à crítica de Ovídio A. Baptista de Oliveira, para que, “a essência do Direito se perdeu”, acaso fosse considerado mero conjunto de regras “comande”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Op. cit. p. 21.).

II) DA ANÁLISE DO PROCESSO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA

1. DELIMITAÇÃO TEMÁTICA DA INVESTIGAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO PARA O PROCESSO CIVIL

A modernidade nos legou o Estado, o Direito as instituições⁷⁰⁵. Rompendo com o medievo, o Estado Moderno exsurge como um avanço na teoria do estado. Em um primeiro momento, como Estado Absolutista, depois como Estado Liberal, mais tarde se transformando em Estado Contemporâneo. Essa transformação, conforme já observado, decorre do aumento das contradições sociais acarretadas pelo liberalismo⁷⁰⁶. Gradualmente, verifica-se a ampliação das funções do Estado, fazendo com que o Estado Democrático de Direito se constitua a partir do constitucionalismo e da compreensão democrática das funções do Estado. Nesse quadrante, não há dúvida de que o chamado “Estado Constitucional” representa uma fórmula de Estado de Direito que, na sua essência, carrega a ideia de “submissão do poder ao Direito”.⁷⁰⁷

No Estado Democrático de Direito, ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da Justiça Constitucional. Com efeito, no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (*o que não é proibido é permitido, direitos negativos*); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário⁷⁰⁸. E se, no

⁷⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 21.

⁷⁰⁶ Não obstante, conforme lembra Lenil Luiz Streck, “o Estado intevensionista não é uma concessão do capital, mas a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente, mediante o empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 21.)

⁷⁰⁷ Devendo-se acrescentar que essa submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo à Constituição. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 20)

⁷⁰⁸ “Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação

paradigma do Estado Democrático de Direito, o foco das tensões migrou para o Judiciário, isso, evidentemente, exigirá um controle das decisões judiciais e dos julgadores. Ora, se é inevitável que alguém tenha que decidir e se é inevitável o crescimento das demandas por direitos, e com isso aumente o espaço de poder do Judiciário, transparece evidente que isso não pode vir a comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma do constitucionalismo contemporâneo quer seja, a democracia.⁷⁰⁹

Com efeito, o Poder Judiciário não pode ser o *locus* de soluções “mágicas” para os problemas dos fracassos e insuficiências políticas e paradigmáticas do modelo do Estado Providência (Social ou *Welfare state*)⁷¹⁰. Outrossim, não se pode (e não se deve) apostar no protagonismo judicial (*república dos juizes*, na expressão cunhada por Lenio Luiz Streck⁷¹¹). É nesse cenário que posturas decisionistas, solipsistas e discricionárias, típicas do positivismo-normativista, devem ser rechaçadas. Ocorre que, uma vez constatado que as normas programáticas previstas na Constituição não estão sendo cumpridas, o Poder Judiciário surge como instrumento para implementação dos direitos fundamentais não realizados. Em face deste quadro (ausência de cumprimento da Constituição, mediante omissão dos poderes públicos, que não realizam as políticas públicas determinadas pelo pacto constitucional), o Poder Judiciário se apresenta como uma via possível para a realização dos direitos que estão previstos na Constituição⁷¹². Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário “pode servir como via de resistência às investidas

dese perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 52.)

⁷⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 52

⁷¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 52

⁷¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 52

⁷¹² “À evidência, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Assim, para que alcancemos tal desiderato, necessitamos, primeiro, superar esse paradigma normativista (por vezes, anda exegetico), próprio de um modelo (modo de produção) de Direito liberal-individualista. Para tanto, é preciso entender que – sustentando esse modo liberal-individualista de produção de direito – existe um campo jurídico, instituído ao mesmo tempo que instituinte, no interior do qual se trabalha ainda com a perspectiva de que, embora o Estado tenha mudado de feição, o Direito perfaz um caminho a lare, à revelia das transformações advindas de um Estado intervencionista, regulador. Esse campo jurídico se constitui em um conjunto de todos os personagens que fazem interpretar e aplicam a lei, transmitem conhecimentos jurídicos e socializam jogadores que se encontram no jogo do campo, no interior do qual os conflitos dão-lhe dinamismo, mas também o mantêm, como um campo: os jogadores em competição é que disputam entre si, mas não o campo em si mesmo; portanto, a disputa reafirma e ainda fortalece o campo. Todos os jogadores num campo jurídico têm determinado conjunto de disposições que orientam suas ações. Tais disposições são traçadas através de disputas do campo com outros campos sociais e de conflitos internos, o que constitui o habitus desse campo.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 69-70)

dos Poderes Executivo e Legislativo, que representam um retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais”.⁷¹³

Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional, é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na “contramão da programaticidade constitucional”⁷¹⁴ retiram ou tentam retirar conquistas da sociedade. A teoria da Constituição, portanto, deve conter um núcleo (básico) que albergue conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito assentado-se no binômio *democracia e direitos humano-fundamentais-sociais*. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente⁷¹⁵. É evidente, todavia, que não se pode pretender que o Poder Judiciário passe a ditar políticas públicas ou que passe a exercer funções executivas. Por tudo isso, é que a discussão acerca do constitucionalismo contemporâneo é tarefa essencial, questão que assume especial relevância em um país em que as promessas da modernidade, contempladas nos textos constitucionais, carecem de uma maior efetividade.⁷¹⁶ Nesse contexto, revela-se fundamental discutir o papel da Constituição e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, bem como as condições de possibilidade para a concretização dos direitos fundamentais a partir deste paradigma de Direito e de Estado.⁷¹⁷

É adequado, sob este prisma, afirmar que a força normativa da Constituição – a partir de seu caráter dirigente e compromissório – sempre teve uma direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos direitos fundamentais-sociais estabelecidos na Constituição.⁷¹⁸ Aqui, fazendo coro às palavras de Lenio Luiz Streck, é essencial salientar que a Constituição no Brasil é nitidamente dirigente, e, portanto, “compromissória”, no que tange à concretização dos direitos fundamentais.⁷¹⁹ Dessa forma, descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado, implica em “solapar o próprio contrato social (do

⁷¹³ “Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 52

⁷¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 54.

⁷¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Op. cit. p. 108.

⁷¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 21.

⁷¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 22.

⁷¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 23.

⁷¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 112.

qual a Constituição é o elo que liga o político e o jurídico da sociedade)”⁷²⁰. A função do direito constitucional, da legislação e da concretização da Constituição, nesse viés, é exatamente a de manter a legitimidade do agrupamento político-estatal⁷²¹. Assim, mais do que assegurar os procedimentos da democracia, é preciso compreender a Constituição como algo materialmente substantivo, porque contém direitos fundamentais, sociais e coletivos que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Nesta vereda, a Constituição, ainda deve “constituir-a-ação”, mormente por que no Brasil, nunca constituiu. No texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que de ser resgatado.⁷²²

Nesta quadra, não se pode confundir a necessária intervenção do Poder Judiciário, para fins de concretização dos direitos fundamentais, com a possibilidade de decisionismos por partes de juízes e tribunais, procedimento que seria antidemocrático e inconstitucional⁷²³. Pelo contrário: a admissão da discricionariedade judicial e de decisionismos (“o que dá no mesmo”) é próprio do paradigma positivista que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar, exatamente pela diferença ‘genética’ entre regras e princípios⁷²⁴. Em suma, “defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição”⁷²⁵.

É nesse contexto que os princípios tem, com uma de suas finalidades, a de impedir *múltiplas respostas*. É através dos princípios que se torna possível e se sustenta a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Nesse contexto, com o advento do constitucionalismo contemporâneo, não há mais espaço para os chamados “princípios gerais de direito”, pela simples razão de que estes foram introduzidos no direito, como um “critério positivista de fechamento do sistema”, visando a preservar, assim, a “pureza e a integridade” do mundo de regras.⁷²⁶

⁷²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 115.

⁷²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 115.

⁷²² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 166.

⁷²³ Inexiste implicação necessária entre jurisdição constitucional e discricionariedade judicial, pela simples razão de que uma coisa não implica a outra. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 166.)

⁷²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 166.)

⁷²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 166.

⁷²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 109.

Com efeito, por “trás de cada regra, passa a existir um princípio”⁷²⁷. Enquanto as insuficiências provocadas pela limitação das regras eram “superadas” pelas teorias da argumentação, o paradigma que supera esse novo modelo, sustentado pelo constitucionalismo contemporâneo, passa a ter na aplicação dos princípios – e não na ponderação de Alexy – o modo de se buscar as respostas adequadas à Constituição (corretas, hermeneuticamente).

⁷²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 145.

2. DISCRICIONARIEDADE, HERMENÊUTICA JURÍDICA E PODERES DO JUIZ

A superação dos paradigmas da discricionariedade e do solipsismo judicial, consoante já salientado, constitui-se, pois, em premissa básica para que se busque, não a única e nem a melhor, mas “aquela” resposta que seja correta, conformada e adequada à Constituição.⁷²⁸ Com efeito, a aposta na discricionariedade (cuja matriz teórica tem origem nos discursos de Kelsen e Hart) tinha como objetivo reafirmar o modelo de regras do positivismo⁷²⁹. Ora, na medida em que sempre há um déficit de previsões na regra, as posturas positivas “delegam” ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito seria/é (apenas) um conjunto de normas (regras)⁷³⁰.

Para melhor compreender-se a necessidade de negação à discricionariedade judicial, convém – ao menos – identificar-se as características mais essenciais do próprio positivismo⁷³¹, segundo o qual (i) a existência do direito em uma sociedade depende das práticas do membros desta sociedade, (ii) a validade de uma norma independe da sua validade moral, (iii) todas as normas jurídicas abarcam todas as hipóteses de aplicação e que nos

⁷²⁸ E esta resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento ao “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca pela “verdade real” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Op. cit. p. 97)

⁷²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Op. cit. p. 89.

⁷³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 364.

⁷³¹ “Por trás de todas essas concepções está o desenvolvimento histórico do positivismo e a busca de sua superação. O positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivismo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento. No âmbito do Direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas na medida em que se olha esse fenômeno numa determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predominava o exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 119).

chamados “casos difíceis”, que não encontram solução na regra, o julgador deve recorrer à discricionariedade⁷³², ou seja, à sua convicção pessoal e à sua subjetividade.

E é daí que exsurge a necessidade de negação à discricionariedade judicial frente ao constitucionalismo contemporâneo, seja por que o direito não é (e jamais foi) somente um conjunto de regras⁷³³, seja por que o julgador não pode e não deve decidir conforme a sua consciência e subjetividade. A negação a este modelo discricionário e solipsista, portanto, remete à necessidade de se identificar a resposta correta à luz da hermenêutica jurídica, para aquele caso concreto. A existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos que vão além do constitucionalismos liberal-burguês.⁷³⁴ Nesse sentido, revela-se indubitável que, hodiernamente, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível dizer que inexistem respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei, que exsurjam de procedimentos ou de métodos de interpretação.⁷³⁵ Nesse sentido *conceitos* que tenham a pretenção de abarcar, de maneira antecipada, todas as hipóteses de aplicação, nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico – caracterizado, na lição de Lenio Streck, “pelo emprego sistemático da análise lógica da linguagem a partir do descobrimento do significados dos vocábulus e dos enunciados, da distinção entre enunciados analíticos e enunciados empíricos e da diferenciação entre fato e valor”.⁷³⁶

O positivismo (tanto em Hart ou mesmo em Kelsen) não consegue compreender que a regra não abarca todas as possíveis situações de aplicação de forma antecipada e desvinculada da realidade prática. E é por isso que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, em que os princípios “resgatam o mundo prático”⁷³⁷, não é possível admitir-se, por exemplo, que o Código Civil atual reintroduza cláusulas (abertas) que autorizem o julgador – a partir de sua própria consciência – a preencher lacunas ou incompletudes legais, “a partir da ‘descoberta’

⁷³² Conforme Lenio Streck, para quem estas questões estão presentes no pensamento de Kelsen e de Harte, que se constituem, assim, o “ovo da serpente do positivismo contemporâneo”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 335).

⁷³³ No positivismo-normativista kelseniano não há espaço para os princípios e para discussões relacionadas ao “caso concreto”, contrariamente ao que ora se advoga, onde “falar em princípios é falar em mundo prático, em faticidade e não em ‘enunciados assertóricos’” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 168)

⁷³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 543.

⁷³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 543.

⁷³⁶ “A hermenêutica filosófica, com aportes da teoria integrativa de Dworkin, representa, nesse contexto pós metafísico e pós-positivismo, uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórias-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação so esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica. Dito de outro modo, trata-se de evitar ativismos, necessariamente ligados a práticas discricionárias e/ou arbitrarias.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 543-544).

⁷³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 168.

de valores que estariam em uma metajuridicidade”.⁷³⁸ Com efeito, no positivismo-normativista de Kelsen, em que “não há espaço para os princípios”⁷³⁹, também não há espaço para análise do “caso concreto”, visto que a regras devem resolver todos os casos de forma subsuntiva-dedutiva. O positivismo, ao ignorar os argumentos de princípio⁷⁴⁰, equivocadamente, abre espaço para a discricionariedade, na medida em que permite que o julgador – ao se deparar um com *hard case* - faça a “melhor” escolha (baseada em sua vontade e consciência subjetiva).

Abre-se, portanto, a possibilidade da discricionariedade do intérprete e, conseqüentemente, de decisões judiciais solipsistas. E neste aspecto, talvez, resida a maior deficiência das teorias positivistas, em face da insuficiência das regras em face dos chamados “casos difíceis”, uma vez que o “*positivismo permite que o juiz faça a melhor escolha*”⁷⁴¹. O direito assim, nesta concepção positivista, é apenas uma “moldura” na qual serão subsumidos os fatos (como se fosse possível separa fato e direito)⁷⁴². Observer-se, todavia, que esse problema da discricionariedade judicial, que decorre do próprio positivismo, a partir da “delegação em favor do juiz de resolver os casos difíceis”, acaba sobrendo uma espécie de deslocamento em direção a uma “objetividade textual”, não propriamente a regra (texto jurídico), mas das conceituações prévias elaboras pela dogmática jurídica.⁷⁴³ Conforme leciona Lenio Streck, “o proprio positivismo procura controlar a discricionariedade judicial, mediante a elaboração de um discurso *prêt-à-porter*, principalmente – e paradoxalmente – advindo do próprio Judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. Provavelmente por isso, parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de ‘discursos de fundamentação prévia’. Isto é feito através de uma estandarização da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmulas, etc.)”.⁷⁴⁴

A importância destas reflexões residem no fato de que o Estado Democrático de Direito exige a superação do esquema “direito enquanto sistema de regras”, o que somente é possível mediante a introdução dos princípios⁷⁴⁵ na interpretação e na compreensão da

⁷³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 169.

⁷³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 168-169.

⁷⁴⁰ Sobre os “argumentos de princípio” ver, por todos, os ensinamentos de Dworkin, in DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Op. cit. p. 127-132.

⁷⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 169.

⁷⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 169.

⁷⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 169.

⁷⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 169.

⁷⁴⁵ Nesse diapasão, para Juarez Freitas "o juiz (...) exerce poder criativo, devendo lutar, dialética e transdogmaticamente, para superar, no campo da hermenêutica, toda e qualquer subserviência ao Executivo e ao

Constituição, uma vez que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (análise do caso concreto), o que era até então negado pelo positivismo de Kelsen e de Hart.⁷⁴⁶ Em verdade, defender que a discricionariedade seria algo inerente ao direito significa, na prática, sustentar o protagonismo judicial o que, evidentemente, não se coaduna com a democracia, na medida em que a democracia “não se relaciona bem com a discricionariedade”⁷⁴⁷. Com efeito, é inegável que a tradição representada pelo modelo liberal-burguês trabalhava o direito como um sistema de regras, separado da moral e da política. Os princípios (que eram os “gerais de direito”⁷⁴⁸), neste modelo, tinham a função positivista de fechar o direito e de dotar um juiz de um enorme poder discricionário⁷⁴⁹. É neste contexto que Dworkin faz suas críticas ao poder discricionário que Hart atribui aos juízes para resolver casos difíceis, a partir do qual estariam aptos a “criar” um novo direito, ao invés de aplicar o direito estabelecido e preexistente⁷⁵⁰. Nesta mesma medida, é rejeitada a concepção de que o julgador teria poderes para, também nos casos difíceis, preencher ou corrigir lacunas legislativas através do exercício da discricionariedade. O positivismo não percebe que não é possível ver efetivamente o direito, mas apenas aquilo que se fala sobre o direito⁷⁵¹. O positivismo ao centrar-se em seu “modelo de regras”, deixa de aplicar na interpretação jurídica os argumentos de princípios e, assim, abre espaço para a discricionariedade judicial.

A admissão da discricionariedade judicial ou de “decisionismos” reflete o próprio modelo positivista, que o Estado Democrático de Direito procura superar, “exatamente pela diferenças ‘genética’ entre regras e princípios”⁷⁵². É nesse contexto, que os princípios detêm a finalidade de impedir as chamadas “múltiplas respostas”, literalmente fechando a interpretação, razão por que é equivocado afirmar que os princípios são mandatos de

Legislativo”, vale dizer, investindo na atividade interpretativa a possibilidade de resgatar os princípios constitucionais, que representam uma escolha (ideológica) de um formato político bastante claro – a democracia de direito. (FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989. p. 67)

⁷⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 337.

⁷⁴⁷ Aliás, esta é a crítica mais veemente de Dworkin a Hart. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 348.)

⁷⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 252

⁷⁴⁹ Neste quadro, a introdução dos princípios na solução dos chamados casos difíceis, representa uma ruptura com o modelo positivista que considera o direito com mero sistema de regras.

⁷⁵⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz, *Decisão judicial eo conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Op. cit. p. 176.

⁷⁵¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz, *Decisão judicial eo conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Op. cit. p. 176.

⁷⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 166.

otimização⁷⁵³ e de que as regras traduziriam a tese das especificidades, uma vez que tal entendimento redundaria na conclusão de que os princípios seriam cláusulas abertas, ou seja, espaço reservado à livre atuação subjetiva do juiz. A negação à discricionariedade judicial, sob a qual se sustenta o positivismo, implica na necessidade de se lançar mão dos princípios, na solução dos conflitos (caso concreto) e na identificação da resposta correta. Com efeito, os princípios tem o condão de ir além da carga de abstração da norma, superando justamente as práticas positivistas. Ou, conforme explica Lenio Streck: “Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia), por que essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade⁷⁵⁴”.

Os princípios, portanto, conferem “espessura”⁷⁵⁵ à regra, dotando-a de significatividade. E, a partir desta perspectiva, revela-se incorreta a assertiva daqueles que defendem que os princípios seriam meros “postulados” ou “mandatos de otimização”, isso seria o mesmo que afastar o mundo prático ínsito aos princípios, abrindo espaço para a abstração das regras⁷⁵⁶. Nesse sentido, defender a possibilidade de superação dos princípios pelas regras fere o próprio espírito democrático, na medida em que se admitiria, por exemplo, que a Constituição fosse interpretada e aplicada com base em leis ordinárias. É através dos princípios que é possível advogar a tese da resposta correta para cada caso concreto que, na solução dos “casos difíceis⁷⁵⁷”, evitando-se a discricionariedade e o solipsismo judicial⁷⁵⁸. Isto significa afirmar que o modelo de direito sustentado no esquema de regras do positivismo está superado, não obstante ainda seja dominante no âmbito da dogmática jurídica cotidiana⁷⁵⁹. Neste contexto, revela-se bastante razoável concluir-se que a arbitrariedade, enquanto produto da discricionariedade, não será resolvida através de regras, exatamente por que a arbitrariedade e o decisionismo são consequências do positivismo que, em suas diversas roupagens, sempre abstraiu a situação concreta no ato de aplicação⁷⁶⁰.

⁷⁵³ Humberto Ávila rejeita também a ideia de princípios como mandamentos de otimização, pois, segundo ele, nem sempre os princípios devem ser realizados “na mesma medida” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo 215 (1999), p. 163

⁷⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 171.

⁷⁵⁵ Expressão utilizada por Lenio Streck (in, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit. p. 171).

⁷⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 171.

⁷⁵⁷ Não obstante a inadequada distinção entre casos fáceis e difíceis já referida neste texto.

⁷⁵⁸ “A resposta não provém do discurso adjudicador (de fora); ela provém de uma co-originariedade.

⁷⁵⁹ Sendo justamente este o desafio do jurista no dia-a-dia, seja na advocacia, seja no foro, ou seja, superar a discricionariedade e o solipsismo judicial, para combater o protagonismo judicial e as decisões arbitrárias.

⁷⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 338.

Não resta dúvidas de que a negação à discricionariedade judicial é pano de fundo para o desenvolvimento de uma teoria jurídica que tenha com objetivo alcançar-se respostas corretas e adequadas à Constituição. Ora, o direito é um saber prático e sua meta é buscar condições para a concretização de direitos constitucionalmente estabelecidos e, ao mesmo tempo, evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas⁷⁶¹, justamente, por que a produção democrática do direito não pode ficar “refém” da subjetividade ou da consciência pessoal dos julgadores. O caminho para isto? A partir da hermenêutica e da análise do caso concreto, identificar a resposta correta e constitucionalmente adequada para “aquele” caso (difícil ou não, se é que é possível falar neste tipo de coisa).

⁷⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 339.

3. OS PRINCÍPIOS COMO INTRODUÇÃO DO MUNDO PRÁTICO NO DIREITO E A “PONDERAÇÃO” COMO APOSTA NA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E REPRISTINAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE POSITIVISTA

Ao par das conclusões extraídas do presente trabalho, é incontroverso afirmar que os princípios *acontecem* sempre no caso concreto. Em verdade, as regras igualmente *acontecem* em situações concretas. Daí a impossibilidade de hierarquizar a aplicação dos princípios ou de compreender os princípios como enunciados assertóticos, “o que os transformaria em meta ou super regras”.⁷⁶² Afinal, se o positivismo avançou na história, separando a moral do direito, foram exatamente as suas insuficiências (modelo formal-liberal-burguês) que construíram as condições para o surgimento de um novo direito, a partir do constitucionalismo social-interventivo.⁷⁶³

Os princípios, nesse contexto, passam a compor, dessa maneira, o novo perfil da sociedade contemporânea (a partir do novo constitucionalismo⁷⁶⁴), enquanto resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes dos modelos anteriores de Estado e do direito. Assim, tratar dos princípios significa dizer que o “direito passa cuidar do mundo prático; a faticidade penetra no território jurídico antes inacessível face às barreiras opostas pelo positivismo (direito como modelo de regras)”⁷⁶⁵.

Com isso, ganha relevância científica a questão dos princípios e da diferença entre princípios e regras. A partir de um conceito interpretativo de norma⁷⁶⁶, Lenio Streck afirmará que “são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito”, “são o marco

⁷⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 172.

⁷⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 172.

⁷⁶⁴ “Ora, uma Constituição nova – e essa é a questão fundante da ruptura paradigmática que deveria ter sido captada pela comunidade jurídica de terrae brasilis – exige novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria da norma, uma nova teoria hermenêutica. Entretanto, isso exige um giro paradigmático: dos paradigmas aristotélico-tomistas e da filosofia da consciência para o giro ontológico-linguístico (sem nos contentarmos com a simples a analítica da linguagem)”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 80).

⁷⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 80.

⁷⁶⁶ Equivocam-se aqueles que tentam aproximar Dworkin de Alexy, uma vez que enquanto este trabalha com um conceito semântico de norma, o jusfilósofo norte-americano trabalha com um conceito interpretativo. A questão, no direito brasileiro, é trabalhada por OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 183-208.

da institucionalização da autonomia do direito”⁷⁶⁷. Os princípios constitucionais do pós-guerra “introduzem o mundo prático no direito”, sendo acertado dizer que eles destroem os dualismos presentes nas tradições anteriores e instauram um novo modo para se pensar o significado do termo princípio (tese da descontinuidade)⁷⁶⁸. Normas, serão assim, “uma dimensão deontológica própria do direito, já que ele se articula a partir de regras e princípios. Se admitimos que estamos de acordo que a noção de pré-compreensão conforma a atividade interpretativa e se estamos de acordo que o novo paradigma de direito tinha que fazer uma ruptura com aquela autonomia formal e se estamos de acordo que o catálogo de direitos fundamentais e demais compromissos com a sociedade democrática (justa e solidária) foram inseridos nas constituições, o modo de fazer isso é compreender que isso só se dá a partir da faticidade. Isto é, do mundo prático. Princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda essa normatividade adquira força normativa para além da suficiência das regras”⁷⁶⁹.

Não há uma formação subjetiva de princípios e depois, uma sua aplicação compartilhada no mundo da convivência, isso porque essa formação principiológica “é formada pelo mundo e, ao mesmo tempo, forma mundo, na medida em que pode articular um significado novo que exsurge da interpretação do próprio mundo”⁷⁷⁰. Quando se afirma, portanto, que “em todo o caso compreendido e interpretado já sempre aconteceram os princípios”⁷⁷¹, deve-se ter presente que os princípios, na medida em que introduzem o mundo prático no direito, cuidam do todo conjuntural representado pela Constituição e que permite a articulação dos diversos instrumentos que a tradição jurídica construiu⁷⁷², bem como

⁷⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 515.

⁷⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 498. Conforme Rafael Tomaz de Oliveira, é através dos princípios “que o debate envolvendo o *ethos*, a liberdade, a interpretação e outros problemas que se relacionam mais diretamente à condição humana, são retomados pelo discurso jurídico. Antes, o contexto teórico – que de alguma forma ou de outra, com menor ou maior amplitude, buscavam assento no princípio da causalidade – impedia qualquer tematização efetiva dos princípios porque estes eram tidos como irracionalidades, relegados ao plano da razão prática ou política judiciária” (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Op. cit. p. 221).

⁷⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 515.

⁷⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 499.

⁷⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Op. cit. p. 223.

⁷⁷² A Constituição, nesse quadro, vem “entendida como um evento que introduz, prospectivamente, um novo modelo de sociedade. Este evento que é a Constituição está edificado sob certos pressupostos que chegam até nós pela história institucional de nossa comunidade. Tais pressupostos condicionam toda tarefa concretizadora da norma, porque é a partir deles que podemos dizer se o direito que se produz *concretamente* está legitimado de acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 500.)

determinar os juízos concretos e particulares que são feitos para solucionar os problemas jurídicos⁷⁷³.

As regras, por sua vez, “constituem modalidades objetivas de solução de conflitos, elas ‘regram’ o caso, determinando o que deve ou não ser feito”⁷⁷⁴. Mas são os princípios que vão autorizar essa determinação, uma vez que guardam uma dimensão de transcendentalidade do direito. No entanto, os princípios não existem em abstrato. Não se pode falar de princípios se não há caso concreto. Eles não existem se não há uma regra que seja transcendida. Vale dizer, não há regra sem princípios e não há princípios sem regras⁷⁷⁵. Por isso, é acertado dizer que os princípios fecham a interpretação, e não as regras. Estas abrem a interpretação “exatamente em razão de sua perspectiva universalizante (pretende abarcar todos os casos e, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura desnificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica)”⁷⁷⁶. Esse papel assumido pelos princípios no constitucionalismo contemporâneo pode ser visualizado na forma como os direitos

⁷⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 500. Nesse sentido, conforme Lenio Streck, “por mais que essa conjuntura não apareça de modo explícito no trabalho de fundamentação que todo jurista deve realizar, ela condiciona os argumentos alinhavados na decisão de modo subterrâneo. Ou seja, não há causa judicial, não há caso concreto em que não exista uma discussão - ainda que encoberta - sobre a igualdade, por exemplo. Ora, sempre no direito lidamos com alguma situação discriminatória. A concessão de uma liminar, por exemplo, já é por si só o exercício de um tratamento diferenciado dado há alguém que faz jus a determinados requisitos de ordem formal. Porém, na concessão desta liminar, o juiz que profere a decisão estará obrigado a justificar o porquê do tratamento diferenciado dado àquele que requer a medida antecipatória. Do mesmo modo que haverá de justificar no caso de negação do pedido. Uma liminar negada para alguém será a concessão/manutenção de um direito em favor de outrem. Assim também ocorre com aquilo que conhecemos por *devido processo legal*. Não pode haver processo que não tenha se desenvolvido no contexto de seu âmbito de aplicação. É por isso que, neste sentido, não se pode falar em “abertura” interpretativa no que tange aos princípios jurídicos: nos dois casos analisados, parece ficar claro que eles condicionam o intérprete no sentido de obrigá-lo a decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da *comum-idade* dos princípios constitucionais (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 501).

⁷⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 517.

⁷⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. pp. 500-537. Conforme Castanheira Neves, “Um princípio normativo é justamente um princípio que só o é, na sua intencionalidade regulativa, enquanto transcende nessa intenção uma certa realidade e afirma essa sua intenção transcendente a essa mesma realidade pressuposta. Quer dizer, o direito não pode pensar-se exatamente sem o pensarmos num diálogo com a realidade (social) – o direito traduz em si mesmo uma tensão normativo-dialéctica com uma certa realidade. Dito de outra forma, o “facto” faz parte do problema do direito. Ele não é, portanto, algo que subsista num mudo puramente abstracto-ideal distinto do mundo dos factos e que subsista aí em completa independência dos factos. Ele será sempre, pelo contrário, uma intencionalidade normativa emergente (e a partir) de certa realidade e com uma conteúdo regulativo condicionado pela referência a essa realidade. Pode, pois, dizer-se dele o que se poderá dizer do homem. Só vem à consciência de si próprio ao transcender uma situação, mas por referência a essa situação – ele é um transcender situado” (NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abranches, 1971-72, p.30).

⁷⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 519.

fundamentais processuais inerentes ao processo justo assumem a condição de princípios problemático-pragmáticos⁷⁷⁷ para darem sentido às regras processuais.

Princípios, portanto, são normas e têm um sentido deontológico. Assim, na medida em que se consolida a ‘era dos princípios’ – que introduzem o mundo prático no direito, institucionalizando a moral no direito a partir de sua construção democrática (Constituições compromissórias e dirigentes) -, não se pode confundí-la com ‘abertura hermenêutica’ e a consequente necessidade da construção de racionalidade de cariz epistemo-metodológicas. É como se as regras estivessem ligadas à subsunção – e com isso se daria razão ao positivismo primevo-legalista -, e os princípios estivessem ligados às teorias argumentativas. Ou que os casos simples (easy cases) pudessem ser resolvidos por raciocínios mais complexos, como a ponderação. Ora, os princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras⁷⁷⁸. Não são, pois, “mandados de otimização” ou postulados interpretativos. Devem, sim, ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo (afinal, esta não é a era pós-positivista?)⁷⁷⁹

Nesse contexto, é equivocado pensar que os princípios constitucionais representam a positivação dos valores. O Direito é um sistema formado por regras (preceitos) e princípios. Ambos são normas. A diferença entre a regra e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo- porque sempre sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno).⁷⁸⁰

⁷⁷⁷ Trata-se de princípios que, no dizer de Castanheira Neves, "se distinguem decisivamente dos 'princípios gerais do direito' que o positivismo normativístico-sistemático via como axiomas jurídicos-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade ('princípios de justiça'), expressões normativas de 'o direito' em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade (...) o seu verdadeiro sentido não é determinável em abstracto, e só em concreto, porque só em concreto logram a sua determinação e se lhes pode atingir o seu autêntico relevo. E decerto que a essa determinação em concreto será chamada, numa responsabilidade iniludível, a jurisdição nos seus juízos decisórios em solução das controvérsias práticas suscitadas pela invocação daqueles mesmos direitos e destes princípios" (CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV [separata], 1998, pp. 6-7). A respeito dos princípios jurídicos pragmáticos-problemáticos, ver, por todos, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 57.

⁷⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 891

⁷⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 144.

⁷⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 144.

A regra não subsiste sem o princípio. Do mesmo modo, não há princípio que possa ser aplicado “sem o ‘atravessamento’ de uma regra”. Nas palavras de Lenio Streck, “a regra não explica; a regra esconde. O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo autossuficiente) O princípio é a enunciação do que está enunciado. No fundo, a dogmática positivista não conseguiu ainda superar a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptiva em setores importantes da doutrina que a sustentam acreditando que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a comum a várias coisas individuais, (...), por outro lado, a dogmática jurídica também não superou a metafísica moderna, o que se pode perceber nas posturas de considerável parcela dos juristas que – a pretexto de ‘ultrapassar’ a ‘literalidade’ do texto – coloca no sujeito a tarefa hercúlea de descobrir os valores ‘escondidos’ debaixo da regra, isto é, na ‘insuficiência’ da regra – construída a partir da consciência de si do pensamento pensante – entra em cena o intérprete, para levantar o véu que ‘encobre o verdadeiro sentido da regra’.”⁷⁸¹

Nesse sentido, é essencial observar que, se no positivismo os chamados *casos difíceis* (hard cases) eram relegados à discricionariedade judicial, na era denominada de “pós-positivista”, a partir da teoria da argumentação, os *hard cases* passaram a ser resolvidos a partir da ponderação de princípios⁷⁸² (quando os princípios entram em choque, na interpretação de um caso difícil, os mesmos devem ser ponderados, conforme apontado por Alexy⁷⁸³). Segundo a teoria da argumentação jurídica, os princípios devem ser hierarquizados axiologicamente⁷⁸⁴, todavia, esta teoria não consegue responder ao seguinte questionamento: como é feita essa escolha? A deficiência da teoria da argumentação, nesse sentido, reside no

⁷⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 145.

⁷⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 177.

⁷⁸³ “Na verdade, Alexy confunde texto e norma, deixando de lado a necessária problematização da aplicação, esquecendo-se, assim, do caso concreto. A teoria da argumentação proposta por Alexy busca uma espécie de ultra ou transracionalidade, alcançável a partir de fórmulas aptas a realizar o que ele denomina ponderação de princípios.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 146). “Parece, assim, que o maior problema reside na ‘equiparação’ dos princípios aos ‘valores’. Efetivamente, parcela considerável dos juristas optou por considerar os princípios constitucionais como um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como sendo o ‘suporte dos valores da sociedade’ (o que seria isso, ninguém sabe e tampouco houve alguém que se arriscasse a dizê-lo). Um dos chavões com que a discussão vem sendo posta é que, no novo constitucionalismo, ocorreu a ‘positivação dos valores’. Esse ‘anúncio’ facilita a ‘criação’, em um segundo momento, de todo tipo de ‘princípio’ como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quanto necessários para resolver os casos difíceis ou ‘corrigir’ (sic) as incertezas da linguagem”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 147)

⁷⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 178.

deslocamento da hierarquização ponderativa em favor da *subjetividade* do intérprete, como o que a teoria da argumentação não escapa do paradigma da filosofia da consciência.⁷⁸⁵ Assim, independentemente das formas assumidas por estas posturas, o ponto-chave da problemática está na continuidade da delegação em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isso por que a *ponderação* implica que essa “escolha” axiológica de princípios sempre ocorra no nível da subjetividade do intérprete. Dai, conforme salienta Lenio Streck, a incompatibilidade com a circularidade hermenêutica, “uma vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto (é através dele que se dá a antecipação de sentido, impedindo qualquer interpretação em etapas).”⁷⁸⁶

Com a ponderação reprimada-se o tão criticado problema da discricionariedade que, para o positivismo é resolvido por delegação ao juiz. Isto é, cabe ao intérprete dizer qual princípio será aplicável, tal como no positivismo, é tarefa do juiz decidir de forma solipsista e discricionária, na resolução dos casos difíceis⁷⁸⁷. Assim, na sequência da alteração paradigmática ocorrida no campo do constitucionalismo, que introduziu os princípios (trazendo de volta o mundo prático), o mesmo problema se coloca novamente ao jurista: como resolver os casos difíceis?⁷⁸⁸ Ao invés da discricionariedade (pura e simples, tipicamente positivista), a teoria da argumentação coloca a ponderação como modo de solucionar o conflito de princípios (e de regras), como se fosse possível imaginar princípios ou direitos, em abstrato, com peso maior do que outros.

A aposta na ponderação é uma aposta na filosofia da consciência. A ponderação vem a ser o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da compreensão)⁷⁸⁹. Disso se extrai que a ponderação acaba por repetir a idéia da subsunção-dedutiva.⁷⁹⁰ Assim, enquanto a teoria da argumentação concebe os princípios apenas como “mandatos de otimização”, entendendo-os como elemento de abertura interpretativa e, portanto, dependente da subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica

⁷⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 178.

⁷⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 179.

⁷⁸⁷ “Não se pode olvidar, nesse sentido, que, para desiderato positivista, o próprio ordenamento jurídico sempre foi constituído de dispositivos autorizatórios para essa completude ‘autopoiética’, a partir do recurso aos princípios gerais de direito, à experiência do juiz, aos usos e costumes e assim por diante” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 179.)

⁷⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 179.

⁷⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 179.

⁷⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 180.

parte da compreensão de que os princípios *introduzem o mundo prático no direito*, fechando a interpretação, isto é, “diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço de discricionariedade do intérprete”.⁷⁹¹

Mais grave, todavia, do que a ponderação de princípios, é a possibilidade de ponderar-se regras, “como se, primeiro, regras subsistissem ‘como’ regras, com sentido autônomo, e, segundo, como se fosse possível estabelecer uma metodologia, ou outro nome que se queira dar a essa operação, que seja apta a fazer essa ‘escolha’ da melhor regra aplicável”.⁷⁹² Assim, se ao final, cabe ao intérprete escolher o princípio ou a regra aplicável, questiona-se a diferença entre o *intérprete ponderador* e o *intérprete positivista*, que, discricionária e solipsisticamente escolher qual seria a “melhor” interpretação.

Nesse contexto, para a hermenêutica (filosófica), o princípio da proporcionalidade⁷⁹³ não tem o mesmo significado utilizado pela teoria da argumentação jurídica. Para a hermenêutica jurídica, o princípio da proporcionalidade é “como uma metáfora, isto é, um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito, para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadoras de uma espécie de ‘grau zero de sentido’, que, sob o manto do caso concreto, venham a estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição.

Destar, a chamada “era dos princípios” não é pode ser considerada um “plus axiológico-interpretativo” que veio para transformar o juiz (o qualquer intérprete) em superjuiz

⁷⁹¹ “Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre *hard cases* e *esay cases*” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 180.”

⁷⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 180

⁷⁹³ “A proporcionalidade deve estar presente, em princípio (e veja-se a ambiguidade da expressão), em todas as aplicações. Ou seja, qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade; deve haver uma justa proporção entre as penas do direito penal; o prazo fixado para prisão preventiva não pode ser desproporcional; uma lei não pode ser ‘de ocasião’ ou de ‘conveniência’, etc. Em outras palavras, isso não quer dizer que, isolado, o enunciado ‘proporcionalidade’ ou ‘princípio da proporcionalidade’ carece de significatividade. O sentido da proporcionalidade se manifestará de dois modos: ou a lei contraria a Constituição porque o Estado se excedeu, ocasião em que se estará diante da proibição de excesso (*übermassverbot*) ou a lei poderá ser inconstitucional porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado direito, hipótese que se poderá invocar a *Untermassverbot*. Não há um locus privilegiado para a aplicação da ‘devida/necessária proporcionalidade’, uma vez que, necessariamente, ela estará relacionada à igualdade na proteção de direitos. Desproporcionalidades ocorrem por violação da isonomia ou da igualdade. Eja-se, desse modo, como se torna irrelevante epitetar a exigência de proporcionalidade como princípio ou não. Mas, atenção: o sentido da desproporção – seja negativo (*Übermassverbot*) ou positivo (*Untermassverbot*) – somente poderá ser dado mediante a obediência da integridade e da coerência do direito. Não é da subjetividade pura e simples do aplicador que, ad hoc, exsurta a (des)proporcionalidade. Além disso, como em qualquer aplicação de princípio, sempre haverá uma regra/preceito em jogo. Isso implica afirmar que o “princípio da proporcionalidade” não é instrumento para decisionismos. Alguma regra do sistema restará adequada à concreta normatividade ou a regra estará nulificada. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p.150)

que vai descobrir os “valores ocultos” no texto, com o auxílio dos princípios.⁷⁹⁴ É nesse sentido que não resta dúvidas de que as decisões dos juízes devem ser (cada vez mais) controladas. Este é o papel da doutrina, conforme desta Lenio Streck, que deve “doutrinar”, “coisa cada vez mais rara em um país dominado por uma cultura manualesca, baseada em verbetes jurisprudenciais”. O Estado Democrático de Direito, com efeito, exige fundamentação de toda e qualquer decisão. Assim, os princípios, ao superarem as regras, proporcionam a superação da subsunção-dedutiva. Trata-se, portanto, da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência e da “certeza de si do pensamento pensante.”⁷⁹⁵

⁷⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 188.

⁷⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 188.

4. PERSPECTIVAS PARA UM CONTROLE HERMENÊUTICO DOS PODERES DO JUIZ. A POSSIBILIDADE (NECESSIDADE) DE “UMA FUNDAMENTAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO”

No atual momento jurídico-constitucional (caracterizado, dentre outros aspectos, pela ampliação dos poderes do juiz⁷⁹⁶) “torna-se de palpitante atualidade as tentativas de eliminar da discricionariedade do juiz, o perigo de abuso e de arbítrio”.⁷⁹⁷ Nesse cenário, “o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura diferenciada, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira”⁷⁹⁸. Todavia, é essencial esclarecer que, quando se fala de uma “função diferenciada” para o Poder Judiciário, não se está propondo a simplista judicialização da política e das relações sociais, diferentemente, o que se exige é uma “intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões”⁷⁹⁹. E é esta ‘intervenção’ da justiça constitucional que demanda um controle hermenêutico⁸⁰⁰.

A existência da Constituição (no paradigma do Estado Democrático de Direito) exige a definição de deveres substanciais dos poderes públicos que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista. Assim, contemporaneamente, não resta dúvida de que, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível afirmar-se que não existem respostas prontas a respeito do sentido de determinada lei, razão por que, “nem mesmo o Tribunal encarregado de dizer o

⁷⁹⁶ “Em face do que foi exposto, entendo que o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva aqui defendida, concebe-se o Poder Judiciário (*lato sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais” (STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Op. cit. p. 156)

⁷⁹⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. op. cit. p. 17.

⁷⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 59.

⁷⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 62.

⁸⁰⁰ Ou em outras palavras, “trata-se de evitar ativismos necessariamente ligados a práticas discricionárias e/ou arbitrárias” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 544)

direito em *ultima ratio* pode decidir ao seu alvedrio”.⁸⁰¹ Nesse sentido, também os Tribunais Superiores (Supremas Cortes) devem obedecer a integridade, a coerência e a igualdade no trato das questões hermenêutico-aplicativas.⁸⁰² Assim, “a decisão (resposta) estará adequada à Constituição na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito a partir de uma detalhada fundamentação.”⁸⁰³

Se no processo constituinte se optou por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza entre outros programas constitucionais, se deveria esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Ocorre que, em muitos momentos, “as normas-programa da Lei Maior”⁸⁰⁴ não estão sendo cumpridas. Por isso, na “falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”⁸⁰⁵. O Poder Judiciário, nesta quadra, atuará num “sentido regulador”, controlando a legalidade constitucional, podendo, no limite, “ordenar a execução e determinadas medidas ao Executivo (medidas essas determinadas pelo direito), mas a execução em si sempre caberá ao Executivo”⁸⁰⁶. Há um espaço, todavia, que o Poder Judiciário não alcança. Por isso, uma teoria da decisão (que, dentre outros aspectos, visa a um controle da atividade jurisdicional) é importante para nos assegurar dos limites desse espaço não alcançado pelo Judiciário; “um espaço democraticamente garantido, para que nossa democracia não se transforme em uma juristocracia.”⁸⁰⁷

Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais (também aqui pode ser usado o princípio da

⁸⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 545.

⁸⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 546.

⁸⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 546-547.

⁸⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 64.

⁸⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 64.

⁸⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 66.

⁸⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 66.

proibição de retrocesso social). Dito de outro modo, “a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade”⁸⁰⁸

Nesse cenário, resta evidenciado que a defesa da democracia e dos direitos estabelecidos na Constituição não pode depender de uma “considerável margem de atuação”⁸⁰⁹ livre do juiz. Isso implica, evidentemente, na necessidade de se discutir as condições de possibilidade de um efetivo controle das decisões judiciais.⁸¹⁰ Nesta vereda, portanto, é que a necessidade de uma resposta adequada à Constituição tem um grau de abrangência que evita decisões discricionárias, solipsitas e arbitrárias. Nesse contexto, é possível afirmar que, ao mesmo tempo em que existe o dever fundamental de justificar e motivar as decisões judiciais, há também o direito fundamental à obtenção de decisões adequadas à Constituição⁸¹¹. Existe uma vinculação umbilical entre esse dever e esse direito fundamental. A complementariedade entre ambos (dever fundamental de motivação e direito fundamental à resposta adequada) reflete uma espécie de “blindagem”⁸¹², de uma proteção contra interpretações “deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais”⁸¹³.

Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que se denomina de uma “fundamentação da fundamentação”⁸¹⁴, representada por uma profunda e irrenunciável aplicação do art. 93, inc. IX da Constituição da República⁸¹⁵. Há, desta forma, um direito

⁸⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídico e(m) crise: uma exploração heremênutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 67.

⁸⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: *Heremênutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 164.

⁸¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. Op. cit. p. 164.

⁸¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, heremênutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 571.

⁸¹² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, heremênutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 571.

⁸¹³ “Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela heremênutica jurídico-filosófica” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, heremênutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit. p. 571.)

⁸¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. Op. cit. p. 169.

⁸¹⁵ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (IX) todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em

fundamental a que a Constituição seja cumprida. Trata-se de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição⁸¹⁶. Esta resposta (decisão), “ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, porque busca no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta”.⁸¹⁷ O direito fundamental a uma resposta correta, mais do que um assentamento de perspectiva democrática, por que inclusive, permite o controle das decisões judiciais, é um “produto filosófico, por que caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto”.⁸¹⁸

Sendo assim, negar a possibilidade de que possa existir uma resposta conformada à Constituição para cada caso, portanto, “uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (por que é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo)”⁸¹⁹, pode representar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se revela contrário ao modelo democrático de direito. O constitucionalismo contemporâneo, introduzido pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, é incompatível com a possibilidade da existência de múltiplas escolas pelo juiz. A admissão de múltiplas escolhas (respostas) relaciona-se com o conceito positivista de regra, que “abarca todas as possíveis situações de aplicação de forma antecipada”⁸²⁰, independentemente do mundo prático. Na medida em que sempre há um déficit de previsões, as posturas positivistas apostam na discricionariedade judicial (com excessiva liberdade na atribuição de sentidos). Todavia, é essencial destacar-se que, a pretexto de “superar o problema da arbitrariedade”, não se pode desonerar o juiz do dever (fundamental constitucional) de fundamentar⁸²¹ as decisões (“fundamentação da

determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

⁸¹⁶ Quanto à necessidade de respostas adequadas à Constituição e à necessidade de controle das decisões, relevante a crítica apresentada por Alexandre Morais da Rosa: “(...) As decisões deixaram de dizer o caso. Elas são produzidas para serem vistas. O computador e a *internet* propiciaram uma vitrine para decisões judiciais. Reproduzem-se como metâmeros. De um lado orquestradas pelos órgãos de cúpula e na lógica da Orquestra Judicial, espriam-se como uma sinfonia única para todo o sistema. Há uma compulsão por admirar, copiar e legitimar quem nos conduz. E a moda jurídica atende a interesses não ditos e muitas vezes obscuros. A lógica desta produção sem limites não é a de um melhoramento ou mesmo de um ultrapassado progresso. A lógica que preside esta situação é interna e de autoreprodução. As edições dos mesmos livros trazem na capa ‘atualizado até o dia tal’ como se isto garantisse o atendimento das novas tendências ditadas pelas grandes Casas da Moda Jurídica (STF e STJ).” (ROSA, Alexandre Morais da. *O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial*. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 129-130).

⁸¹⁷ “A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio*. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. Op. cit. p. 169.)

⁸¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. Op. cit. p. 171.

⁸¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 363.

⁸²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 364.

⁸²¹ Novamente pertinente a crítica de Alexandre Morais da Rosa: “Diálogo entre dois magistrados: ‘- Concordas com a decisão?’ ‘- Sim, se for do Supremo’. Responde o Juiz que decide conforme a moda. ‘- Mas e o

fundamentação”). No campo jurídico, portanto, a resposta será correta “quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo”, “toda interpretação correta deve guardar-se da arbitrariedade dos chutes e do caráter ilimitado dos hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se às coisas mesmas”.⁸²²

conteúdo, você concorda?’ Pergunta o primeiro magistrado, ‘ E precisa? A embalagem me satisfaz’. Para isso precisamos o opor a nossa recusa, procurando inserir a responsabilidade do sujeito, sempre, insistindo no se que passa no cotidiano. É preciso, assim, resgatar a enunciação e a compreensão autêntica, via Hermenêutica Filosófica” (ROSA, Alexandre Morais da. *O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial*. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 131).

⁸²² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. Op. cit. p. 171.

5. DIREITO FUNDAMENTAL À RESPOSTA CONSTITUCIONAL E HERMENEUTICAMENTE ADEQUADA

O controle, o estudo e a análise do conteúdo das decisões judiciais, preliminar a qualquer consideração que se possa fazer, prende-se a uma necessidade do próprio Estado Democrático de Direito, especialmente, para que os juízes não se tornem ou não se apresentem como verdadeiros “legisladores”⁸²³ na aplicação do direito.

Não obstante, é preciso ter claro que o exercício deste controle sobre as decisões judiciais não desemboca em uma proibição ou na redução da atividade interpretativa do julgador, mormente por que o exercício da interpretação e conseqüente aplicação do direito exige a compreensão, ou, nas palavras da Gadamer “ (...) isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre aplicar.”⁸²⁴ Com efeito, na solução dos casos que reclamam a tutela jurisdicional do Estado, o julgador não pode criar um “novo” direito (aplicando-o retroativamente ao caso concreto) e tampouco pode recorrer a soluções discricionárias ou solipsistas (a partir de critérios subjetivistas, baseados na escolha pessoal e na consciência daquele que decidirá⁸²⁵).

A resposta que encaminhará a solução do conflito, a partir dos elementos obtidos no caso concreto, não pode depender da vontade pessoal ou da subjetividade do julgador. É necessário superar as teses positivistas, que se sustentam a partir do paradigma discricionariiedade judicial, contexto em que a opção por uma resposta judicial correta⁸²⁶ e

⁸²³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 87.

⁸²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 461.

⁸²⁵ Nesse sentido, é bastante esclarecedora a análise feita por Lenio Streck: “Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariiedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que o ‘juiz possui poder discricionário’ para resolver os ‘casos difíceis’, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...!” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. cit. p. 98)

⁸²⁶ Teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, o qual se utilizou da metáfora do juiz Hercules para a solução dos chamados *hard cases* ou casos difíceis. Neste aspecto, é essencial chamar atenção para o fato de que a expressão

adequada constitucionalmente ganha relevo e importância, principalmente, por que esta resposta correta tem o condão de afastar a discricionariedade e a arbitrariedade no conteúdo das decisões judiciais.

Decidir não pode ser sinônimo de escolher, por que a escolha é sempre parcial⁸²⁷. Contrariamente, a “resposta constitucionalmente correta” ou “a resposta correta para o caso concreto”⁸²⁸, deve ser consistentemente justificada, contendo a reconstrução do direito (coerência e integração), doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando à lume a fundamentação jurídica que legitimará a decisão no plano do que se entende por “responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito”⁸²⁹. As reflexões sobre a tese da resposta correta⁸³⁰, neste compasso, partem diretamente dos estudos de Dworkin e de Gadamer que, igualmente, enfrentam a discricionariedade positivista na construção da integridade do direito⁸³¹.

Desta forma, no presente estudo (que trabalhará a resposta correta a partir da perspectiva de que esta é sim um direito fundamental do cidadão, essencial à preservação do Estado Democrático de Direito) se fará uma breve explanação acerca da definição de casos difíceis, a partir das concepções de Dworkin⁸³², prosseguindo com a análise da metáfora do juiz Hércules e suas especificidades e, posteriormente, passando pela necessidade de negação à discricionariedade judicial, como forma de se alcançar uma resposta constitucionalmente correta e adequada para os chamados “casos difíceis”.

“casos difíceis”, cunhada por Dworkin, em contraposição aos “easy cases” ou casos fáceis, revela-se hermenêuticamente inadequada. Partindo da lição de Lenio Streck, sequer há como se saber com precisão se estamos diante de caso simples ou de um caso difícil. Para o mesmo autor, “já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?”. (maiores subsídios, ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2009. p. 245-249)

⁸²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Op. cit. p. 97.

⁸²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 365.

⁸²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 365-366.

⁸³⁰ Neste contexto, é essencial deixar claro que trabalhar com a possibilidade de se encontrar a melhor “resposta correta” não implica em descobrir-se uma única interpretação que solucione o caso concreto. Com efeito, a “resposta correta” é melhor compreendida a partir da busca pela melhor interpretação para um caso concreto, levando em consideração a integridade do direito, ou seja, todo o processo de compreensão do direito, ao longo da história institucional de uma sociedade, de modo a dar continuidade a esta história, corrigindo eventuais falhas, ao invés de criar novos direitos a partir da atividade jurisdicional.

⁸³¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Op. cit. p. 94.

⁸³² Embora se entenda inadequada, sob o ponto de vista hermenêutico, a diferenciação entre casos difíceis e casos fáceis, o presente estudo será desenvolvido a partir das lições extraídas da obra de Dworkin que, no capítulo 4 da obra “Levando os Direitos a Sério”, trata especificamente de como sua teoria encontra soluções para os chamados casos difíceis.

5.1. Os casos difíceis na concepção de Dworkin

Preliminar a qualquer consideração quanto à teoria de Dworkin, convém chamar a atenção para a diferenciação (e não uma cisão) que o autor faz entre “casos fáceis” e “casos difíceis”. Segundo Dworkin, nos “casos fáceis” (por exemplo, quando um homem é acusado de violar uma lei que proíbe dirigir a mais de noventa quilômetros por hora)⁸³³, parece correto dizer que o juiz está aplicando uma regra preexistente a um novo caso, ao passo que os “casos difíceis” são aqueles em que nenhuma regra estabelecida, tem condições de determinar uma decisão em qualquer direção.⁸³⁴

Aqui, vale chamar a atenção para o fato de que esta diferenciação entre casos fáceis-difíceis (*easy-hard cases*), embora não seja hermenêuticamente adequada, é utilizada em Dworkin, não como uma cisão entre uma e outra, mas numa perspectiva de distinção entre casos fáceis e casos difíceis.⁸³⁵ Distinguir casos simples de casos difíceis não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis e essa, pode ser a diferença entre a dicotomia *hard* e *easy cases* de Dworkin e a das teorias discursivo-procedurais.⁸³⁶

Com efeito, para Dworkin, o positivismo jurídico frente aos “casos difíceis” concede ao juiz um poder que não lhe é legítimo: a discricionariedade judicial (poder para decidir o caso de uma maneira ou de outra⁸³⁷, a partir da sua subjetividade). Ao tratar sobre o poder discricionário do juiz, Dworkin refere que “sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos casos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”.⁸³⁸ Prossegue, referindo

⁸³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 08.

⁸³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Op. cit. 131.

⁸³⁵ Conforme leciona Lenio Streck: “Dworkin trabalha com a noção de ‘casos difíceis’ a partir da crítica que elabora ao positivismo discricionário de Hart. A diferença é que Dworkin não distingue discursos de fundamentação de discursos de aplicação. Conseqüentemente, não ‘desobriga’ ou ‘desonera’ o juiz (discurso de aplicação) da elaboração dos discursos de fundamentação, que se dão previamente. É a integridade do direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a resposta correta nos casos difíceis” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit. p. 247)

⁸³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit. p. 247.

⁸³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Op. cit. 127.

⁸³⁸ Para Dworkin, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa: “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Op. cit. 127).

que a sua teoria não pressupõe a existência de um procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis.

Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e os juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e homens de Estado divergem sobre os direitos políticos.⁸³⁹ A teoria do direito de Dworkin, neste contexto, pode ser compreendida como uma tentativa de se garantir decisões judiciais (respostas) adequadas - dentre outros mecanismos - através da proposta superação da discricionariedade judicial, defendendo-se, para tanto, a racionalidade da decisão do juiz, ou seja, a possibilidade de se chegar a uma única decisão judicial correta para cada caso⁸⁴⁰.

Dworkin refere ainda que, segundo as teorias mais aceitas para a decisão, os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições e não criar um “novo” direito; e que este seria o cenário ideal, mas que por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática⁸⁴¹. As leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos.

Além disto, alguns casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Para a teoria de Dworkin, em alguns casos, o juiz deve criar um novo direito, todavia, ao fazê-lo, deve agir como se fosse delegado do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema. O juiz deve agir como um “poder legislativo segundo”⁸⁴².

Contrapondo-se à discricionariedade judicial (por ele combatida), Dworkin constrói sua tese da resposta correta, para o qual os casos difíceis possuem uma única resposta correta. Dworkin enfoca a questão da discricionariedade do julgador a partir das fontes do direito. A discricionariedade judicial em um caso concreto se apresentaria quando o recurso às fontes sociais do direito fosse insuficiente, ou seja, quando o direito positivo não fosse capaz de oferecer uma solução para o caso (apresentaria uma lacuna) ou então, quando a solução fornecida se mostrasse inadequada, quando em comparação a padrões de justiça socialmente admitidos⁸⁴³. A teoria de Dworkin para a solução dos casos difíceis está centrada na sua

⁸³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Op. cit. 128

⁸⁴⁰ Dworkin afirma que, mesmo em casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir e não inventar os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Op. cit. 430.)

⁸⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Op. cit. 129

⁸⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Op. cit. 129

⁸⁴³ DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*. São Paulo: Editora Madras, 2004. p. 124.

diferenciação entre princípios e regras, pois, segundo o autor, quando o juiz se depara com um caso difícil ele não deve possuir discricionariedade absoluta para decidir (para “escolher”), uma vez que está vinculado a princípios.

Assim, em um caso difícil, é possível que não exista uma regra a ser aplicada, ocasião em que o juiz deve aplicar os princípios⁸⁴⁴ para garantir a completude do sistema⁸⁴⁵. É importante frisar que os princípios a serem utilizados pelo julgador podem ser também aqueles não positivados, ou seja, os princípios morais, os quais, através de um processo de argumentação jurídica, ingressarão no sistema do direito⁸⁴⁶. O modelo de princípios⁸⁴⁷ apresentado por Dworkin para a solução dos *hard cases* visa a reduzir a incerteza e a insegurança mediante a justificação de critérios objetivos (reduzindo, também o espaço para a discricionariedade). Para tanto, a decisão judicial deve estar afinada com a sua concepção de direito como integridade (ideal político da integridade). Segundo Dworkin, “o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”⁸⁴⁸.

Nesta perspectiva, é a aceitação do direito como integridade⁸⁴⁹ (que leva em conta os já mencionados princípios), que afastará a discricionariedade judicial. Isto porque o papel do julgador – na concepção de Dworkin - é estabelecer a interpretação coerente com as regras,

⁸⁴⁴ Adiante da distinção entre normas e princípios, Dworkin enfatiza uma diferenciação complementar entre argumentos de política e argumentos de princípio. Os primeiros são modelos que garantem um direito individual ou de um grupo, já os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. Na insuficiência ou inadequação das regras deve-se utilizar os princípios. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Op. cit. 130).

⁸⁴⁵ Para Dworkin, a completude do direito é, pelo menos, uma idéia reguladora da atividade judicial e Hércules deve resolver os casos assumindo que os princípios preenchem os vazios normativos. (RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin, estudio preliminar*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997. p. 77-78)

⁸⁴⁶ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 195.

⁸⁴⁷ Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com o objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas um elevado número de possibilidades para a construção de respostas coerentes e adequadas à Constituição, o que confere uma “blindagem” contra a discricionariedade. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Op. cit.p. 100).

⁸⁴⁸ DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 291.

⁸⁴⁹ A integridade pode ser compreendida como uma espécie de ideal aceito de maneira geral e, por isso mesmo, revela-se como um compromisso de pessoas, ainda que estejam em desacordo sobre a moral política (DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Op. cit. p. 255)

princípios e precedentes existentes na prática jurídica de sua comunidade e não os seus princípios de conduta pessoal⁸⁵⁰. Todavia, quando mais de uma resposta se apresentar compatível com esta tese, este mesmo julgador deve optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral e político, melhor reflita a estrutura das instituições e das decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente sendo que esta seria, então, a resposta correta para o caso concreto⁸⁵¹. Em outras palavras, quando os princípios estão em conflito, o juiz deve ponderar, levando em conta a força relativa de cada um deles, devendo-se aplicar aquele que for mais adequado ao caso concreto.

Para Dworkin, o modelo de decisão judicial baseado em princípios⁸⁵² explica e justifica o papel dos julgadores no Estado Democrático de Direito, pois neste modelo as sentenças não seriam retroativas, julgando e atribuindo um novo direito a uma situação pretérita onde este não existiria (conforme um julgamento discricionário), uma vez que os princípios que as fundamentam já fazem parte do direito. Neste sentido, a decisão do juiz nada mais representa que o capítulo final da obra comum de outros protagonistas do ato criativo literário⁸⁵³, devendo, por óbvio, ter em conta o que eles já produziram, e isto ele o faz utilizando-se da interpretação, atividade esta, que evita a ruptura com o encadeamento lógico da obra (comum), produzindo o desfecho da história o melhor possível.⁸⁵⁴

5.2 Da metáfora do juiz Hércules⁸⁵⁵ (o direito como integridade⁸⁵⁶) como proposta para superação da discricioneriedade judicial

⁸⁵⁰ Com efeito, a “força criativa” dos tribunais, defendida por Hart (HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2ª Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 335) para os casos difíceis, é refutada por Dworkin, o qual compreende que apenas o legislador está autorizado a criar o direito.

⁸⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Op. cit. p. 293.

⁸⁵² Dworkin esclarece que frente aos casos difíceis aceder aos princípios é imperativo indispensável. Isto deve levar a integrar as decisões suportadas pelo direito válido, sendo que as decisões vão incorporar os suplementos políticos em segundo lugar, conformando um predicado deontológico que persegue uma resposta correta. É desde tais princípios que são construídos argumentos que servem para reconstruir normativamente, através de justificações, o direito vigente. Todas as decisões judiciais devem ser razoáveis e coerentes, este quadro só pode ser desenhado, afirma Dworkin, por um julgador que tenha Hércules como modelo (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Op. cit. p. 267-268).

⁸⁵³ Dworkin fez uma analogia entre o processo adotado para o uso de precedência e o processo de escrever um romance em cadeia. Romance em cadeia é um livro escrito por vários autores diferentes, no qual cada autor deve dar continuidade à história escrita por aquele que o precedeu. Na analogia de Dworkin, assim como a qualidade criativa do autor é medida pela forma como ele constrói em cima de algo preexistentes, a opinião dos juízes é avaliado por meio das observações de como os argumentos são desenvolvidos a partir dos precedentes (TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.)

⁸⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Op. cit. p. 166-173.

⁸⁵⁵ A idealização da metáfora do juiz Hércules, entretanto, não encerra a teoria de Dworkin acerca da resposta correta. Duas outras idéias – “romance em cadeia” (Cada juiz, então, é um romancista na corrente. Ele deve ler

Para embasar sua teoria da resposta correta, Dworkin utiliza-se da metáfora do juiz Hércules⁸⁵⁷. Hércules é um juiz-filósofo dotado de sabedoria e paciência sobre-humanas, capaz de resolver *hard cases* por meio de uma análise completa da legislação, dos precedentes e dos princípios aplicados ao caso: ao decidir um caso difícil, Hércules sabe que os outros juízes decidiram casos que, apesar de não guardarem as mesmas características, tratam de situações congêneres. Deve, então, considerar as decisões históricas como parte de uma longa trajetória, que ele também deve interpretar. Hércules adota o direito como integridade, uma vez que está convencido de que ele oferece tanto uma melhor adequação, quanto uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo.

Em Dworkin, a metáfora do juiz Hércules pressupõe que em toda decisão o julgador esta “onerado” a justificar seus fundamentos num contexto que envolve um argumento de princípio⁸⁵⁸. O contexto justificador se mostra num conjunto de princípios coerentes que

tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito, quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, na maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilo e filosofias judiciais e políticas diferentes em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia [...]; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Op. cit. p. 235-236, 283) e “comunidade de princípios” (o qual coaduna-se com o modelo das regras (no sentido de) que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça e processo legal, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possíveis. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Op. cit. p. 254) também servem de substrato teórico para completa compreensão da proposta deste autor.

⁸⁵⁶ Em idêntico sentido ao utilizado por Rafael Tomaz de Oliveira, in “OLIVEIRA, Rafael Tomaz, *Decisão judicial eo conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 208.

⁸⁵⁷ “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filosófico poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanos, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Op. cit. 165).

⁸⁵⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, *Decisão judicial e conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Op. cit. p. 208.

justifiquem a história narrada, na forma exigida pela equidade.⁸⁵⁹ Com efeito, Dworkin apresenta uma teoria pragmática que parte do pressuposto de que o direito seja uma prática interpretativa, sendo ainda relevante salientar que, “no interior do ‘método’ de Hércules, há uma nítida preocupação com o resultado da decisão”⁸⁶⁰. Desse modo, uma decisão judicial estará justificada não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, mas, especialmente, quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade⁸⁶¹.

Com relação à metáfora de Hércules, Habermas⁸⁶² afirma que esta teoria concilia decisões racionais do passado, reconstruindo-as a fim de que se obtenha aceitação no presente. Em outras palavras, reconcilia o direito à história. Ao analisar os precedentes, Hércules observará a existência de um fenômeno que Dworkin chama de “força gravitacional dos precedentes”⁸⁶³: um juiz tenderá sempre a demonstrar que sua decisão está associada a uma decisão tomada no passado por outros juízes; desse modo segue a ideia intuitiva de que deve procurar decidir casos semelhantes de maneira semelhante. Essa força gravitacional é restrita aos argumentos de princípio necessários para justificar as decisões anteriores.

É importante anotar, outrossim, que a fundamentação da decisão – proposta na teoria de Dworkin – somente será correta na medida em que for possível perceber que ela se encontra justificada num todo coerente de princípios que pressupõem uma teoria da Constituição, uma teoria da legislação e uma teoria dos precedentes, articulada na forma exigida pela equidade, tal como Dworkin descreve a partir da metáfora do juiz Hércules.⁸⁶⁴ Nesse contexto, resta evidente que o juiz Hércules – ao tratar o direito como integridade - não somente afasta-se, como também supera as práticas discricionárias⁸⁶⁵. Nas

⁸⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, *Decisão judicial e conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Op. cit. p. 208.

⁸⁶⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, *Decisão judicial e conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Op. cit. p. 216.

⁸⁶¹ Tanto é assim que a metáfora de Hércules, em seu *Império do Direito*, apresenta o direito como integridade em três dimensões: nos precedentes, nas leis e na Constituição. (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, *Decisão judicial e conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Op. cit. p. 216.)

⁸⁶² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 283.

⁸⁶³ A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à equidade que esta em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se discutir outros casos de maneira similar no futuro. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Op. cit. 176).

⁸⁶⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, *Decisão judicial e conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Op. cit. p. 176-177.

⁸⁶⁵ A superação da discricionariedade, no modelo do juiz Hércules responde a uma necessidade de se conceber o direito como integridade, no intuito de se alcançar respostas corretas. Lenio Streck captura esta exigência de

palavras de Lenio Streck, “o juiz Hércules é apenas uma metáfora para demonstrar a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto”⁸⁶⁶.

Destarte, negar a existência de uma resposta correta, conformada com a Constituição, para cada caso (“portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico, por que é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo”⁸⁶⁷) pode significar a aceitação da discricionariedade, algo diametralmente oposto à proposta do juiz Hércules. A admissão de diversas respostas (ou interpretações) está diretamente relacionada ao conceito de regra, que tanta “abraçar” todas as eventuais possibilidades de aplicação de forma antecipada e independente do mundo prático⁸⁶⁸, circunstância, evidentemente inaceitável, na medida em que o direito não pode ser resumido ao conceito de regra e por que esta mesma regra não consegue “abraçar” todas as eventuais possibilidades de aplicação ao caso concreto.

Dworkin (assim como o próprio Gadamer) procurou(ram) controlar o subjetivismo e a discricionariedade. A metáfora do juiz Hércules, nesse sentido, revela-se com das ferramentas utilizadas por Dworkin em seu desiderato. Com efeito e conforme se extrai da lição de Lenio Streck, a negação à subjetividade solipsista em Dworkin (e também em Gadamer) surge a partir da postura anti-realista (mantida por ambos), do respeito à tradição e do respeito à integridade e da coerência do direito.⁸⁶⁹ É neste cenário que o método do juiz Hércules apresenta-se adequado e coerente, na medida em que (afastando-se do solipsismo e da discricionariedade judicial) desvela a resposta hermeneuticamente correta para “aquele” caso. Esta resposta correta, propiciada pela hermenêutica deve estar justificada (visto que a fundamentação das decisões judiciais exigida na Constituição, assim o exige) no plano de uma argumentação racional⁸⁷⁰, decorrendo daí, um dos elementos que corroboram o

afastamento do julgador das práticas discricionárias, ao referir que: “A decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito. Esse todo que se antecipa, esse todo que se manifesta na decisão, é aquilo que mencionamos 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 fundamental! Isso por que é o modo como se compreende esse sentido do direito projetado pela comunidade política 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” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Op. cit. p. 98)

⁸⁶⁶ (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Op. cit. p. 99.

⁸⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 364.

⁸⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 364.

⁸⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 370.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. 365.

afastamento (com a sua superação) por parte de Hércules, das práticas discricionárias e solipsistas.

5.3 Do direito fundamental a respostas/interpretações corretas no Direito

Partindo da premissa básica de que existe um direito fundamental de que a Constituição e seus princípios basiladores sejam cumpridos, a existência de um direito fundamental a respostas corretas surge como decorrência direta deste pressuposto. A decisão constitucionalmente correta, nesse sentido, vem ao encontro da função transformadora do Estado Democrático de Direito que, em seu texto constitucional, institucionaliza o “ideal de vida boa” e através de seu conteúdo compromissário, aponta para a possibilidade de resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume especial relevância em países de modernidade tardia – como o Brasil – onde o chamado “estado social” não passou de uma simulação.⁸⁷¹

Em poucas palavras, a resposta correta, adequada e conformada com a Constituição tem um grau de abrangência e fundamentação que impede a existência de decisões discricionárias ou solipsistas, sobretudo, por que exige que a decisão seja concretamente justificada, a partir da reconstrução do direito (coerência e integração), com aportes da doutrina e da jurisprudência, confrontando tradições e por que atende ao comando do art. 93, inciso IX da Constituição Federal⁸⁷², o qual determina a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, sob pena de nulidade⁸⁷³.

Nesta senda, a resposta correta⁸⁷⁴ é aquela que pode ser confirmada na própria Constituição, decorrendo daí seu cariz de direito fundamental. E, justamente, por que a decisão (resposta correta) dever ser adequada à Constituição, é que a mesma não pode – sob

⁸⁷¹ STRECK. Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op. cit. p. 330.

⁸⁷² “Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (IX) - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

⁸⁷³ Nesse sentido, Lenio Streck sugere que se compreenda o tema a partir de um dever de “fundamentação da fundamentação”, traduzido por uma radical aplicação do art. 93, IX da Constituição. Para o autor, uma decisão mal fundamentada não seria sanável nem mesmo por embargos de declaração, uma vez que esta decisão encontra-se eivada de inconstitucionalidade e, portanto, é nula de pleno direito. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit. p. 571)

⁸⁷⁴ E não somente para os “casos difíceis”, mas para todas as situações e conflitos trazidos ao Poder Judiciário.

pena de violação ao “princípio democrático”⁸⁷⁵ – depender da consciência do julgador, no seu “livre convencimento”, da sua “intima convicção”, na “livre apreciação da prova”, nas “máximas da experiência” ou na busca da “verdade real”⁸⁷⁶, para falar apenas de alguns destes artifícios, muitas vezes utilizados para “justificar” decisões solipsistas e arbitrárias, mas que, entretanto, escondem um caráter subjetivista e discricionário, típico do paradigma positivista.

Destarte, a compreensão de que a resposta correta, conformada e adequada à Constituição é um direito fundamental, significa observar que as teorias do direito e da Constituição, verdadeiramente comprometidas com o democracia e com a concretização dos direitos fundamentais, dependem de um conjunto de princípios que tenham a função de estabelecer padrões hermenêuticos para: (i) preservar a autonomia do direito; (ii) estabelecer condições para um controle da interpretação constitucional, para fins de impor limites à discricionareade judicial; (iii) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; (iv) estabelecer que a fundação das decisões é um dever fundamental dos juízes e dos tribunais; (v) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se esta resposta está ou não constitucionalmente adequada⁸⁷⁷.

E isso, é exatamente oposto à afirmação de que o juiz tem poder discricionário de resolver um *hard case*; por que tal afirmação significa dizer que, diante de várias alternativas de solução, o juiz pode optar por aquela que melhor lhe agrade (a partir de uma “escolha” pessoal e subjetiva). O juiz não pode “eleger” a solução que ele próprio entendeu a mais adequada, diferentemente, é sua responsabilidade/obrigação, à luz do art. 93, inciso IX da Constituição, motivar e fundamentar sua decisão, ou, em outras palavras, “explicitar as condições pelas quais compreendeu”⁸⁷⁸ as razões de fato e de direito que lhe levaram a decidir (não escolher). O dever de fundamentar as decisões judiciais, pois, é compreendido com um “dever fundamental” do juiz e um “direito fundamental” do cidadão.

A decisão, pois, jamais deve ter por base uma “escolha”, mas sim o comprometimento com algo que se antecipa⁸⁷⁹, sendo que no caso de uma decisão judicial, o que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito, ressaltando-se que essa construção não é a soma de diversas ideais, mas sim, um todo que se apresentar como a interpretação mais adequada do direito.⁸⁸⁰

⁸⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. cit. p. 97.

⁸⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. cit. p. 97.

⁸⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit. p. 541-542 e STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. cit. p. 96-97.

⁸⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit. p. 542.

⁸⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. cit. p. 98.

⁸⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. cit. p. 98.

Em outras palavras, toda decisão deve se fundar em um compromisso e esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito (com especial destaque aos princípios, como indícios formais dessa reconstrução) e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parta do "grau zero de sentido"⁸⁸¹. A decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela 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.

O direito fundamental à resposta correta, portanto, vai além de compreender o direito como sendo um conjunto de regras ou de aceitar que se institucionalize “fundamentações” baseadas somente em súmulas, “repercussão geral” ou em decisões anteriores. O direito não é somente (mas também) o que o Judiciário diz que é⁸⁸², mas sim aquilo que se constrói a partir da hermenêutica e das especificidades e necessidades do caso concreto.

Nesse sentido, aliás, a resposta correta e conformada à Constituição terá outras implicações, como a garantia de direitos fundamentais processuais. O direito fundamental ao devido processo legal (*due process of law*) ou ao processo justo⁸⁸³, por exemplo, garante ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário para que lhe seja alcançada a tutela jurisdicional adequada e esta garantia requer a apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto, ou seja, exige uma resposta hermeneuticamente correta e adequada à Constituição.

É a partir desta perspectiva que procedimentos que visem a criar regras gerais e universalizantes (como por exemplo, a obrigatoriedade do instituto da “repercussão geral”⁸⁸⁴

⁸⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. cit. p. 98.

⁸⁸² “A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até por que os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. cit. p. 107.)

⁸⁸³ Destaca Luigi Paolo Comoglio que a garantia ao *justo processo* é composta por garantias mínimas (como o direito de ação e defesa, direito ao contraditório, à independência e imparcialidade do juiz, ao processo *efetivo com duração razoável*, entre outras) “che si compenetrano saldamente, come parte del tutto con le garanzie di protezione e di tutela dei diritti inviolabili dell’uomo” (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 278)

⁸⁸⁴ Lei 11.418 de 2006 que introduziu no Código de Processo Civil a exigência da comprovação de “repercussão geral” para fins de admissibilidade do Recurso Extraordinário. “Art. 543-A. *O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.*” No mesmo sentido, veja-se a redação do artigo 543-B do Código de Processo Civil, segundo o qual: “*Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal,*

como condição de admissibilidade dos Recursos Extraordinários ao Supremo Tribunal Federal) que permitam julgamentos “em massa”, devem ser encarados como verdadeiro retrocesso na busca pelo ideal de justiça preconizado pelos princípios constitucionais e pelo próprio espírito do Estado Democrático de Direito.⁸⁸⁵

A partir das considerações até o momento expedidas, é possível afirmar com toda a segurança que o direito à resposta correta e adequada à Constituição é sim de caráter fundamental. Nesse sentido, do mesmo modo em que há um dever fundamental de justificar/motivar as decisões judiciais, existe também um direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas⁸⁸⁶. Com efeito, existe uma ligação quase que genética entre esse dever de fundamentar e esse direito fundamental à resposta correta. A relação de complementariedade entre um e outro oferece uma “blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo do texto constitucional”⁸⁸⁷, ou seja, a obtenção de respostas corretas no direito tem o condão de substituir qualquer pretensão discricionária por uma postura história/concreta, a partir da tradição, da coerência e da integridade do direito, com vistas a se obter a resposta hermeneuticamente adequada ao caso concreto.

sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.”

⁸⁸⁵ Nesse sentido, oportuna a reflexão de Lenio Streck: “O que resta ao direito? Qual o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são ‘resolvidos’ no atacado...! Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir “teses” jurídicas...! Como que a repetir a lenda do ‘leito de Procusto’, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc...). E as ações são julgadas por ‘pilhas’.” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. cit. p. 106).

⁸⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit. p. 571.

⁸⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit. p. 571.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como forma de possibilitar aportes conclusivos adequados aos pontos detalhadamente indicados no corpo deste trabalho, mas sem repetir – na sua integralidade – as premissas sob as quais se basearam o presente estudo, passa-se as seguintes notas de conclusão:

1. O processo civil se constitui a partir de sua relação direta e estreita com Constituição. É inegável a importância que a Norma Constitucional exerce sobre o processo civil atual, seja porque o legislador não pode (e não deve) violá-la ou olvidar seus princípios e orientações, seja porque o processo, concebido – modernamente - como forma de garantia de justiça e de concretização dos direitos fundamentais, apresenta-se como forma imediata e direta de complementação dos mandamentos constitucionais.

2. É inegável o entrelaçamento entre o direito, a Constituição, a história e a cultura de um povo, assim como, também é inegável a gama de efeitos que a cultura faz incidir sobre o processo civil.

3. O chamado período dos práticos, praxismo ou sincretismo é identificado como primeiro estágio ou fase do direito processual civil.

4. Considerada a fase pré-processual ou fase “pré-histórica” do processo civil, o praxismo representa o momento anterior ao surgimento da própria ciência processual, caracterizando-se, basicamente, pela ausência de separação (autonomia) entre direito material e processo.

5. Sob o ponto de vista histórico e metodológico, o praxismo congrega o processo civil romano, em qualquer dos seus três períodos (*legis actiones, per formulas* e *cognitio extra ordinem*) e o chamado processo civil comum: romano, canônico e germânico bárbaro.

6. A ausência de uma metodologia e de um caráter científico, mas, especialmente, a inexistência de separação entre direito material e processo, representam a essência do praxismo.

7. O direito processual era um direito adjetivo e o direito material um direito substantivo, entendimento que se consolidou por longo período, levando os juristas da época a incluir o direito processual como mero apêndice do direito material.

8. No período dos práticos (praxistas), dentro da concepção de que o processo integrava à estrutura do direito material, defendia-se a tese do processo como um “quase contrato”.

9. A teoria do “quase contrato” surge da constatação de que o processo não se enquadrava nas formas usuais de criação e extinção de obrigações. Com efeito, o processo não poderia ser considerado um contrato (na exata acepção da palavra), porque sua criação não ocorria pela exclusiva vontade das partes, que eram necessariamente conduzidas a esta solução por força da lei.

10. Utiliza-se a terminologia “quase contrato” para esta teoria por que, ao contrário do que ocorre normalmente em um contrato, não são as partes que acordam entre si, mas sim o autor e juiz, sendo que o réu pode ou não vir a aderir à demanda.

11. As primeiras linhas do direito processual civil, como disciplina independente e cientificamente sistematizada, somente foram possíveis com a descoberta da autonomia do direito processual em face do direito subjetivo material. É a chamada fase *conceitualista* ou *autonomista* do processo civil, momento histórico comumente denominado de processualismo.

12. O processualismo sucede o praxismo, empregando o método científico e autonomista de estudo do processo civil, através do qual os estudiosos se aventuraram à tarefa de retirar da disciplina processual todo e qualquer resíduo de direito material.

13. O processualismo teve origem em 1868, a partir da obra com que Oskar Bülow proclamou, em termos sistemáticos, a existência de uma relação jurídica entre os sujeitos principais do processo (juiz, autor e réu), a qual difere da relação jurídico-material litigiosa por seus *sujeitos* (a inclusão do juiz), por seu *objeto* (os provimentos jurisdicionais) e por seus *pressupostos* (os pressupostos processuais).

14. Dentre os objetivos centrais da doutrina do processualismo destacam-se: (i) autonomia da ciência processual; (ii) separação definitiva do direito processual civil do bojo do direito civil e do direito comercial, estabelecendo-se clara e objetiva separação entre o direito privado (civil e comercial) e o direito público (processual); (iii) enfoque científico da disciplina processual, contrariamente ao modelo praxista; (iv) exame científico do fenômeno processual; (v) desenvolvimento dos conceitos fundamentais da ciência processual: jurisdição, ação e processo; (vi) demonstração do caráter não científico das expressões direito substantivo, para o direito civil e direito adjetivo para o direito processual civil.

15. A afirmação da autonomia do processo em face do direito material – ou em outras palavras, a existência de um processo neutro, infenso à realidade do direito material – retrata

uma das maiores (senão a maior) preocupações do processualismo, sobretudo, a partir da sistematização teórica desenvolvida por Oskar Bülow. Aliás, remonta a essa época também a preocupação dos processualistas em tornar o processo mais célere, para fins de garantir efetividade plena do direito material.

16. Consoante já explicitado, a análise do processo – autonomamente considerado – a partir da perspectiva da existência de uma relação jurídica processual inaugura a fase científicista do direito processual civil. A teoria do processo como relação jurídica, que veio de Hegel, e, posteriormente foi também trabalhada por Bulgaro e Bethmann-Holweg, foi posteriormente organizada, sistematizada e desenvolvida por Oskar Bülow, o qual dissociou cientificamente a relação jurídica processual da relação jurídica material.

17. Com efeito, a relação jurídica processual, desvinculada da relação jurídica material, foi o ponto de partida para a autonomia do processo. Nesta fase, conforme já salientado, o processo é completamente neutro em relação ao direito material.

18. Ainda que seja inquestionável o fato de que o processualismo (através da teoria da relação jurídica processual), ao analisar o processo de forma autônoma das relações traçadas no direito material, tenha dado o passo decisivo no estudo sistemático e científico do direito processual, é também inegável que esta ruptura acabou revelando-se insuficiente para toda a complexidade teórica que se encontra de envoltas implicadas no conceito de processo e, portanto, incompatível com uma compreensão frente aos princípios e aos valores do Estado Democrático de Direito.

19. Nesse sentido, é imperioso intuir que o processo civil, sem o direito material não tem função (utilidade), assim como, sem o direito processual, o direito material não conseguiria superar eventuais crises na sua realização.

20. O estudo do processo civil deve avançar no sentido de se encontrar alternativas concretas para a satisfação das necessidades ínsitas do direito material. É neste contexto jurídico-processual que o resgate do direito material, como valor ideológico, através da socialização do processo e de uma preocupação mais específica com a concretização de direitos fundamentais (própria do Estado Democrático de Direito), através de uma tutela efetiva e adequada, revela-se essencial; exercício que somente será possível, através de uma gradativa aproximação histórica entre processo e direito material.

21. É evidente que direito material e processo não se confundem como objeto de estudo e de análise científica (sendo talvez esta uma das maiores lições a serem extraídas da obra de Oskar Bülow). Ocorre, todavia, que é igualmente inegável a existência de um estreito relacionamento entre um e outro. Modernamente, diz-se que o direito material constitui-se a

matéria prima com que irá trabalhar o juiz, ou seja, o processo deve partir do direito material e ao direito material deve voltar

22. Num contexto de rupturas e quebras de antigos paradigmas, a partir da compressão da necessidade de uma aproximação entre direito material e processo, para fins de uma tutela jurisdicional atenta aos comandos e princípios da norma constitucional, aos anseios e necessidades sociais e aos direitos fundamentais, o processo vai gradativamente deixando de ser compreendido como aquele instrumento infenso, neutro e indiferente ao direito material e aos problemas sociais.

23. Hodiernamente, em face da constitucionalização do processo e da importância atribuída à teoria dos direitos fundamentais na sua conformação, ninguém olvida que o processo tem como seu maior objetivo servir ao direito material, cobrando-se a organização de um processo justo capaz de proporcionar tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.

24. Com o surgimento e a consolidação do Estado Democrático de Direito fez-se necessária, também, uma reconstrução do direito processual, sendo uma destas tentativas, justamente a teoria do processo como procedimento em contraditório, capitaneada por Elio Fazzalari. Esta teoria, entre outros aspectos, tem o mérito de separar cientificamente os conceitos de processo de procedimento, colocando o primeiro como espécie do segundo.

25. Por esta teoria, o procedimento assume a função nuclear na teoria do processo, invertendo-se a lógica própria do procesualismo no qual o processo seria o gênero e o procedimento a espécie. Com efeito, para Elio Fazzalari o processo seria uma espécie do gênero procedimento, desse distinguindo-se, precisamente, por ser um procedimento que se desenvolve em contraditório, em uma estrutura dialética, possibilitando uma participação concreta e efetiva no manejo do poder estatal. O processo é, pois, um procedimento em contraditório, portanto, não mais gênero, mas sim espécie de procedimento.

26. O fenômeno da constitucionalização do processo está intimamente ligado à superação do processualismo (da teoria da relação jurídica processual) e com a necessária (re)aproximação entre o processo e o direito material. É no final dos anos sessenta que ocorre uma sensível mudança dos estudos do direito processual, enfatizando-se a origem constitucional dos institutos processuais.

27. Num primeiro estágio, a constitucionalização do processo civil traz consigo a incorporação de normas processuais na própria Constituição, caracterizando de forma inconfundível a base constitucional do direito processual.

28. No marco do Estado Democrático de Direito, este movimento de constitucionalização do processo desenvolve-se a partir de uma outra perspectiva: passa-se a implementar a eficácia dos direitos fundamentais.

29. O estudo do processo civil deve partir da Constituição. Todo o direito processual, como ramo de direito público que é, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional. Com efeito, para além de seus pressupostos, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos.

30. A nova perspectiva adotada pelo processo civil, com o advento do Estado Democrático de Direito, decorre das preocupações sociais com o processo, mas também do cariz transformador próprio do constitucionalismo contemporâneo que se desvencilha do modelo de constitucionalismo liberal.

31. O novo constitucionalismo, próprio desse Estado Democrático de Direito, confere ao direito um caráter modificador e concretizador das garantias fundamentais, ao mesmo tempo em que estabelece um embate ideológico em face do positivismo.

32. É essencial que o processo civil e seus respectivos institutos processuais sejam (re)analisados a partir da compreensão dos diferentes modelos do Estado (e seus objetivos) no curso da história, dando-se ênfase às três principais matrizes do Estado Moderno: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

33. O Estado Liberal que, historicamente tem em Locke e Montesquieu algum de seus principais teóricos, caracterizou-se pela propagação de um ideal político, jurídico e social baseado na existência de liberdades individuais, de direitos fundamentais, de uma democracia representativa, da separação de poderes, bem como, do protagonismo das leis, próprio dos movimentos constitucionalistas que surgiram a partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215.

34. De modo geral, o pressuposto filosófico do Estado Liberal, entendido como o Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual todos os homens, indiscriminadamente, são titulares de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

35. Ao Poder Judiciário, no modelo do Estado Liberal, competia a resolução dos conflitos privados, numa evidenciada posição subalterna perante o poder a quem competia a produção normativa.

37. O direito processual no Estado Liberal era compreendido como ambiente no qual se manifestava a autonomia e a liberdade das partes privadas, as quais deveriam ter a ingerência sobre todos os instrumentos processuais suficientes para desenvolver, por

iniciativa própria, uma competição individual que se dava frente ao juiz, o qual fazia o papel de um verdadeiro árbitro, cuja função era somente a de assegurar o respeito às “regras do embate”.

38. O devido processo legal, dentro da perspectiva jurídica, social e política do Estado Liberal é o instituto/princípio em torno qual se organiza e se fundamenta o processo civil do modelo liberal. Decorre, pois, da preocupação e da necessidade de se impor limites ao poder outrora exercido no Estado Absolutista (*Leviatã*).

39. Trata-se de princípio concebido originalmente para ser “freio ao poder real” e para servir de estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes na Inglaterra no Século XIII. O princípio do devido processo legal, neste contexto, desenvolveu-se e consolidou-se a ponto de se constituir em um dos elementos fundamentais do próprio Estado de Direito Liberal, tamanha a sua importância e relevo.

40. O devido processo legal é a tradução quase literal da expressão inglesa “*due process of law*” que foi utilizada pela primeira vez, na cláusula 3ª do 28º Estatuto de Eduardo III, de 1354, segundo o qual “*No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law*”. A ideia do *due process of law*, contudo, advém da *Magna Charta Libertatum* de 1215, a qual, na cláusula 39 estabeleceu que: “Nenhum homem livre será detido preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.”

41. A liberdade (liberalismo) que o mundo experimentou e praticou sob à égide do Liberalismo Clássico não atendeu às expectativas dos menos favorecidos, da massa anônima de trabalhadores e daqueles que “messianicamente” se “voltaram à espera de um milagre de melhoria social”. O “velho liberalismo”, na estreiteza de sua formulação, não resolveu o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade e, por esta razão, entrou em crise, crise esta que originou a formatação do Estado Social de Direito. Com efeito, nem o individualismo e tampouco a neutralidade preconizados pelo Estado Liberal conseguiram dar uma resposta adequada às reais exigências de liberdade e de igualdade dos setores mais oprimidos social e economicamente.

42. O Estado Democrático de Direito, além de exigir uma renovada postura do Estado frente à necessidade de concretização dos direitos fundamentais, traz consigo uma série de direitos fundamentais que se diferenciam, estruturalmente, daqueles concebidos na gênese do Estado Liberal. Além disso, o refinamento da teoria dos direitos fundamentais acaba por

exigir uma ampla atuação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, dando-se ênfase não apenas para o Poder Legislativo, como ocorrida no Estado Liberal, mas também para o Poder Executivo e para o Poder Judiciário, o qual se vê frente à necessidade de remodelar o sistema de tutela jurisdicional dos direitos, que, até então, era posto para dar conta, apenas, de direitos fundamentais próprios do Estado Liberal.

43. O direito ao devido processo legal ou devido processo constitucional, antes visto apenas como mera garantia, passa a ser compreendido (no Estado Democrático de Direito) como verdadeiro direito de defesa e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito a organização e procedimento.

44. O processo e suas garantias, no paradigma do Estado Democrático de Direito, ganha então um tom democrático. Deixa de ser instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos.

45. Exsurge a noção de um processo justo para designar aquele modelo de processo conformado pelos direitos fundamentais, os quais deixam de ser visualizados sob um prisma defensivo, próprio do Estado Liberal, além de sofrerem todos os influxos do regime jurídico dos direitos fundamentais.

46. Na seara do Estado Democrático de Direito, resta imprescindível identificar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, considerando, desta forma, que o movimento de “constitucionalização do processo” não pode ser compreendido apenas pela incorporação de normas processuais na Constituição, mas, também, por empregar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais.

47. O devido processo legal (*due process of law*) nesta quadra, que está longe de ser um conceito estático e fixo, deixa de ser compreendido em uma dimensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, passando a ser informado pelos direitos fundamentais, em uma perspectiva dinâmica.

48. A relação entre a sociedade e o Estado irá impactar diretamente na concepção do processo civil, de modo a equalizar o problema da divisão do trabalho entre o juiz e as partes. Nesse quadrante, gradativamente, o direito e o processo civil passam a receber as influências deste novo modelo de Estado (Democrático de Direito), com a implementação de reformas legislativas justificadas pela necessidade de rejeição ao individualismo, que era associado aos princípios do liberalismo clássico.

49. O processo, não mais concebido como algo privado, passou a representar o exercício de um direito público, deixando de ser considerado como "coisa das partes", para

refletir um *locus* no qual se manifesta o poder estatal, com a finalidade de não somente de tutelar os interesses privados, mas, também, de realizar o interesse público da administração da justiça.

50. No Estado Democrático de Direito, busca-se conciliar características do processo liberal e do processo social a partir de um modelo de organização processual em que o magistrado deve desenvolver diálogo no mesmo nível das partes, sempre com base na democracia participativa. Por outro lado, a noção de equilíbrio da posição e funções das partes e do juiz decorre do modelo colaborativo ou comparticipativo de organização do processo.

51. O modelo colaborativo (comparticipativo) de organização do processo, próprio do Estado Democrático de Direito, decorre de uma concepção conjunta de trabalho em (comunidade de trabalho) entre o juiz e as partes.

52. Assim, por força do contraditório, o juiz está obrigado ao debate, ao diálogo Judiciário, devendo dirigir o processo isonomicamente, a partir do dever de cooperação, dever este que, por sua vez, se desbora em múltiplos outros deveres, conforme leciona Paula Costa e Silva: (i) pedir esclarecimento; (ii) prevenção; (iii) auxílio; (iv) consulta.

53. O direito subjetivo trata de uma categoria fundamental para o processo civil, constituindo-se na faculdade reconhecida à pessoa pela ordem jurídica em virtude da qual o titular exterioriza sua vontade, dentro de certos limites, para a consecução dos fins que sua própria escolha determine.

54. É essencial que se evite confusão que, comumente se faz, entre “ação” e “direito subjetivo público de invocar a tutela jurisdicional”. A “ação” não é um direito subjetivo, pela singela razão de ser ela a expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior e que a funda.

55. No plano processual, há “ação” quando se tem direito subjetivo à jurisdição. Não se pode, dessarte, confundir-se as duas categorias: uma coisa será o direito subjetivo processual, por meio do qual a ordem jurídica reconhece a alguém o poder de tornar efetivo o direito através do exercício da “ação” processual; “outra, não o poder, mas o exercício efetivo desse direito, por meio da ‘ação’”.

56. A doutrina básica da teoria civilista se norteia na orientação de que a ação implica necessariamente duas condições: o direito e a violação do direito. Se o direito não existe, a violação não é possível; e se não há violação, o direito não pode revestir a forma especial da ação e a ação não ter havido.

57. A teoria concreta do direito de agir sucede a teoria civilista da ação. A ação é considerada concreta quanto do seu exercício resultar em uma sentença favorável. Por esta teoria, ter ação é ter razão, ou seja, ter direito à sentença favorável.

58. De forma precedente à teoria do direito concreto, Heinrich Degenkolb (Alemanha) e Alexander Plósz (Hungria) – quase que simultaneamente - desenvolveram a chamada teoria do direito abstrato da ação. Procuraram estes dois pensadores identificar um fundamento para ação, desvinculado e independente de qualquer direito anterior. Esta teoria define a ação como poder de reclamar uma decisão de qualquer conteúdo (direito subjetivo público à tutela estatal, pura e simplesmente, preexistente ao processo), o que deixa evidente o total desvinculamento da ação com a pretensão material.

59. A orientação “ecclética” da ação é teoria adotada pelo Código de Processo Civil vigente. Por esta teoria, o direito de ação é, no fundo, o direito à jurisdição. Entre ação e jurisdição existe, por isso mesmo, uma exata correspondência, não podendo haver um sem o outro.

60. Na generalidade das situações, o agir para a realização dos direitos deve ser veiculado através da chamada “ação” processual, ou seja, em vez de o titular do direito agir privativamente para tornar o direito efetivo, ante a resistência do obrigado, a sujeito ativo da obrigação deve invocar a tutela estatal, a fim de que o órgão responsável por prestar a jurisdição, uma vez comprovada a existência do direito (eficácia declaratória da sentença), realize no lugar de seu titular. Quanto mais o Estado alargou, através da história, o seu campo de atividades e ampliou o monopólio da jurisdição, proibindo a realização privada do direito, tanto menor passou a ser a possibilidade de exercer-se a ação de direito material sem a invocação jurisdicional.

61. Entende-se que as interpretações contrárias à afirmação da ação de direito material merecem ser revistas. Inicialmente, por que ao contrário do que propaga a doutrina tradicional, reconhecer a ação de direito material não afeta o caráter publicístico do processo, por que todo o direito está impregnado pela forma transformadora da Constituição e por que os direitos materiais devem ser compreendidos a partir da matriz constitucional, motivo pelo qual seu caráter meramente privado não tem mais lugar nessa quadra da história.

62. O maior equívoco daqueles que negam a existência ou importância da ação de direito material, consiste em crer que a “ação” processual, categoria pertencente ao direito público, substituiu a antiga *actio*. Ocorre que, os romanos, ao utilizar o termo *actio*, e os modernos, ao utilizar o termo “ação”, referem-se a fenômenos absolutamente distintos em todos os seus aspectos. Não é correto, portanto, cogitar-se desta tal “substituição”. Ao utilizar

a expressão “ação de direito material”, tanto Pontes de Miranda, como mais recentemente Ovídio A. Baptista da Sila, se referem à categoria pertencente ao plano do direito material, categoria esta que não apresenta semelhança alguma com a “ação” processual.

63. Com efeito, a pretendida cisão entre direito material e processo, a despeito de demonstrar o caráter autonomista e científico da teoria processo, inegavelmente, atende a interesses liberais e tem como maior revés o fato de afastar o processo e suas técnicas das necessidades inerentes do direito material, assim como das próprias necessidades sociais.

63. O processo, divorciado do direito material, é algo neutro à realidade social, assim como neutra e passiva é a atitude do Juiz frente ao caso concreto, como se os cidadãos fossem auto-suficientes e não necessitassem de tutela jurídica específica e adequada às suas pretensões (de direito material).

64. Não se está a negar a autonomia do processo como objeto de estudo, apenas se pretende reconhecer a existência de um liame concreto e inegável entre direito material e processo. Se trata, portanto, de reconhecer a existência e o valor original da ação de direito material como o ‘sol’ do sistema, não no sentido de centro, mas de fonte de irradiação de efeitos. Assim, reconhecendo-se que o direito material não se confunde (nem se restringe) ao direito subjetivo, confirma-se o caráter público do processo, renovando-se este mesmo caráter público, como constituidor de direitos e transformador da realidade social a partir da matriz constitucional.

65. No Estado Democrático de Direito, ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da Justiça Constitucional.

66. Com efeito, no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo; no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. E se, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o foco das tensões migrou para o Judiciário, isso, evidentemente, exigirá um controle das decisões judiciais e dos julgadores.

67. Ora, se é inevitável que alguém tenha que decidir e se é inevitável o crescimento das demandas por direitos, e com isso aumente o espaço de poder do Judiciário, transparece evidente que isso não pode vir a comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma do constitucionalismo contemporâneo quer seja, a democracia.

68. É nesse cenário que posturas decisionistas, solipsistas e discricionárias, típicas do positivismo-normativista, devem ser rechaçadas.

69. Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representam um retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.

70. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional, é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na “contramão da programaticidade constitucional” tiram ou tentam retirar conquistas da sociedade. A teoria da Constituição, portanto, deve conter um núcleo (básico) que albergue conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito assentado-se no binômio democracia e direitos humano-fundamentais-sociais.

71. É nesse contexto que os princípios têm com uma de suas finalidades a de impedir *múltiplas respostas*. É através dos princípios que se torna possível e se sustenta a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Nesse contexto, com o advento do constitucionalismo contemporâneo, não há mais espaço para os chamados *princípios gerais de direito*, pela simples razão de que estes foram introduzidos no direito, como um critério positivista de fechamento do sistema, visando a preservar, assim, a pureza e a integridade das regras.

72. A superação dos paradigmas da discricionariedade e do solipsismo judicial, consoante já salientado, constitui-se premissa básica para que se busque, não a única e nem a melhor, mas “aquela” resposta que seja correta, conformada e adequada à Constituição.

73. Com efeito, a aposta na discricionariedade tinha como objetivo reafirmar o modelo de regras do positivismo. Ora, na medida em que sempre há um déficit de previsões na regra, as posturas positivas “delegam” ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito seria/é (apenas) um conjunto de normas (regras).

74. A importância destas reflexões reside no fato de que o Estado Democrático de Direito exige a superação do esquema “direito enquanto sistema de regras”, o que somente é possível mediante a introdução dos princípios na interpretação e na compreensão da Constituição, uma vez que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (análise do caso concreto), o que era até então negado pelo positivismo de Kelsen e de Hart.

75. Em verdade, defender que a discricionariedade seria algo inerente ao direito significa, na prática, sustentar o protagonismo judicial o que, evidentemente, não se coaduna com a democracia, na medida em que a democracia não se relaciona bem com a discricionariedade.

76. É neste contexto que Dworkin faz suas críticas ao poder discricionário que Hart atribui aos juízes para resolver casos difíceis, a partir do qual estariam aptos a “criar” um novo direito, ao invés de aplicar o direito estabelecido e preexistente. Nesta mesma medida, é rejeitada a concepção de que o julgador teria poderes para, também nos casos difíceis, preencher ou corrigir lacunas legislativas através do exercício da discricionariedade. O positivismo não percebe que não é possível ver efetivamente o direito, mas apenas aquilo que se fala sobre o direito

77. O positivismo ao centrar-se em seu “modelo de regras”, deixa de aplicar na interpretação jurídica os argumentos de princípios e, assim, abre espaço para a discricionariedade judicial.

78. Os princípios, nesse contexto, passam a compor o novo perfil da sociedade contemporânea (a partir do novo constitucionalismo), enquanto resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes dos modelos anteriores de Estado e do direito. Assim, tratar dos princípios significa dizer que o direito passa a cuidar do mundo prático; a faticidade penetra no território jurídico antes inacessível face às barreiras opostas pelo positivismo (direito como modelo de regras).

79. Princípios são normas e têm um sentido deontológico. Assim, na medida em que se consolida a ‘era dos princípios’ – que introduzem o mundo prático no direito, institucionalizando a moral no direito a partir de sua construção democrática (Constituições compromissórias e dirigentes) -, não se pode confundí-la com ‘abertura hermenêutica’ e a consequente necessidade da construção de racionalidade de cariz epistemo-metodológicas.

80. É como se as regras estivessem ligadas à subsunção – e com isso se daria razão ao positivismo primevo-legalista -, e os princípios estivessem ligados às teorias argumentativas. Ou que os casos simples (easy cases) pudessem ser resolvidos por raciocínios mais complexos, como a ponderação. Ora, os princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantarem problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras. Não são, pois, “mandados de otimização” ou postulados interpretativos.

81. A ponderação repristina o tão criticado problema da discricionariedade que, para o positivismo é resolvido por delegação ao juiz. Isto é, cabe ao intérprete dizer qual princípio será aplicável, tal como no positivismo, é tarefa do juiz decidir de forma solipsista e discricionária, na resolução dos casos difíceis.

82. A aposta na ponderação é uma aposta na filosofia da consciência. A ponderação vem a ser o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da compreensão). Assim, enquanto a teoria da argumentação concebe os princípios apenas como

mandatos de otimização, entendendo-os como elemento de abertura interpretativa e, portanto, dependente da subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica parte da compreensão de que os princípios *introduzem o mundo prático no direito*, fechando a interpretação, isto é, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço de discricionariedade do intérprete.

83. Contemporaneamente, não resta dúvida de que, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível afirmar-se que não existem respostas prontas a respeito do sentido de determinada lei, razão por que, nem mesmo o Tribunal encarregado de dizer o direito em *ultima ratio* pode decidir ao seu alvedrio.

84. Nesse sentido, também os Tribunais Superiores (Supremas Cortes) devem obedecer a integridade, a coerência e a igualdade no trato das questões hermenêutico-aplicativas. Assim, a decisão (resposta) estará adequada à Constituição na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito a partir de uma detalhada fundamentação.

85. Nesse cenário, resta evidenciado que a defesa da democracia e dos direitos estabelecidos na Constituição não pode depender de uma “considerável margem de atuação” livre do juiz. Isso implica, evidentemente, na necessidade de se discutir as condições de possibilidade de um efetivo controle das decisões judiciais.

86. Nesta vereda, portanto, é que a necessidade de uma resposta adequada à Constituição tem um grau de abrangência que evita decisões discricionárias, solipsitas e arbitrárias. É possível afirmar que, ao mesmo tempo em que existe o dever fundamental de justificar e motivar as decisões judiciais, há também o direito fundamental à obtenção de decisões adequadas à Constituição.

87. Existe uma vinculação umbilical entre esse dever e esse direito fundamental. A complementariedade entre ambos (dever fundamental de motivação e direito fundamental à resposta adequada) reflete uma espécie de “blindagem”, de uma proteção contra interpretações “deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais”.

88. Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que se denomina de uma “fundamentação da fundamentação”, segundo expressão cunhada por Lenio Streck, representada por uma profunda e irrenunciável aplicação do art. 93, inc. IX da Constituição da República.

89. Sendo assim, negar a possibilidade de que possa existir uma resposta conformada à Constituição para cada caso, portanto, “uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (por que é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo)”, pode representar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se revela contrário ao modelo democrático de direito. O constitucionalismo contemporâneo, introduzido pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, é incompatível com a possibilidade da existência de múltiplas escolas pelo juiz.

90. É preciso ter claro que o exercício do controle sobre as decisões judiciais não desemboca em uma proibição ou na redução da atividade interpretativa do julgador. Todavia, na solução dos casos que reclamam a tutela jurisdicional do Estado, o julgador não pode criar um “novo” direito (aplicando-o retroativamente ao caso concreto) e tampouco pode recorrer a soluções discricionárias ou solipsistas (a partir de critérios subjetivistas, baseados na escolha pessoal e na consciência daquele que decidirá).

91. A resposta que encaminhará a solução do conflito, a partir dos elementos obtidos no caso concreto, não pode depender da vontade pessoal ou da subjetividade do julgador. É necessário superar as teses positivistas, que se sustentam a partir do paradigma discricionariedade judicial, contexto em que a opção por uma resposta judicial correta e adequada constitucionalmente ganha relevo e importância, principalmente, por que esta resposta correta tem o condão de afastar a discricionariedade e a arbitrariedade no conteúdo das decisões judiciais.

92. Decidir não pode ser sinônimo de escolher, por que a escolha é sempre parcial. Contrariamente, a “resposta constitucionalmente correta” ou “a resposta correta para o caso concreto”, deve ser consistentemente justificada, contendo a reconstrução do direito (coerência e integração), doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando à lume a fundamentação jurídica que legitimará a decisão no plano do que se entende por “responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito”.

93. Partindo da premissa básica de que existe um direito fundamental de que a Constituição e seus princípios basiladores sejam cumpridos, a existência de um direito fundamental a respostas corretas surge como decorrência direta deste pressuposto.

94. A decisão constitucionalmente correta, nesse sentido, vem ao encontro da função transformadora do Estado Democrático de Direito que, em seu texto constitucional, institucionaliza o “ideal de vida boa” e através de seu conteúdo compromissário, aponta para a possibilidade de resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume

especial relevância em países de modernidade tardia – como o Brasil – onde o chamado “estado social” não passou de uma simulação.

95. Destarte, a compreensão de que a resposta correta, conformada e adequada à Constituição é um direito fundamental, significa observar que as teorias do direito e da Constituição, verdadeiramente comprometidas com o democracia e com a concretização dos direitos fundamentais.

96. O direito fundamental à resposta correta, portanto, vai além de compreender o direito como sendo um conjunto de regras ou de aceitar que se institucionalize “fundamentações” baseadas somente em súmulas, “repercussão geral” ou em decisões anteriores. O direito não é somente (mas também) o que o Judiciário diz que é, mas sim aquilo que se constrói a partir da hermenêutica e das especificidades e necessidades do caso concreto.

97. A partir das considerações até o momento expedidas, é possível afirmar com toda a segurança que o direito à resposta correta e adequada à Constituição é sim de caráter fundamental. Nesse sentido, do mesmo modo em que há um dever fundamental de justificar/motivar as decisões judiciais, existe também um direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____, *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*. Revista da AJURIS: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 12.

_____. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>. Acessado em 20/10/2011.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*, 8º edição, Forense, Rio de Janeiro, 2003.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, parte geral

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica em torno da “Ação de Direito Material”*. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade: proposta de releitura à luz da efetividade do processo*. Tese de Doutorado, Belo Horizonte, UFMG – Faculdade de Direito, 2008.

ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Torino: Giappichelli, 1990.

ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo 215 (1999).

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros. 1995.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. – São Paulo: Brasiliense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros. 1997.

BÜLOW, Oskar. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di diritto processuale*. v. 60. Padova, CEDAM, apr.-giugno 2005.

CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1956.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

_____. *A ideologia no processo civil*. Revista da AJURIS: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 8.

_____. *Juizes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1999.

_____. Spunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Volume primo. Padova: Cedam, 1982.

CARNACINI, Tito. Tutela Giurisdizionale e Tecnica del Processo. In.: *Studi in Onore di Enrico Redenti nel XL Anno del suo Insegnamento*. Milano: Giuffrè Editore, 1951.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica – Seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte:1999.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____, Antônio. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito – ou o Problema Metodológico da Juridicidade - Ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis da Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil. Os conceitos fundamentais. A doutrina das ações*. Tradução de J. Guimarães Menegale. Acompanhada de notas de Enrico Tulio Liebman. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e CIA, 1942.

_____. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. In: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Chile, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Bosch y Cía Editores, v. I, 1949.

CHIARLONI, Sergio. *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*. *Revista de processo*. ano 32. n. 152. out/2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 27ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010

COMOGLIO, Luigi Paolo, *Garanzie costituzionali e giusto processo – Modelli a confronto*, *Revista de Processo*, Ano 2000. nº 90.

_____. *Il giusto processo civile in Italia e in Europa*. Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.116, ago. 2004.

_____. *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Giuffrè, 1991.

_____. *L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea*. Revista de Processo, São Paulo, v.33, n.157, mar. 2008.

_____; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. Ed. Bolonha: Il Mulino, 2007. Vol. 1.

_____. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004

COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Organizado por Pietro Costa, Danilo Zolo, com a colaboração de Emílio Santoro; tradução Carlos Alberto Dastoli – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COVER, Robert. FISS, Owen. RESNIK, Judith. *Procedure*. New York: The foundation Press, 1988.

COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*. São Paulo: Editora Madras, 2004.

DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani. Bologna: Il Mulino, 2002.

DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores. 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, vol. I.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975.

_____. *Valori Permanenti del Processo*. Rivista di Diritto Processuale. Ano XLIV, n. 1. Gennaio-marzo 1989. Padova: CEDAM, 1989.

FALZEA, Angelo. *Sistema Culturale e Sistema Giuridico*. Revista di Diritto Civile. 1988. Parte 1.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juar Terradillos Basoco, Rocio Cantanero. 4.ed. Madrid: Trota, 2000.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Coppetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cardermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FIX-ZAMUNDIO, Héctor. El Pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, n. 30, 1977.

FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Tradução, prefácio e apêndice de Agassis Almeida Filho: Forense, 2009.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 1998.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor, 1934.

_____. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Barcelona: EJEJA, 1936.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitário. 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2ª Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HIDALGO, Daniel Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad. José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

JUNOY, Joan Picó. *Il diritto processuale trai il garantismo e l'efficacia: un dibattito mal impostato*. Revista de Processo. Ano 36. Vol. 197. Julho/2011.

_____, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Trad. Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Editora Depalma, 1980

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1952

_____. *Processo e Cultura*. Revista de Direito Processual Civil, n. 3, 1962.

_____. *O código e o formalismo processual*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Vol. 21. 1983.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEBRE, José de Freitas. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra. 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Il principio Del contraddittorio e La costituzione*. Rivista di diritto processuale. Padova: CEDAM, 1954.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Volume 1.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LOCKE, John, *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MACEDO, Gisela Márcia Araújo. O Contraditório e a Decisão *Ex Officio* no Processo Civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). *Estudos Continuados de Teoria do Processo: a pesquisa jurídica no Curso de Mestrado em Direito Processual*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

MACHADO. Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material”. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

_____. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio Sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.

_____. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1997.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O Processo Justo na Constituição Federal de 1988. In: *Revista AJURIS*, n. 91.

MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios á Constituição Brasileira*. 2ª Edição, ampliada. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor. 1929.

MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, S.A., Editores, 1945.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

_____. ZANETI JUNIOR, Hermes. *Introdução do Estudo do Processo Civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Muracho – São Paulo: Martins Fontes. 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado* / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto (et. al.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Problema da 'Divisão do Trabalho' entre Juiz e Partes: aspectos terminológicos*. Revista de Processo, n. 41, 1985.

_____. *Temas de direito processual*. 2. ed. Primeira Série – São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Temas de direito processual*. 2. ed. Sétima Série – São Paulo: Saraiva, 1988.

MORELLO, Augusto Mario, *El proceso justo (De la teoría del débito proceso legal al acceso real a La jurisdicción)*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova: CEDAM, 1994, Vol. Primo.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático – Uma análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora. 2009.

_____. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. Disponível em: <<http://www.diritto.it>>. Acesso em 15/11/2011.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PACÍFICO. Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*, 1ª ed., São Paulo: RT, 2001

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PERROT, Roger. *Il nuovo futuro codice di procedura civile francese*. Rivista de Diritto Processuale. N. 2. 1975.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo: organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira* – Rio de Janeiro: 2008.

PINHO, Humerto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3ª ed. ampl. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1996.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960. Tomo 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. Tomo I

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: arts. 1º ao 45*. Rio de Janeiro. Forense. 1996.

_____. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1970. Tomo V.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Apontamentos para a história do processo: período dos práticos (1.563 a 1.806)*. Revista Brasileira de Direito Processual. V. 44, Rio de Janeiro: 1984.

REALE, Miguel. *O homem e seus horizontes*. 2ª ed. São Paulo: Topbooks, 1997.

REIS, José Alberto da. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª edição actualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1929.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Introduccion a La ediciona em castellano. In: ACKERMAN, Brunce. *La justicia social em El estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. . Barcelona: J.M. Bosch Editor. 2004.

_____.; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista da Ajuris*. Ano 36. n. 114, jun. 2009.

_____. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Perspectivas Epistemológicas do Direito Subjetivo*. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em 30/11/2011

RODRÍGUEZ, César . *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin, estudio preliminar*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. *O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial*. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SANDULLI, Aldo. *Il procedimento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1940.

SANTOS, Ângelo dos. *O estado social: análise à luz da história*. Lisboa: Editorial Minerva, 1970.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 10ª ed. vol I. São Paulo: 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1930.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *Contribuição ao estudo das relações entre processo civil e cultura*. Revista da AJURIS: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 107.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e Ideologia: o paradigma da racionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Jurisdição, direito material e processo*. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1* – 5ª ed. rev. atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Jaqueline Mielke Silva, Luiz Fernando Baptista da Silva. Atualizadores de Ovídio A. Baptista da Silva. – 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional*

na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

STERNBERG, Teodoro. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. de José Rovira y Ermengol, 2ª ed., Barcelona: Ed. Labor, 1930.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Ciência e teoria do estado* / Lenio Luiz Streck; José Luís Bolzan de Moraes. 7ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: *Dottrine Del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele, *Le garanzie fondamentali della giustizia civile nel mondo globalizzato*. Revista trimestral de direito civil. V. 17, jan/mar 2004, Rio de Janeiro: Padma, 2000.

_____. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna : Soc. Editrice il Mulino, 1980.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. v. 51. n. 2. Milano: Giuffrè, 1997.

_____. Cultura e processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, v.34, n.168, fev. 2009.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993

_____. Apresentação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. *Ação de Direito Material*, Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acesso em 03.11.2011.

_____. *Direito subjetivo - Em sequencia a um artigo de Darci Guimarães Ribeiro*. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net>>. Acesso em 30/11/2011

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974

_____. “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LV, n. 2, 2001.

_____. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Aspectos Modernos do Conceito de Ação. Revista da AJURIS: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, nº 14

VIANNA, Ataliba. *Inovações e obscuridades do Código de Processo Civil e Comercial Brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins, 1940.

WARAT, Luis. CARDOSO, Rosa. Epistemologia e dogmática jurídica. In: WARAT, Luis Alberto. *Ensino e saber jurídico*. Luis Alberto Warat e Rosa Maria Cardoso da Cunha. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e a sociedade moderna”, in *Participação e processo*, coord. Ada P. Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1988.

WINDSCHEID, Bernhard; MÜTHER, Theodor. *Polemica sobre la “action”*. Buenos Aires: Ejea, 1974.

YUNES, Alfonso Luz. *Estudio de La Accion Civil*, Universidad de Guayaquil, 1968.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.