

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

IGOR RAATZ DOS SANTOS

**A RECONSTRUÇÃO DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO: POSSIBILIDADES A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO, DO
ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO**

São Leopoldo
2011

IGOR RAATZ DOS SANTOS

**A RECONSTRUÇÃO DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO: POSSIBILIDADES A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO, DO
ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO**

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

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo
2011

S237r Santos, Igor Raatz dos

A reconstrução do processo civil no estado democrático de direito: possibilidades a partir da teoria do Direito, do Estado e da Constituição / por Igor Raatz dos Santos. -- 2011.

193 f.; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2011.

“Orientação: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro”.

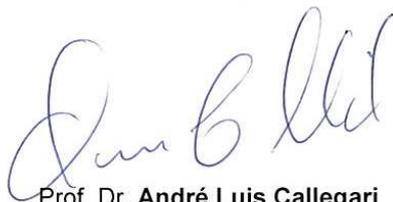
1. Processo Civil. 2. Constituição. 3. Estado Democrático de Direito. 4. Crítica Hermenêutica do Direito. I. Ribeiro, Darci Guimarães. II. Título.

CDU : 347.9

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

A dissertação intitulada: “**A Reconstrução do Processo Civil no Estado Democrático de direito: Possibilidades a partir da teoria do direito, do estado e da constituição**”, elaborado pelo mestrando **Igor Raatz dos Santos**, foi julgado adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 22 de dezembro de 2011.



Prof. Dr. **André Luis Callegari**

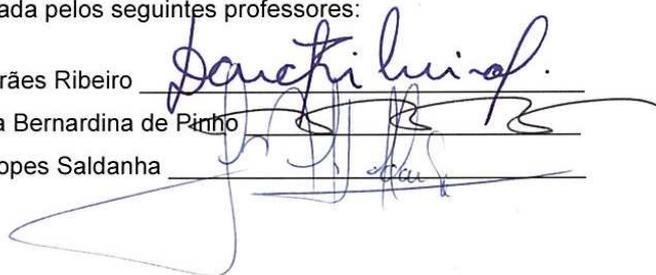
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Membro: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha



“Em nosso país, durante o século XIX, a separação entre teoria e prática, entre a ciência dos sábios professores universitários e a dos ‘práticos’ forenses, fez-se, como seria de esperar, de forma ainda mais radical. Algumas circunstâncias chamam a atenção. Uma delas é o desprezo pela advocacia. As Faculdades de Direito, em que dominava a mediocridade dos lentes, infecundos na produção jurídica, porém férteis literatos, especialmente poetas de má qualidade, esmeravam-se em produzir profissionais mais interessados no estudo dos grandes sistemas abstratos, do que na desprezível atividade forense.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41)

“O principal motivo para adotarmos essa linha de conduta é uma reação ao tradicional imobilismo da pedagogia do direito em nossas universidades, que as mantém, ainda hoje, no alvorecer do novo milênio, refém das filosofias iluministas e científicas dos séculos anteriores, na prática de exacerbado dogmatismo, na suposição de que o ensino do direito possa ocultar aos estudantes a problematidade que lhe é inerente e que é essencial à formação do jurista. O provável exagero da reação se deve a esse exagero dogmático que preside a formação de nossa juventude acadêmica. De resto, o cunho polêmico fora sempre a marca que, desde seu lançamento, caracterizou toda a obra, como decorrência natural de nossa convicção de que somente aprendemos o direito através do problema – permanentemente através dos problemas que a vida profissional nos põe sob análise. Sempre tivemos presente uma observação de Pontes de Miranda que se nos impôs no momento em que nos animamos a redigir um curso de direito processual civil. É a observação que fazia de que nós, no Brasil, possuíamos dois direitos, um das universidades e outro da vida.” (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. v. 3. São Paulo: RT 2001. Nota Explicativa à 3ª Edição)

AGRADECIMENTOS

O único momento em que é dado ao autor de uma dissertação de mestrado fugir das amarras formais próprias de um trabalho acadêmico é aquele dos agradecimentos. Trata-se, pois, de uma oportunidade única para reconhecer, pública e oficialmente, o papel das pessoas que estiveram presentes, contribuindo, cada uma ao seu modo, para que o caminho para a consecução da dissertação pudesse ter sido trilhado.

Acredito que o trabalho apresentado tem o seu início ainda nas aulas do curso de graduação em Direito da Unisinos, mais especificamente quando fui apresentado ao processo civil pelo professor **Darci Guimarães Ribeiro**, hoje meu orientador de mestrado. Meu agradecimento ao professor Darci se estende ao fato de ter sido o grande responsável para que eu tivesse tomado o caminho do processo civil, e abrange, mais do que a orientação inestimável deste trabalho, a amizade e as oportunidades acadêmicas proporcionadas a mim e aos meus colegas nos últimos dois anos de mestrado.

Não posso deixar de consignar que, também por influência do professor Darci Guimarães Ribeiro, boa parte da caminhada e das próprias linhas mestras da dissertação decorrem do trabalho formado pelo grupo de estudos “**O processo civil contemporâneo – Do Estado Liberal ao Estado Democrático**”. Na verdade, boa parte do que foi produzido nesses dois anos de mestrado teve início ainda em março de 2010, quando eu e o colega **Felipe Scalabrin** discutíamos quais as perspectivas possíveis para (re)pensar o processo civil além daquilo que era produzido na doutrina nacional e criando uma identidade para o processo civil da Unisinos, mantendo vivo o pensamento do professor **Ovídio A. Baptista da Silva**, cujo espírito, com certeza, vem acompanhando a nossa produção. Meu agradecimento ao **Felipe** decorre não somente da leitura e revisão de artigos e trabalhos, mas da troca de ideias, do trabalho em parceria e, principalmente, da amizade e da luta acadêmica conjunta.

Rapidamente o grupo foi crescendo e, com isso, os resultados começaram a surgir, assim como as ideias da dissertação a evoluir. E nisso, também a amizade com o meu quase irmão **Miguel do Nascimento Costa**, a quem agradeço pela amizade, pela parceria nas andanças pelo interior do Estado, pela organização de eventos, por acreditar na causa e por estar sempre presente, nos bons e maus momentos, com a mesma prontidão de sempre para ajudar.

Na medida em que a dissertação tomava corpo, também o nosso grupo foi aumentando. Juntamente com o Felipe e com o Miguel, o terceiro “co-autor” desse trabalho foi o amigo **Frederico Leonel Nascimento e Silva**, a quem agradeço pela presença constante nos momentos decisivos da dissertação, pelas caronas providenciais, por compartilhar das angústias finais do trabalho e, principalmente, por ter se tornado também um grande amigo.

Devo meus agradecimentos ao Frederico também por ter me apresentado o **Marcus Vinícius Madeira**, outra pessoa decisiva na

consecução do trabalho. Agradeço ao Marcus Vinícius pelos inúmeros conselhos que, com certeza, irei levar não somente para a dissertação, mas para toda a minha ainda bastante incipiente trajetória acadêmica. É claro, agradeço pela sua amizade, outro ganho inestimável no correr da dissertação.

Agradeço, também, ao **Guilherme Antunes da Cunha**, que, apesar de um pouco ausente no último semestre, foi um grande amigo e interlocutor (para todos os assuntos possíveis) na jornada. Sem dúvida, o grande responsável por organizar eventos além dos congressos e seminários de processo civil, como os principais churrascos de confraternização do nosso grupo, que só veio a aumentar nesses dois anos.

Agradeço ao amigo **Giovani de Oliveira Martins**, que, desde o início, sempre esteve disposto a participar dos eventos do nosso grupo sem pensar duas vezes em ajudar.

Agradeço também ao **Gustavo Santanna**, amigo que, apesar dos seus compromissos, sempre procurou estar presente, assumindo diversos encargos para solidificar o nosso grupo desde o primeiro semestre do mestrado.

Agradeço ao amigo **Santiago Artur Berger Sito**, que, apesar de não fazer parte do nosso grupo de processo civil, foi um dos amigos da nossa turma de mestrado que sempre esteve disposto a ajudar, a trocar ideias e por comungar dos mesmos ideais a respeito de como o Direito deve ser levado a sério.

Agradeço ao amigo **Jonathan Lemos**, que, apesar estar um tanto ausente na fase final da dissertação, esteve presente ainda nas primeiras ações do nosso grupo de processo civil, ajudando, participando dos eventos e trocando muitas ideias a respeito do processo civil.

No segundo ano do mestrado, o grupo formado com o constante apoio do prof. Darci Guimarães Ribeiro aumentou ainda mais e, com isso, as amizades e pessoas que não posso deixar de agradecer. Agradeço ao casal **Vanessa Anchieta e Anderson Sarmento da Costa** pelo apoio constante, pelas palavras certas nos momentos certos, pela confiança, retidão e amizade.

Agradeço à amiga **Dulcilene A. Mapelli Rodrigues** pelo apoio, pela parceria de trabalho, incansável, diga-se de passagem, no Congresso de Direito Ambiental, Processo e Constituição, evento que, apesar de todas as dificuldades, foi extremamente importante para solidificar alguns pontos-chaves da dissertação.

Agradeço à amiga **Débora Bós e Silva**, pelo empenho constante nas mais diversas empreitadas e por acreditar muito no crescimento do processo civil na UNISINOS.

Agradeço ao **Francisco Motta**, colega na luta para que o Direito seja levado a sério, pelos diversos e-mails trocados a respeito do processo civil e, principalmente, por ter me apresentado algumas perspectivas em torno da

Crítica Hermenêutica do Direito e do pensamento de Ronald Dworkin, que influenciaram diretamente o presente trabalho e os meus estudos.

Além de todos os amigos que se formaram junto com o estudo e da caminhada, não posso deixar de agradecer, além do professor Darci, outros professores que foram decisivos para a dissertação e para o caminho até aqui traçado.

Agradeço ao professor **Maurício Martins Reis** pelos ensinamentos de direito constitucional e filosofia na disciplina de **Teoria da Constituição**, pelo apoio conferido a mim e aos meus colegas participando de pelo menos uns cinco eventos junto conosco, pelas trocas de informações e por ter sido, além de mestre, um amigo para o nosso grupo.

Agradeço ao professor **Lenio Streck** por ter me permitido assistir sua disciplina de **Hermenêutica Jurídica** pela segunda vez e, principalmente, por ter, com seus ensinamentos, fornecido as bases teóricas para que pudéssemos começar a construção de uma nova forma de ver o processo civil além da mera dogmática jurídica.

Agradeço também ao professor **André Callegari** pelo apoio em todas as questões institucionais no correr do mestrado e também pelo incentivo na organização do Congresso de Direito Ambiental, Processo e Constituição.

Agradeço ao professor **Eduardo Oteiza** por ter aceitado o convite de palestrar na UNISINOS e nos ter brindado com os seus ensinamentos, importantíssimos para o desenvolvimento de questões nodais da dissertação.

Agradeço à professora **Teresa Wambier** por toda a sua gentileza, amabilidade e por, apesar do grande nome que é, ter sido sempre muito acessível em trocar ideias a respeito do processo civil e abrindo as portas para a divulgação de nossos trabalhos para o centro do país.

Agradeço ao professor **José Maria Rosa Tesheiner** pela acolhida, me permitindo participar do seu grupo de estudos, por ser tão acessível e pelos seus sempre percucientes ensinamentos.

Agradeço ao professor **Humberto Dalla Bernardina de Pinho** por todo apoio conferido ao site www.temasatuaisprocessocivil.com.br e por ter aceitado o convite para, apesar de todos os seus compromissos, participar da banca examinadora da presente dissertação.

Agradeço ao professor **Daniel Mitidiero** pelo apoio no início do mestrado e pelo material alcançado naquele momento.

Além das amizades colhidas no trato do meio acadêmico, não posso deixar de agradecer às pessoas com quem convivi diariamente no correr da elaboração da dissertação.

Agradeço à desembargadora **Maria José Schmitt Sant'Anna** por ter proporcionado que eu cursasse as disciplinas do mestrado que coincidiam com o horário de trabalho junto ao seu gabinete. Agradeço aos colegas de trabalho **Bianca Possebon, Marcelle Ávila e Tatiane Scheneider** que viabilizaram minhas saídas para cumprir com as atividades acadêmicas. Agradeço, em especial, aos colegas e amigos **Fernanda Generali e Guilherme Jardim**, por todo apoio logístico durante o ano de 2010, pelas trocas de horários, pela amizade, parceria, compreensão, paciência e por terem sido realmente essenciais para que eu pudesse conciliar o mestrado com o trabalho.

Agradeço ao desembargador **José Luiz Reis de Azambuja** não somente por todo o apoio para que eu pudesse conciliar as atividades acadêmicas do segundo ano de mestrado com o trabalho em seu gabinete, mas, principalmente, por ter sido exemplo de dedicação à magistratura e de seriedade com o exercício da função jurisdicional e com o Direito.

Agradeço aos colegas de trabalho e amigos **Flávia Feijó**, pelas conversas, pelo apoio e pelo incentivo constante, **Alóise Gawski**, pelo apoio logístico, pelas trocas de horários, pelos debates filosóficos e pelo exemplo de coleguismo, e **Maximiliano Graña Dias**, pela paciência, pelo trabalho realizado com o site e com a revista Temas Atual de Processo Civil, por sempre estar disposto, de forma ímpar, a ajudar e, principalmente, pela amizade e por acreditar na causa.

Agradeço a toda a equipe da biblioteca do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela paciência com as consultas quase que diárias e pelo apoio e incentivo, em especial ao **Nilo** e ao **Leonel**, pelas piadas em meio às longas pesquisas, pelo auxílio com cópias e retirada de livros, e às bibliotecárias, **Adriana, Vera, Ziza**, pela simpatia e disposição constante em ajudar, e à bibliotecária **Magda**, além de tudo isso, também pelo inestimável auxílio com a ficha da catalogação do trabalho.

Agradeço aos amigos de sempre, **Felipe Boeira da Ressurreição, Matheus Kurtz, Carlos Back, Mariana Pessoa Ribeiro, Sheila Gonçalves, Cristiani Silveira, Andréia Hubler, Mario Wolski e Felipe Frozin** por estarem na torcida e apoiando constantemente, mesmo que longe às vezes.

Agradeço ao amigo **Carlos Duarte**, pela parceria, pela disposição em ajudar, pela lealdade e pelas caronas providenciais nos momentos mais importantes do trabalho.

Agradeço ao Dr. **Eduardo Cunha Müller**, por tudo que me ajudou desde a época da faculdade.

Agradeço aos amigos **Douglas Ferreira Nascimento e Milene Raabe da Cunha** por sempre estarem torcendo, apoiando e vibrando com cada passo dado.

Agradeço amigo **Juan Capovilla** pela vigilância constante, pelas palavras certeiras, pela disposição para ajudar em todos os passos dessa caminhada e por tudo que fez por mim até hoje.

Agradeço à **A.P.I.C.E.S.** e a todos os seus integrantes pela ajuda nas horas de sufoco.

Agradeço à **UNISINOS** pelo apoio institucional.

Agradeço ao meu pai, **Paulino José dos Santos**, por tudo que fez por mim até hoje, por, mesmo sem muito falar, sempre estar presente em tudo que consegui alcançar até hoje.

Agradeço a minha mãe, **Marizete Ratz dos Santos**, pela preocupação, pelo suporte, pelo acompanhamento em cada momento desde sempre.

Agradeço a minha irmã, **Daiane Ratz dos Santos**, pela paciência, por tudo que fez até hoje e pela ajuda no momento em que mais precisei.

Agradeço à **Natascha**, por ter surgido no instante mais crucial da dissertação, trazendo a inspiração que faltava e o ânimo para que fosse possível continuar trabalhando nos momentos mais difíceis e cansativos.

RESUMO

Em tempos de reformas processuais e de grandes debates em torno do projeto de novo Código de Processo Civil, o presente trabalho surge com um objetivo certo: servir de constrangimento epistemológico às tendências (reformistas ou não) vivenciadas pelo direito processual civil brasileiro na atualidade, abarcando tanto aquilo que é (re)produzido pela doutrina, quanto pela prática dos Tribunais. A proposta não se constitui em uma crítica endereçada a determinada doutrina ou escola processual, mas, sim, em um aporte reflexivo que sirva de abertura para o pensamento de um novo processo civil. Por isso, uma proposta de reconstrução do processo civil no Estado Democrático de Direito. Esse intento vai ser desenvolvido em dois planos: pela Teoria do Estado e da Constituição e pela Teoria do Direito. Em um primeiro momento, parte-se de uma proposta de análise a partir do nascimento do Estado Moderno, com o propósito não somente de deixar ver em que medida o processo civil é atravessado por esses dois planos (Teoria do Estado e Constituição e Teoria do Direito), mas, principalmente, de construir um sentido prévio daquilo que é incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Em um segundo momento, trabalha-se nas bases de uma construção do processo civil no Estado Democrático de Direito, o que vai cobrar uma análise a respeito da própria Constituição do Brasil como uma Constituição Compromissória e Dirigente, questão em regra sonogada pela doutrina processual. O trabalho segue, a partir dos aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, no intento de mostrar que Processo Civil e Constituição são incidíveis, que entre texto e norma há uma diferença ontológica, de modo que o interprete não atribui o sentido que melhor lhe aprouver ao texto, e que a diferença entre regras e princípios não significa uma cisão, inclusive porque os princípios assumem uma dimensão de transcendentalidade em relação ao ôntico das regras. Com isso, passa-se a enfrentar problemas centrais da teoria do processo civil, como o próprio conceito de processo e a importância que essa reviravolta ocorrida no bojo da tríade ação, jurisdição e processo cobra no que diz respeito a toda a Teoria Geral do Processo. De forma exemplificativa, trabalha-se com o problema das invalidades e pressupostos processuais. Por fim, e após ser apresentada uma proposta de análise do papel do juiz e das partes no Estado Democrático, a reconstrução do processo vai lidar com a questão da fundamentação da fundamentação e da possibilidade (necessidade) da busca de respostas corretas, com o que o trabalho choca-se com as posturas doutrinárias que vêm defendendo a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, o que se apresenta, na verdade, como uma espécie de anticorpos do próprio sistema, tendo em vista a falta de reflexão sobre a teoria do direito no âmbito do direito processual civil. Em linhas gerais, o trabalho apresenta-se como a abertura de uma proposta para que se possa reconstruir o processo civil no Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Processo Civil. Constituição. Estado Democrático de Direito. Crítica Hermenêutica do Direito.

RIASSUNTO

In tempi di riforme e dibattiti sul progetto di nuovo codice di processo civile, questo lavoro nasce con un obiettivo proprio: servire come costrizione epistemologica in relazione alle tendenze (riformista o meno) sperimentate dal processo civile brasiliano oggi, coprendo così quello che è (ri) prodotto dalla dottrina e dalla pratica dei tribunali. La proposta non costituisce una critica rivolta a determinate dottrina o scuola, ma piuttosto un contributo riflessivo per servire come apertura al pensiero di un nuovo processo civile. Pertanto, una proposta per la ricostruzione del processo civile nel Stato Democratico di Diritto. Questo intento si svilupperà su due livelli: la Teoria dello Stato e la Costituzione e la teoria del Diritto. In un primo momento, parte da una proposta di analisi dalla nascita dello Stato moderno, con lo scopo non solo di permettere di vedere in che misura lo processo civile è attraversato da questi due piani (Teoria dello Stato e la Costituzione e teoria del Diritto), ma soprattutto per costruire un senso di ciò che è precedente in contrasto con il paradigma di uno Stato Democratico. In una seconda fase, si lavora a costruire le basi di un processo civile nello Stato democratico, che richiederà una analisi sulla Costituzione stessa del Brasile come una Costituzione Compromissoria e Dirigente, domanda di solito trattenuto dalla dottrina processuale. Il lavoro segue dai contributi della Critica Ermeneutica del Diritto, nel tentativo di dimostrare che lo processo civile e la Costituzione sono inseparabile, che tra testo e norma c'è una differenza ontologica, in modo che l'interprete non dà il senso che più gli piace al testo, e che la differenza tra regole e principi non significa una divisione, soprattutto perché i principi assumono una dimensione trascendentale in relazione al ontico delle regole. Con questo, si affronta problemi centrali della teoria del processo, come il concetto di processo e l'importanza che questa inversione di tendenza verificata all'interno della triade azione, giurisdizione e processo induce in relazione a tutta teoria generale del processo. Ad esempio, si lavora con il problema della invalidità processuali e dei presupposti processuali. Alla fine, e dopo essere stato presentato una proposta di analisi del ruolo del giudice e le parti nello Stato Democratico, la ricostruzione dello processo si occuperà della questione della motivazione della motivazione, della possibilità (necessità) di risposte corrette, con il che si scontra scontri lavoro con le posizioni dottrinali che sono state sostenendo l'adozione di un sistema di precedenti vincolanti in Brasile, che si presenta è, in effetti, come una sorta di anticorpi del sistema stesso, a causa della mancanza di riflessione sul Teoria del Diritto nel quadro dell processo civile. In generale, l'opera si presenta come l'apertura di una proposta per ricostruire il processo civile nello Stato Democratico di Diritto.

Parole Chive: Processo Civile - Costituzione – Stato Democratico di Diritto – Critica Ermeneutica dello Diritto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
PARTE I - O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL FRENTE À EVOLUÇÃO DA TEORIA DO ESTADO, DA CONSTITUIÇÃO E DO DIREITO: BASES PARA A COMPREENSÃO DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	20
1 O Estado Liberal Clássico e o Processo Civil	21
1.1 Os elementos informadores do Estado Liberal Clássico	21
1.2 O Constitucionalismo do Estado Liberal.....	26
1.3 Os primeiros positivismos e os princípios gerais do direito	28
1.4 A liberdade das partes frente ao juiz (passivo) e o controle político do juiz (exegeta) como marcas do processo civil no Estado Liberal Clássico	31
2. O Estado Social e o Processo Civil	35
2.1 Os elementos informadores do Estado Social	35
2.2 O desenvolvimento do Constitucionalismo no Estado Social.....	37
2.3 Publicização e socialização do processo no Estado Social	42
2.4 A superação (aleatória) dos primeiros positivismos pela doutrina processual. O sincretismo teórico improvisado no bojo do nascimento da ciência processual. Os diferentes paradigmas de Windscheid, Bülow e Wach. Os antecedentes do processualismo científico da primeira metade do século XX.....	47
2.5 A segunda fase do pensamento de Chiovenda, o processualismo científico italiano e a incorporação de princípios epistemológicos pela doutrina processual.....	56
3 A fase de transição entre o Estado Social e o Estado Democrático de Direito	57
4 A evolução do Processo Civil Brasileiro e o atual estágio das discussões processuais no Brasil: a (pseudo) constitucionalização do processo e a resistência positivista presente nas posturas críticas do direito processual	59
4.1 O Código de Processo Civil de 1939.....	59
4.1.1 Os endereços doutrinários do Código de 1939	62
4.1.2 O aumento dos poderes do juiz como marca do Código de 1939	63
4.1.3 Os limites impostos pelo Código à atuação do juiz.....	67
4.2 O Código de Processo Civil de 1973 como uma consequência da nova postura do Estado no Brasil	68
4.3 O estágio atual da doutrina processual civil no Brasil: as discussões em torno das fases metodológicas do processo	70
PARTE II - O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RESISTÊNCIA POSITIVISTA, O (NEO)CONSTITUCIONALISMO E O PLANO DAS DISCUSSÕES PROCESSUAIS NO BRASIL. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO	76
1. O Estado Democrático de Direito e o Processo Civil	76
1.1 Os elementos informadores do Estado Democrático de Direito	76
1.2 A influência do Constitucionalismo sobre o Direito Processual. Mas, afinal, qual Constituição?	78

1.3 Estado Democrático de Direito e a (aparente) tensão entre Direitos Fundamentais e Democracia: uma perspectiva substancialista da Constituição	86
1.4 A Constituição como existencial: a impossibilidade de uma cisão entre Processo e Constituição.....	91
1.5 A diferença ontológica entre texto e norma como condição para a construção de um processo civil no Constitucionalismo Contemporâneo.	94
1.6 Regras e Princípios: da necessidade de um “princípio turn” para a construção de um processo civil democrático.....	99
1.7 O respeito à integridade do Direito como exigência do Estado Democrático de Direito.....	106
2 Esboço para uma revisão (principiológica) da teoria do processo a partir do Constitucionalismo Contemporâneo.....	109
2. 1 Processo como procedimento em contraditório e processo como procedimento construído a partir dos princípios Constitucionais	109
2.2 A transcendência ôntica das regras que prescrevem determinadas formas para a prática de atos processuais e a argumentação baseada em princípios como combate à subjetividade na decretação das invalidades processuais.....	112
2.3 A proposta de uma compreensão principiológica dos pressupostos processuais.....	116
3 O papel das partes e do juiz no Estado Democrático de Direito: a questão da organização do processo.....	122
4 Fundamentação, Contraditório e Discricionariedade Judicial: perspectivas para o problema da indeterminação do direito no processo civil e a busca por respostas corretas.....	135
4.1 O Caráter hermenêutico do direito e a discricionariedade judicial: estabelecendo algumas distinções importantes a partir do positivismo normativista.....	135
4.2 O positivismo normativista como continuidade dos primeiros positivismos.....	136
4.3 Alguns elementos sobre o conceito de discricionariedade judicial....	139
4.4 A Tese da Discricionariedade Judicial como óbice à concretização do Direito Fundamental à Fundamentação das Decisões Jurisdicionais: uma crítica a ideia de fundamentação de Michele Taruffo.....	144
5 Crítica à Teoria dos Precedentes Obrigatórios e ao Aumento do Controle das Decisões pelo Superior Tribunal de Justiça. Ou de como os Precedentes e as Súmulas são Anticorpos do Sistema Jurídico Brasileiro	150
5.1 A Teoria dos Precedentes Obrigatórios como uma Aposta para Solucionar o Déficit Teórico do Direito Processual Civil brasileiro	151
5.2 A função do Superior Tribunal de Justiça e o Papel Repressivo e de Controle Exercido pelos Precedentes Obrigatórios.....	158
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	169
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	175

INTRODUÇÃO

Em tempos de reformas processuais e de grandes debates em torno do projeto de novo código de processo civil, o presente trabalho surge com um objetivo certo: servir de constrangimento epistemológico às tendências (reformistas ou não) vivenciadas pelo direito processual civil brasileiro na atualidade, abarcando tanto aquilo que é (re)produzido pela doutrina¹, quanto pela prática dos Tribunais. Não se pretende, pois, fazer uma crítica endereçada a determinada escola ou linha de pensamento, uma vez que, com raras exceções, os processualistas permanecem sem enfrentar problemas centrais da teoria do Estado, da Constituição, e do Direito. E são justamente essas questões, na maioria das vezes tratadas de forma superficial (quando não são mesmo ignoradas), as condições de possibilidade para a construção de um processo civil afinado com o Constitucionalismo Contemporâneo².

¹Importa referir que “tanto no plano da dogmática jurídica mais tradicional como na dogmática que vem assumindo posturas mais críticas, é possível ainda detectar uma questão paradigmática, representada pelo uso sincrético das mais diversas teorias jurídicas. Assim, mesmo em algumas obras consideradas críticas, isto é, aquelas que procuram superar o senso comum teórico mais estandardizado, pode-se verificar uma recaída em velhos clichês, como a busca da verdade real, a vontade da lei, a intenção do legislador, o apelo à metodologia de Savigny e, mais contemporaneamente, a adesão ao fenômeno da ponderação de valores, fruto de uma equivocada importação da teoria da argumentação de Robert Alexy. Em um mesmo texto ou em um mesmo julgamento é possível vislumbrar o uso concomitante de teses absolutamente exegéticas e teses voluntaristas, sendo que, no caso destas, é lugar comum a transformação do julgador em ‘ponderação’”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 104).

²Acerca do termo Constitucionalismo Contemporâneo e a impossibilidade de que seja confundido com o que a doutrina vem chamando de positivismo, leciona Streck: “o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleo-juspositivismo* (Ferrajoli) na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e, daquilo que é a versão mais contemporânea desta última: da jurisprudência dos valores. Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito ‘novo’ (poder-se-ia dizer, um direito ‘pós-Auschwitz’ ou ‘pós-bélico’, como quer Mario Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão ‘neo-constitucionalismo’ para mencionar aquilo que venho apontado em toda a minha produção acadêmica: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição. Por isso, passo a denominar esse constitucionalismo de Constitucionalismo Contemporâneo (com letras maiúsculas)” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 125, nota 169).

Nesse sentido, importa referir que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: “no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito”, terreno no qual ocorre uma “reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação”³. Dessa forma, a (re)construção de um novo processo civil passa, necessariamente, por esses dois planos mencionados.

A perspectiva de trabalho, em um primeiro momento, encontra respaldo na proposta de Mirjan Damaska, na medida em que, para o autor iugoslavo, o processo civil nada mais é do que um reflexo também das concepções dominantes sobre o papel do Estado⁴. No entanto, ao invés de trabalhar com modelos ideais de Estado como faz o referido autor, parece mais adequado encarar o processo civil frente às diversas configurações assumidas pelo Estado Moderno, desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito, ambiente no qual deve ser pensado o direito processual civil. E mais, como “não pode existir Teoria do Estado à margem da Constituição”⁵, a análise empregada será realizada levando em conta, também, o perfil Constitucional de cada Estado, o que permitirá, ao final, a teorização do processo civil com base em uma ideia mais precisa acerca do significado da Constituição brasileira.

Por outro lado, ao se percorrer a evolução do direito processual civil nos meandros da teoria do Estado e da Constituição, será agregada a questão relativa à teoria do direito. Com isso, pretende-se traçar, também no plano da teoria das fontes, das normas e da interpretação, os principais elementos que irão influenciar as diferentes feições assumidas pelo processo civil até se chegar ao panorama próprio do Constitucionalismo Contemporâneo.

³STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 37.

⁴DAMASKA, 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.

⁵BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 271.

É preciso, nesse sentido, estabelecer uma metodologia a ser utilizada para lidar com o desenvolvimento do direito processual a partir de uma compreensão histórica⁶ para que se possa verificar aquilo que realmente deve estar presente na noção de processo civil do Estado Democrático de Direito. Nessa senda, primeiro deve-se advertir que o emprego de uma metodologia não significa que se está a falar em um método no sentido atribuído ao termo no interior da modernidade⁷, ou seja, um método para a busca por certezas próprias da matemática⁸. O sentido de método aqui utilizado remonta a ideia de um método *fenomenológico* de investigação, nos moldes lançados por Martin Heidegger nos parágrafos 6º e 7º de *Ser e Tempo*⁹.

O método fenomenológico, dessa forma, surge não propriamente no sentido de descrever o que se manifesta, mas de desvelar aquilo que por si vem oculto¹⁰. Assim, para que se possa fazer uma reconstrução acerca do sentido do direito processual civil, é preciso então “que se abale a rigidez e o endurecimento de uma tradição petrificada e se removam os entulhos

⁶Conforme Coreth, “compreensão histórica significa duas coisas: a compreensão *da* história e a compreensão *na* história ou *pela* história. De um lado, a compreensão se dirige (objetivamente) a fatos e conteúdos de sentido do passado histórico; de outro, a realização da compreensão é (subjetivamente) um evento histórico, porque nós mesmos vivemos na história, a partir dos quais procuramos compreender os sucessos e testemunhos do passado. O acontecimento histórico abrange, pois, ambas as coisas: os conteúdos objetivos e a realização subjetiva da compreensão. Esses dois aspectos se compenetraram mutuamente. Isso mostra que, ao quisermos entender a história, já estamos previamente determinados por ela e estamos sob sua influência, de modo que só porque somos e enquanto somos, nesse sentido, ‘objeto da história’, poderemos tornar-nos ‘sujeito da história’ e da compreensão histórica” (CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, pp. 123-124).

⁷Conforme Gadamer: “Em sentido moderno, o método, apesar de toda a variedade apresentada nas diversas ciências, é um conceito unitário. O ideal de conhecimento pautado pelo conceito de método consiste em se poder trilhar um caminho cognitivo de maneira tão consciente que se torna possível refazê-lo sempre. *Methodos* significa ‘caminho de seguimento’. Metódico é poder-seguir sempre de novo o caminho já trilhado e é isto o que caracteriza o proceder da ciência. Justamente por isso faz-se necessário estabelecer logo uma restrição daquilo que pode resultar desta pretensão à verdade. Se a verdade (*veritas*) só se dá pela possibilidade de verificação – seja como for –, então o parâmetro que mede o conhecimento não é mais sua verdade, mas sua certeza. Por isso, desde a formulação clássica dos princípios de certeza de Descartes, o verdadeiro *ethos* da ciência moderna passou a ser o fato de que ela só admite como condição satisfatória de verdade aquilo que satisfaz o ideal de certeza” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade y Método II*. 5ª Ed. Tradução de Manuel Lasagasti. Salamanca: Sígueme, 2002, p. 54).

⁸Nesse sentido, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 19.

⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, pp. 47-71.

¹⁰STEIN, Ernildo Jacob. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 55.

acumulados”¹¹. É o que Heidegger chama de *destruição*, que, por sua vez, não pode ser vista em um sentido negativo: “ao contrário, ela deve definir e circunscrever a tradição em suas possibilidades positivas e isso quer sempre dizer em seus *limites*, tais como se dão na colocação do questionamento e na delimitação, assim persignada, do campo de investigação possível”¹².

A remoção daquilo que ficou encoberto na tradição deverá importar no desvelamento dos pressupostos teóricos que estão presentes na construção da doutrina processual, desde as diversas formas que o processo civil veio a assumir nas diferentes configurações do Estado Moderno, dos distintos constitucionalismos e da Teoria do Direito. Nisso, pretende-se percorrer elementos centrais no aparato teórico de autores considerados como os principais responsáveis pela atribuição de um caráter científico ao processo (Windscheid, Bülow e Wach) e como tais pressupostos vieram a ser encobertos a partir do *entulhamento* decorrente do posterior desenvolvimento da teoria processual por Chiovenda, seus discípulos e condiscípulos, responsáveis pelo nascimento de uma teoria geral do processo no bojo do processualismo científico. Ao fim, busca-se deixar vir à presença a falta de condições suficientes nas principais correntes processuais críticas, para que se possa dar um salto qualitativo na direção da construção de um direito processual civil alinhado com o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o presente trabalho constitui-se em uma proposta de (re)construção do direito processual civil alicerçada na Crítica Hermenêutica do Direito¹³, apresentando-se como um esboço dos elementos

¹¹HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 51.

¹²HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 51.

¹³A Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito (NCD), capitaneada por Lenio Streck, pode ser entendida como um olhar hermenêutico “compreendido como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa da NCD é a de ‘desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos’ (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, por meio de um pensamento objetificador (Heidegger). Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência) faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do sentido do ser do Direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização que, na sua forma simplificada, redundou em uma cultura jurídica estandardizada, onde o Direito (texto jurídico) não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento dogmaticamente, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do Direito naquilo que ele tem/deve ter de transformador. A NCD busca, por meio de uma análise fenomenológica, o ‘des-velamento’

que deve(ria)m alicerçar a concepção de processo em face do novo modelo de direito introduzido pela ruptura proporcionada pela Constituição brasileira de 1988 e, pois, pelo Constitucionalismo Contemporâneo, estando, dessa foram, afinado com a linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, na qual o seu autor está inserido.

Para uma melhor sistematização da matéria, o trabalho é dividido em duas partes:

A primeira parte cuida de apresentar a evolução do direito processual civil, sempre levando em conta os dois planos já mencionados (Teoria do Estado e da Constituição e Teoria do Direito). Nessa linha, pretende-se mostrar como o processo civil se desenvolveu no Estado Liberal, no Estado Social, chegando a uma fase de transição até o Estado Democrático de Direito. Todavia, e o fechamento da primeira parte mostra bem isso, a análise toma como ponto de partida um plano global para, ao final, abarcar da realidade do processo civil brasileiro. Algumas posturas doutrinárias de viés mais crítico, inclusive, serão abordadas na primeira parte da obra, uma vez que ainda insuficientes para alavancar a construção de um processo civil para o Estado Democrático de Direito.

A segunda parte do trabalho pode ser vista como uma proposta de reconstrução do processo civil no Estado Democrático de Direito. Em um primeiro momento serão lançadas as matrizes teóricas que servem de sustentação para essa nova forma de enxergar o processo, a partir da Teoria do Estado e da Constituição e do Direito. Em um segundo momento, sem pretensões de esgotar as novas perspectivas abertas por essa reconstrução, são trazidos alguns exemplos de como o processo civil pode ser repensado. Ao

(*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, nos ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, em que não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, *no interior do qual não se separa o Direito da sociedade*, isto porque o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser, sendo o Direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido vem antecipado (círculo hermenêutico) por uma posição (*Vorhabe*), um ver prévio (*Vorsicht*) e um pré-conceito (*Vorgriff*), isso porque, conforme ensina Heidegger, o ente somente pode ser descoberto, seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado" (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do ontological turn. Estudos jurídicos*. Vol. 37. n. 101. Set/Dez, 2004, pp. 35-36, nota 5).

final, os problemas relativos à indeterminação do direito no bojo do processo são trabalhados em um contraponto envolvendo a questão da fundamentação e da possibilidade de respostas corretas em Direito com a proposta de adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, tendência bastante forte no direito brasileiro, criticada justamente por não levar em conta questões nodais presentes na teoria do Direito.

Sem mais delongas, pois, passa-se ao desenvolvimento do trabalho.

PARTE I - O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL FRENTE À EVOLUÇÃO DA TEORIA DO ESTADO, DA CONSTITUIÇÃO E DO DIREITO: BASES PARA A COMPREENSÃO DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Seguindo a proposta desenvolvida na introdução, pretende-se, nesta primeira parte do trabalho, estudar o direito processual civil a partir da Teoria do Estado, da Constituição e do Direito. Por óbvio, nem sempre tais elementos irão se relacionar de forma absoluta com o perfil assumido pelo processo civil e nem este irá refleti-los com exata precisão histórica, mas, sim, em uma lenta e gradual evolução. A importância desta primeira parte da dissertação tem assento em dois pontos: apresentar um panorama geral da evolução do direito processual, derruindo a pretensa neutralidade que nele se arraigou com o processualismo científico italiano da primeira metade do século XX, uma vez que os elementos aqui propostos (Teoria do Estado, Constituição e do Direito) sempre irão se apresentar de forma interligada com as nuances experimentadas pelo processo civil¹⁴; e permitir uma melhor compreensão, na segunda parte do trabalho, a respeito dos elementos que deverão diferenciar o processo civil do Estado Democrático de Direito em relação às suas fases anteriores.

¹⁴A doutrina processual tem procurado afastar a pretensão de neutralidade do processo civil a partir de uma concepção cultural acerca do processo. Tal é a lição de Galeno Lacerda, que no ensaio seminal "Processo e Cultura", define o processo como um fenômeno cultural, de modo a refletir os diversos elementos próprios da cultura, como os princípios éticos, os hábitos sociais e os caracteres políticos que marcam a sociedade (LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura. Revista de direito processual civil*, n. 3, 1962, p. 75). Nesse sentido, a doutrina mais atual vai dizer que as relações entre processo e cultura, no entanto, são de recíproca implicação: o processo civil representa uma parte da cultura jurídica e, portanto, também uma parte da cultura geral (TARUFFO, Michele. *Cultura e processo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, v. 63, n. 1, mar. 2009, p. 90). Uma vez que o conceito de cultura é bastante volátil, essa perspectiva de análise do direito processual parece ter apenas o mérito de, justamente, retirá-lo das amarras do conceitualismo/cientificismo no bojo do qual foi construída a teoria geral do processo. No Brasil, tem sido comum a doutrina se apropriar dessa perspectiva teórica para defender um processo civil com bases (neo)constitucionais ou de um suposto Estado Constitucional, deixando de tematizar incisivamente elementos de ordem cultural. A respeito de como a doutrina processual se movimentou nessa questão, ver JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Nesta obra, o autor apesar de considerar o *neoconstitucionalismo* como o momento cultural jurídico atual, Jobim chama a atenção para outros elementos culturais, como a pós-modernidade, a globalização e o hiperconsumismo. Sobre o tema, ver, ainda FALZEA, Angelo. *Sistema culturale e sistema giuridico. Rivista di diritto civile*. 1988 – parte I. Padova: CEDAM, 1988.

1 O Estado Liberal Clássico e o Processo Civil

1.1 Os elementos informadores do Estado Liberal Clássico

O Estado moderno tem seu nascedouro na ruptura com a multiplicidade de instâncias de poder própria da Idade Média¹⁵, na qual inexistia um poder público fincado na figura do Estado: o príncipe encontrava-se num plano de igualdade com os senhores feudais e o seu poder era limitado por elementos de natureza ético-religiosas e sociais, verificados nos estamentos eclesiástico e nobiliárquico¹⁶. Estava, portanto, vinculado ao complexo entrelaçado de direitos e deveres que caracterizava a sociedade medieval¹⁷. O Estado moderno, dessa forma, foi o resultado das lutas políticas entre os diversos poderes medievais e da formação das comunidades nacionais, assentadas firmemente sobre porções específicas do território europeu, especialmente Espanha, França e Inglaterra¹⁸. Esse processo de superação da atomização medieval foi

¹⁵Toma-se, aqui, como marco para o nascimento do Estado a estruturação que vai permear o Estado Absolutista até os dias atuais, qual seja, a unidade de uma instância de poder e de direito. Ainda assim, alguns autores costumam referir a existência de outras formas pré-estatais com o nome de Estado. Nesse sentido, Del Vecchio considera como sendo os principais tipos históricos de Estado os seguintes: “o antigo Estado oriental (teocrático ou absoluto, com limites religiosos mas não jurídicos); o *Estado grego* ou *Estado-cidade* (no qual a liberdade dos cidadãos – excluídos, é claro, os escravos – consistia, mais do que num sistema de garantias, na participação efetiva nas funções públicas); o *Estado romano* (que, tendo nascido como Estado-cidade, se desenvolveu posteriormente em ordenamento muito mais amplo, no qual obteve forte relevo, juntamente com a soberania do Estado, a personalidade jurídica individual nas relações privadas e públicas); o *Estado medieval* e, mais especialmente, *feudal* (no qual se manifestou uma pluralidade de poderes, que deu origem a várias figuras e a complexas relações hierárquicas, sem unidade solidamente constituída); o *Estado moderno* (nome com que se pretende designar o Estado dotado de ordenamento unitário próprio, isento de toda e qualquer sujeição à Igreja e ao Império, mas limitado em seus poderes por sua própria constituição, com um sistema de garantias dos direitos individuais)” (DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do estado*. Tradução portuguesa de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957).

¹⁶NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 34.

¹⁷NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 34. HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 231. Havia, na época, uma concorrência entre o direito comum aplicado independente do lugar que o autor da violação ocupasse na hierarquia feudal, e o direito particular ou, melhor, os vários direitos particulares, consistentes em leis locais, leis aplicadas a tipos particulares de pessoas (nobres, mercadores, servos, clero, católicos, etc.) ou ainda a particulares tipos de bens e relações. Nesse sentido, ver, TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976, pp. 28-34. GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2002, pp. 223-226.

¹⁸CUEVA, Mario de la. *La idea del estado*. México: Fondo de cultura económica, 1996, p. 45.

conduzido primordialmente pelos reis, o que explica a monarquia como forma fundamental do Estado moderno¹⁹.

O Estado moderno, ao romper com as estruturas medievais de poder, engendrou os traços característicos que informa a ideia de Estado até os dias atuais, ou seja, a existência de uma unidade de poder concentrada no Estado sobrepondo-se a todas as demais instâncias²⁰. Enquanto no medievo o senhor feudal era proprietário dos meios administrativos, cobrando tributos, aplicando sua própria justiça e tendo o seu próprio exército, no Estado moderno esses meios administrativos deixam de compor o patrimônio de figuras particulares²¹. Toda a administração da sociedade era centrada na figura do Estado e espelhada no soberano, titular de um poder direto, imediato e ilimitado, capaz de concentrar todas as funções que hoje são chamadas de legislações, administração e jurisdição²².

¹⁹CUEVA, Mario de la. *La idea del estado*. México: Fondo de cultura económica, 1996, p. 48.

²⁰Conforme Giovanni Tarello, as origens do absolutismo remontam à ruptura do equilíbrio jurídico, no interior de alguns Estados territoriais, a favor de um poder central e supremo em desfavor de todas as outras instituições do universo jurídico medieval, como as classes, as cidades, a igreja as corporações. O aspecto mais notado desta ruptura de equilíbrio a favor de um poder central consiste na solução radical, dentro do Estado, dos conflitos religiosos, ocorrido primeiramente na França e na Espanha. (TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. op. cit. p. 48). Em sentido análogo, dando as linhas mestras do Estado Absolutista, Pizzorusso afirma que "a característica fundamental deste estado foi a concentração de todo poder na pessoa do rei, que ostentou sobre o território títulos quase privados e sobre os súditos uma autoridade praticamente ilimitada, integrando em si todas as funções estatais sem prejuízo de sua possível delegação em certos ministros, juizes ou governadores. Os únicos limites à ação do rei (e nem sempre com virtualidades práticas) derivavam do direito divino e natural, ao que teoricamente estava submetido, e da superveniência de certos institutos do Direito feudal (como os que fundamentavam as prerrogativas dos parlamentos quanto às contribuições públicas) (PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 21).

²¹STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28. Este novo regime, segundo Juan Beneyto "supõe o desenvolvimento da burocracia, cujos titulares são designados pelo rei e dele dependem; a valoração do poder político no legislativo e no judicial; a tendência unificadora da lei; a formação de exércitos nacionais permanentes; a submissão das confissões religiosas; a transformação da nobreza, substituindo a aristocracia feudal pela classe titulada; e, enfim, a aceitação da maior importância atribuída à riqueza móvel, que conduz a um novo sistema fazendário pelo que pode prescindir-se da solicitação de "pedidos" ou impostos, estabelecendo como normal o procedimento da aquisição de fundos por meio de empréstimos" (BENEYTO, Juan. *Historia de las doctrinas políticas*. Spain: Aguilar, 1964, p. 305).

²²STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 50. O início do despotismo, conforme Juan Beneyto, "pode fixar-se em 1661, quando Luis XIV anuncia que nada se fará sem ordem sua, que toda autoridade se concentra em suas mãos. Se nunca pronunciou a famosa frase *L'Etat c'est moi*, dificilmente se encontrará outra que melhor reflita sua política". (BENEYTO, Juan. *Historia de las doctrinas políticas*. Spain: Aguilar, 1964. p. 305).

Embora em um primeiro momento o Estado Absolutista tenha sido fundamental para os propósitos da burguesia nascente, mormente na área econômica, veio a afastá-la do poder político²³, que permanecia ilimitado nas mãos do soberano²⁴. A ausência de limites ao Estado, no entanto, deu margem a uma reação da burguesia, que buscava erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder, ou, pelo menos, domesticar uma 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 burguesas²⁵. O Estado era visto como um inimigo, que chancelava desigualdades de direitos em favor do clero e da nobreza, os quais não pagavam qualquer tipo de impostos²⁶, ao mesmo tempo em que tinha total ingerência sobre a economia e a autonomia dos cidadãos. Fazia-se necessário, portanto, contrapor à onipotência do rei um sistema infalível de garantias²⁷. Nesse contexto histórico, nasceu o Estado Liberal Clássico.

Dessa forma, à justificação patrimonial ou religiosa do poder traduzida no governo da vontade discricionária do Príncipe, era oposto o governo da razão, da soberania da vontade geral expressa no Parlamento, por meio de

²³STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44-45.

²⁴Segundo Carlos S. Fayt, no Estado Absolutista, "os valores vinculados a ordem e a segurança eram considerados mais importantes que a liberdade. A burguesia reclamava estabilidade de proteção para realizar suas atividades. A ordem somente poderia lograr-se mediante a concentração do poder nas mãos do rei ou do parlamento, porém esses poderes deveriam ser, por natureza, ilimitados. Sem autoridade ilimitada o governante estava impedido de impor a paz e assegurar a ordem. Os valores supremos são, assim, a paz, a segurança, a ordem. Os desvalores, por conseguinte, a guerra, a anarquia, a desordem (FAYT, Carlos S. *El absolutismo*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967, p. 21).

²⁵NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 40.

²⁶STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45. Este foi um dos fatores determinantes para se ter na igualdade um dos pilares da Revolução Francesa, a qual, no entanto, visou apenas a estabelecer uma igualdade formal, uma igualdade de direitos, sem preocupar-se com as desigualdades reais entre as pessoas. Nesse sentido, José Maria Rodriguez Paniagua, afirma que "antes da revolução, os franceses eram muito mais desiguais em direito que na realidade, enquanto que com a revolução se suprime a desigualdade em direitos, porém não na realidade" (PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*: v. I. De heráclito a la revolución francesa. 8a ed. Madrid: Universidad commplutense seccion de publicaciones, 1996, p. 304).

²⁷BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6a ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 45.

normas gerais e abstratas e de direitos fundamentais²⁸. Dentre as ideias políticas que norteavam a noção de Estado, tinha destaque a afirmação de que o governo deveria ser limitado: as instituições políticas de uma sociedade somente poderiam ser justificadas se fossem suficientemente permissivas para que todos pudessem viver suas vidas por si mesmos²⁹. A outra face dessa concepção política era a ideia dos direitos fundamentais como barreira à interferência estatal, limitando, assim, o Estado³⁰.

É importante notar que as concepções liberais do Estado confundiam-se, em certa medida, com o contexto histórico de nascedouro do Estado de Direito, o qual era visto pela burguesia precipuamente como um conceito de luta política dirigida contra a imprevisibilidade do Estado Absolutista e, simultaneamente, frente às barreiras sociais legadas pela sociedade estamental³¹. O Estado Liberal, portanto, acabou moldando os contornos do Estado de Direito - entendido a partir da proteção da liberdade e de direitos fundamentais³² - aos valores burgueses, notadamente a iniciativa privada, a segurança da propriedade, a liberdade individual, a igualdade formal³³ e as exigências de calculabilidade próprias do sistema capitalista³⁴.

²⁸NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 44.

²⁹ROSENKRANTZ, Carlos F. Introduccion a La ediciona em castellano. In: ACKERMAN, Bruce. *La justicia social em El estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 11. Conforme Franz Neumann "segundo esta ideologia, o Estado deve funcionar de modo imperceptível e tem que ser realmente negativo. Sem embargo, quem identificasse "negação" com "debilidade" resultaria vítima de uma falácia histórica. O Estado Liberal mostrou sempre a fortaleza que lhe exigiram as situações políticas e sociais e os interesses da sociedade. (...) Foi um Estado forte precisamente naquelas esferas de ação em que devia e quis sê-lo. Este Estado, no qual haviam de governar as leis e os homens (...) se baseia na força e no direito, na soberania e na liberdade" (NEUMANN, Franz. *El estado democratico y el estado autoritario; ensayos sobre teoria política y legal*. Buenos Aires: Paidós, 1968, p. 30).

³⁰ROSENKRANTZ, Carlos F. Introduccion a la ediciona em castellano. In: ACKERMAN, Bruce. *La justicia social em El estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 12.

³¹NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 73.

³²Tal a concepção de Estado de Direito idealizada por Jorge Reis Novais. Acerca da evolução histórica do conceito de Estado de Direito, ver COSTA, Pietro. *Lo stato di diritto: un'introduzione storica*. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*. A cura di Pietro Costa e Danilo Zolo con la collaborazione di Emilio Santoro. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2003, p. 89-170.

³³Acerca da igualdade formal no Estado Liberal e a evolução do conceito até o Estado Democrático de Direito, ver SANTOS, Igor Raatz. *Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil*. *Revista de processo*. Ano 36. N. 192. fev./2011.

³⁴NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 73.

A adjetivação liberal do Estado de Direito trouxe 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 civil³⁵. A partir daí estruturava-se o Estado Liberal pelos direitos fundamentais, concebidos como esferas de autonomia a preservar os cidadãos da intervenção do Estado³⁶, e pela divisão de poderes, que assegurava o predomínio do corpo legislativo (pelo império da lei e pelo princípio da legalidade) e da força social que o hegemoniza, ou seja, a burguesia³⁷. Nesse sentido, o direito era identificado pela lei e sua titularidade era exclusiva do legislador, o qual aparecia como único protagonista da juridicidade com preterição e quase total sacrifício do juiz³⁸, que nada mais era do que a boca da lei³⁹.

Em síntese, pode-se dizer que o Estado Liberal Clássico era calcado na 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, vistos como garantias da autonomia individual contra as invasões do soberano⁴⁰, da divisão de poderes, com a ênfase no Poder Legislativo, e de uma total subordinação do Poder Judiciário à lei, que

³⁵Conforme 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" (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 59).

³⁶NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 78.

³⁷NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, 89.

³⁸CASTANHEIRA 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. 19.

³⁹Conforme MONTESQUIEU, "Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juizes observem literalmente a lei. (...) Os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor" (MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. In: *Coleção: Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultura, 1997, p. 116 e 208).

⁴⁰NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 78.

espelhava os valores burgueses. Toda essa configuração do Estado iria refletir diretamente na concepção do processo civil próprio daquela época.

1.2 O Constitucionalismo do Estado Liberal

O Constitucionalismo moderno que eclode no seio do Estado Liberal tem pretensões bem distintas do que hoje se fala no plano constitucional. O original do constitucionalismo moderno, portanto, consiste em sua aspiração a uma constituição escrita, com uma série de normas jurídicas organicamente relacionadas entre elas, em oposição à tradição medieval, expressada em leis fundamentais consuetudinárias. Assim, o constitucionalismo é visto como um processo de racionalização de todos os aspectos da vida política e social. Com base nisso tudo, Matteucci vai dizer que “à codificação do direito privado se une a do direito público, que obedece à mesma exigência de certeza (e de eficácia) e de publicidade, de maneira que todos estão em condições de igualdade”⁴¹. A legitimidade da Constituição passa a residir em dois elementos: no próprio conteúdo das normas, que se impõem por sua racionalidade intrínseca e por sua justiça; seja em sua fonte formal, por emanar da vontade soberana do povo através de uma assembleia constituinte e, às vezes, de um referendium, superando-se a ideia presente na Idade Média em que a fonte da legitimidade era o passado, a tradição, unida à razão e à vontade de Deus⁴².

Note-se que essa concepção acerca do Direito não tem fundamento propriamente nas matrizes liberais. É decorrência de uma mudança de postura na própria forma de encarar os pressupostos filosóficos da época que alicerçavam o nascimento do Estado moderno. Claro, a superação do objetivismo ocorre na modernidade, em uma ruptura histórico-filosófica que busca a explicação sobre os fundamentos do homem:

(...) Trata-se do iluminismo (*Aufklärung*). O fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *illuminatio*

⁴¹MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editoria Trotta, 1988, p. 25.

⁴²MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editoria Trotta, 1988, p. 25.

divina. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra “sujeito” muda de posição. Ela passa a “assujeitar” as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão, circunstância que – embora tal questão não seja objeto destas reflexões – proporcionou o surgimento do Estado Moderno (aliás, não é por acaso que a obra de ruptura que fundamenta o Estado Moderno tenha sido escrita por Thomas Hobbes, um nominalista, o que faz dele o primeiro positivista da modernidade)⁴³.

Nessa linha, é importante referir que, em Hobbes, o direito não é disposto mais por Deus, mas apenas pela vontade do homem. A sua originalidade reside em reservar a criação da ordem jurídica apenas à do Estado: “o direito é *postulado apenas* pelo Estado e por essa lei por excelência que aos olhos dele é a lei civil – essa lei cuja fórmula expressa está gravada em ‘sinais’ manifestos”⁴⁴. Assim, será “a vontade do homem que, para servir a seus apetites nas circunstâncias da vida mutável em que se encontra, sem mais pretender a nada de imutável, cria ou “estabelece” as regras de direito (*positivismo jurídico*)”⁴⁵.

No mais, a função da Constituição afigura-se bem limitada e presa à ideologia liberal própria da época. A aposta em uma Constituição escrita se dá não somente para impedir um governo arbitrário e instaurar um governo limitado, mas para garantir os direitos do cidadão e para obviar que o Estado os viole. São direitos postos como limites ao Estado⁴⁶. Sucede que esse papel que deveria caber à Constituição ficou muito mais centrado nas mãos de um modelo de organização política equilibrado entre os diferentes poderes com

⁴³STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 13-14.

⁴⁴VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 727

⁴⁵VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 676.

⁴⁶MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1988, p. 25. Nesse sentido, a ideia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 326).

apelo à consciência do bom legislador. Não se tratava, pois, de uma Constituição normativa; falhava a própria ideia de Constituição⁴⁷.

1.3 Os primeiros positivismo e os princípios gerais do direito

O processo civil que se desenvolve no bojo do Estado Liberal acaba sofrendo as influências da teoria jurídica da época. Como já referido, o nascimento do Estado Moderno marca o nascimento do positivismo, o qual se desenvolve em diferentes frentes e com notas distintas de acordo com cada tradição jurídica⁴⁸. Importa, para o presente estudo, principalmente analisar as duas posturas positivistas primitivas que mais são mencionadas no âmbito do direito processual: o positivismo exegetico francês e o positivismo científico alemão. O tema tem relevância principalmente porque os processualistas, em regra, permanecem em combate com esses tipos de positivismo, os quais, ressalte-se, já foram há muito superados.

Segundo Castanheira Neves os primeiros positivismo jurídicos podem ser considerados como caudatários de uma orientação teórica do pensamento jurídico, caracterizada (a) por um direito pertencente à esfera intelectual (lógico-teórica) calcada na intenção científica de verdade, (b) por um direito subsistente em um mundo objetivo de significações pressupostas, suscetíveis de serem consideradas em termos absolutos ou desligados da realidade e da história, (c) por um pensamento jurídico de uma estrutura apriorística, dedutiva e sistemático-formalizante (*more geométrico*), (d) pela

⁴⁷SANCHÍS, Luis Prieto. Jusnaturalismo, positivismo e controle da lei. Os pressupostos históricos, ideológicos e doutrinários da jurisdição nacional. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, p. 185.

⁴⁸Conforme Streck, "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 *factos* (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de 'empirismo lógico'). Evidentemente, *factos*, aqui, correspondem a determinada interpretação da realidade 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, um tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno em determinada tradição jurídica (como por exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado 'formalismo conceitual' que está na raiz da chamada 'jurisprudência dos conceitos'" (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 31).

realização histórico-concreta do direito reduzida a uma mera aplicação analítico-dedutiva, (e) pela objetividade jurídica identificada com a objetividade teórica, ou seja, o direito é um objeto de conhecimento e o jurista é o que conhece o direito e, por fim, pela ordem como definidora do direito⁴⁹.

O positivismo-exegético enxerga o direito na lei, como o quisto pelo legislador de forma racional. A lei torna-se uma forma pura, um ato sem conteúdo, cuja qualidade é tirada do sujeito legislador que carrega a sua legitimidade⁵⁰. Impera aí a importância do código, “uma regulamentação autoritária, unitária, racional-sistemática, total, exclusiva e definitiva de um sector da vida jurídico-social”⁵¹. Em razão da suposta suficiência-normativa da lei, a sua interpretação deveria ser buscada na vontade do legislador. Porém, gradativamente, em razão dos casos omissos passou a admitir-se a auto-integração legal, calcada na analogia e nos princípios gerais do direito⁵².

O positivismo científico ou conceitual (*Begriffsjurisprudenz*) tem como coordenadas fundamentais o sistema conceitual e a lei. O direito, nesse sentido, teria uma imanente e essencial racionalidade, de modo que o sistema conceitual teria um valor ontológico, traduzindo a estrutura construtiva e fundamentando o direito, cujo elemento constitutivo seria o conceito e a estrutura fundamental o sistema conceitual, expressão eterna e universal do direito. Aqui, a lei figura como dado fundamental, como ponto de partida para a construção do conceito, ainda que, inicialmente, o labor jurídico se desse sobre textos do direito romano e comum⁵³. De qualquer forma, imperava o método da inversão, mediante o qual o dado positivo da lei era revertido aos conceitos e ao sistema conceitual pressuposto: o procedimento consistia em utilizar como fonte para a criação de normas necessárias e não existentes as noções gerais que a ciência abstraía das normas legais particulares. Para fins de clareza e sinopse, a ciência ordenaria o conteúdo legal no sistema. Os elementos

⁴⁹CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72, p. 411.

⁵⁰GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 51.

⁵¹CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72, pp. 411 - 412.

⁵²CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72, p. 412.

⁵³CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72, p. 414 - 415.

comuns se compreenderiam, então, em conceitos cada vez mais gerais, definidos com exatidão⁵⁴. Daí Savigny, um dos arautos da escola histórica (e a escola histórica forma a base do positivismo científico), afirmar que seu método não era uma veneração exclusiva do direito romano, mas, sim, consistia em “encontrar sob sua raiz toda a doutrina do passado, e descobrir o princípio orgânico, de maneira que quanto haja vivo se separe das partes mortas já, as quais restariam como meros objetos do domínio da história”⁵⁵. Ainda, deve-se destacar que esse método de conceitualização realizava-se mediante um processo lógico-subsumtivo de modo a alcançar, por um lado, o conhecimento “científico” do direito, e, por outro, garantir a possibilidade de uma aplicação concreta nos termos de uma estrita operação lógica de subsunção: os fatos haviam de ser subsumidos ao conceito que logicamente os representava, para se deduzir das inferências lógico-jurídicas do conceito a solução jurídica do caso a ser resolvido⁵⁶.

Os dois positivismos, segundo Castanheira Neves, só se distinguem por uma diversa acentuação de notas comuns: “o positivismo exegético preocupar-se-á mais com os problemas analíticos-interpretativos – será o positivismo jurídico à baisse –, o positivismo científico ocupa-se, sobretudo, das análises e construções conceituais – e será o positivismo jurídico à hausse”⁵⁷. Ambos, no entanto, reduzem o direito a um esquema puramente lógico de dedução silogístico-subsumtiva e são alvos da mesma crítica formulada pelo mestre conimbricense. E esta reside justamente no “*momento subjectivamente arbitrário de toda a construção*”, vale dizer, o fator decisivo na construção era a “*função da subjectividade do intérprete*”⁵⁸. E aí reside o problema da discricionariedade, marca de todos os positivismos, como será visto mais adiante.

⁵⁴HECK, Philipp. *El problema de la creacion del derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, S.A, s/d., p. 44.

⁵⁵SAVIGNY, F. de. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciência del derecho*. Traducción del alemán de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Arengreen, 1946, p. 134.

⁵⁶CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72, p. 418. Ainda sobre o positivismo científico, com ampla análise, ver WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 491-524.

⁵⁷CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72, pp. 418-419.

⁵⁸CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72, p. 421.

Nessa linha, pode-se dizer, com Lenio Streck, que justamente da “brecha”, decorrente da constatação de que a lei não cobre tudo, que a facticidade apresenta problemas que nem sempre foram esboçados pelo *legislador racional* (que, com uma discricionariedade política, cria o conteúdo da lei), o positivismo exegetic e o positivismo científico acabaram por deixar a cargo da discricionariedade do *juiz intérprete racional* o poder de preencher, de forma ilimitada, os vácuos deixados pelo legislador⁵⁹. Justamente nesse vazio que entravam em cena os princípios gerais do direito, articulados para “*colmatar os espaços vazios do sistema em casos de lacunas e reduzir eventuais contradições* que pudessem surgir na interpretação abstrata das disposições normativas”⁶⁰, e servindo, ainda, como cortina para esconder a discricionariedade conferida aos juízes quando o sistema de regras não conseguia dar conta da realidade.

1.4 A liberdade das partes frente ao juiz (passivo) e o controle político do juiz (exegeta) como marcas do processo civil no Estado Liberal Clássico

Tendo em vista as implicações recíprocas entre o processo civil e os elementos norteadores do Estado, importa agora verificar em que medida as concepções políticas, econômicas e morais⁶¹ próprias do ambiente cultural do

⁵⁹STRECK, 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, pp. 472-473.

⁶⁰Conforme Rafael Tomas de Oliveira, os princípios gerais do direito “funcionavam de maneira teórica e metodológica para reunir pelo menos duas das exigências para concretização da completude axiomático-dedutiva do sistema: em primeiro lugar, a plenitude normativa, sendo articulados para *colmatar os espaços vazios do sistema em casos de lacunas*; em segundo lugar, *reduzindo eventuais contradições* que pudessem surgir na interpretação abstrata das disposições normativas do sistema jurídico codificado” (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. 51). Note-se que os chamados princípios gerais do direito eram (e ainda são) concebidos como axiomas aplicáveis por dedução à livre disposição do intérprete para escolhê-los.

⁶¹Trabalha-se, nesse sentido, com a conjugação e aproximação de duas ideias: uma, já lançada no presente ensaio, de que o Estado Liberal estava assentado pela ideologia das três separações, vale dizer, da separação do Estado, a moral e a sociedade civil; outra, de que essa separação se deu apesar da existência de três núcleos, no interior do liberalismo, que davam sustentação a essa separação. São eles: o núcleo moral, calcado na ideia de liberdade; o núcleo político-jurídico, caracterizado pelo consentimento individual, pela representação legislativa, pelo constitucionalismo e pela soberania popular; e o núcleo econômico, cujos pilares são a propriedade privada e uma economia capitalista de mercado livre de controles estatais. Sobre os três núcleos do liberalismo, ver, MACRIDIS, Roy. *Ideologias políticas*

Estado Liberal Clássico influenciaram as ideias acerca do processo civil. A ideologia predominante na época era a do processo 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 embate⁶².

Essa caracterização do processo como verdadeiro duelo privado⁶³ é comum a todas as legislações processuais liberais, as quais enfeixam, por assim dizer, uma série de princípios que dão lugar a um modelo processual típico⁶⁴. Tais princípios foram encampados pelas duas principais legislações processuais puramente liberais dos oitocentos: o Código napoleônico de 1806 e o Código italiano de 1865. Nestes, quase não existiam procedimentos especiais e, ainda, casos de jurisdição voluntária, os quais, por sua vez, eram disciplinados como procedimentos de caráter nitidamente administrativo. A admissão da ação não estava subordinada a nenhuma aprovação do juiz, uma vez que se tratava de serviço necessário do Estado e estava no domínio absoluto dos particulares. O princípio epistemológico da demanda, ademais, era entendido no seu sentido mais rigoroso, de modo que as partes não

contemporâneas. Brasília: UNB, 1982. STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 50-53.

⁶²TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, mar. 2009, p. 72.

⁶³Interessante notar, nesse sentido, a percuciente análise feita por Sergio Chiarloni acerca das ideologias processuais no âmbito da iniciativa probatória do juiz. O autor refere, em diversos momentos, que as críticas feitas contra os exercício do poder de assumir as provas de ofício, que remontam à ideologias do duelo judiciário, da concepção do processo como um jogo, onde o juiz não deve interferir sob pena de acabar favorecendo a vitória de um dos jogadores, coisa escandalosa como seria a interferência do árbitro em uma partida de futebol. (CHIARLONI, Sergio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LXIII. Dicembre 2009. Supplemento al n. 4, p. 107). Conforme Damaska, no modelo ideal de um Estado reativo, dentro do qual pode ser acomodado o Estado Liberal Clássico, quanto mais limitada a possibilidade de o juiz intervir, mas evidente é o modelo de "combate", ficando claro que as versões extremas da ideologia reativa propugnam um esquema extremo do conflito. A indiferença do Estado incluiria, nessa senda, uma interferência mínima no modo com o qual as partes gestionam o combate forense (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, pp. 145-146).

⁶⁴TARELLO, 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. O conceito de princípio aqui mencionado é o mesmo do autor citado, como o de ideia central da legislação. Não se trata, pois, das concepções sobre princípio trabalhadas na presente dissertação.

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 se desenvolvia na forma escrita⁶⁵, inclusive na fase instrutória, que era remetida integralmente à disponibilidade das partes, as quais podiam prolongá-la indefinidamente⁶⁶.

Nessa senda, pode-se constatar que a configuração de um processo fincado integralmente na autônoma iniciativa individual dos particulares, em que a intervenção do juiz era reduzida ao mínimo, respondia bem às ideologias burgo-liberais⁶⁷. O processo civil forjava-se, de um lado, pelo dogma da liberdade das partes privadas no processo e, de outro, pelo dogma da mais completa tutela dos direitos processuais das partes⁶⁸. É fácil verificar que o domínio das partes sobre a gestão do processo transferia o ideal da autonomia pessoal da esfera da ideologia política à administração da justiça⁶⁹. O processo civil foi, desta feita, reconduzido a um ideal individualista, enquanto controvérsia de duas partes autônomas frente a uma Corte passiva, pensado, ainda, como uma mera continuação de outros meios de relações privadas⁷⁰ instituídas sob os auspícios da cultura da época.

⁶⁵TARELLO, 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. pp. 15-16.

⁶⁶TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 115-116.

⁶⁷TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, pp. 67-68. Nesse sentido, como adverte Roger Perrot, o Código napoleônico de 1806, sob o plano jurídico, era o reflexo de um certo liberalismo reinante no século XIX e no início do século XX (PERROT, Roger. Il nuovo futuro codice di procedura civile francese. *Rivista di diritto processuale*. 1975. N. 2, p. 239). No entanto, cabe lembrar a advertência feita por Taruffo. O autor, na obra e página citadas, afirma relativamente ao *Code de procédure civile* que, certamente, “a configuração de um processo integralmente remetido à autônoma iniciativa individual dos particulares, e no qual a intervenção do juiz como *longa manus* do Estado é reduzida ao mínimo, responde à concepção burguesa e proto-liberal das relações jurídicas, e pode de qualquer modo considerar-se próprio como a consagração da ideologia liberal-burguesa do processo civil”. Posteriormente, refere que “o código é mais uma recepção racionalizada do ordenamento pré-revolucionário, que um instrumento projetado conscientemente sobre o futuro para a tutela dos interesses da burguesia emergente (...) o interesse que vem integralmente tutelado é, ao contrário, outro, e é ainda outra vez – como na secular tradição do direito comum – aquele da profissão forense, que mantém o efetivo controle sobre os tempos e sobre os custos da justiça civil”.

⁶⁸TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 143.

⁶⁹DAMASKA, 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. 168.

⁷⁰DAMASKA, 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. 343. Basta

Resta claro, portanto, que o Estado Liberal Clássico construiu um modelo de juiz passivo, acorde com a concepção liberal, segundo a qual o Estado deveria evitar qualquer intervenção na gestão dos afazeres privados⁷¹. Ao mesmo tempo, moldou os contornos do processo civil a partir de um forte controle estatal sobre o juiz no momento de decidir, uniformizando rigorosamente o comportamento dos juízes às orientações políticas do governo, usando todos os instrumentos lícitos ou ainda ilícitos, como pressões de arrecadações e sanções burocráticas ou disciplinares, sobre aqueles que ousassem se comportar de modo independente⁷². Obtinha-se, dessa forma, um amplo controle sobre as decisões tomadas pelos juízes, de modo a garantir a supremacia da legislação sob os auspícios das orientações teóricas do direito: o positivismo exegetico e o positivismo científico ou conceitual⁷³. Nesse viés não era dado nem ao juiz e nem às partes contribuir para a compreensão do sentido do direito.⁷⁴ O perfil do processo no Estado Liberal Clássico,

pensar, nesse sentido, a concepção dominante na época da ação como elemento do direito substancial (TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 143).

⁷¹TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 144.

⁷²TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 139.

⁷³Nesse sentido, "a lei é aquela que o legislador diz que é, e os juízes são apenas os seus porta vozes, autómatos, através dos quais a lei é expressa, isto é, através dos quais o Legislador fala. Em todas as sentenças, o Juiz é obrigado a referir o artigo do Código ou da lei, ou do decreto real, sob o qual é fundamento a sentença: ele é somente a *bouche de la loi*. Esta foi a atitude dos revolucionários franceses, que temiam que os tribunais conservadores pudessem fazer o que os velhos Parlamentos tinham feito, coarctar o poder dos políticos que controlavam as assembleias representativas e em particular a Convenção (*convention*), que era uma combinação do parlamento e do governo. O único poder histórico que se sobrepôs ao conservadorismo do Banco de Magistrados foi o legislador. Daqui decorre o clube dos *Nomophiles* na Paris revolucionária e o seu recurso para restringir o poder dos juízes, e transformá-los em "*buches de la loi*" mecânicos: daqui também decorre o édito de Napoleão contra os comentários aos seus Códigos. Esta atitude revolucionária e Napoleônica foi, como bem conhecemos, continuada pelos professores do século XIX da *Ecole de l'exégese (Escola da Exegese)* que não ensinavam a lei mas os Códigos" (CAENEGEM, R.C. Van. Oráculos da Lei ou Bouche de la Loi. Considerações Históricas sobre o papel dos juízes. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. / Seminário Internacional. Lisboa: Almedina, 2007, p. 40). Para uma adequada compreensão do positivismo-exegético, que imperou no Estado Liberal, e do positivismo-semântico-normativista, que se desenvolveu no século XX e ainda hoje figura como um fantasma que domina o pensamento de diversas doutrinas do processo civil, ver 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. STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? In: *Novos estudos jurídicos*, vol. 15. n. 1., 2010. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em 10/09/2010.

⁷⁴Essa forma de ver o direito é própria do modelo normativista-legalista de juridicidade, que marca o Estado Liberal Clássico. A respeito, ver CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos

portanto, pode ser resumido no seguinte binômio: "total liberdade das partes privadas frente ao juiz; forte controle político sobre o juiz por parte do governo"⁷⁵.

2. O Estado Social e o Processo Civil

2.1 Os elementos informadores do Estado Social

Não tendo o individualismo e a neutralidade do Estado liberal conseguido satisfazer as reais exigências de liberdade e de igualdade dos setores mais oprimidos social e economicamente, eclodiu, no final da segunda metade do século XIX, uma série de conflitos de classe que veio a desvelar a insuficiência do marco de liberdades burguesas quando inibido o reconhecimento da justiça social⁷⁶. Sobreleva, nesse marco, o progressivo estabelecimento por parte do Estado de medidas para frear os excessos mais chocantes do capitalismo, especialmente nos domínios dos horários de trabalho e do trabalho infantil e feminino⁷⁷. Isso tudo implicou uma alteração radical na forma de conceber as relações do Estado com a sociedade, a partir de um novo *ethos político* calcado na concepção da sociedade não mais como um dado, mas como um objeto suscetível e carente de uma estruturação a ser perseguida pelo Estado para realização da justiça social⁷⁸. O ideal que predominava e alicerçava a concepção do Estado social era o de um sistema

actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV [separata], 1998.

⁷⁵TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 149.

⁷⁶PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 223.

⁷⁷NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 180.

⁷⁸NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 183. Conforme o mesmo autor, "no fundo, o novo *ethos político* que resultava da superação da concepção liberal da separação da sociedade e Estado traduzia-se, a partir da constatação da mútua perda de capacidade de auto-regulação, num projecto global de estruturação da sociedade, ou seja, de uma regulação da vida social a partir do impulso e da conformação provenientes do Estado; por sua vez, esta direcção tinha como contrapartida a pressão, exercida individual e colectivamente, da sociedade sobre o Estado, num esforço de apropriação ou inflexão das decisões estaduais que se manifestava, não só nas referidas exigências ou nos direitos a prestações sociais, mas também na acção permanente e estruturada dos partidos, grupos de interesses e organizações sociais sobre a esfera política" (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 187).

político que desse a todos os cidadãos um digno padrão de vida, com possibilidade efetiva para se realizarem como homens⁷⁹.

O Estado, portanto, passou a desempenhar um comportamento ativo na realização da justiça social⁸⁰, 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 sociedade⁸¹. 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 sociais⁸². A adjetivação pelo *social* pretendia, assim, a correção do individualismo liberal clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social⁸³. 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 para o ambiente da sua atividade executiva⁸⁴.

Essa nova postura do Estado, que redundava na diminuição da atividade livre do indivíduo⁸⁵, careceu 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

⁷⁹SANTOS, 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 vigor 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).

⁸⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

⁸¹COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989, p. 32.

⁸²Idem. *Ibidem*. p. 33.

⁸³STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 88.

⁸⁴MORAIS, 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.

⁸⁵STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 55.

direitos dos fins do Estado⁸⁶. Note-se que os direitos sociais apesar de concebidos para a transformação do Estado, com a conquista histórica pela classe trabalhadora da verdadeira emancipação social, foram esterilizados na forma de direito, na forma de mercadoria a ser provida, seja pelo Estado, seja pelo mercado. A classe trabalhadora, que se pretendia sujeito das políticas de Welfare, transformava-se em destinatário das políticas públicas, de modo que as conquistas transfiguravam-se em meras promessas⁸⁷.

Dessa forma, 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 concessões⁸⁸. 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.

2.2 O desenvolvimento do Constitucionalismo no Estado Social

A configuração descrita vinha acompanhada por uma mudança, lenta e gradativa, no desenvolvimento do constitucionalismo. O ponto culminante do ponto de vista do direito constitucional reside nas Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial, que passam a incorporar direitos

⁸⁶NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 191.

⁸⁷BERCOVICI, Gilberto. MASSONETTO, Luís Fernando. Breve história da incorporação dos direitos sociais nas constituições democráticas brasileiras. *Revista do departamento de direito do trabalho e da seguridade social*. Faculdade de Direito da USP. V. 2., n. 3, jan./jun. 2007, p. 63.

⁸⁸Vale 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)

sociais. Tais Constituições consistiam “em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade”⁸⁹.

É importante lembrar que a formulação mais antiga que se conhece a respeito de direitos sociais encontra-se nos artigos 17, 21 e 22 do projeto da Constituição Francesa Republicana de 24 de junho de 1793, que faziam referência ao direito à instrução, à assistência social e ao trabalho, os quais não lograram ser considerados direitos jurídicos políticos no contexto da ideologia burguesa da Revolução Francesa. No dizer de Óscar Rodríguez Olvera, juntamente com o preâmbulo da Constituição Francesa de 4 de novembro de 1984, referidos direitos “são a exceção ao vazio constitucional social do século XVIII e XIX”⁹⁰.

Um dos marcos da transformação do conteúdo social no bojo do constitucionalismo do século XX é a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917, vivenciada em um contexto de acentuada luta envolvendo os reclamos camponeses sobre o direito de liberdade e propriedade da terra que se trabalha, sobre condições laborais e educação⁹¹. Todavia, a mais célebre das Constituições sociais do referido período é a Constituição de Weimar, de 1919, a qual era dividida em duas partes, uma sobre a Organização do Estado, e a outra sobre os Direitos e Deveres dos Alemães, em que vinham prescritos, ao lado dos direitos individuais, os direitos sociais, como seções dedicadas à educação, à cultura e à vida econômica⁹². A Constituição de Weimar pode ser vista como “catalisadora da conciliação entre velhos princípios liberais e a nova ordem social imperante na segunda década do século XX”⁹³.

⁸⁹BERCOVICI, Gilberto. MASSONETTO, Luís Fernando. Breve história da incorporação dos direitos sociais nas constituições democráticas brasileiras. *Revista do departamento de direito do trabalho e da seguridade social*. Faculdade de Direito da USP. V. 2., n. 3, jan./jun. 2007, p. 65.

⁹⁰OLVERA, Óscar Rodríguez. *Teoría de los derechos sociales em la constitución abierta*. Granada: Editorial Comares, 1998, p. 13.

⁹¹OLVERA, Óscar Rodríguez. *Teoría de los derechos sociales em la constitución abierta*. Granada: Editorial Comares, 1998, p. 19.

⁹²BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a constituição de weimar. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. n. 2 – jul.dez. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 364.

⁹³OLVERA, Óscar Rodríguez. *Teoría de los derechos sociales em la constitución abierta*. Granada: Editorial Comares, 1998, p. 21.

Nesse contexto, exsurge um dos principais debates travados a respeito da Teoria do Estado e da Constituição no século XX, envolvendo figuras como Hans Kelsen, Carl Schmitt e Herman Heller. Trata-se de discussão de suma importância para a introdução da questão envolvendo o positivismo no cenário de rompimento com o Estado Liberal.

No que tange à questão Constitucional, pode-se afirmar que “o ponto culminante do positivismo jurídico foi representado por Hans Kelsen, com sua *Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre)*, de 1925, que pautou boa parte do debate juspublicista dos anos da República de Weimar (1918-1933)”⁹⁴.

Kelsen afirma que a conceituação de Estado e direito como figuras distintas geraria, como consequência, a distinção entre uma teoria sociológica e uma teoria jurídica do Estado, o que faria do Estado o objeto de duas ciências totalmente distintas, com dualidade de métodos e diversidade de finalidades e questionamentos⁹⁵. Nesse sentido, Michel Troper vai dizer que, no pensamento de Kelsen, seria impossível uma definição de Estado que o apresentasse como algo distinto do direito, razão pela qual seria “impossível dar uma definição não jurídica do Estado, em termos sociológicos ou psicológicos, por exemplo”⁹⁶.

Para solucionar esta problemática, Kelsen destaca como específico do Estado, do ponto de vista jurídico, o fato de este ser um sistema de normas. Assim, a existência objetiva do Estado seria a própria validade objetiva das normas que constituem a ordem estatal. Para Kelsen, o Estado é um sistema

⁹⁴BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 46. Sobre o tema, consultar

⁹⁵ Conforme Kelsen, “ordinariamente se concebe o Estado como ‘suporte’, ‘criador’ e ‘protetor’ do Direito; se faz preceder temporalmente o Estado ao Direito; e se diz que mais tarde – no processo histórico – se submete mais ou menos voluntariamente ao Direito; a seu próprio Direito; ou por assim dizer-lo, se obriga a si mesmo juridicamente. A construção teórica correta desta relação entre Direito e Estado tem sido considerada como o problema mais difícil da Teoria do Estado. Direito e Estado é somente um dos numerosos exemplos de duplicação de um objeto de conhecimento, dos quais está repleta a história do espírito humano. O dualismo entre Direito e Estado é somente um dos numerosos exemplos de duplicação de um objeto de conhecimento, dos quais está repleta a história do espírito humano. A *personificação*, que é meramente um meio de conhecimento para apoderar-se mentalmente do objeto, somente uma imagem auxiliar para expressar a unidade na variedade e multiplicidade das representações, lhe converte em um objeto independente: e assim o objeto originário de conhecimento é duplicado, e se cria o problema aparente da relação entre dois objetos, que no fundo são um só” (KELSEN, HANS. *Compendio de teoría general del estado*. 2ª edición. México: Editora Nacional, p. 130).

⁹⁶TROPER, Michel. *Por una teoría jurídica del estado*. Prólogo de Gregório Peces-Barba Martínez. Traducción de María Venegas Grau. Dykinson: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”, 2001, p. 122.

de normas, assim, não pode ser mais do que o ordenamento jurídico⁹⁷. As relações entre o Estado e o direito significam, para Kelsen, identidade entre ambos, ao identificar o Estado como o ordenamento jurídico positivo. Sendo o Estado o próprio ordenamento jurídico, a Teoria do Estado passa a ser possível enquanto disciplina jurídica, coincidindo com a Teoria do Direito⁹⁸.

Dentro da sua teoria, Kelsen isola o Estado, concebido como equivalência ao ordenamento, da política, pois a política é a doutrina do Estado justo, ideal, distinguindo-se da Teoria do Estado, doutrina do Estado possível, concreto e real, que é o direito positivo. E este é talvez o grande problema da teoria kelseniana: a sua dedicação em despolitizar a Teoria do Estado, tendo em vista a impossibilidade da emancipação do conhecimento científico da realidade histórico-social⁹⁹.

O positivismo jurídico buscou, a partir do final do século XIX, a depuração metodológica dos elementos políticos, sociais, históricos e filosóficos da Teoria do Estado. Inspirados pela pandectística, os positivistas, como os alemães Carl Friedrich von Gerber e Paul Laband e o italiano Vittorio Emanuele Orlando, viam no Direito Privado o exemplo a ser seguido, buscando a adoção de uma metodologia “exclusivamente jurídica”. Fundamentado sua argumentação em construções meramente conceituais, os teóricos positivistas retiraram a possibilidade de conhecimento do Estado concreto, como se verifica no intento kelseniano¹⁰⁰.

Combatendo os postulados kelsenianos, Rudolf Smend desenvolveu em seu livro *Constituição e Direito Constitucional*, de 1928, a “Teoria da Integração”. De acordo com Smend, o objeto da Teoria do Estado é o Estado enquanto parte da realidade espiritual, que se caracteriza por um processo de

⁹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938, pp. 7-16.

⁹⁸BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. p. 46. Sobre a teoria do Estado em Kelsen, consultar: RECASENS SICHES, Luis. Estudio preliminar sobre la teoría pura del derecho y del estado In: KELSEN, Hans. *Compendio de teoría general del estado*. 2. ed. México: Nacional, 1980. p. 5-101. NOVELLI, Flávio Bauer. Atualidade da teoria kelseniana do estado. *Revista de Direito Público e Ciencia Política*, Rio de Janeiro, fundação Getulio Vargas, 1958. v.1, p.206-223. ROCHA, Ibraim José das Mercês. A constituição na teoria pura do direito de Hans Kelsen. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*. Belém, 2002. n.6/7, p.63-79.

⁹⁹BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 47.

¹⁰⁰BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 44.

atualização funcional, por um contínuo processo de configuração social. Esse processo de renovação constante, que é o núcleo substancial da dinâmica do Estado é a integração. O Estado existe unicamente por causa e na medida em que se faz imerso neste processo de auto-integração. Entretanto, o direito não estaria, entre os fatores da integração estatal. E esta é a grande crítica à teoria de Rudolf Smend: a de ter subestimado o elemento normativo da realidade estatal, excluindo o direito de sua apreciação. Não é possível compreender o Estado sem levar em consideração a sua dimensão normativa, do mesmo modo que não é possível limitá-lo ao âmbito estrito da sua esfera jurídica¹⁰¹.

Para Hermann Heller, todo conhecimento sobre o Estado deveria partir do pressuposto de que a vida estatal inclui sempre aquele que a investiga, que pertence a ela de um modo existencial e nunca pode abandoná-la. O Estado nunca seria um objeto estranho àquele que o estuda, do pensamento da problemática política de seu tempo, sendo impossível uma total emancipação do conhecimento científico sobre o Estado da realidade histórico-social¹⁰²⁻¹⁰³. Nesse contexto, vão sendo pautadas as discussões em torno do direito constitucional que viria, no entanto, a soçobrar em face do positivismo imperante na época, mormente na Alemanha, em que a redução da validade das normas jurídicas a aspectos puramente formais, teria conferido a Hitler legitimidade formal para, com base na própria Constituição, concentrar em si todos os poderes estatais e fundar, na sequência disso, o *Terceiro Reich*¹⁰⁴. Justamente por isso a Constituição somente vai ser considerada importante para o direito processual a partir do segundo pós-guerra, quando o direito constitucional, como será visto, assumirá novos contornos no sentido de superar a positivismo¹⁰⁵, o que vai romper com a separação proposta por Kelsen entre Estado e política.

¹⁰¹BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 48-49.

¹⁰²HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 189.

¹⁰³BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 49.

¹⁰⁴PINTO, Luzia Marques da Silva Cabra. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 65-66

¹⁰⁵ ¹⁰⁵ Importante lembrar que esse movimento germina, em um primeiro momento, pela afirmação de um direito supra-legal limitativo da atuação estatal, particularmente na Alemanha que acabava de se libertar do jugo do nacional-socialismo (¹⁰⁵ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabra. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 65).

2.3 Publicização e socialização do processo no Estado Social

Se a concepção do processo civil como "coisa das partes" respondia bem aos anseios do Estado Liberal Clássico, as mudanças no papel do Estado que começaram a ser teorizadas no final do século XIX vão cobrar uma nova forma de pensar o processo civil. Essas imbricações entre as mudanças do papel do Estado e o processo civil acabaram por conferir as linhas mestras daquilo que Enrico Allorio chamou de história ideal do direito processual civil: a história da sua publicização¹⁰⁶.

Paralelamente, o direito e o processo civil começaram a sofrer os influxos dessa mudança estatal, com reformas legislativas justificadas como rejeição ao individualismo, que era associado aos princípios do liberalismo clássico¹⁰⁷. O processo, até então concebido como algo privado, passou a representar o exercício de uma função pública e soberana¹⁰⁸. Deixava de ser visto como "coisa das partes", para espelhar um lugar no qual se exprimia a autoridade do Estado, com o escopo não somente de tutelar os interesses privados, mas, também, de realizar o interesse público da administração da justiça¹⁰⁹. Em síntese, o processo assumia a forma de instrumento que o Estado colocava à disposição dos privados para a atuação da lei¹¹⁰.

Importa salientar que o papel passivo desempenhado pelo juiz no Estado Liberal Clássico dava margem à lentidão e ao abuso, uma vez que as partes e seus defensores tornavam-se árbitros praticamente absolutos¹¹¹. Além disso, o processo civil restava infenso ao real e ao social, refletindo a neutralidade do Estado, sendo concebido como um “dispositivo técnico capaz

¹⁰⁶ALLORIO, Enrico. Significato della storia nello studio del diritto processuale. *Rivista di diritto processuale civile*. Volume XV - Parte I. Anno 1938 - XVI-XVII, p. 189. Para uma crítica a essa concepção, ver SATTA, Salvatore. *Soliloqui e colloqui di un giurista*. Padova: CEDAM, 1968.

¹⁰⁷DAMASKA, 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. 346.

¹⁰⁸LIEBMANN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di diritto processuale*. v. 29. Parte I. 1974, p. 108.

¹⁰⁹TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 188.

¹¹⁰TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 188.

¹¹¹ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41.

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 opinião¹¹². Dessa forma, a doutrina processual presente naquele momento histórico de transição cuidou de repensar o processo apostando, principalmente, em maiores poderes ao juiz, o que refletia o novo papel que o Estado vinha a assumir. Não se tratava, portanto, de pensar o processo a partir de um modelo autoritário de Estado, mas, sim, em pensá-lo como um instrumento de justiça social, mais rápido e eficaz. Nesse sentido, as modificações ocorridas no processo civil naquele dado momento foram importantes para que o papel do juiz e das partes começasse a ser rediscutido, abandonando-se a ideia de um processo dominado pelas partes em contraposição a um juiz passivo e inoperante.

Nesse contexto, o incremento dos poderes do juiz se deu a partir de dois vetores em certa medida conexos: a publicização do processo - consequência direta do agigantamento do papel do Estado - e a socialização do processo - o qual não ficava de fora, portanto, das preocupações com o problema da justiça social. É importante notar que a gênese dessa movimentação no estudo do processo civil centrou-se, principalmente, na obra de dois autores: Franz Klein e Giuseppe Chiovenda, os quais propuseram um fortalecimento do papel do juiz. As raízes dessa forma de pensar o processo e o direito assentaram-se no chamado socialismo jurídico, notadamente na obra de Anton Menger¹¹³.

Anton Menger nasceu na Hungria, no dia 12 de setembro de 1841, e veio a morrer na cidade de Roma, em sete de fevereiro de 1906. Cerca de um mês depois, Chiovenda apresentava, ao círculo jurídico de Napoli, a conferência "as reformas processuais e as correntes do pensamento moderno", na qual enaltecia a reforma social do processo, fazendo expressa referência a Menger e a Klein. A obra de Menger tem uma forte preocupação com os problemas sociais, propugnando a materialização das reivindicações proletárias mediante a reforma gradual da legislação¹¹⁴, a qual adquire um

¹¹²SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 111.

¹¹³Sobre a corrente de pensamento de Anton Menger, ver a edição especial dos "Quaderni Fiorentini", intitulada *Il socialismo giuridico: ipotesi e letture. Quaderni Fiorentini: Per La Storia Del Pensiero Giuridico Moderno*, Milano, IT, v.3/4, 1974/75. 2 tomos.

¹¹⁴LAMAS, Diego. *Prologo*. In: MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947, p. 10-11.

caráter social e vai endereçada à proteção dos mais débeis contra os mais fortes, assegurando àqueles uma parte mínima dos bens necessários para viver, pois não existiria desigualdade maior que tratar aos desiguais de modo igual¹¹⁵. Com base nessas premissas, Menger propõe a intervenção espontânea do juiz na justiça civil, combatendo veementemente a legislação processual vigente na maioria dos Estados civilizados daquela época, na qual o Tribunal, ainda depois de iniciado o litígio, atuaria como o mecanismo de um relógio que é preciso impulsionar para que se mova. Tais condições jurídicas seriam cômodas e benéficas para as classes ricas, as quais teriam condições de tomar iniciativa, ao contrário dos pobres, que, para defender seu direito, tropeçariam frente a um mecanismo tão complicado, sem conselho e mal representados, encontrando na passividade judicial gravíssimos prejuízos¹¹⁶. A solução proposta por Menger é a de obrigar o juiz a instruir gratuitamente todo cidadão, especialmente o mais pobre, acerca do Direito vigente. Assim, evitar-se-ia, em certa medida, a inferioridade jurídica das classes pobres¹¹⁷.

As ideias de Menger influenciaram diretamente o pensamento de Franz Klein¹¹⁸, responsável pelo projeto de reforma da legislação processual austríaca, elaborado em 1895, em vigor a partir de 1898.¹¹⁹ Tratava-se de um código efetivamente novo e original, que mudou o panorama das instituições europeias continentais¹²⁰, ao ponto da sua influência para as reformas processuais ser comparada com aquela exercida por Napoleão sobre a codificação em geral.¹²¹ Para Klein, somente a teoria da sociedade poderia ser o princípio válido e construtivo de um regulamento processual, rompendo, assim, com a teoria do indivíduo prevalente no processo civil do Estado

¹¹⁵MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947, p. 64.

¹¹⁶MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947, p. 65-66.

¹¹⁷MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947, p. 68.

¹¹⁸TARELLO, 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: GUASTINI, R.; REBUFFA, G. *Dottrine del processo civil: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 19.

¹¹⁹ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 49-50.

¹²⁰TARELLO, 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: GUASTINI, R.; REBUFFA, G. *Dottrine del processo civil: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 19.

¹²¹GUILLÉN, Víctor Fairén. El proyecto de la Ordenanza Procesal Civil Austríaca visto por Franz Klein. In: *Studios de Derecho Procesal*. Madrid: Derecho Privado, 1955, p. 319.

Liberal.¹²² O processo, como instituto de direito público, deveria satisfazer, ao lado dos interesses privados, também os valores sociais mais elevados, de modo que o juiz, “timoneiro do Estado”, figuraria como representante profissional do interesse geral.¹²³ Daí que, a partir de uma concepção do processo como instituição para o bem-estar social, aumenta-se a atividade do órgão judicial, o qual é munido de suficientes poderes para a direção material do processo, capazes de garantir a sua marcha rápida e regular.¹²⁴ Nesse sentido, o § 432 da ZPO austríaca, sob notável influência do pensamento de Menger, estabelecia a possibilidade de o juiz instruir as partes ignorantes do direito ou não representadas por advogado e aconselhá-las sobre as consequências jurídicas de seus atos ou omissões¹²⁵. Klein contribuiu sensivelmente para o fortalecimento da oralidade no processo e “para implementar as suas ideias de justiça rápida e barata, teve que lutar contra toda uma estrutura arcaica e rígida, que envolvia o processo civil”¹²⁶. Trata-se, portanto, de um autor de extrema importância para a história do direito processual.

Na Itália, a fortuna da reforma austríaca é identificada com a obra de Chiovenda¹²⁷, o qual, a partir da ideia reformista do modo político de considerar o processo, dizia que, sendo a administração da justiça uma função da soberania, o juiz, como órgão do Estado, não deveria assistir passivamente a lide, mas deveria nela participar com força viva e ativa. Vale dizer, o Estado seria interessado não no objeto da lide, mas no modo em que esta se desenvolveria¹²⁸. O maior entre os problemas processuais giraria em torno de

¹²²SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 1980. v.17, p. 147.

¹²³SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 1980. v.17, p. 147.

¹²⁴ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

¹²⁵ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

¹²⁶RIBEIRO, Darci Guimarães. *Prova atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 39.

¹²⁷TARELLO, 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: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 23. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los protagonistas del derecho procesal: desde Chiovenda a nuestros días*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 37.

¹²⁸CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: *Saagi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 385.

um ponto fundamental para Chiovenda: a relação entre a iniciativa do juiz e a iniciativa das partes. A lide poderia se tornar mais ou menos acessível ao homem débil e inculto, conforme o juiz tivesse meios maiores ou menores de vir em sua ajuda, de iluminá-lo sobre o que fazer para a sua defesa, de corrigir os seus erros. A extensão dos poderes do juiz seria a chave das reformas processuais, o segredo da adaptação do processo às necessidades sociais.¹²⁹ Nessa senda, o processo consistiria no desenvolvimento de uma relação entre o Estado e o cidadão¹³⁰, razão pela qual, cabendo ao juiz a responsabilidade de pronunciar a sentença, não poderia ser indiferente ao Estado o modo no qual se desenvolve a atividade preparatória do juízo¹³¹.

O aumento dos poderes do juiz, para Chiovenda, estaria estritamente conectado com os princípios da oralidade e da concentração¹³². O interesse do Estado em administrar solicitamente a justiça deveria armar o juiz dos meios idôneos para tal escopo, como poderes para fixação da audiência, rejeição de demandas tardiamente propostas, a execução de ofício das provas admitidas, a citação de ofício das testemunhas indicadas, dentre outras¹³³. Chiovenda, nessa linha, mostrava-se aberto às correntes reformadoras baseadas na obra de Menger, compartilhando com seus princípios inspiradores, no quadro de uma visão do processo no qual o reforço dos poderes do juiz tinha, no entanto,

¹²⁹CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 391.

¹³⁰CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 393.

¹³¹LIEBMANN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di diritto processuale*. v. 29. Parte I. 1974, p. 108. Conforme Osvaldo Alfredo Gozaíni, influenciado pela obra de Klein, verifica-se em Chiovenda a tendência de que o juiz era de condução e não de simples julgamento. O autor adverte ainda que "em Chiovenda, a ideia do processo, como tal, gira ao redor do juiz sem convertê-lo em um déspota nem em inquisidor. Sua tarefa é de condução em um desenvolvimento do tipo oral. As sequências do processo se elaboram com etapas bem estabelecidas, onde se aplica o princípio da preclusão" (GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. *Los protagonistas del derecho procesal: desde Chiovenda a nuestros días*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 37)

¹³²CHIOVENDA, Giuseppe. Lo stato attuale de processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali. In: *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 423. Conforme Liebman, comentando a obra de Chiovenda, "os motivos técnicos e políticos conspiravam em exigir, para um processo oral e concentrado, maiores poderes do juiz, tanto para regular e mover o procedimento, quanto para recolher e assumir a prova" (LIEBMANN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di diritto processuale*. v. 29. Parte I. 1974, p. 108).

¹³³CHIOVENDA, Giuseppe. Lo stato attuale de processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali. In: *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, pp. 424-425.

outros pressupostos, distintos daqueles de inspiração social. Tratava-se de, a partir dos princípios processuais que se reuniam sob o nome de oralidade, obter um melhor funcionamento do processo, dado o seu carácter público, enxergando-se no reforço dos poderes do juiz o meio para resguardar do escopo público da justiça a intemperança e os egoísmos dos litigantes¹³⁴. A proposta de Chiovenda era, portanto, a de um processo melhor, mais eficiente e mais rápido¹³⁵, em contraste com aquele então vigente na Europa, calcado na visão individualista da sociedade e do direito¹³⁶.

2.4 A superação (aleatória) dos primeiros positivismo pela doutrina processual. O sincretismo teórico improvisado no bojo do nascimento da ciência processual. Os diferentes paradigmas de Windscheid, Bülow e Wach. Os antecedentes do processualismo científico da primeira metade do século XX.

O nascimento da teoria geral do processo, inclusive como matéria universitária, é bastante recente e remonta à segunda metade do século XX, como um resultado do trabalho da escola italiana, iniciado no começo daquele século por Chiovenda e desenvolvidos por autores como Calamandrei, Liebmann e Carnelutti. Este último, por sua vez, foi um dos principais

¹³⁴DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971, p. 14. Como exemplo da forte concepção publicista do processo, pode-se verificar a forma como Calamandrei visualizou os provimentos cautelares: "as medidas cautelares são predispostas, mais que no interesse dos particulares, no interesse da administração da justiça, da qual garantem o bom funcionamento e ainda, se poderia dizer, o bom nome (...) este carácter eminentemente publicístico dos provimentos cautelares se revela, ainda em matéria civil, na maior energia com a qual a jurisdição se exercita, quando é dirigida a escopos cautelares: não somente na aceleração do processo e na sumariiedade da cognição, mas igualmente no crescimento dos poderes de iniciativa do juiz (...) as medidas cautelares atendem, mais que à tutela dos direitos subjetivos, à polícia do processo" (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. PADOVA: CEDAM, 1936, pp. 144-145). No mesmo sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil (istituzioni di diritto processuale civile)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1936-1940, p. 215.

¹³⁵LIEBMANN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di diritto processuale*. v. 29. Parte I. 1974, p. 104.

¹³⁶LIEBMANN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di diritto processuale*. v. 29. Parte I. 1974. p. 104. p. 108. Em sentido contrário, Giovanni Tarello vê na obra de Chiovenda fortes elementos de um processo civil autoritário (TARELLO, Giovanni. L' opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale. In: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989).

defensores da construção de uma teoria geral do processo e de uma dogmática processual como o mesmo rigor conceitual da matemática¹³⁷.

No entanto, toda essa construção elaborada pela escola italiana (processualismo científico italiano) deita raízes em bases mais profundas, precisamente na corrente científica da Alemanha e da Áustria, como afirma Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹³⁸. O movimento do processualismo científico que culminou no desenvolvimento de uma teoria geral do processo anos mais tarde, tem sua origem na conhecida polêmica entre Windscheid e Muther (1856-1857), solidifica-se com a obra *“La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”* de Oskar Bülow (1868) e consolida-se com Adolf Wach (1888) em *“La pretensión de declaración: um aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho”*. O que todos esses autores têm em comum, juntamente com Chiovenda, seus discípulos e condiscípulos, é o fato de serem enquadrados na mesma fase evolutiva (processualismo científico) e, portanto, por serem responsáveis pelo desenvolvimento da ciência processual como disciplina autônoma¹³⁹.

É inegável que todos esses autores (desde Windscheid à escola italiana) tiveram o mérito de superar etapas evolutivas anteriores do processo (período primitivo, etapa judicialista, escola praticista e procedimentalismo ou praxismo)¹⁴⁰. Em especial, foram responsáveis por (a) traçar a autonomia da ciência processual, (b) separar de forma definitiva o direito processual civil do bojo do direito civil e do direito comercial, estabelecendo-se clara e objetiva diferenciação entre o direito privado (civil e comercial) e público (processual), (c) dar um tratamento científico à disciplina processual, ao contrário do que fazia o procedimentalismo, que se limitava, quase sempre, a meras descrições

¹³⁷CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, EJE, 1971, p. xxii. A obra original data de 1958.

¹³⁸MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Direito processual constitucional: ordem científica* (1928-1956). Curitiba: Juruá, 2009, p. 55.

¹³⁹ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Evolución de la doctrina procesal. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Unam, n. 12-13, 1992, t. II, pp. 293-325.

¹⁴⁰O percurso evolutivo do direito processual pode ser bem apanhado na obra já citada de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, assim como, na doutrina nacional, por Edson Prata, em *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

e (d) atribuir ao processo um caráter público, rompendo com as ideias de processo como contrato ou quase contrato¹⁴¹.

No entanto, o comprometimento da escola italiana, responsável pelo delineamento teórico do processo (Teoria Geral do Processo), com o processualismo científico inaugurado na Alemanha é tão grande que todos os conceitos por ela desenvolvidos tomaram como base aquilo que Ramiro Podetti denominou de trilogia estrutural do processo, ou seja, os conceitos de jurisdição, ação e processo. Porém, tais conceitos, que estão na base da construção do processo como disciplina autônoma e científica, não foram construídos a partir de pressupostos teóricos processuais, até porque o processo como ciência jurídica sequer existia na época. Não fosse isso, os dois marcos conceituais do desenvolvimento do direito processual (a polêmica entre Windscheid e Muther e a obra seminal de Oskar Bülow) partiram de pressupostos teóricos distintos: a pandectística alemã e o movimento do direito livre. A partir dessa constatação é possível lançar o primeiro aspecto do problema proposto neste ponto do trabalho, qual seja, o sincretismo teórico improvisado pela escola italiana que se viu influenciada tanto por Windscheid quanto por Bülow, quando, na verdade, os dois autores estavam ligados a paradigmas teóricos distintos, apesar de terem, cada um ao seu modo, sido responsáveis pela autonomia do direito processual.

Como menciona Giovanni Pugliese, em sua introdução à obra “La Polemica sobre La ‘Actio’”, que reúne o polêmico debate travado entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther em torno da “*actio*” romana, o valor histórico dos trabalhos desenvolvidos por Windscheid e Muther estaria no fato de que “as formulações destes autores marcaram uma mudança na história do pensamento jurídico, criado para romanistas, civilistas e processualistas o problema da *actio* ou da ação e proporcionando o ponto de partida de doutrinas que hoje se processam neste campo”¹⁴². A discutir o paralelismo entre a *actio* romana e a ação moderna (Klagerecht) e a coordenação da *actio* com um direito subjetivo substancial cuja tutela ela assegurava, Windscheid abriu o

¹⁴¹PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 177.

¹⁴²PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: *Polemica sobre la “Actio”*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buneos Aires: EJEA, 1974, p. XI.

debate ainda hoje inacabado¹⁴³. Na medida em que considerou a ação moderna como um direito subjetivo diferenciado do direito material, o direito processual, nas palavras de Couture, “adquiriu personalidade e se despreendeu do velho tronco do direito civil”¹⁴⁴.

O interesse de Windscheid pela *actio* romana não foi por acaso. Reconhecido como um dos grandes nomes da pandectística alemã, principalmente através da obra *Lehrbüch des Pandektenrechts*¹⁴⁵, Windscheid, que liderou a primeira comissão para a criação do Código Civil Alemão, aceitava, assim como todos os professores que estavam alicerçados na chamada escola histórica, o direito Romano¹⁴⁶ como elemento pré-dado, elaborado pela História e pela cultura e como patrimônio insubstituível dos povos¹⁴⁷. Tanto é assim, que, segundo Castanheira Neves, o “histórico” efetivamente realizado na obra de Savigny, um dos arautos da escola histórica, foram “os textos do direito romano e comum e da própria elaboração doutrinal anterior, utilizados como material da ciência do direito para uma elaboração exegético-dogmática”¹⁴⁸. Dentro de todo esse contexto, a ciência jurídica alemã da qual fazia parte Windscheid estava baseada na perspectiva do direito do *positivismo científico*, analisando anteriormente.

Enquanto Windscheid, cuja importância para a elaboração da teoria geral do processo foi imprescindível em razão do tratamento conferido ao tema da ação, responsável pela separação do processo em relação ao direito material, estava inserido em uma corrente teórica que tinha origem na escola

¹⁴³PUGLIESE, Giovanni. Introduccion. In: *Polemica sobre la “Actio”*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974, p. XIII.

¹⁴⁴COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1951, pp. 63-64.

¹⁴⁵Para a elaboração do projeto de pesquisa, foi consultada tradução italiana da obra, que conta com cinco volumes: WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Torino: UTET, 1902-1925.

¹⁴⁶Nesse ponto, importante a lição de Canegem: “O adiamento de um código civil puramente alemão até 1900 significou que, ao longo de todo o século XIX, o Direito romano e seus sumos sacerdotes prevaleceram. Como um parlamento verdadeiramente nacional e uma Suprema Corte verdadeiramente nacional não seguiram antes da unificação no tempo de Bismarck, os juristas dominaram a vida jurídica durante quatro séculos, a ponto de, como vimos, dizer aos juízes que sentença dar” (CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica européia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 72).

¹⁴⁷MENEZES CORDEIRO, António. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. XCIII.

¹⁴⁸CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 213.

histórica na Alemanha e passou a ser conhecida como pandectística alemã ou jurisprudência dos conceitos e, portanto, ligada às posturas teóricas do direito, próprias dos primeiros positivismos, Bülow apresentava-se como um dos precursores da escola do direito livre¹⁴⁹, movimento que, juntamente com a jurisprudência dos interesses, estava em contraposição com a jurisprudência dos conceitos da qual Windscheid fazia parte.

Bülow costuma ser lembrado pela doutrina processual por ter superado a visão privatística que considerava o processo como um contrato ou um quase-contrato e, principalmente, por ser o grande responsável pela atribuição de um caráter científico ao direito processual¹⁵⁰, a partir de uma rigorosa dissociação da relação jurídica processual da relação jurídica substancial¹⁵¹. Bülow teria demonstrado a importância do estudo da relação processual como uma relação de direito público formada entre o particular e o Estado, com condições e pressupostos de existência e validade próprios¹⁵². Nessa senda, Ovídio A. Baptista da Silva afirma ser 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”¹⁵³, na medida em que, justamente a partir da obra de Bülow, passou-se a emprestar ao processo um desenvolvimento teórico independente¹⁵⁴.

¹⁴⁹Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, António. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p.XI, nota 7. CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 194. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, pp. 75-78.

¹⁵⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. XVIII.

¹⁵¹BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 3.

¹⁵²SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 4.

¹⁵³SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5. Afirma Roque Komatsu: “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).

¹⁵⁴Nesse sentido, “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,

Sucede que a pretensão de Bülow não era a de, simplesmente, criar uma teoria do processo que servisse para separá-lo do direito material. É preciso ter presente que Bülow surge no contexto do direito alemão como precursor do movimento do direito livre, o qual se caracterizou, antes de mais, pelo seu combate ao positivismo e seus postulados fundamentais: o postulado do legalismo estadista, o postulado da plenitude lógica do sistema jurídico e o postulado do direito como uma entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutível aplicável¹⁵⁵. Não é por menos que Bülow dedica seu livro *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* a Ihering, autor que teria influenciado Bülow com a obra *“Der Zweck im Recht”*¹⁵⁶, e que também se apresentava no cenário jurídico em combate ao formalismo jurídico próprio do positivismo científico escola história e da jurisprudência dos conceitos¹⁵⁷.

Somente com a obra *Gesetz und Richteramt*¹⁵⁸, em 1885, é que Bülow deixa claro quais as razões que o levaram a criar uma teoria do processo como relação jurídica, o que, na verdade, estava na base de uma teoria da jurisdição presente em sua obra. A ideia fundamental de *Gesetz und Richteramt* (Lei e Magistratura) é a de que a decisão judicial não é somente a aplicação de uma norma acabada, mas, sim, uma entrada jurídico criadora. Nessa linha afirma que sob o enganoso véu da mesma palavra legal se oculta uma variedade de interpretações possíveis, de modo que ficaria a cargo do juiz eleger aquela disposição jurídica que lhe parece ser a mais correta¹⁵⁹. Conforme Karl Larenz, Bülow não diz com base em que critérios deve o juiz efetuar essa eleição, se

sem dúvida ao nascimento do direito processual civil como uma ciência particular, com objeto próprio e com suas leis e princípios especiais, distintos dos princípios e leis que regem os ramos do direito material” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 4).

¹⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 196.

¹⁵⁶ Para o presente projeto de pesquisa utilizou-se a edição argentina: IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1956.

¹⁵⁷ Sobre as convergências entre o movimento do direito livre, a livre investigação científica de Geny e a jurisprudência dos interesses, ver CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 197.

¹⁵⁸ BULOW, Oskar. *Der Zweck im Recht*. Disponível em versão digitalizada, no site da biblioteca da Universidade de Harvard no seguinte endereço: <<http://www.archive.org/stream/gesetzundrichte00blgoog#page/n8/mode/2up>>. Acessado em 09/10/2011.

¹⁵⁹ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 75.

com base em critérios objetivos, controláveis até certo grau, como o fim da lei, a natureza das coisas ou a coincidência com um princípio jurídico, ou com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, seu sentimento jurídico¹⁶⁰. Nessa linha, o movimento do direito livre, em seu desenvolvimento posterior, chegou a reconhecer a possibilidade de decisões *contra legem*, quando ela oferecesse ao juiz uma solução indubitável e se concluísse, livre e conscienciosamente, que o poder estadual (o legislador) existente ao tempo da decisão não teria provavelmente prescrito a solução enunciada. Em tais casos, leciona Castanheira Neves fazendo referência à Kantorowicz (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft in Rechtswissenschaft und Sociologie*), o juiz deveria decidir no sentido que presumisse ser a orientação que tomaria no caso o poder estadual atual e, na impossibilidade de determinar esse sentido, decidiria segundo o direito livre, podendo do mesmo modo decidir livremente nos casos muito complexos e nos que só fossem duvidosos quantitativamente como no exemplo das indenizações por danos morais¹⁶¹.

Daí que toda a teoria de Bülow é pensada como uma forma de aumentar o poder dos juízes, os quais tinham sido deixados de lado pelas posturas teóricas caudatárias da escola histórica¹⁶². Tal intento já estava presente em 1868, quando Bülow defendia que o juiz não deveria tomar uma atitude passiva frente aos pressupostos processuais tal qual o velho procedimento alemão, no qual o juiz exercia um papel de espectador ou de guardião da luta entre as partes¹⁶³. Dessa forma, a validade da relação processual seria uma questão que não poderia ficar à disposição das partes, pois não se trataria de um ajuste privado entre os litigantes, sob o influxo de interesses individuais, mas, sim, de um ato realizado com a ativa participação do tribunal e sob a autoridade do Estado, cujos requisitos seriam coativos e em grande parte absolutos. Assim, o

¹⁶⁰LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 75.

¹⁶¹CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 200.

¹⁶²Sobre isso, ver CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores*: capítulos de história jurídica européia: palestras Goodhart 1948-1985. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

¹⁶³BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Original de 1868. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1964, p. 291.

juiz tomaria a frente da relação processual, atitude cuja classe e modo não se diferenciaria muito daquela assumida frente à matéria em litígio¹⁶⁴.

Não é por outro motivo que o processo, no pensamento de Bülow, surge como um instrumento da jurisdição, que vinha entendida como atividade do juiz na criação do direito nos moldes do movimento do direito livre e, portanto, sem nenhum controle pelas partes. Nisso consubstancia-se aquilo que, no Brasil, André Leal veio a chamar de *paradoxo de Bülow*, uma vez que não poderia ser o processo, “ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz”¹⁶⁵. Na verdade, não se trata propriamente de um paradoxo, pois Bülow nunca pensou o processo como um mecanismo de controle da jurisdição, mas, sim, como um instrumento da própria jurisdição, dentro dos seus pressupostos que já foram mencionados.

O outro jurista decisivo para o nascimento da ciência processual foi Adolf Wach que, em 1888, escreve a obra *Der Feststellungsanspruch*, a fim de analisar a inovação fundamental decorrente do artigo 231 introduzido na ordenança processual alemã de 1877 e discutir a natureza da ação declarativa e as características que viriam a distingui-la da sua “irmã”, a ação de condenação¹⁶⁶. A grande contribuição de Wach foi, nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva, “enxergar a existência de uma pretensão processual adequadamente formulada através de uma ‘ação’, onde não se buscava ‘aquilo que nos era devido’ no *plano do direito material*, mas simplesmente pedia-se que o juiz declarasse por sentença que nada era devido por ninguém”¹⁶⁷. Como se vê, Wach dá continuidade à obra de Windscheid no sentido de separar a ação processual da *actio* romana (de direito material), o que “tornava evidente a existência de uma relação processual legitimamente formada e

¹⁶⁴BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Original de 1868. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa America, 1964, p. 293.

¹⁶⁵LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p. 65.

¹⁶⁶WACH, Adolf. *La pretension de declaracion: um aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho*. Traducción del alemán por el Dr. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJEA, 1962, p. 18.

¹⁶⁷SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81.

idônea a conduzir a uma sentença de mérito, sem que houvesse uma relação de direito material posta em causa pelo demandante”¹⁶⁸.

Em Wach não se tem tanto uma preocupação conceitual como em Windscheid, já que Wach pode ser considerado, junto com Kohler e Binding, como um dos principais representantes da teoria objetiva da interpretação. Com isso, rompia-se com a concepção defendida desde Windscheid de que a interpretação somente consistiria em averiguar a vontade empírica do legislador histórico, para se defender uma significação objetiva, independente da vontade do legislador, mas que seria imanente à lei. A lei, como uma vontade razoável da comunidade jurídica, seria uma constante força viva, de modo que o fim da interpretação não seria encontrar a vontade do legislador, mas a vontade do direito¹⁶⁹. Como bem adverte Larenz, os defensores da teoria “objetiva” da interpretação, apesar de apostaram em um método de interpretação legal “teleológica” (vontade da lei ou do direito - “a finalidade perseguida com a interpretação é pôr em claro a *vontade da lei*”¹⁷⁰), estavam em perfeita compatibilidade com a dedução lógico-conceitual da pandectística (e, portanto, o seu abandono seria apenas incipiente). Isso porque, ao contrário da jurisprudência dos interesses, que considerava os fins empíricos do legislador ou das forças sociais que estavam por detrás dele, os fins objetivos do direito, para Wach e outros juristas dessas correntes, eram aqueles que vinham exigidos pela razoabilidade interna do direito e, portanto, os conceitos jurídicos estariam conforme àqueles fins e deles poderiam ser apreendidos¹⁷¹.

Apesar de os referidos autores estarem em paradigmas distintos, o conceito de ação (desenvolvido por Windscheid e aperfeiçoado por Wach) acabou servindo de fundamento para o conceito de processo como relação jurídica (Bülow), como refere Paula Costa e Silva: “o único ponto para o qual a doutrina, uma vez aceite o conceito de relação processual, tinha de encontrar uma resposta respeitava ao fundamento dessa relação. Este veio a ser

¹⁶⁸SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81.

¹⁶⁹LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 48.

¹⁷⁰WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción del alemán por Timás A. Banzhaf. Volume I. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 370.

¹⁷¹LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 50.

identificado como o direito de acção”¹⁷². Assim, “a relação processual nasceria com o accionar daquele direito. E consoante se concebesse o direito de acção, assim se retiravam ilações sobre a estrutura da relação”¹⁷³.

O fato é que, do sincretismo improvisado entre o pensamento de Winscheid, Wach e Bülow, a escola italiana parte para a construção de uma série de conceitos que vão formar a chamada teoria geral do processo. O próprio conceitualismo não deixa de ser uma repriminção tardia da jurisprudência dos conceitos alemã. Ao mesmo tempo, foi com Chiovenda que se popularizou a ideia de que a atividade jurisdicional importaria na “atuação da vontade concreta da lei”, em evidente alusão à teoria “objetiva” da interpretação. Por fim, a ideia de processo como relação jurídica acabou servindo ora para reforçar o papel do juiz, ora para reduzi-lo conforme o gosto dos Estados autoritários da primeira metade do século XX.

2.5 A segunda fase do pensamento de Chiovenda, o processualismo científico italiano e a incorporação de princípios epistemológicos pela doutrina processual

Ainda que os problemas levantados por Chiovenda em 1906, em contraponto com o modelo do processo civil do Estado Liberal, estivessem muito mais ligados à construção de um processo mais eficiente e centrado na autoridade do Estado, e não em problemas sociais como era o caso de Klein e Menger, é importante destacar que tais perspectivas permaneceram sem seguimento na ciência processual posterior e na sua própria produção científica. O fascínio pelas grandes construções conceituais acabou impedindo o desenvolvimento do rico trabalho ideológico das correntes de inspiração social¹⁷⁴. Durante toda a primeira metade do século XX, a ideologia jurídica que dominou a ciência do processo encontrou esteio nas grandes obras sistemáticas, com a elaboração de princípios e categorias dotadas de intrínseca validade conceitual, como a jurisdição, a ação, a coisa julgada,

¹⁷²COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 85.

¹⁷³COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 85.

¹⁷⁴DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 15.

dentre outras. Tais construções conceituais gozavam de uma aparente neutralidade, pois, na verdade, correspondiam plenamente à ideologia conservadora dentro da qual a ciência jurídica tinha fundado seus princípios informadores¹⁷⁵. A época entre as duas grandes guerras foi, portanto, marcada por um substancial fechamento cultural e ideológico aos problemas sociais da justiça, caracterizando-se uma involução no progresso social e civil, da qual os juristas carregam não pouca responsabilidade¹⁷⁶.

Basta, nesse sentido, verificar como o direito processual passou a incorporar uma noção de princípio puramente epistemológica, que ainda se faz presente com grande força na teoria do processo no Brasil e no mundo. A noção de princípios gerais do direito, própria dos primeiros positivismos, soma-se a concepção epistemológica de princípios¹⁷⁷. Tais princípios, ao invés de colmatar as lacunas do formalismo do sistema de regras, serviam para informar o estudo científico de um ramo determinado da ciência jurídica¹⁷⁸. Nesse contexto, a doutrina processual veio a desenvolver uma série de princípios, como o princípio da demanda, da eventualidade, os princípios dos recursos, dentre outros. Tais princípios além de carecer de espessura normativa, sequer foram criados para suprir lacunas do sistema de regras, mas, no máximo, para atribuir sistematizar de forma coerente das diversas regras processuais de modo a explicá-las de forma mais organizada.

3 A fase de transição entre o Estado Social e o Estado Democrático de Direito

¹⁷⁵DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 17. Trata-se da fase metodológica do processo denominada processualismo. A respeito, ver MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁷⁶DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971, p. 28-29.

¹⁷⁷Conforme Rafael Tomaz de Oliveira, entre os princípios gerais do direito e os princípios epistemológicos não há uma “evolução conceitual linear, até mesmo porque as manifestações epistemológicas dos princípios jurídicos não excluíram o uso teórico e metodológico do significado dos princípios gerais do direito. Alias, os princípios que retratamos aqui como epistemológicos, começam a ser gerados no contexto da consolidação do Estado Liberal e da radicalização do estatualismo no continente no final do século XIX, mesmo período em que a metodologia jurídica produzia as justificativas para o uso dos princípios gerais do direito como aportes possíveis para solução das lacunas existentes nos Códigos racionalistas” (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53).

¹⁷⁸OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

A retomada das preocupações com relação à realidade social por parte dos juristas ocorreu somente após a segunda guerra mundial, em obras como as de Ascarelli¹⁷⁹, Cappelletti¹⁸⁰, Denti¹⁸¹ e Trocker¹⁸². Ocorria uma modificação na raiz ideológica e na concepção global do processo¹⁸³. A garantia de acesso à tutela jurisdicional passou a significar não somente a eliminação de obstáculos e de limites formais ao exercício da ação, mas também a eliminação de condicionamentos e discriminações sociais e econômicas capazes de limitar e excluir de fato o acesso à justiça¹⁸⁴. Novas técnicas internas do processo começaram a ser alçadas à consecução da justiça social, dentre elas, a simplificação das formas procedimentais, a presença de juízes leigos nos órgãos judiciais e o aumento dos poderes do juiz, sobretudo no campo da prova¹⁸⁵. No Brasil, as obras de Ada Pellegrini Grinover¹⁸⁶ e Barbosa Moreira¹⁸⁷ marcaram essa renovação nos estudos do processo civil¹⁸⁸, merecendo destaque ainda o ensaio seminal de Galeno Lacerda “o código como sistema legal de adequação do processo civil”, no qual o referido jurista cuidou de ressaltar o caráter instrumental do processo civil¹⁸⁹. Nessa onda de rupturas e mudanças, o processo vai gradativamente deixando de ser compreendido como aquele instrumento neutro e indiferente ao direito material e aos problemas sociais. O aumento dos poderes do juiz, no entanto, estava ligado à

¹⁷⁹ASCARELLI, Tullio. Litigiosità e ricchezza. In: *Scritti Giuridici In Memoria Di Piero Calamandrei*. Padova: CEDAM, 1958. v.1, p. 57-72.

¹⁸⁰CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

¹⁸¹DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

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

¹⁸³TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 312.

¹⁸⁴TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 313.

¹⁸⁵DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 56.

¹⁸⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

¹⁸⁷BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 1977. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: Segunda Série*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: Quarta Série*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

¹⁸⁸Acerca do tema, com ampla análise doutrinária e histórica do tema, ver, LEMOS, Jonathan Iovane de. *A organização do processo civil do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Fundamentação histórica*. Dissertação de mestrado. PUCRS, 2011, pp. 103-111. Texto no prelo gentilmente cedido pelo autor.

¹⁸⁹LACERDA, Galeno. O código como um sistema de adequação do processo civil. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976.

necessidade de redução das desigualdades em relação ao litigante socialmente mais fraco¹⁹⁰.

Um dos autores mais influentes nesse intento é Eduardo Couture. Para ele, o exame dos institutos processuais desde um ponto de vista constitucional constituiria uma empresa cuja fecundidade não seria possível determinar. O grande mérito de Couture é enxergar o direito de ação como direito constitucional. Dessa forma, “a ação constitui uma forma típica do direito constitucional de petição. Este é o gênero; a ação é a espécie”¹⁹¹. Com isso, ele estabelece a tese, para a época inovadora, de que proibisse o acesso ao Tribunal seria inconstitucional¹⁹².

Nessa linha de tendências, a constitucionalização do processo ficou limitada a incorporação de garantias processuais nos textos constitucionais, como uma ênfase nas questões envolvendo o acesso à justiça, principalmente a partir da década de setenta, com a obra de autores como Mauro Cappelletti. A isso, pois, limitou-se a constitucionalização do processo civil na transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito.

4 A evolução do Processo Civil Brasileiro e o atual estágio das discussões processuais no Brasil: a (pseudo) constitucionalização do processo e a resistência positivista presente nas posturas críticas do direito processual

4.1 O Código de Processo Civil de 1939

A criação de um Código de Processo Civil nacional era uma exigência da Constituição de 1934 e também da Constituição de 1937. Antes disso, cabia

¹⁹⁰Nessa linha, Denti visualiza o aumento dos poderes do juiz sob três perspectivas: 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; 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; e o crescimento dos poderes do juiz relativamente à disponibilidade da prova (DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971, pp. 63-64).

¹⁹¹COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978, p. 39. (a edição original data de 1947).

¹⁹²COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978, p. 41.

aos Estados legislar sobre o processo civil, o que era considerado, pelo Ministro da Justiça Francisco de Campos, uma “desastrosa tendência para a descentralização”¹⁹³. O contexto histórico brasileiro exigia a centralização do processo civil para todo o país, de modo que coube à União a competência exclusiva para legislar sobre a matéria. E não poderia ser diferente, afinal o panorama político, desde o início da década, era o da ascensão da política centralizadora de Getúlio Vargas, que, ainda em novembro de 1930, veio a dissolver o Congresso Nacional, assumido os Poderes Executivo e Legislativo, e a destituir todos os Governadores de Estado (com exceção de Minas Gerais) nomeando, em seus lugares, interventores federais.

A história do Código de Processo Civil alinha-se com as agitações da história política brasileira na década de trinta. Em razão das pressões políticas, em 1933 o Governo Provisório realizou as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte. Em julho de 1934 era promulgada a nova Constituição, que estabelecia uma República federativa e, ao lado de ideais liberais, diversas novidades inspiradas na Constituição de Weimar¹⁹⁴. Pelo voto indireto, Getúlio Vargas veio a ser eleito presidente, em julho de 1934, governo que deveria durar até 1938, quando, então, seriam realizadas eleições diretas para Presidência da República. Contudo, a onda totalitarista que tomou a Europa, com Mussolini, Stalin e Hitler, não permitiram o voto direto à Presidente.

A crise mundial econômica e do liberalismo deram forças aos movimentos ultranacionalistas (ditatoriais/totalitaristas/nacionalistas) que consideravam caber ao Estado “organizar a nação para promover dentro da ordem o desenvolvimento econômico e o bem-estar geral”¹⁹⁵. Em 1937, tropas da polícia militar cercaram o Congresso e impediram os parlamentares de ingressarem. Era o início da ditadura e a implantação do “Estado Novo”, que não representava um rompimento integral com o passado, ficando mantida a

¹⁹³CAMPOS, Francisco. A reforma do processo civil. *Revista Forense*. Abril de 1939. Rio de Janeiro: Forense, 1939, p. 187.

¹⁹⁴A Constituição de 1934 “se inspirava na República de Weimar – o regime que governou a Alemanha entre o fim da I Guerra Mundial e a ascensão do nazismo. Era uma coincidência ironicamente profética: como Weimar, a Constituição de 1934 estava destinada a ser meramente transitória, vigorando por apenas três anos, até o advento do Estado Novo” (BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção*. São Paulo: Leya, 2010, p. 344).

¹⁹⁵FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2010, p. 195.

política centralizadora do Poder e a promoção da industrialização do país. Em contrapartida a tal “ditadorismo” e como forma de obter apoio da classe operária, foram regularizados os sindicatos e a sindicalização. Em 1940 era criado o imposto sindical e ficava estabelecido o salário mínimo, instrumentos que juntamente com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943 criaram a imagem simbólica do Getúlio Vargas como defensor dos trabalhadores.

Nesse contexto formou-se o discurso do Código de Processo Civil de 1939: uma imposição da nova ordem política brasileira, que, segundo o Ministro Francisco Campos, “reclamava um instrumento mais popular e eficiente para a administração da justiça”¹⁹⁶. O novo regime deveria constituir a restauração da autoridade e do caráter popular do Estado, de modo que a opção política do Código era uma consequência necessária do regime instaurado em 10 de Novembro e definido na Constituição. Procurava-se, ainda nas palavras do Ministro Francisco Campos, “aproximar, o mais possível, Governo e Povo”, eliminando-se os intermediários na vida política do Brasil. O Código de Processo Civil, dessa forma, “exprimiria, no campo em geral tão impermeável do sistema legal, essa tendência vital do regime, entregando ao povo um instrumento fácil e direto para fazer valer os direitos” que a lei civil lhe atribuía¹⁹⁷. O Código, em síntese, constituía uma reivindicação da massa popular contra erros que a fizeram perder a confiança na justiça e na lei. Era, enfim, uma grande conquista social¹⁹⁸.

Partindo desses elementos próprios da configuração do Estado brasileiro daquele momento histórico, o Código do Processo Civil brasileiro de 1939 foi influenciado pela cultura processual europeia do início do Século XX, mormente a doutrina processual presente no código austríaco de 1895, no projeto Chiovenda de 1919 e no código português de 1926¹⁹⁹. Tais endereços doutrinários serviam bem para espelhar um processo civil público e social, que

¹⁹⁶CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos. In: *Código do processo civil do Brasil - Decreto-Lei nº 1.608 de 18 de Setembro de 1939*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1939, p. 1.

¹⁹⁷CAMPOS, Francisco. A reforma do processo civil. *Revista Forense*. Abril de 1939. Rio de Janeiro: Forense, 1939, p. 189.

¹⁹⁸CAMPOS, Francisco. A reforma do processo civil. *Revista Forense*. Abril de 1939. Rio de Janeiro: Forense, 1939, p. 189.

¹⁹⁹LIEBMAN, Enrico Tullio. Il nuovo "código de processo civil" brasiliano. In: *Problemi del processo civile*. Milano: Morano, 1962, p. 484.

respaldasse a autoridade do Estado, rompendo com as posturas liberais do processo civil. Cumpre, pois, verificá-los.

4.1.1 Os endereços doutrinários do Código de 1939

O Código de Processo Civil de 1939 seguia as linhas doutrinárias de Giuseppe Chiovenda, Franz Klein e José Alberto dos Reis, autores que tiveram extrema importância para o desenvolvimento do direito processual, respectivamente, na Itália, Áustria e Portugal. Ressalta-se, o Código de Processo Civil de 1939 parece ter sido influenciado pela primeira fase do pensamento de Chiovenda (preocupações publicistas) e pelo socialismo jurídico de Klein. Como tais autores já foram analisados, importa analisar, rapidamente, o desenvolvimento teórico da obra de José Alberto dos Reis.

José Alberto dos Reis foi o autor do Projeto do Código de Processo Civil português publicado em maio de 1939. Suas ideias penetraram de forma bastante profunda na doutrina processual brasileira da época, mormente no que tange ao incremento dos poderes do juiz. Ao elaborar o Código de Processo Civil de Portugal, José Alberto dos Reis procurou romper com a tradição do código até então vigente, “construído sobre a velha concepção francesa da inércia e passividade do juiz”²⁰⁰.

Esse modelo de *juiz manequim* ou *juiz fantoche* era, para ele, a consequência do conceito individualista do processo, em que a relação processual ia considerada como um negócio de exclusivo interesse particular, de que as partes podiam dispor como coisa sua²⁰¹. A partir da diferenciação do direito subjetivo e da relação processual, de caráter público, José Alberto dos Reis afirmava que o Estado, no desenvolvimento do processo, teria um interesse a defender e uma função a desempenhar: “assegurar a realização do direito objectivo, fazer triunfar a justiça”²⁰². A ação dos órgãos judiciários deveria ser tão pronta, completa e perfeita quanto possível, o que tornaria imprescindível “assinar ao juiz um papel *activo*, uma intervenção directa e

²⁰⁰REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª edição actualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1929, p. 207.

²⁰¹REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª edição actualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1929, p. 208.

²⁰²REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª edição actualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1929, p. 208.

eficaz na instrução da causa e na marcha do processo”²⁰³. Dessa maneira, ao conceito de *juiz inerte* seria contraposto o conceito de *juiz ativo*, um juiz que deveria “encaminhar prontamente o litígio para uma solução final que, por ser rápida, não deixe de ser justa”²⁰⁴.

Para cumprir esse papel, José Alberto dos Reis delineou *poderes de inspeção* e *poderes de promoção* ao juiz. A partir dos poderes de inspeção, competiria ao juiz chamar a atenção das partes para quaisquer deficiências, irregularidades ou vícios que pudessem ser corrigidos, bem como convidar as partes a esclarecer e completar as suas alegações e os seus meios de prova²⁰⁵. Em face dos poderes de promoção, o juiz poderia ordenar exames, vistorias e avaliações, determinara o comparecimento pessoal das partes para tentar conciliar ou para ouvi-las sobre fatos essenciais da causa, requisitar a apresentação de documentos, plantas, desenhos ou objetos indispensáveis ao esclarecimento da questão, além de, em linhas gerais, remover todos os obstáculos ao seguimento do processo, afastando tudo que possa impedir o andamento da causa²⁰⁶.

4.1.2 O aumento dos poderes do juiz como marca do Código de 1939

A legislação brasileira, desde a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, passando pelo Regulamento 737, de 1850, e depois pelos Códigos Estaduais, sempre foi, conforme Candido Naves, influenciada pelo “figurino francês, do juiz sem expressão no processo, mais ou menos inerte, silencioso e quêdo, à espera de que, chegado ao fim, lhe fossem os autos conclusos, para que, então, deles tomasse conhecimento”²⁰⁷. O Código de Processo Civil de 1939, acompanhando o agigantamento do papel assumido pelo Estado, enfatizava o caráter público do processo e, com isso, “introduziu uma inovação

²⁰³REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª edição actualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1929, p. 208.

²⁰⁴REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª edição actualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1929, p. 208.

²⁰⁵REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª edição actualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1929, p. 211.

²⁰⁶REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª edição actualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1929, pp. 222-223.

²⁰⁷NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A., 1949, p. 30.

sem precedentes nos anais da processualística pátria”²⁰⁸. Tanto é assim que a doutrina processual que escreveu após a promulgação do Código procurou enfatizar o rompimento com a concepção privatista do processo, de uma luta judiciária como um duelo entre os litigantes apenas fiscalizado pelo juiz²⁰⁹. Até então, “o direito afirmando no pretório era o direito que tinha ido à guerra e retornado vitorioso”²¹⁰. Com o Código, o juiz deixava de ser “um dois de paus, que assistia impassível ao torneio judicial”²¹¹ para representar a autoridade do Estado frente aos litigantes, com vistas à consecução da justiça.

O elemento que estava por trás da mudança no papel do juiz era a mudança da própria concepção do processo. Substituiu-se o sistema tradicional do processo, de concepção privatista, pelo sistema considerado moderno, em que predomina a concepção publicística. E, dessa forma, na medida em que o processo deixava de ser considerado como uma atividade de simples interesse particular, para ser considerado como um instituto de direito público, também era modificado o papel do juiz no processo²¹². Como a passividade do juiz era a consequência natural da feição individualista do processo²¹³, as novas tendências publicísticas não permitiam que o juiz apenas fiscalizasse o processo enquanto as partes dirigiam o processo segundo os seus caprichos²¹⁴. A boa administração da justiça e a vitória da verdade em júízo passavam a ser interesse primordial do Estado.

Com isso, no entanto, não se retirava das partes a liberdade para invocar ou não a tutela dos órgãos do Estado, nem de dispensá-los ou deles desistir após provocar a sua atividade. Porém, o processo também não poderia ser considerado como propriedade das partes, de modo que o papel de dirigi-lo

²⁰⁸VIANNA, Ataliba. *Inovações e obscuridades do Código de Processo Civil e Comercial Brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins, 1940, p. 2.

²⁰⁹REZENDE FILHO, Gabriel de. A reforma processual e o anteprojeto do Código de Processo Civil e Comercial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.78, abr. 1939, p. 202

²¹⁰NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 52.

²¹¹VIANNA, Ataliba. *Inovações e obscuridades do Código de Processo Civil e Comercial Brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins, 1940, p. 53.

²¹²NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 31.

²¹³REZENDE FILHO, Gabriel de. A reforma processual e o anteprojeto do Código de Processo Civil e Comercial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro v.78, abr. 1939, p. 202.

²¹⁴GARCEZ NETTO, Martinho. A função do juiz na direção do processo. In: *Prática de Processo Civil*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 14.

caberia ao juiz²¹⁵. Daí que, as partes permaneceram livres quanto à configuração do objetivo litigioso e a determinação das suas reivindicações. Os movimentos do juiz deveriam ser limitados pelo pedido²¹⁶.

Quanto aos poderes de direção do processo, o legislador conferia ao juiz a efetivação condução do processo, “mediante intervenção constante, decisiva e autorizada”²¹⁷. A busca da verdade era um ideal a ser perseguido no processo e, dessa forma, a nova legislação atribuiu ao juiz amplos poderes, para determinar, de ofício, novas investigações, diligências e esclarecimentos, inclusive determinando a realização de exame pericial após o despacho saneador, caso entendesse não estar suficientemente habilitado para decidir a causa sem a produção da respectiva prova²¹⁸. Tais poderes vinham estampados no artigo 294 do Código, que, segundo Cândido Naves, abria ensejo à colaboração do juiz na produção da prova²¹⁹.

A total liberdade das partes no tocante à prorrogação dos prazos também foi suprimida. Obviamente, seria dissonante da concepção publicística do processo deixar as partes livres no tocante ao tempo²²⁰. Como medida de prudência e equilíbrio o Código de 1939 colocou como condições para a prorrogação dos prazos processuais o assentimento das partes e apreciação pelo Juiz, rompendo com a absoluta liberdade das partes na disposição do tempo do processo²²¹.

Enquanto as legislações processuais anteriores permitiam que, na hipótese de litisconsórcio passivo necessário, o processo se desenvolvesse até o final, quando a sentença proclamava a ocorrência de nulidade como consequência da ausência do litisconsorte, o Código de 1939 poupava, nas palavras da Cândido Naves, “o tempo das partes e do Juiz, e economiza-se o

²¹⁵THEILER, Eduardo. O projeto de Código de Processo Civil. *Revista Forense*. Abril de 1939. Rio de Janeiro: Forense, 1939, p. 219.

²¹⁶ NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 86.

²¹⁷ NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 91.

²¹⁸ GARCEZ NETTO, Martinho. A função do juiz na direção do processo. In: *Prática de Processo Civil*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 15.

²¹⁹ NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 156.

²²⁰ NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 95.

²²¹ NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 95.

dinheiro daquelas” com a providência o artigo 91 que permitia ao juiz ordenar a presença do terceiro para integrar o contraditório, cabendo ao autor cumprir tal medida, obstando a perda inútil da atividade jurisdicional²²².

Além disso, seguindo a orientação do Código português, o juiz deveria colaborar com as partes, orientando os debates acerca dos pontos controvertidos, evitando, assim, que os litigantes argumentassem em vão e insistissem em torno de pontos tranquilos ou anódinos, para centrar-se no debate daquelas questões que reputasse ainda não suficientemente esclarecidas²²³. A possibilidade de o juiz colocar em equação, já no despacho saneador, os problemas a serem resolvidos no processo, focalizando os pontos nucleares da controvérsia e permitindo, assim, que as partes soubessem das suas intenções antes da sentença era um ponto que, de certa maneira, chocou a doutrina processual que cuidou de analisar o Código, pois, assim, às partes poderiam desvendar as intenções do julgador. Enfrentando a questão, na linha dos influxos culturais que alicerçavam a codificação, Cândido Naves, não somente defendia tal possibilidade como também contestava as razões pelas quais se entendia que a sentença devesse ser sempre uma surpresa²²⁴.

Outro ponto alto do Código era a aposta na oralidade, o que era uma influência direta da doutrina de Chiovenda, bastante conhecida pela doutrina processual civil formada quando da promulgação do Código. Isso tanto é verdade, que, ainda em 1939, a Revista Forense publicava o artigo “A Oralidade e a Prova”, em que o mestre italiano tecia diversas considerações acerca da oralidade e da concentração dos atos processuais²²⁵. É inegável que a oralidade vinha prevista no Código juntamente com o aumento dos poderes do juiz. Nesse sentido, Francisco Campos afirmava:

A nova lei de processo associará ao debate oral a maior autoridade do juiz, que intervém no feito para tornar possível o descobrimento da verdade e assegurar, com o rápido

²²² NAVES, Cândido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, pp. 104-105.

²²³ NAVES, Cândido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 119.

²²⁴ NAVES, Cândido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 123.

²²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Lo stato attuale de processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali. In: *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 1930, p.

andamento da causa, a boa administração da justiça, em que a sociedade e o Estado têm tanto interesse quanto as partes litigantes.²²⁶

O processo oral viria a atender às mais nobres exigências do Código e por isso foi, conforme constou na exposição de motivos, o sistema adotado. Com a adoção do processo oral, conferia-se o caráter de instrumento público ao processo, substituía-se a concepção duelística pela concepção pública do processo, simplificava-se a sua marcha, racionalizava-se a sua estrutura e, sobretudo, organizava-se o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, na medida em que o juiz era colocado em contato direto com o material probatório²²⁷.

Em linhas gerais, caberia ao juiz o papel preponderante na instrução da causa, fiscalizando a sua marcha, impedindo chicanas, demoras, fraudes e artifícios, ordenando a produção das provas que julgar convenientes, armando, enfim, de todos os poderes que o habilitem a proferir sentença justa²²⁸. Caminhava-se, por conseguinte, para a construção de um processo mais simples e célere, abolindo incidentes procrastinatórios e combatendo artifícios dilatórios porventura utilizados pelas partes.

A tendência de aumento dos poderes do juiz foi criticada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, o qual considerava excessivo o poder de intervenção no andamento do processo que o projeto atribuía ao juiz, considerando, também, como perigoso o grande arbítrio dado ao magistrado na apreciação das provas²²⁹. Para amenizar tais críticas, foram impostos alguns limites ao juiz, evitando-se assim que a classe dos advogados viesse a repudiar o Código.

4.1.3 Os limites impostos pelo Código à atuação do juiz

²²⁶CAMPOS, Francisco. A consolidação jurídica do regime. In: O Estado Nacional. Brasil: Editora SSETSF, 2001, p. 11.

²²⁷CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos. In: *Código do processo civil do Brasil* - Decreto-Lei nº 1.608 de 18 de Setembro de 1939. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1939, p. 18.

²²⁸REZENDE FILHO, Gabriel de. A reforma processual e o anteprojeto do Código de Processo Civil e Comercial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.78, abr. 1939, p. 202.

²²⁹AZAVEDO, Noé. Parecer do Instituto dos Advogados de São Paulo sobre o Anteprojeto do Código de Processo Civil, p. 195.

A lei não dava carta branca para o juiz fazer o que lhe aprouvesse. Ao contrário, procurava delimitar sua discricionariedade, impondo-lhe o dever de não prejudicar, no exercício do seu arbítrio, a defesa dos interessados²³⁰. Afinal, conforme Cândido Naves, não seria possível que o legislador aumentasse os poderes do magistrado e deixasse, ao mesmo passo, “de apresentar providências impeditivas do transbordamento das atividades do Juiz, ou de sua hipertrofia no processo”²³¹.

Conforme Vianna, “no afã de resguardar o direito de defesa contra os golpes de prepotência” o artigo 121 do Código armava o prejudicado com um recurso extremo: a responsabilidade civil do juiz, quando este, no exercício das suas funções, incorresse em dolo ou fraude, bem como, sem justo motivo, recusasse, omitisse ou retardasse providências que devesse ordenar de ofício ou a requerimento das partes²³².

Efetivamente, era grande a preocupação no sentido de que o juiz fosse levado a ampliar ainda mais os seus poderes, razão pela qual parcela significativa da doutrina defendia que ao aumento dos poderes do juiz deveriam corresponder medidas correlatas de controle das suas atividades, de vigilância da sua ação, de efetiva e severa punição aos seus excessos ou desmandos²³³. Todavia, era na motivação das sentenças e despachos que se visualizava o principal limite “tendente a obviar os percalços do mau juiz”²³⁴.

4.2 O Código de Processo Civil de 1973 como uma consequência da nova postura do Estado no Brasil

O Código de Processo Civil de 1973 teve origem no anteprojeto apresentado, em 1964, pelo então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid. Os anos que antecederam a década de 70, mais precisamente a partir do golpe militar

²³⁰VIANNA, Ataliba. *Inovações e obscuridades do Código de Processo Civil e Comercial Brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins, 1940, p. 55.

²³¹NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 192.

²³²VIANNA, Ataliba. *Inovações e obscuridades do Código de Processo Civil e Comercial Brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins, 1940, p. 56.

²³³NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 214.

²³⁴NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949, p. 68.

de 1964, foram os “anos de chumbo” do Brasil, que culminaram, em março de 1968, no AI-5, com o fechamento do Congresso, a autorização do Executivo para legislar, a suspensão de garantias constitucionais e legais como vitaliciedade, inamovibilidade ou estabilidade dos juízes, a permissão para o presidente demitir, remover, aposentar, transferir juízes, empregados e militares, e a suspensão das imunidades parlamentares. A linha adotada neste período foi tão dura que o AI-13 criou a pena de banimento do território nacional, a todo cidadão “inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional”. Em nome da “Segurança Nacional” toda e qualquer arbitrariedade era permitida e “legalizada”. Os poderes outorgados ao “executivo” foram de tamanha excepcionalidade que permitiam o governo passasse a legislar sobre assuntos relevantes através de Decretos-Leis. A Constituição de 1967 foi a materialização destes poderes²³⁵.

Nesse contexto nascia o Código de Processo Civil de 1973: “instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei”²³⁶. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduziriam a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deveria ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito, notadamente a rapidez e a justiça. Seria um resultado da técnica, que transcenderia as fronteiras do país, com validade, pois, para muitas nações²³⁷.

O Código de Processo Civil de 1973, apesar de não abandonar completamente as concepções publicísticas e sociais do processo – era um Código pautado na busca pela conciliação entre inovação e conservação – inseriu o processo civil brasileiro no processualismo²³⁸, que era a linha de

²³⁵BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção*. São Paulo: Leya, 2010, p. 392.

²³⁶BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do anteprojeto de código de processo civil. *Revista Forense.*, Rio de Janeiro, 1964. v. 207, p. 28.

²³⁷BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do anteprojeto de código de processo civil. *Revista Forense.*, Rio de Janeiro, 1964. v. 207, p. 28.

²³⁸É adequado falar que o processualismo aterrisa em solo brasileiro somente com o advento do Código de Processo Civil de 1973. Conforme Daniel Mitidiero, “a influencia da processualística alemã do final do século XIX e, mais fortemente, da doutrina italiana da primeira metade do século XX na formação do Código Buzaid é evidente (...) O Código Buzaid, dado o neutralismo científico que pressupunha, acabou disciplinando o processo civil tendo presente dados sociais da Europa do século XIX (...) Não pode causar espanto, pois, o fato de o Código Buzaid ser considerado, em suas linhas gerais, um Código individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, pensado a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva. É fundamental perceber que o Processualismo impôs à ciência processual uma atitude neutral

pensamento prevalecente na Europa na primeira metade do século XX, principalmente na Itália.

Ao contrário do Código de 1939, que apostava no caráter público e social do processo, o Código Buzaid era um Código centrado na técnica e na neutralidade científica, em suma, na indiferença social que bem se amoldava aos valores liberais que encamparam a teoria do processo como relação jurídica²³⁹, perspectiva própria de um projeto histórico de neutralidade social²⁴⁰. Apesar de o Código de 1973 ter mantido o processo oral, a ênfase já não era mais no acento dos poderes do juiz, o que não era de se estranhar, pois, ao lado da supressão da vitaliciedade, inamovibilidade ou estabilidade dos juízes, o papel do Poder Judiciário também passava a ser secundário, ficando toda a ênfase no Executivo²⁴¹.

4.3 O estágio atual da doutrina processual civil no Brasil: as discussões em torno das fases metodológicas do processo

Um dos temas que tem sido objeto de intenso debate pela doutrina processual brasileira é o das chamadas fases metodológicas do processo. Como já foi referido no presente trabalho, autores como Windscheid, Wach e Bülow tiveram o mérito de superar etapas evolutivas anteriores do processo (período primitivo, etapa judicialista, escola praticista e procedimentalismo ou

com relação à cultura. Ao fazê-lo, acabou perenizando determinado contexto cultural. Ao isolar o direito da realidade social, congelou a história no momento de realização de seu intento. O direito processual civil, ao seguir o programa da pandectística, encampado logo em seguida pelo método italiano, veio a se reproduzir ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX" (MITIDIÉRO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 183, pp. 176 e 182).

²³⁹Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, "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 pandectística germânica" (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp.4-5).

²⁴⁰CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica – Seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981, p. 35.

²⁴¹Não é por menos que, nos Estados totalitários, conforme a doutrine de Alfredo Rocco, processualista defensor do regime fascista na Itália, deveria ficar a cargo do legislativo a transformação jurídica da sociedade, sob a dependência do governo, ao passo que o Executivo seria a expressão mais genuína do Estado, o órgão essencial e supremo da sua ação, enquanto o judiciário exerceria um papel bastante secundário (ROCCO, Alfredo. *La trasformazione dello stato; dallo stato liberale allo stato fascista*. Roma: La Voce, 1927, p. 23)

praxismo)²⁴². No que diz respeito a tais períodos da história do direito processual, poder-se-ia alinhar a distinção mais importante a partir da superação dessa fase praxista – em que o processo era visto como um direito adjetivo, como apêndice do direito material –, pelo processualismo, período no qual o direito processual civil ganhou foros de ciência, autonomizando-se do direito material. A grande questão, por conseguinte, consistiria em saber qual o estágio atual do direito processual civil brasileiro, ou, melhor, em qual fase metodológica estaria inserido.

Antes de adentrar no tema, importa ressaltar que a distinção propugnada pela doutrina processual não trabalha propriamente com o conceito de metodologia. Sequer há uma preocupação em diferenciar o método da metodologia, a qual consistiria em uma reflexão crítica acerca do método²⁴³. Por outro lado, a análise do processo civil a partir de um olhar pré-nominado por fases não deixa de ser uma classificação. E as classificações não são boas ou ruins; elas são úteis ou inúteis²⁴⁴. O problema é que, também do ponto de vista classificatório, as referidas fases não trazem elementos que, em diferente grau ou intensidade, se repetem, sendo inclusive duvidosa a sua utilidade. Em suma, a discussão a respeito das fases do processo teria a estrita serventia de trazer à lume a discussão a respeito dos principais elementos que devem nortear o direito processual atualmente, perspectiva na qual diversos autores defendem que a sua linha de raciocínio abarcaria melhor o atual estágio de desenvolvimento do processo.

No Brasil, costuma-se considerar a existência de uma terceira fase metodológica, posterior ao processualismo, consubstanciada nos estudos da escola paulista de processo, a partir da obra de Cândido Dinamarco. Para este autor, o processo funcionaria como um instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados²⁴⁵. Mediante a utilização do sistema processual, o Estado viria, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Essa postura, por sua vez, teria relação direta com o papel do Estado

²⁴²PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

²⁴³Sobre o tema, ver CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

²⁴⁴CARRIÒ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, pp. 72-73.

²⁴⁵DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 62-63.

contemporâneo e com os postulados do chamado Estado Social, o qual seria a providência do povo, o visualizador do bem comum. A jurisdição, nessa senda, deveria ser vista como uma das expressões do poder estatal, além de constituir-se como polo metodológico da teoria processual. Para a escola instrumentalista, existiria um feixe de objetivos a serem alcançados mediante a atividade jurisdicional, os quais estariam situados no campo propriamente jurídico (atuação da vontade do direito substancial), no campo social (pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios) e no político (afirmação do poder estatal; participação democrática; preservação do valor liberdade)²⁴⁶. A jurisdição caracterizar-se-ia, pois, como uma das funções do Estado, voltada aos objetivos assim definidos, de modo que a tutela dos direitos não poderia ser o escopo da jurisdição nem do sistema processual. A jurisdição, portanto, estaria dotada de um escopo metajurídico, geralmente localizado na paz social. Eliminar conflitos mediante critérios justos seria o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado. Também a educação seria um escopo instrumental do processo, conscientizando-se os membros desta para direitos e obrigações e chamando a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo. O próprio direito teria inegavelmente um fim político, ou fins políticos, e seria imprescindível encarar o processo como algo do qual Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei. Ao juiz, diante do caso concreto, caberia, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso, com liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfizesse seu sentimento de justiça. Não teria, contudo, salvo em situações teratológicas, o poder de alterar os desígnios positivados pelo Estado através da via adequada, ainda que para corrigir situações que lhe parecessem desequilibradas²⁴⁷.

Note-se que, a partir das ideias publicísticas e sociais, a doutrina instrumentalista acaba transformando o processo em um instrumento a serviço do Estado, para que este atinja os seus fins, sendo que estes não viriam muito

²⁴⁶DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 137.

²⁴⁷DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 91, 95, 136, 137, 180, 184, 191, 193, 199-200, 235.

bem delimitados. Ademais, uma vez que o processo não teria com objetivo a tutela ou concretização dos direitos, o papel das partes fica sobremaneira enfraquecido, pois estas estariam à disposição do instrumento estatal, mediante o qual, por assim dizer, seria imposta a paz social de forma justa, ou seja, com base na sensibilidade do julgador ou no sentimento que este nutre acerca da justiça. Trata-se, como se pode ver, de uma concepção de processo com um grande déficit democrático, despreocupada com os direitos fundamentais e que, além disso, aposta na subjetividade do juiz, o qual poderia escolher, a partir da sua concepção de justiça, pelo menos duas possíveis respostas para o caso concreto, desde que respeitada a vontade estatal. Não há dúvida, pois, que referida linha de pensamento afigura-se insustentável no Estado Democrático de Direito, sendo até duvidosa a sua vinculação ao Estado Social, pois parece muito mais afeita a um modelo autoritário de Estado.

Pode-se dizer que a doutrina publicística e social do processo teve um inegável mérito de superar a concepção puramente liberal do processo. Todavia, esse discurso merece atualizado pelo Estado Democrático de Direito. Afinal, 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 a participação destas na formação dos provimentos. Ademais, nem a jurisdição, nem o processo podem ser compreendidos como um instrumento pelo qual o Estado se serve para alcançar fins políticos, sociais e jurídicos. Na mesma linha, pensar que o processo e a jurisdição não devem ter como missão precípua a concretização dos direitos (muitos deles fundamentais, diga-se de passagem), mas, sim, atuar a vontade do direito, da lei ou do Estado, parece ser uma postura incapaz de dialogar com as bases constitucionais dos Estados Democráticos, calcados na proteção do homem e da sua dignidade. Por fim, entregar ao órgão judicial o poder solitário de (re)velar a vontade do direito e do Estado, e até mesmo de aplicar com sensibilidade suas concepções pessoais acerca do justo, é esquecer outro pilar dos Estados Democráticos: a própria noção de democracia.

Atualmente, parcela considerável da doutrina vem sustentando a derrocada do instrumentalismo para, então, afirmar a existência de uma nova

fase no âmbito do direito processual afeita ao neoconstitucionalismo. É o caso, por exemplo, do chamado *neoprocessualismo*, cujo nome, segundo um dos seus arautos, teria uma interessante função didática, no sentido de remeter rapidamente ao neoconstitucionalismo, além de trazer com o prefixo “neo” uma proposta de revisão das categorias processuais definidas no bojo do processualismo²⁴⁸. Outro autor que trabalha em perspectiva semelhante é Eduardo Cambi, o qual, com algumas diferenças em relação a Fredie Didier, defende aquilo que ele denomina *neoprocessualismo*²⁴⁹.

Outra proposta de estudo do processo civil com bases constitucionais é o *formalismo-valorativo*, que tem, como principais expoentes, os professores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero. Para esses autores, que tecem interessante crítica ao instrumentalismo, as relações entre processo e Constituição iriam além do plano das garantias constitucionais, devendo ser pensadas a partir da *nova teoria das normas e dos direitos fundamentais*, ficando o processo civil no centro da teoria do processo e cabendo ao juiz operar não mais uma jurisdição declaratória, mas uma verdadeira reconstrução da ordem jurídica. Nessa senda, ainda, o processo seria formado a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança -, base axiológica a partir da qual ressaíram princípios, regras e postulados para a sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação²⁵⁰.

O primeiro problema que se verifica nessas posturas críticas e que, em geral persiste na doutrina brasileira do processo, é a forma como a Constituição é tratada, ao ponto de não ser problematizada quanto ao seu papel e significado, como será visto no ponto 1.2 da segunda parte deste trabalho. Ou seja, os autores apesar de defenderem um processo com bases constitucionais sequer param para perguntar o que é isto a Constituição do Brasil. Somado a isso, há um forte comprometimento dessas teorias com o *neoconstitucionalismo*, que, na prática, vem representando apenas uma

²⁴⁸DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Volume1. 12ª edição. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 27-29.

²⁴⁹CAMBI, Eduardo Augusto. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo In: FUX, Luiz; Nery Júnior, Nelson; Alvim, Teresa Arruda (coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo : Rev. dos Tribunais, 2006.

²⁵⁰ALVARO 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. 154.

superação do positivismo exegético, deixando de tematizar aquilo que é o grande problema do positivismo: a discricionariedade judicial²⁵¹. Dessa forma, o que na escola instrumentalista vinha expresso – ou seja, a noção de que decidir importa em fazer escolhas e que, por conseguinte, o juiz sempre tem, diante de si, duas ou mais opções a serem escolhidas conforme seu sentimento de justiça – agora é velado por categorias mais sofisticadas, como a dos postulados normativos aplicativos e a da ponderação de valores²⁵². Daí se falar em uma pseudo-constitucionalização do processo, uma vez que as grandes conquistas do constitucionalismo do segundo pós-guerra ainda permanecem sem muita expressão no processo civil brasileiro.

Com tudo isso, chama-se a atenção para o fato de boa parte das posturas que no Brasil se dizem críticas padecem dos mesmos vícios congênitos decorrentes da falta de uma temática a respeito da Constituição, da Teoria do Estado e da Teoria do Direito. Desse modo, os problemas relacionados à interpretação, deixam de ser abordados com profundidade, dando margem a voluntarismos, arbitrariedades e uma total falta de controle relativamente às decisões tomadas no processo. Por tudo isso, optou-se por abordar essas tendências na primeira parte da obra, pois dissonantes com o paradigma em que o processo civil vem, agora, a ser abordado.

²⁵¹ A questão será trabalhada de forma mais detida nos pontos 4.2 e 4.3 da segunda parte deste trabalho.

²⁵² Para uma crítica ao formalismo-valorativo, apresentada desde o ponto de vista hermenêutico e com o enfrentamento da ponderação utilizada por essa doutrina, crítica a qual é endossada no presente trabalho, ver MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pp. 184 - 198

PARTE II - O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RESISTÊNCIA POSITIVISTA, O (NEO)CONSTITUCIONALISMO E O PLANO DAS DISCUSSÕES PROCESSUAIS NO BRASIL. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

1. O Estado Democrático de Direito e o Processo Civil

1.1 Os elementos informadores do Estado Democrático de Direito

Tanto no modelo liberal, quanto no modelo social, o fim ultimado pelo Estado é o de adaptação à ordem estabelecida²⁵³, mantendo-se, por conseguinte, a já mencionada separação entre o Estado e a 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 periférico²⁵⁴. Desse modo, a crescente 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 sociedade²⁵⁵. Vale dizer, o cidadão deve ser visto como participante, e não mero recipiente da intervenção

²⁵³Nesse 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).

²⁵⁴A 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).

²⁵⁵NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 191.

social do Estado²⁵⁶. O povo passa a ser compreendido em todo e qualquer indivíduo, o qual, agora, figura como novo partícipe na realização concreta da seara política²⁵⁷. A democracia deixa de ser apenas representativa e passa ser participativa.

A autodeterminação democrática da sociedade se inscreve, por sua vez, nos limites demarcados por uma vinculação material carimbada pela autonomia individual e pelos direitos fundamentais²⁵⁸. Esse caráter democrático implica uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado e do direito²⁵⁹, não bastando a limitação ou a promoção da atuação estatal: objetiva-se, nessa senda, a transformação do *status quo*²⁶⁰. Tem-se, assim, a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado, garantindo juridicamente as condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade²⁶¹.

Nessa linha, o Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais²⁶². O Estado Democrático pode ser visto assentado em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais, havendo uma "co-pertença entre ambos"²⁶³. Com efeito, ao lado da imprescindível participação do povo na configuração e definição dos contornos

²⁵⁶NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 191.

²⁵⁷RIBEIRO, 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. Conforme Canotilho, o "princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 280).

²⁵⁸NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 212-213.

²⁵⁹STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95.

²⁶⁰STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91.

²⁶¹STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 94.

²⁶²STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 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. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59-60).

²⁶³STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 104.

dos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito tem uma preocupação premente 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 humana²⁶⁴. O Estado deixa de ser um inimigo da sociedade, e passa a desempenhar um papel primordial de transformação das estruturas sociais a partir da concretização dos direitos fundamentais, tudo em um ambiente democrático²⁶⁵.

1.2 A influência do Constitucionalismo sobre o Direito Processual. Mas, afinal, qual Constituição?

O movimento de constitucionalização do processo civil brasileiro apresenta peculiaridades no mínimo curiosas. Embora o discurso corrente seja de que o processo civil deve ser estudado com bases constitucionais, chama atenção a quase total ausência de questionamentos acerca do papel e do significado da Constituição. Na verdade, a chamada constitucionalização do processo praticada no Brasil, quando não se basta em obviedades acerca da importância do direito constitucional e da sua “supremacia” em relação ao processo, limita-se a incorporar para dentro do direito processual a teoria dos direitos fundamentais defendida por Robert Alexy²⁶⁶. Sem ignorar que o

²⁶⁴STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 667.

²⁶⁵Conforme Lenio Streck, “o Estado deixa de ser ordenador (modelo liberal) e promovedor (social) para assumir a feição de transformar as estruturas sociais. Não é por nada que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República e que tem os objetivos de erradicar a pobreza, promover justiça social, colocando a idéia de *Welfare State* como núcleo essencial da Constituição (art. 3º), além dos dispositivos que tratam da intervenção do Estado na economia, no papel do Estado na promoção de políticas públicas, etc. Este é o ponto: *em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas cumpridas da modernidade*. D’onde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado, no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, *plus* normativo em relação aos modelos que o antecederam. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança com o Estado. O Estado, hoje, pode – e deve – ser amigo dos direitos fundamentais. E esta é uma questão paradigmática” (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. 143).

²⁶⁶É o caso, dentre tantos, de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006) e Fredie Didier Jr (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo*

reconhecimento da importância dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito pode(ria) constituir-se em um ganho para o direito processual, é importante mencionar que a mudança metodológica ocorrida nesse sentido tem servido, unicamente, como uma tentativa de resposta ao positivismo a partir de reflexões bastante rasas acerca da teoria do direito²⁶⁷. O resultado disso tudo é que o processo civil brasileiro ainda passa muito longe do Constitucionalismo compromissório e dirigente inaugurado pela Constituição de 1988 e não conseguiu lidar com os problemas decorrentes da resistência positivista no plano da teoria do direito.

Em primeiro lugar, afigura-se impossível tratar a Constituição brasileira com base em uma teoria procedimental/processual em que a ela ficasse relegada a função de um simples instrumento de governo, definidor de competências e de procedimentos²⁶⁸. É que, para os procedimentalistas, dentre os quais é possível destacar Habermas e Tribe, a Constituição somente

e processo de conhecimento. Volume1. 12ª edição. Salvador: JusPodivm, 2010). autores das duas obras de teoria geral do processo que, no Brasil, mais tem sido utilizadas em cursos de graduação. Marinoni, por exemplo, ocupa-se, no ponto três do seu livro “Teoria Geral do Processo”, de tratar do neoconstitucionalismo, o que faz em seis páginas nas quais muito pouco aborda acerca do constitucionalismo inaugurado no Brasil pela Constituição cidadã de 1988. Sua preocupação é tratar de questões como “3.1 A dissolução da lei genérica, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento”, “3.2 a nova concepção de direito e a transformação do princípio da legalidade”, “3.3 compreensão, crítica e conformação da lei. O pós positivismo”. Note-se que a preocupação do referido processualista é muito mais combater o positivismo (exegético, diga-se de passagem) do que tematizar o papel da Constituição em países de modernidade tardia como o Brasil. Da mesma forma, Fredie Didier trabalha, em seu curso, pontos como “5.1 Constituição e Processo” e faz uma rápida abordagem sobre o neoconstitucionalismo sem, em momento algum, teorizar a respeito da Constituição.

²⁶⁷A questão será trabalhada com maior fôlego no correr do trabalho. Porém, para contextualizar o leitor, é importante referir, com base em Lenio Streck, existem diversas posturas, cada uma com orientações jusfilosóficas distintas, que pretendem enfrentar o positivismo e, por isso, são epitetadas de pós-positivistas. Nesse sentido, o referido autor faz uma determinação sumária destas orientações com o seguinte esquema: “1. Há um pós-positivismo de matriz analítica que pode ser entendido em autores como Robert Alexy, bem como daqueles que o seguem no modo de sua teoria da argumentação jurídica. Esse “pós-positivismo” ou “não-positivismo” não passa de um reforço do velho positivismo normativista (kelseniano-hartiano), sendo que a maior prova disso é que Alexy não abre mão da discricionariedade. 2. Podemos notar, também, uma orientação pós-positivista de cunho *discursivo-comunicacional*, que se manifesta, obviamente, na teoria do direito de Habermas. 3. Temos, também uma matriz *estruturante*, que está presente no pós-positivismo de Friedrich Müller, embora este autor sofra de uma grande influência da hermenêutica de corte gadameriano; 4. Por fim, há um pós-positivismo de matriz hermenêutico-fenomenológica, que está presente nas obras de Ronald Dworkin Arthur Kaufmann e, em alguma medida, em Josef Esser (embora se deva ressaltar sua vinculação à Jurisprudência dos Valores). Ainda, a minha *nova crítica do direito* (também denominada *crítica hermenêutica do direito*) possui esta raiz filosófica, optando por um antidiscricionarismo e uma antirrelativismo filosófico, além de apostar na existência de respostas corretas”. (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 503).

²⁶⁸BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 275.

garantiria o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema. Trata-se, pois, de uma postura que, ao privilegiar o procedimento, atribui ao Poder Judiciário tão somente a função de “zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política a partir da própria cidadania”²⁶⁹. Não é por menos que Habermas entende o Estado Democrático de Direito “como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito”²⁷⁰. Tal postura, ao alçar a Constituição à condição de mero instrumento formal de garantia, acaba sobrevalorizando o procedimento e deixando de lado o conteúdo das decisões²⁷¹. Em suma, na medida em que o procedimento torna-se o modo ideal de operar a democracia, ele “acaba sendo uma espécie de novo princípio epocal” e, com isso, “afastando qualquer possibilidade de intervenção substantiva”²⁷².

Nessa linha, Lenio Streck entende difícil sustentar as teses processuais procedimentais em países como o Brasil, nos quais, apesar de mais de duas décadas da promulgação da Constituição, parte considerável dos direitos fundamentais de cunho social permanece descumprida²⁷³. Daí a importância em se defender uma teoria material-substancial da Constituição. É claro, a teoria da Constituição não pode deixar de considerar as especificidades históricas factuais de cada nação e, por isso, a opção por uma matriz procedimentalista ou substancialista vai estar também relacionada com tais fatores.

Com efeito, uma das marcas do Constitucionalismo Contemporâneo reside na assunção de aspectos da realidade pelas Constituições, que passaram a constitucionalizar elementos os quais, ainda que operantes na vida social, eram voluntariamente ignorados pelas Constituições do período

²⁶⁹STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 83.

²⁷⁰HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 181.

²⁷¹BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 275.

²⁷²STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 81.

²⁷³STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 82.

clássico, sendo possível falar em uma “confluência entre a normatividade e a estrutura social”²⁷⁴. Essa vinculação da Constituição a uma situação histórica concreta e suas condicionantes²⁷⁵ abre a possibilidade para se discutir se é possível falar em uma Teoria da Constituição geral ou de uma Teoria da Constituição específica para cada realidade constitucional, dilema que, conforme Bercovici, pode ser encarado de forma semelhante à Teoria do Estado como ciência da realidade, desenvolvida por Herman Heller²⁷⁶, para quem o Estado deveria ser investigado dentro da realidade social concreta, rejeitando-se a ideia de que o Estado seria invariável, constante ao longo do tempo²⁷⁷. Daí não ser possível uma Teoria da Constituição geral, pois “a Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional”²⁷⁸.

Por essa vereda, parece adequado distinguir um núcleo básico contido na teoria da Constituição, capaz de albergar as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático de Direito, comum a todos os países que

²⁷⁴VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Volumen 1. Madrid: Editorial Tecnos, 1972, p. 358.

²⁷⁵HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130. Conforme Hesse, “procurar um conceito abstrato de Constituição que abarque o que é comum a todas ou, pelo menos, a um número considerável de Constituições históricas, deixando de lado as peculiaridades de tempo e lugar, pode ter sentido para a teoria da Constituição. Para a teoria do Direito Constitucional, um conceito dessa natureza resultaria vazio de conteúdo e, também, incapaz de fundamentar uma compreensão suscetível de embasar a solução de problemas suscitados aqui e agora. A partir do momento em que a normatividade da Constituição vigente não é senão a de uma ordem histórica concreta e a vida a regular senão a vida histórico-concreta, a única questão que tem sentido colocar-se no contexto da tarefa de se exporem os traços básicos do Direito Constitucional vigente é a relativa à *Constituição atual, individual e concreta*” (HESSE, Konrad. *Conceito e Peculiaridade da Constituição*. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74)

²⁷⁶BERCOVICI, Gilberto. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes Agostinho Ramalho Marques...[et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 77.

²⁷⁷BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 49. Nesse sentido, “Não se pode construir uma Teoria do Estado com critério de universalidade para todos os tempos e situações. O Estado deve ser entendido historicamente, vinculado às relações político-ideológicas e de poder, que o conformam” (Idem. *Ibidem*, p. 49). No mesmo sentido, ver BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 124-126).

²⁷⁸STRECK, Lenio. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes Agostinho Ramalho Marques...[et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 81.

adotaram formas democrático-constitucionais de governo, e um núcleo específico de cada Constituição, que será diferenciado de Estado Nação para Estado Nação. Trata-se do “núcleo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas (incumpridas) da modernidade”²⁷⁹. Esse núcleo de direitos fundamentais sociais, ou, melhor dizendo, o déficit resultante do histórico descumprimento desses direitos, é que vai circunscrever as especificidades de cada constitucionalismo, sendo possível falar em uma “Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)”, na qual essas promessas não cumpridas irão estabelecer “o conteúdo compromissório mínimo a constar do texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática”²⁸⁰.

Com isso, afigura-se possível chegar a uma ideia do que significa falar em Constituição no Brasil. Afinal, a defesa de um processo civil constitucional ou de um processo com bases constitucionais, tal como propugna a quase totalidade da doutrina, deveria pressupor, no mínimo, uma explicação acerca do que é isto – a Constituição. A proposta de uma Teoria da Constituição Adequada a Países de Modernidade Tardia ou, para ser ainda mais específico, de uma “Teoria da Constituição brasileira”²⁸¹ permite que se possa pensar a Constituição a partir das peculiaridades e necessidades próprias do Estado brasileiro e, com isso, abrir as possibilidades para a construção de um processo jurisdicional democrático.

Assim, na esteira das indagações de Canotilho na primeira edição da sua tese da Constituição Dirigente, importa questionar se a Constituição pode ser concebida apenas como estatuto organizatório, como simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, se ela deve ser vista como um plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins do Estado e da

²⁷⁹STRECK, Lenio. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes Agostinho Ramalho Marques...[et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 80-81.

²⁸⁰STRECK, Lenio. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes Agostinho Ramalho Marques...[et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 81.

²⁸¹MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente*. Florianópolis: Conceito editorial, 2010, p.98.

sociedade²⁸². A segunda opção parece mais adequada, mormente se for levado em conta que as Constituições do pós-guerra, como é o caso da brasileira, são Constituições políticas, e não somente estatais²⁸³, sendo acertado dizer que “onde está o fenômeno *político*, aí está o fenômeno *constitucional*”²⁸⁴. A dimensão política da Constituição, portanto, não é uma dimensão separada, mas o “ponto de estofa” em que convergem as dimensões democrática, liberal e social daquilo que se pode chamar de essência do constitucionalismo do segundo pós-guerra²⁸⁵.

²⁸²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 1ª. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 12. Adiantando o tom da questão, pode-se dizer que “a Constituição do Brasil não é um mero ‘instrumento de governo’, enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um ‘estatuto jurídico do político’, mas sim um ‘plano global normativo’ da sociedade e, por isso mesmo, do Estado brasileiro. Daí ser ela a *Constituição do Brasil* e não apenas a Constituição da República Federativa do Brasil. Os fundamentos e os fins definidos em seu art. 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira” (GRAU, Eros Roberto. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes Agostinho Ramalho Marques...[et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, resenha do prefácio da 2ª edição).

²⁸³BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, nº 61. São Paulo: CEDEC, 2004, p. 9. FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 145. GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Traduzido por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. XLI. Conforme Pablo Lucas Verdú, apesar da crise do Direito constitucional no período entre guerras, 1919-1939, o constitucionalismo ressurgiu renovando suas técnicas, acolhendo novas realidades socioeconômicas (Direitos econômicos-sociais) e políticos. Assim, “junto dos temas clássicos, limitação do poder, garantia de Direitos e liberdades apareceram sucessivamente a institucionalização das soluções federais, das *realidades socioeconômicas* (trabalho, economia, sindicalismo, direito de greve, nacionalizações, socializações, comitês econômicos sociais) e políticas (partidos), de *fatores ideológicos* (demoliberalismo, socialismo) *filosófico-religiosas* (proteção de crenças religiosas e de convicções filosóficas em favor de objetos de consciência)” (VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Volumen 1. Madrid: Editorial Tecnos, 1972, p. 403).

²⁸⁴MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 329. Conforme Bercovici, “não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais” (BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. *Revista do instituto de hermenêutica jurídica*. Vol. 1. N. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 166).

²⁸⁵Conforme Streck, “é possível afirmar que a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o *ponto de estofa* em que convergem as dimensões *democrática* (formação da unidade política), a *liberal* (coordenação e limitação do poder estatal) e a *social* (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de ‘essência’ do constitucionalismo do segundo pós-guerra. É exatamente por isto que Hans Peter Schneider vai dizer que *a Constituição é direito político: do, sobre e para o político*” (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 79).

Isso vai implicar na levada em consideração do sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição, a realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação²⁸⁶. Temáticas que antes estavam à margem da discussão pública são trazidas para o direito: "a política, representada pelos conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonegados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas *no e a partir* do direito".²⁸⁷

É nesse contexto que se apresenta a Constituição da República de 1988, representando uma guinada em relação à totalidade da história constitucional no Brasil²⁸⁸. A Constituição, "enquanto explicitação do pacto de (re)fundação da sociedade ocorrido a partir de um legítimo processo constituinte, define um novo modelo de nação"²⁸⁹. Dessa forma, assumindo um papel de norma diretiva fundamental²⁹⁰, a Constituição do Brasil somente pode ser vista como uma Constituição compromissória e dirigente, ou seja, uma Constituição que define fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população²⁹¹. Assim, a Constituição deverá conter uma força normativa capaz de assegurar aquele núcleo de modernidade tardia não cumprida²⁹² já mencionado, pautando os fins do Estado, como se verifica no artigo 3º. da Constituição Brasileira, que estabelece como sendo objetivos fundamentais da República do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem

²⁸⁶SCHNEIDER, Hans Peter. La Constitución – Función y Estructura. In: *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 35-37.

²⁸⁷STRECK, 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. 389.

²⁸⁸SANTOS, André Leonardo Copetti. Políticas públicas e tratamento da criminalidade numa sociedade democrática. *Revista Ciências Sociais*. V. 16. Rio de Janeiro: Editora Gama Filho, 2010, p. 29.

²⁸⁹STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 86.

²⁹⁰STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

²⁹¹BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36 n. 142 abr./jun. 1999, p. 36.

²⁹²STRECK, Lenio Luiz. Teoria da constituição e estado democrático de direito: Ainda é possível falar em constituição dirigente?. *Doutrina*, Rio de Janeiro/RJ, n. 13, p. 310.

de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Trata-se, pois, de uma cláusula transformadora, que, ao explicitar o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la, volta-se à transformação da realidade brasileira²⁹³. Tal é a feição assumida pelo Direito no Estado Democrático: um Direito capaz de transformar as estruturas sociais²⁹⁴.

Essa concepção acerca da Constituição implica uma interligação com a teoria do Estado, visando à construção de um espaço público apto a implementar a Constituição em sua materialidade²⁹⁵. Trata-se de uma questão quase que deixada em segundo plano pelos constitucionalistas brasileiros, que, na sua maioria, pensam em uma teoria constitucional sem preocupação com o Estado²⁹⁶, o que redundará no risco do abandono, pela política democrática e partidária, da esfera da Constituição. Como resultado “a Constituição se liberta da política, mas a política também acaba se desvinculando dos fins e tarefas previstos no texto constitucional”²⁹⁷. Daí a importância de que a fórmula política contida no artigo 3º. da Constituição do Brasil seja lida como individualizadora do Estado, pois diz respeito ao tipo de Estado, seu regime político e seus fins²⁹⁸.

²⁹³BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 294.

²⁹⁴STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 86.

²⁹⁵STRECK, Lenio Luiz. Teoria da constituição e estado democrático de direito: Ainda é possível falar em constituição dirigente?. *Doutrina*, Rio de Janeiro/RJ, n. 13, p. 300.

²⁹⁶Conforme Bercovici, embora a constituição “pretenda ter um papel de consagrar as bases de um projeto nacional, de um plano de transformações, de implementadora de políticas públicas e de estruturadora do Estado, isto não passou da pretensão. A própria doutrina constitucionalista brasileira, o que é outra tradição nossa, contribuiu para isso, com a auto-intitulada ‘Doutrina Brasileira da Efetividade’ e a redução do debate constitucional às questões envolvendo a dicotomia entre regras e princípios ou às questões hermenêuticas e de interpretação, consagrando um deslocamento, que não necessariamente corresponde à realidade política, do centro do sistema constitucional da esfera dos poderes executivo e legislativo para o âmbito do poder judiciário” (BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecido de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 734).

²⁹⁷BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecido de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 735.

²⁹⁸BERCOVICI, Gilberto. Estado, soberania e projeto nacional de desenvolvimento: breves indagações sobre a Constituição de 1988. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. n. 1 – jan./jun. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 561.

É acertado dizer, portanto, que “o constitucionalismo exurgente do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil compromissário, dirigente e vinculante, *constitui-a-ação* do Estado²⁹⁹”. E, dessa forma, na medida em que o Estado passa a ter os seus fins determinados, o que permite não somente controlar a sua atividade política mas, também, justificá-lo³⁰⁰, ganha ainda mais importância o papel atribuído à jurisdição constitucional e ao processo (pois todo o processo é um exercício de jurisdição constitucional) como *locus* para o exercício de tal controle, mormente naquilo que se constitui nos dois pilares do Estado Democrático de Direito: democracia e direitos fundamentais, sendo possível falar de uma “co-pertença entre ambos”³⁰¹. A partir daí vai se desenvolver a questão relativa a uma compreensão substancialista da Constituição do Brasil, que, como já se viu, é uma Constituição compromissória e dirigente, que impõe os fins do Estado.

1.3 Estado Democrático de Direito e a (aparente) tensão entre Direitos Fundamentais e Democracia: uma perspectiva substancialista da Constituição

Na medida em que a Constituição assume um caráter diretivo, pautando a ação do Estado, o qual, na condição de Estado Democrático de Direito, está

²⁹⁹STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 20. Lenio Luiz Streck aponta que “as Constituições não representam somente o complemento do Estado de Direito através da extensão do princípio da legalidade a todos os Poderes, incluindo o Legislativo; são também um programa político para o futuro, porque impõem a todos os poderes imperativos negativos e positivos como fonte de sua legitimação, porém também, e sobretudo, de deslegitimação. Poderia dizer-se que constituem utopias de direito positivo, que, ainda que não realizáveis completamente, estabelecem perfeitamente, enquanto Direito sobre o Direito, as perspectivas de transformação do Direito mesmo em relação à igualdade nos direitos fundamentais” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 98).

³⁰⁰Nesse sentido, ensina Bercovici que “a determinação do sentido do Estado é de crucial importância para a sua compreensão. Sem uma referência ao sentido do Estado, os conceitos da Teoria do Estado seriam vazios de significado, não sendo possível diferenciá-lo, inclusive, de outras organizações sociais. A observação dos fins do Estado é uma forma de controlar sua atividade política, pois os fins não afirmam tanto o que acontecerá, mas o que não deve ser feito. A atribuição de fins ao Estado significa, praticamente, sua justificação, que, para Hermann Heller, equivale à sua própria existência: o poder estatal vive de sua justificação” (BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 296).

³⁰¹STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 104.

indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais³⁰², afigura-se necessário estabelecer uma perspectiva substancialista da Constituição. Desse modo, a implementação dos direitos fundamentais sociais passa a ser condição de validade da própria constituição naquilo que ela representa o elo contudístico que une política e direito. O Judiciário, com isso, assume um papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente³⁰³. Trata-se da questão envolvendo a (aparente) tensão entre democracia e direitos fundamentais a ser solvida no plano da justiça constitucional.

Caso fosse possível estabelecer uma simplificação da teoria substancialista, seria autorizado dizer que ela rompe com a ideia de democracia como governo da maioria, fazendo prevalecer a constitucionalidade sobre a maioria³⁰⁴. Dito de outro modo, o discurso em favor dos direitos fundamentais vai servir de blindagem às escolhas majoritárias, o que pressupõe uma nova leitura da própria ideia de democracia.

É nesse sentido que Ronald Dworkin vai defender uma *concepção constitucional de democracia*. Para o jusfilósofo americano, a noção a respeito da democracia como governo da maioria (premissa majoritária) não passa de uma tese a respeito dos resultados de um processo político. Ela insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, ao menos nos assuntos importantes, a decisão obtida seja favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muito entre eles. Dessa forma, quando uma maioria política não pode fazer o que quiser, haveria uma injustiça, de tal modo que ela permaneceria mesmo quando existem fortes razões que a justificassem³⁰⁵.

³⁰²STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 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. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59-60).

³⁰³STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 81-87.

³⁰⁴STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Heremênutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 151.

³⁰⁵DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 24/25.

Dworkin rejeita a premissa majoritária por entender que o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomariam se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia. Nessa senda, o objetivo que definiria a democracia será o seguinte: “*que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito*”³⁰⁶. A existência de procedimentos majoritários, dessa forma, somente seria legítima em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não em razão de um compromisso com as metas da soberania da maioria. Daí a possibilidade do emprego de procedimentos não-majoritários em favor da promoção da igualdade, esta a própria essência da democracia³⁰⁷. É o caso da revisão judicial das normas (*judicial review*), que, para Dworkin, pode ser um modo superior de deliberação republicana sobre alguns assuntos, o que, por óbvio, não excluiria a condição do poder legislativo também como guardião dos princípios constitucionais³⁰⁸.

A compreensão democrática de Dworkin guarda coerência com o todo da sua obra, na qual é apresentada uma forte preocupação com os direitos morais que os indivíduos têm contra o Estado³⁰⁹. Os direitos individuais seriam trunfos³¹⁰ sobre certas justificações invocadas em apoio de decisões políticas que enunciam um objetivo para a comunidade em seu conjunto. Dessa forma, ter um direito fundamental contra o Estado equivaleria a ter um trunfo em um

³⁰⁶DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

³⁰⁷DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

³⁰⁸DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 47-48.

³⁰⁹Para uma leitura da obra de Dworkin filtrada pela Crítica Hermenêutica do Direito, ver, por todos, MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

³¹⁰Conforme Dworkin, “os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante de fato que elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica especial” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.XV).

jogo de cartas: a carta de trunfo prevalece sobre as cartas de valor facial mais elevado e sobre a força do número de cartas dos outros naipes³¹¹.

Fazendo uma leitura da obra de Ronald Dworkin, Jorge Reis Novais, mesmo seguindo algumas perspectivas diversas daquelas inicialmente desenvolvidas pelo autor norteamericano, vai afirmar que a concepção de direitos como trunfos é uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério, uma vez que, “por maioritários que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental”³¹².

De certa forma, Novais, em algumas passagens, deixa sobressair em seu pensamento o reconhecimento de uma co-pertença entre direitos fundamentais e democracia, quando afirma que “sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais não há verdadeira democracia”, uma vez que os direitos fundamentais seriam “condição do regular funcionamento da democracia”. Isso porque, “sem a possibilidade de exercício dos direitos, designadamente os políticos, não se pode garantir a participação de todos, com o que a regra da maioria falha a racionalidade que a justifica”. É claro, quando se priva parte da população de direitos, se não lhe reconhece igual consideração no processo de deliberação, quando se inibe ou não se assegura sua igual presença no governo, ou ainda se diminui o seu estatuto e não se garante a todos uma esfera de igual liberdade de escolha com efetividade e

³¹¹DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 153-167.

³¹²NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 36. É importante ressaltar que em diversas outras passagens da sua obra, Novais insere-se em um paradigma distinto daquele aqui adotado, por falar em uma tensão entre direitos fundamentais e democracia. De qualquer forma, isso não desmerece a importância da sua obra e o seu compromisso com os direitos fundamentais, como se verifica na seguinte passagem: “Por detrás da discussão sobre a natureza contramaioritária dessas instituições está a incidível ligação entre Constituição e direitos fundamentais; é que, seja na sua origem histórica, seja na sua origem teórica, seja na sua reconstrução teórica, a racionalidade do pacto fundador do Estado de Direito ou do contrato social em que assenta o Estado constitucional – e donde resultam as instituições em causa – está intimamente associada à preservação dos direitos do homem e sua garantia enquanto direitos fundamentais; o pacto social só cobra sentido enquanto compromisso de as instituições estatais garantirem aos indivíduos, através desse pacto, a preservação dos seus direitos naturais/fundamentais (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 24).

autonomia, a vida democrática não é livre nem igualitária e, portanto, o poder não é democrático³¹³.

É nesse sentido que Ferrajoli³¹⁴ considera como sendo a grande novidade do constitucionalismo democrático inaugurado com as constituições do segundo pós-guerra o fato de nenhum consenso majoritário e nem mesmo a unanimidade dos consensos poder legitimar as decisões que contrariam a Constituição³¹⁵. Os direitos fundamentais, com efeito, exatamente por não serem compartilhados politicamente por todos, seriam estipulados juridicamente para a garantia de todos até contra as maiorias contingentes. A legitimação desses direitos não residiria no fato de serem queridos por todos, mas de serem para garantia de todos: residiria na *igualdade* como cláusula do pacto de convívio social³¹⁶.

Na perspectiva do novo constitucionalismo, portanto, a soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição, com a prevalência dos direitos dos cidadãos frente ao Estado: a vontade política da maioria governante de cada momento, pois, não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Constituição. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição, originário³¹⁷.

Para fechar esse ponto, é preciso deixar claro que o élan vital que imprime significado a uma Constituição é o de que “ela é feita em momentos de ‘sobriedade’ política para defender o Estado e a sociedade exatamente destas erupções episódicas de paixões e desejos momentâneos”³¹⁸. Com bem

³¹³NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 20.

³¹⁴Não está em jogo, aqui, discutir a perspectiva em que Ferrajoli trabalha a sua concepção de democracia, como que fincada em uma dimensão substancial, em que estariam os direitos fundamentais, e outra dimensão procedimental, consubstanciada na regra da maioria. A apropriação da fala de Ferrajoli serve, apenas, para ilustrar que mesmo partindo de outra concepção de democracia é impossível pensá-la, em um Estado Democrático de Direito, meramente como governo da maioria, pois isso importaria em desconsiderar as conquistas do constitucionalismo exurgente do segundo pós-guerra.

³¹⁵FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e consenso. In: *Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC*. Ano 4. N. 16 outubro/dezembro 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 151.

³¹⁶FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e consenso. In: *Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC*. Ano 4. N. 16 outubro/dezembro 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 152.

³¹⁷STRECK, Lenio Luiz. Teoria da constituição e estado democrático de direito: Ainda é possível falar em constituição dirigente?. *Doutrina*, Rio de Janeiro/RJ, 2002, n. 13, p. 286.

³¹⁸STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno

destacam Streck, Barreto e Oliveira, “as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas)”³¹⁹. Logo, afirmar o papel compromissório e dirigente da Constituição e o seu caráter contramajoritário a partir de uma concepção constitucional da democracia como remédio contra as maiorias significa firmar um compromisso com o Direito e com o seu caráter transformador. Somente a partir dessa pré-compreensão autêntica acerca da Constituição é possível falar de um processo civil afinado ao Estado Democrático de Direito³²⁰.

1.4 A Constituição como existencial: a impossibilidade de uma cisão entre Processo e Constituição

Na medida em que a Constituição assume um caráter compromissório e dirigente, constituindo a ação do Estado, que passa a ser um Estado Democrático de Direito, é preciso pensar em um novo modelo de Direito capaz

da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, n. 2, vol. 1, p. 76.

³¹⁹STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, n. 2, vol. 1, p. 76. A propósito, “na *Odisséia* (Homero, 1997), Ulisses, durante seu regresso a Ítaca, sabia que enfrentaria provações de toda sorte. A mais conhecida destas provações era o ‘canto das sereias’ que, por seu efeito encantador, desviava os homens de seus objetivos e os conduzia a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente seria possível retornar. Ocorre que, sabedor do efeito encantador do canto das sereias, Ulisses ordena aos seus subordinados que o acorremem ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, obedeçam qualquer ordem de soltura que ele pudesse vir a emitir posteriormente. Ou seja, Ulisses sabia que não resistiria e, por isso, criou uma autorrestrição para não sucumbir depois. Do mesmo modo, as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas) (...) E, numa palavra final: quando a Constituição não diz o que gente quer, não podemos ‘alterá-la’ ou ‘esticá-la’ a partir de princípios construídos *ad hoc*. Não se altera a Constituição por intermédio de ativismos judiciais. Quem sabe deixemos isso ao parlamento? Ou isso, ou entreguemos tudo às demandas judiciais! Mas, depois, não nos queixemos do ‘excesso de judicialização’ ou de ‘ativismos’...! Isso, às vezes, é ‘bom’; e, às vezes, é ‘ruim’...!” (STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. cit.*, p. 76 e 83).

³²⁰Não é demais advertir, que no processo civil “a Constituição costuma servir como capa de sentido para resolver determinados casos, enquanto em outros ela é escantilhada, como se fosse possível separar Processo Civil e Constituição” (RAATZ, Igor. NASCIMENTO E SILVA, Frederico Leonel. Crítica à tese do julgamento de ofício das “questões de ordem pública” em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de processo*. Ano 36. v. 202. Dezembro/2011).

de romper os postulados hermenêuticos que alicerçavam uma concepção diversa a respeito do papel da Constituição. Por isso, além de uma guinada nos pressupostos filosóficos do antigo constitucionalismo, o fenômeno constitucional deverá ser compreendido no plano da Teoria do Direito, a partir de uma nova teoria das fontes, da norma e da interpretação³²¹.

A reformulação ocorrida no que tange à teoria das fontes vai fazer com que a supremacia da lei ceda lugar à onipresença da Constituição³²². Assim, se o Estado Liberal construiu o terreno propício para o absolutismo da lei³²³, no Estado Democrático de Direito experimenta-se um rompimento com esse paradigma, de modo que a lei passa a submeter-se a uma relação de adequação e subordinação a um *status* mais elevado de direito estabelecido pela Constituição³²⁴, encarada como o centro para o qual o todo deve convergir³²⁵.

Isso não significa que a Constituição possa ser entendida como uma espécie de topos conformador-subsuntivo da atividade interpretativa³²⁶. É preciso ter presente que “a Constituição não é um objeto que esteja à disposição do sujeito (relação S-O própria do paradigma metafísico da filosofia da consciência)”³²⁷. Nesse sentido, a lição de Lenio Streck:

A Constituição, enquanto matriz privilegiada de sentido do

³²¹Na mesma linha, Luís Pietro Sanchís aponta uma perspectiva do Constitucionalismo que vai além da mera ruptura com o positivismo exegético. Afirma que “o constitucionalismo torna insustentável a teoria do Direito positivista principalmente em três aspectos: a teoria das fontes, que obviamente já não pode girar em torno da hegemonia absoluta da lei; a teoria da norma, que deve dar conta da existência de novas ‘peças do Direito, particularmente dos princípios; e a teoria da interpretação, que com sinceridade já não pode continuar defendendo nem a tese mecanicista nem tampouco a tese da discricionariedade, pelo menos tal e como ambas foram apresentadas pelo positivismo” (SANCHÍS, Luis Prieto. Jusnaturalismo, positivismo e controle da lei. Os pressupostos históricos, ideológicos e doutrinários da jurisdição nacional. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, p. 141)

³²²STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

³²³O termo *absolutismo da lei* é aqui utilizado a partir de Arthur Kaufmann. *Analogia y naturaleza de la cosa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 43.

³²⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 153.

³²⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 14.

³²⁶STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 312.

³²⁷STRECK, Lenio. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes Agostinho Ramalho Marques...[et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 82.

ordenamento, que une o político e o jurídico, é o espaço (enquanto ‘como se’) onde se ‘fundamenta’ o sentido jurídico. Ocorre que esse sentido ‘fundante’ acontece a partir de uma manifestação prévia, no interior do qual já existe um processo de compreensão. *A constituição, assim, funda, sem ser ‘fundamento’, porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer ‘deduções’.* Daí que é possível afirmar que a noção de Constituição é *um paradoxo*, exatamente porque funda sem ser fundamento, e, ao mesmo tempo, constitui sem constituir, como se houvesse um ponto de partida. A Constituição é um paradoxo, na medida em que temos que colocar um ponto de partida (por isso é *al sob*, onde o ‘como se’ deve ser entendido ‘como se apanhasse o todo da interação humana no mundo jurídico’), *mas ao mesmo tempo ela frustra essa pretensão de ser o começo, já que esse se dá sempre de novo e de várias formas na antecipação de sentido, a partir de um modo prático de ser-no-mundo do intérprete.* A Constituição não teria sentido sem a compreensão prévia do sentido, mas não teria sentido falarmos nessa compreensão prévia sem que estivéssemos lidando com o sentido mesmo da Constituição, no nível do cotidiano e da interação social.³²⁸

Note-se que é impossível trabalhar com esse novo modelo de direito instaurado pelo Constitucionalismo Contemporâneo com base na metodologia clássica própria do positivismo. Lembre-se que o positivismo apostava em um método subsuntivo, levando “em conta o acoplamento de uma premissa textual que descreve um fato com uma situação concreta a ela *correspondente*”³²⁹. Também o aparato metodológico desenvolvido pela chamada “hermenêutica constitucional” afigura-se insuficiente para sustentar um perfil constitucional de processo civil, na medida em que segue apostando em um método, agora para lidar com as insuficiências óticas das normas constitucionais³³⁰. Na verdade, é até temerário falar de processo e constituição ou de um processo civil

³²⁸STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 122.

³²⁹CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 187.

³³⁰Conforme Walber Araújo Carneiro, “a primeira grande crítica lançada contra a ‘nova hermenêutica constitucional’ é, no fundo, uma repetição da crítica lançada à hermenêutica jurídica clássica, seja na versão kelseniana, para quem os métodos nos levariam a lugares distintos e seriam incapazes de domesticar atos de vontade; seja em uma versão hermenêutico-filosófica, quando os métodos sequer teriam o condão de nos levar a algum lugar. Em segundo lugar, os novos métodos de interpretação constitucional seriam uma síntese de diversas matrizes teóricas que foram, por sua vez, concebidas originalmente de modo unitário (...) desse modo, ao invés de ‘levar’ o intérprete constitucional à resposta correta sobre a aplicação de uma norma constitucional a um caso concreto, irá camuflar o arbítrio da decisão com um *pseudo* controle da criatividade do intérprete” (CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 190-191).

constitucional. Afinal, “*Direito Constitucional, mais do que disciplina autônoma, é modo de ser; é modo de exigir; é condição de possibilidade do processo interpretativo*”³³¹.

Ocorre que, pela Crítica Hermenêutica do Direito, a Constituição deve ser entendida como um existencial, ou seja, “não deve ser apreendida simplesmente no plano ôntico-objetivista, e, sim, no plano ontológico-existencial, isto é, como manifestação da própria condição existencial do ser humano”³³². Lembrando, o existencial não é uma simples remissão ao empírico, ao existente, mas é uma dimensão que não tem justamente esse caráter de ser categoria, mas de qualidade existencial³³³. Dessa forma, a Constituição emerge da própria existência e sempre a ela remete, sendo, pois, um existencial³³⁴.

1.5 A diferença ontológica entre texto e norma como condição para a construção de um processo civil no Constitucionalismo Contemporâneo

Atualmente, a doutrina processual parece ter encontrado uma forma de avançar no estudo do processo civil a partir de uma matriz *neoconstitucionalista*. Como já foi referido, trata-se de uma postura que sequer consegue tematizar o significado da Constituição brasileira de 1988, limitando-se, na verdade, a uma tentativa de superação dos positivismos exegéticos e científico. A crítica é a mesma endereçada ao *neoconstitucionalismo* praticado no Brasil, na medida em que este nada mais faz do que “afirmar as críticas anti formalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da

³³¹STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 200. Nesse sentido, Streck afirma que ““não há um Direito Penal autônomo e tampouco é aconselhável falar em um Direito Civil Constitucional; o Direito Penal deve ser sempre Direito Penal compreendido a partir da Constituição, assim como qualquer texto do Código Civil somente será válido se estiver filtrado/compreendido a partir de uma adequada análise à luz do fundamento de validade que é a Constituição, sob pena de incorrerem em outro problema metafísico, que é a “equiparação” da (mera) vigência com a validade. *Direito Constitucional, mais do que disciplina autônoma, é modo de ser; é modo de exigir; é condição de possibilidade do processo interpretativo*. Nenhum texto poderá ter sentido válido se esse sentido não estiver de acordo com a Constituição. Hermenêutica também não é método; é modo de-ser-no-mundo” (Idem. Ibidem).

³³²STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.122.

³³³STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí, Rio Grande do Sul: UNIJUÍ, 2002, pp. 160-161.

³³⁴STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 122.

Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da Jurisprudência dos Valores”³³⁵.

Nessa linha, convencionou-se falar que a ideia de um juiz positivista (exegético, diga-se de passagem) teria sido sepultada pelo reconhecimento de que “a norma é significado da disposição normativa, não se confundindo de tal sorte com o texto”³³⁶. Haveria aí uma “transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional”³³⁷. Essa visão reduzida do fenômeno redundava no senso comum teórico de que haveria uma separação metafísica entre texto e norma. E não poderia ser diferente, pois o autor que talvez mais tenha influenciado essa tomada de posição pelos processualistas brasileiros é o professor Humberto Ávila, para quem “em alguns casos há norma mas não há dispositivo” e, “outros casos há dispositivo mas não há norma”, o que negaria uma “correspondência biunívoca entre dispositivo e norma”, isto é, onde houvesse um não teria obrigatoriedade de haver o outro³³⁸. O resultado disso tudo: a questão da interpretação acaba ficando relegada a um segundo plano e as condições para se obter um controle democrático das decisões judiciais restringem-se a uma perspectiva procedimental e na aposta em um sistema de precedentes³³⁹.

³³⁵STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36.

³³⁶ALVARO 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. 2.

³³⁷DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Volume 1. 12ª edição. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 25. Nesse sentido, segundo o referido autor, “a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes. Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre *texto* e *norma*, sendo essa o produto da interpretação daquele. Consagram-se as máximas (postulados, princípios ou regras, conforme a teoria que se adote) da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas. Identifica-se o método da *concretização* dos textos normativos, que passa a conviver com o método da subsunção. Expande-se, ainda, a técnica legislativa das *cláusulas gerais*, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do Direito” (Idem. *Ibidem*, p. 25).

³³⁸ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª edição, ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 30-31.

³³⁹É o caso de Marinoni e Mitidiero, para os quais “como texto e norma não se confundem, a democracia no Estado Constitucional só se faz plena com a possibilidade de as partes influenciarem diretamente a outorga de sentido ao texto, de influenciarem a reconstrução do sentido normativo dos textos jurídicos e do Direito não legislado no processo” (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19).

A confusão ocorre porque se acredita, a partir do reconhecimento do caráter hermenêutico do direito, ou, para usar Dworkin, de que o direito é uma prática interpretativa, que o intérprete atribui livremente sentidos ao texto ou, pior, atribuiu sentidos sem o texto, como se partisse de um grau zero.

O reconhecimento de que a norma é produto da atribuição de sentido ao texto não significa uma cisão estrutural entre texto e norma, não significa que estejam separados. Há, sim, uma diferença, que é ontológica, entre texto e norma, questão que, segundo Streck, “pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!*”³⁴⁰. Daí a impossibilidade de se admitir que o intérprete possa atribuir sentido ao texto de forma arbitrária como se texto e norma já estivessem separados³⁴¹. Afinal, “o sentido do ser jamais pode ser contraposto ao ente ou ao ser enquanto ‘fundamento’ de sustentação de um ente, porque o ‘fundamento’ só é acessível como sentido mesmo que, em si mesmo, seja o abismo o abismo de uma falta de sentido”³⁴².

Dito de outra forma, texto é evento, não produz “realidades virtuais”, nem conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo): não há norma sem texto, nem eles são plenipotenciários carregando o seu próprio sentido e nem são desimportantes ao ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto³⁴³. É justamente através da diferença ontológica, pela qual o ser é – e somente pode ser – o ser de um ente, e o ente só é – e somente pode ser – no

³⁴⁰STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 354.

³⁴¹STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 355.

³⁴²HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 209.

³⁴³STRECK, 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, pp. 165-166. Nessa linha: “O texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da facticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico” (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. 165).

seu ser, que se supera o paradigma da filosofia da consciência, compreendendo-se que não há dois mundos, que não há um sujeito separado do objeto: “é assim que se supera qualquer pretensão objetivista (pelo qual a norma estaria ‘contida’ no texto) e qualquer pretensão subjetivista (o texto perde importância, na medida em que o intérprete atribui ‘qualquer’ norma ao texto)”³⁴⁴.

É possível dizer, portanto, que a norma não é igual ao texto, como queriam os positivismo exegético e conceitual. Todavia, ela não é descolada do texto quando acontece a interpretação, muito menos é o sentido que o intérprete discricionariamente dá ao texto, como querem as posturas positivistas posteriores, que continuam apostando na discricionariedade.

No Direito, quando se interpreta um texto já há um sentido que se antecipa: o texto é um texto jurídico, e não qualquer outra coisa³⁴⁵. E isso porque “a interpretação já sempre se movimenta no já compreendido”³⁴⁶. Toda interpretação se funda na compreensão: “o sentido é o que se articula como tal na interpretação e que, na compreensão, já se prelineou como possibilidade de articulação”³⁴⁷.

Na medida em que Heidegger inverte a relação teleológica presente da hermenêutica tradicional, na qual a interpretação funcionava como meio para a compreensão, para instaurar o primado da compreensão, em que interpretação passa a consistir exclusivamente na configuração ou elaboração da compreensão³⁴⁸, e Gadamer concebe que a interpretação é a forma explícita da compreensão e que nesta “sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete”, fazendo-se da compreensão, interpretação e aplicação um processo unitário, já que a “aplicação é um momento do processo hermenêutico, tão essencial e

³⁴⁴STRECK, 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. 165.

³⁴⁵STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 324.

³⁴⁶HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 209.

³⁴⁷HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 211.

³⁴⁸GRODIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 164.

integrante como a compreensão e a interpretação³⁴⁹, torna-se possível dizer que “não há sentidos à disposição do intérprete que, posteriormente, venham a ser “encaixados” às “coisas-ainda-sem-sentido”³⁵⁰.

Ao contrário de outras disciplinas ou ciências, o Direito possui uma especificidade que é circunstância de que todo texto normativo depende da sua conformidade com a Constituição, que é mais do que um texto: “é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social”³⁵¹. Sucede que, nessa senda, a Constituição não se apresenta como uma premissa maior que fundamenta um processo subsuntivo e tampouco é “um elemento objetivo, separado do intérprete, fora da circularidade hermenêutica”³⁵². Ao contrário, “ela faz parte do modo da existência, na medida em que o jurista/intérprete opera com ela sempre”³⁵³. Por isso, é acertado dizer que não se interpreta “um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição”³⁵⁴. A interpretação está sempre condicionada pela “pré-compreensão que tenho acerca da Constituição, do constitucionalismo, da teoria do Estado, da sociedade, etc”³⁵⁵.

Com efeito, é acertado dizer que o intérprete, quando atribui sentido ao texto, encontra-se limitado, desde já e sempre, pela Constituição. E, nisso, vai ganhar importância o papel dos princípios constitucionais no fechamento da interpretação, como será visto no próximo ponto.

³⁴⁹GADAMER, Hans- Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 459-460.

³⁵⁰STRECK, 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. 65.

³⁵¹STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 179.

³⁵²STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 195.

³⁵³STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 195.

³⁵⁴STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 179.

³⁵⁵STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 361.

1.6 Regras e Princípios: da necessidade de um “princípio turn” para a construção de um processo civil democrático

Como já foi dito, no bojo dos primeiros positivismos e do positivismo normativista, desenvolveu-se um conceito de princípio sem qualquer caráter normativo: ou eram tratados como uma espécie axiomática de fechamento do sistema (princípios gerais do direito), ou como elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada³⁵⁶. No caso dos princípios gerais do direito, estes constituíam a exceção às regras tendo vez somente quando o rigor destas soçobrava frente à realidade³⁵⁷, ou seja, quando falhava a pretensa plenipotenciabilidade das regras. Os princípios epistemológicos, por sua vez, não tinham a pretensão de suprir eventuais lacunas do sistema, “mas sim a função de possibilitar, de forma unitária e coerente, o conhecimento de uma determinada disciplina”³⁵⁸.

Ambos os conceitos, que, por sinal, não se excluem, pressupõe uma concepção do Direito como um sistema de regras. Nesse sentido, pode-se dizer, com Dworkin, que um dos preceitos-chaves do esqueleto do positivismo é justamente a concepção de Direito como “um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público”³⁵⁹. A identificação e distinção dessas regras especiais deve se dar com o auxílio de testes específicos que nada têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes poderiam ser usados para distinguir regras jurídicas válidas e espúrias, bem como outros tipos de regras sociais, geralmente agrupadas como regras morais, seguidas pela comunidade sem que se faça cumpri-las mediante o poder público³⁶⁰.

³⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

³⁵⁷ ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Editorial, 1961, p. 10.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

³⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 27.

³⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 27-28.

Dito isso, somente com o abandono da concepção de direito como um mero sistema de regras é que se pode pensar no caráter normativo dos princípios constitucionais emergentes do segundo pós-guerra e na possibilidade destes alicerçarem o novo modelo de direito inaugurado pela Constituição do Brasil de 1988. Tal é a tese da *descontinuidade* proposta por Lenio Streck, a partir da qual os princípios constitucionais não são apenas uma nova roupagem dos velhos princípios gerais do direito. Ao contrário, eles vêm para instituir o mundo prático no direito, estabelecendo um dever de que o juiz decida de forma correta³⁶¹.

Ao formular o seu ataque geral ao positivismo (*general attack on positivism*)³⁶², Ronald Dworkin está convicto que, ao debaterem sobre direitos e obrigações jurídicas, particularmente nos casos mais difíceis, em que os problemas com tais conceitos parecem mais agudos, “os juristas recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”³⁶³. Nesse sentido, o jusfilósofo americano vai dizer que princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”³⁶⁴. Note-se, em Dworkin os princípios são concebidos a partir de uma concepção moral³⁶⁵, não podendo “depend

³⁶¹STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 540.

³⁶²DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

³⁶³DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

³⁶⁴DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

³⁶⁵Com Habermas, pode-se dizer que há uma co-originariedade entre direito moral, uma vez que “no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, completando-se”, de modo que “uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontra-se numa *relação de complementação recíproca*” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 139-141). Nesse sentido, Habermas supera a relação de complementariedade entre direito e moral presente nos seus trabalhos anteriores a 1992, para desenvolver uma teoria segundo a qual “a pergunta pela validade das normas jurídicas implica uma vinculação do ordenamento jurídico a normas que emanam do mundo da vida. Essa vinculação significa que o ordenamento jurídico tem de atrelar-se a uma instância moral que lhe é superior e que lhe dá fundamento. É através dessa

das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível”³⁶⁶.

Nessa senda, a normatividade dos princípios decorre de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade³⁶⁷. Os princípios, pois, “são construídos no interior de uma comunidade histórica que desde sempre é compreendida antecipadamente na historicidade do ser-aí”³⁶⁸, razão pela qual “não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios”³⁶⁹. Os princípios somente podem ser assim nominados “porque *vivenciados* (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum da sociedade”³⁷⁰. É justamente por isso que “são elevados ao status da constitucionalidade”³⁷¹.

Uma vez que os princípios (de)correm de uma imbricação entre direito e moral, não podem ser encarados como *valores*, mas, sim, como *virtudes*³⁷². Nesse sentido, afirma Lenio Streck:

Na verdade, para uma análise do ‘conceito’ de princípio, é fundamental que se adentre no mundo prático (faticidade-existencialidade) que forjou o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, é necessário examinar as *virtudes soberanas* que (sub)jazem o texto constitucional e à densa principiologia passível de ser extraída desse elo

complementaridade com a moral que vai ser possível às normas jurídicas serem entendidas como legítimas” (MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 1999, p. 17).

³⁶⁶DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 60.

³⁶⁷STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 57.

³⁶⁸OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 205.

³⁶⁹STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 581.

³⁷⁰STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 57.

³⁷¹STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 57.

³⁷²STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 584.

conteudístico com função de ligar política, moral e direito. O *Brasil é uma República que visa erradicar a pobreza, garantir a justiça distribuição de riqueza, diminuir as desigualdades sociais e regionais, promover os 'valores' éticos por intermédio dos meios de comunicação (concessão pública) evitar discriminações, etc.* Portanto, isso quer dizer que cada texto jurídico-normativo (regra/preceito) não se pode colocar na contramão desse desiderato, digamos assim, virtuoso, propagado pelo texto que explicita o contrato social: a Constituição³⁷³.

Estabelecida uma noção inicial de princípio, importa referir que a diferença entre princípios e regras deve ser posta a partir um conceito interpretativo de norma, e não de um conceito semântico como fazem as principais teorias jurídicas que cuidam do tema no Brasil, caudatárias da matriz alexyniana. Isso porque Alexy, a exemplo de Kelsen, trabalha com um conceito de norma “como esquema de interpretação e forma *a priori* do conteúdo deôntico dos fatos”³⁷⁴, de modo que separa as questões semânticas daquelas relativas à validade³⁷⁵. Assim, a partir de uma estrutura semântica, Alexy irá dizer que “há normas de direitos fundamentais que possuem um dever-ser alargado (princípios), ao passo que existem regras de direitos fundamentais que possuem um dever-ser restrito (regras)”³⁷⁶. Assim, a normatividade das regras ou dos princípios seria dada previamente, o que vai diretamente contra à postura já defendida no presente trabalho, em que a norma tem um caráter interpretativo e, justamente por isso, “os princípios e as regras são como condição de possibilidade da normatividade, e não o contrário”³⁷⁷.

Daí ser impossível, ao menos no paradigma aqui trabalho, fazer uma cisão entre regras e princípios. Em Dworkin, por exemplo, “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”³⁷⁸. Tanto é assim que uma das razões da distinção entre regras e princípios propugnada pelo

³⁷³STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 572.

³⁷⁴OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 195.

³⁷⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 58.

³⁷⁶STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 549.

³⁷⁷STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 550.

³⁷⁸DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

referido autor “foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes”³⁷⁹. Isso já afasta a ideia de que as regras são aplicadas mediante subsunção e os princípios pela ponderação. A propósito, não se pode confundir o pensamento de Alexy e Dworkin³⁸⁰.

Seguindo por essa perspectiva, pode-se dizer que “as regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos. Elas ‘regram’ o caso, determinando o que deve ou não ser feito”³⁸¹. As regras jurídicas, pois, não tratam de nenhuma situação concreta, pois dizem respeito às inúmeras possibilidades dentre as quais muitas não podem ser previstas. Dessa forma, é acertado dizer que elas abrem a interpretação “exatamente em razão de sua perspectiva universalizante (pretende abarcar todos os casos e, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo

³⁷⁹DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 121.

³⁸⁰Nesse sentido, Rafael Tomaz de Oliveira desmi(s)tifica as supostas semelhanças no pensamento de Alexy e Dworkin: “a) como dissemos no item anterior, Alexy e Dworkin operam com diferentes conceitos de norma e o caráter deontico dos princípios é dado de maneira distinta em cada um deles. Para Alexy, o princípio tem caráter deontico porque, como *mandado*, participa, ao lado das regras, do gênero *norma*. Para Dworkin, a normatividade do direito se manifesta concretamente na própria *prática interpretativa* e não num sistema lógico previamente delimitado, sendo, portanto, o conceito de norma remetido a um nível pragmático – e não meramente semântico como quer Alexy. Os princípios são normativos em Dworkin porque acontecem, argumentativamente, no interior desta atividade interpretativa que é o direito; b) É, de algum modo, apressada a aproximação que se faz entre o tudo-ou-nada de Dworkin e a subsunção como forma de aplicação do direito preservada por Alexy. *Subsunção* pressupõe silogismo que, por sua vez, repristina a velha cisão entre *questão de fato* e *questão de direito* que definitivamente não está em jogo quando se fala de tudo-ou-nada. Ademais, a referência dworkiana a essa característica da regra refere-se muito mais ao modo como se dá a justificação argumentativa de uma regra, do que propriamente ao seu modelo de aplicação. Ou seja, quando se argumenta com uma regra ela é ou não é, e sua ‘aplicação’ não depende de um esforço argumentativo que vá além dela própria. Já num argumento de princípio, é necessário que se mostre como sua ‘aplicação’ mantém uma coerência com o contexto global dos princípios que constituem uma comunidade (ou uma *comum-idade* como insistimos aqui em chamar); c) isso implica, diretamente, a dimensão de peso ou importância à que Dworkin faz referência no seu conceito de princípio. É possível dizer que Dworkin combina peso e importância porque, ao contrário das regras, nenhum princípio deixa de ter importância e pode ser excluído da fundamentação de uma decisão. Sua dimensão de *peso* implica que, um argumento de princípio sempre se movimenta de forma coerente com relação ao contexto de todos os princípios da comunidade. Desse modo, a justificação do fundamento da decisão só estará correta, na medida em que respeite o todo coerente de princípios num contexto de integridade. Isso implica: os princípios têm, desde sempre, um *caráter transcendental*, porque, diferentemente das regras, nos remete a uma totalidade na qual, desde sempre, já estamos inseridos: nosso contexto de mundo, de vivências primárias que constituem a significatividade do mundo. Por isso, *ponderação* e *dimensão de peso* não são equivalentes” (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 200).

³⁸¹STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 562.

prático da singularidade principiológica)³⁸². Note-se, portanto, que a regra, por institucionalizar uma forma imediata de aplicação do direito, acaba encobrindo o princípio, justamente pela sua espessura ôntica. Daí ser possível discutir os limites semânticos de uma regra, mas não de um princípio³⁸³. E, no plano semântico, as regras poderão gozar de vagueza, ambigüidade ou porosidade³⁸⁴

Os princípios, pois, não podem ser discutidos no seu domínio sintático-semântico, uma vez que eles guardam a dimensão de transcendentalidade do direito e somente se realizam na *applicatio*³⁸⁵. Quando se argumenta com princípios a pura objetividade é ultrapassada “em direção a um todo contextual coerentemente (re)construído, que, todavia, sempre se dá em todo processo interpretativo”³⁸⁶. O princípio, portanto, *transcende a objetividade da regra*. Ele sempre está presente, em toda e qualquer aplicação de uma regra, mesmo que esta venha a encobri-lo pela propositura de uma explicação dedutiva. Desse modo, “a percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina desvelando-se e, ao mesmo tempo, ocultando-se na própria regra”³⁸⁷. Mas, atenção: “ele (sempre) está na regra. O princípio é o elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele institui. Só que está encoberto”³⁸⁸.

³⁸²STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 563.

³⁸³ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 569.

³⁸⁴Conforme João Maurício Adeodato, A **vagueza** é um problema de denotação, referência, extensão, descrição, ou seja, do alcance da expressão (...) uma palavra será tanto mais vaga quanto mais sejam os objetos, quanto mais extensa seja a classe ou gênero sob sua incidência (...) A **ambigüidade** refere-se a dúvidas sobre o significado do termo lingüístico, ou seja, é um problema de conotação, intenção, conteúdo, significação (ou “sentido”). Ou seja, é ambígua uma palavra que se associa a objeto que nada têm em comum, não constituem uma classe. A isso se soma a **porosidade** de um termo, que diz respeito às modificações em seu uso cotidiano, as quais se não no decorrer do tempo, modificando suas próprias ambigüidades e vagueza. É a história da palavra. A porosidade explica a mudança no sentido da palavra “rapariga” no Brasil, passando de mero feminino de “rapaz” a expressão pejorativa. (ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 196-197).

³⁸⁵ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 567.

³⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 201.

³⁸⁷STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 567.

³⁸⁸STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 567.

São os princípios, por conseguinte, que irão autorizar a determinação do sentido das regras, tendo em vista a dimensão de transcendentalidade que a eles é inerente. No entanto, os princípios não existem em abstrato, sendo impossível falar de princípios se não há caso concreto. Eles não existem se não há uma regra que seja transcendida. Vale dizer, “o princípio só se ‘realiza’ a partir de uma regra. Não há princípio sem (alg)uma regra”³⁸⁹. Mas, também, não há regra sem princípio que venha a instituí-la legitimamente. São os princípios, portanto, que irão individualizar a *applicatio* na reconstrução da situação concreta da regra ou mesmo de um precedente³⁹⁰.

Portanto, o sentido atribuído ao texto, que somente se dará frente ao caso concreto, “não partirá de um grau zero e tampouco ocorrerá pelo ‘acoplamento’ de um sentido previamente elaborado (sintática e semanticamente) a um ‘fato desnudo’”³⁹¹. Ainda que as regras possam gozar de vagueza, ambiguidade ou porosidade, o intérprete não está autorizado a valer-se da sua subjetividade para dar o sentido ao texto da regra como se ele estivesse a sua disposição. Na hipótese da vagueza, podem ser mencionados alguns dos exemplos trazidos por Warat: “quantos fios de cabelo deve ter um indivíduo para ser considerado calvo? Quantos quilos deve pesar um homem para ser considerado gordo? Quanto dinheiro deve ter um homem para ser considerado rico?”³⁹². O sentido do texto, em todos esses casos, vai depender da situação concreta. O mesmo ocorre com o texto jurídico. O que é boa-fé? O que é função social da propriedade? O significado desses conceitos não pode se dar senão no caso concreto (*applicatio*) em que os princípios irão atuar além das suficiências ônticas das regras.

Daí se afirmar que, através da aplicação principiológica, não somente será possível caminhar do ôntico para o ontológico em um processo de atribuição de sentido à regra, como também será possível não aplicá-la a

³⁸⁹STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 568.

³⁹⁰STRECK, 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. 519.

³⁹¹STRECK, 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. 398.

³⁹²WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. V.1. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 33.

determinado caso. Por isso é possível dizer que, no fundo, cada aplicação principiológica é uma interpretação conforme ou uma nulidade parcial sem redução de texto³⁹³.

Em linhas gerais, enquanto as regras, em razão da sua perspectiva universalizante, abrem a interpretação, os princípios vêm a fechá-la. Lembrando o que já foi dito acerca da condição da Constituição como existencial, no sentido de que é incindível de toda aplicação envolvendo a legislação infraconstitucional, também os princípios “condicionam o intérprete no sentido de obrigá-lo a decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da comum-unidade dos princípios constitucionais”³⁹⁴.

1.7 O respeito à integridade do Direito como exigência do Estado Democrático de Direito

Seguindo a linha do ponto anterior, em que foi assumida uma postura no sentido de que os princípios fecham a interpretação por condicionar a decisão, adota-se também uma concepção de direito como integridade, como forma de controlar a subjetividade do julgador, na medida em que impede que ele se encontre frente ao texto, “como se esse objeto estivesse à sua disposição (do mesmo modo que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto); ele faz parte do objeto a ser discutido”³⁹⁵.

A ideia de direito como integridade é trabalhada por Dworkin a partir de uma comparação da interpretação jurídica com a interpretação literária. Um dos conceitos chaves desse intento é o da hipótese estética, segundo o qual “a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte”³⁹⁶. Após trabalhar com princípios de integridade e coerência à interpretação na arte, o jusfilósofo norte-americano vai dizer que “o artista não pode criar nada

³⁹³STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 575.

³⁹⁴STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 547.

³⁹⁵STRECK, 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. 263.

³⁹⁶DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 222.

nem interpretar enquanto cria; como pretende criar arte, deve pelo menos possuir uma teoria tácita de por que aquilo que produz é arte e por que é uma obra de arte melhor graças a este, e não àquele golpe do pincel”, para, então, afirmar que o crítico, por sua vez, “cria quando interpreta; pois, embora seja limitado pelo fato da obra, definido nas partes mais formais e acadêmicas de sua teoria da arte, seu senso artístico mais prático está comprometido com a responsabilidade de decidir qual maneira de ver, ler ou compreender aquela obra a mostra como arte melhor”³⁹⁷. Daí que, apesar de haver diferença entre interpretar quando se cria e criar quando se interpreta, essa distinção entre o artista e o crítico, em certas circunstâncias, pode ser derrubada. Entra em cena então o conhecido exemplo do “romance em cadeia”:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são “realmente”, que motivos os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente, usado, contribuiu para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos, para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas.³⁹⁸

Resolver casos controversos em direito seria um exercício similar ao literário. E isso, para Dworkin, ficaria mais evidente no *common law*, vale dizer, “quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito ‘subjazem’ a decisões de

³⁹⁷DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235.

³⁹⁸DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235-237.

outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante”³⁹⁹. Cada juiz seria como um romancista na corrente, devendo ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não somente para descobrir o que disseram, mas, principalmente, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, assim como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas foram a história, que ele deverá, pois, continuar no futuro por meio que faz no presente. Deverá, então, interpretar o que aconteceu antes, dada a sua responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos, e não partir em alguma nova direção. Isso não significa que cada juiz tenha uma licença para descobrir na história doutrinal o que pensa que deve estar lá. Caberá ao juiz interpretar a história jurídica encontrada, não inventar uma história melhor. *Há uma dimensão de ajuste às práticas institucionais que fornecerá alguns limites*. Por fim, o senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição, o que irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste ao direito anterior⁴⁰⁰. Assim, na medida em que cada juiz faz parte dessa corrente, a teoria dworkiniana seria o “exorcista da indeterminação, pois direcionaria o magistrado na adoção deste ou daquele princípio”⁴⁰¹.

³⁹⁹DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 237.

⁴⁰⁰DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 237-241.

⁴⁰¹MOREIRA FILHO, José Carlos. Dworkin e os princípios: os avanços da hermenêutica crítica do direito. *Estudos jurídicos*. Vol. 31. N. 81. Janeiro/Abril, 1998, p. 91.

2 Esboço para uma revisão (principiológica) da teoria do processo a partir do Constitucionalismo Contemporâneo

2. 1 Processo como procedimento em contraditório e processo como procedimento construído a partir dos princípios Constitucionais

Dentro da perspectiva até então trabalhada, o primeiro ponto que deve ser objeto de cuidado diz respeito à própria concepção de processo. Como foi visto, o conceito de processo construído por Bülow nasceu fortemente comprometido com pressupostos teórico do movimento do direito livre, tendo sido, posteriormente, forjado pelo processualismo científico italiano a partir de uma ideia de neutralidade própria da época. O advento do Estado Democrático de Direito vai cobrar, pois, outra forma de trabalhar a concepção de processo, de modo a atualizá-lo ao modelo de direito inaugurado pelo Constitucionalismo Contemporâneo a partir da normatividade atribuída aos princípios constitucionais do processo.

Dentro da vereda natural de evolução da doutrina processual, a superação do esquema do processo como relação jurídica é apontada a partir de uma revalorização do procedimento, invertendo-se a lógica própria do processualismo, no qual o processo seria o gênero e o procedimento a espécie⁴⁰². O procedimento constitui uma sequência de normas, de atos, de posições subjetivas que culmina em um provimento⁴⁰³. Nesse sentido, Fazzalari vai dizer que, se 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 processo⁴⁰⁴.

⁴⁰²Segundo 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.).

⁴⁰³FAZZALARI, 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*. Padova: CEDAM, 1975, p. 5).

⁴⁰⁴FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 6.

O processo seria, pois, um procedimento em contraditório⁴⁰⁵, qualificado como jurisdicional pela natureza jurisdicional do provimento formado através do procedimento.

Apesar das diversas teorias a respeito do conceito de processo, é certo que a noção de que o processo constitui-se em um caminhar para frente nunca foi efetivamente abandonada. A valorização do procedimento como elemento estrutural da ideia de processo vai bem, portanto. A concepção do processo como procedimento em contraditório parece, no entanto, limitada se for levado em conta que a Constituição brasileira consagra uma série princípios constitucionais que se relacionam diretamente com as regras processuais, de modo a instituí-las.

Apenas para lembrar, o princípio do *devido processo*, se reconduzido à matriz própria do Estado Liberal, recebe uma leitura limitada como sendo uma mera garantia que parecia estar circunscrita à defesa da liberdade, sem ocupar-se da proteção de direitos de índole civil. Com as Declarações de Direitos Humanos nascidas como reação à brutalidade do segundo pós-guerra, o *devido processo* vem configurado como sendo o direito de toda a pessoa valer-se dos Tribunais para fazer valer seus direitos⁴⁰⁶. No Brasil, o art. 4º da Constituição de 1946 trazia, pela primeira vez, a previsão de que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, o que fez com que a doutrina concebesse, naquele dispositivo, uma concepção de *devido processo*, por ser inimaginável que se garanta ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos sem que isso se faça mediante o uso de instrumento apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico⁴⁰⁷. É com a Constituição de 1988 que o direito brasileiro, de forma seminal, expressamente reconhece o princípio do *devido processo* (art. 5º., LIV), além

⁴⁰⁵No 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*. Padova: CEDAM, 1975, 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).

⁴⁰⁶OTEIZA, Eduardo. El debido proceso (Evolución de la garantía y autismo procesal). In: *Debido proceso*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2003, p. 9.

⁴⁰⁷WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*. Ano 78 – Agosto de 1998 – Vol. 647, p. 37.

de uma série de outros princípios relativos ao processo, como o contraditório, publicidade, fundamentação das decisões, dentre outros.

Esse todo principiológico que vai conformar a interpretação das regras processuais (recordando, a Constituição é um existencial) e estabelecer, pois, uma filtragem constitucional do processo, acaba servindo de condição de possibilidade que se fale em processo no plano do Estado Democrático de Direito. Melhor dizendo, a envergadura constitucional do processo autoriza dizer que somente haverá processo quando suas regras forem instituídas pelos princípios constitucionais do processo. A insuficiência ôntica dos princípios deixa antever de forma bastante precisa a diferença entre regras e princípios: seria impossível um processo sem regras processuais, não bastando apenas que a Constituição consagre princípios processuais; mas a existência de regras não calcadas em princípios também não garantiria uma ideia de processo afinada com as virtudes próprias de um Estado Democrático de Direito. Logo, somente é possível entender a influência da Constituição na conformação do processo se a diferença entre regras e princípios for bem apreendida a partir do modelo propugnado pela Crítica Hermenêutica do Direito.

Assim, é o todo principiológico da Constituição que irá informar o procedimento. Ora, na medida em que os princípios (que sempre estarão presentes) representam o todo conjuntural da Constituição e que introduzem o mundo prático no direito, é fácil perceber 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). Tem-se assim que o processo é mais que um procedimento em contraditório; é um procedimento construído a partir de princípios. E somente assim o procedimento será constitucionalmente legítimo e capaz de produzir decisões legítimas, que deverão, por óbvio, ser fundamentadas e conforme a Constituição⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Afinal, conforme 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 principiológica 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” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 322).

2.2 A transcendência ôntica das regras que prescrevem determinadas formas para a prática de atos processuais e a argumentação baseada em princípios como combate à subjetividade na decretação das invalidades processuais

É comum, quando se trata da análise de temas como a invalidade do processo e dos atos processuais, o enfrentamento de questões relativas à forma e às formalidades processuais. A forma, em seu sentido estrito, corresponde ao “revestimento externo do ato, sua feição exterior, os limites exteriores que o individualizam”. É, nesse sentido, “o conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta, ou de solenidades que se devem observar na celebração de certos atos jurídicos”⁴⁰⁹. As formalidades, por sua vez, dizem respeito à forma em sentido amplo, às condições de tempo e lugar em que se leva a efeito o ato processual⁴¹⁰. Não são, portanto, intrínsecas ao ato processual, mas, sim, circunstanciais⁴¹¹.

Esse marco teórico tem especial relevância quando se procura compreender pontos atinentes ao estudo de temas como pressupostos processuais e das invalidades processuais. Isso porque a invalidade de um ato processual decorre de uma relevante infração de forma, de um vício de um defeito na prática do ato processual⁴¹². E, para aquilatar se efetivamente a infração de forma é relevante, a doutrina contemporânea costuma valer-se de

⁴⁰⁹GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993, p. 32.

⁴¹⁰ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5. A questão não é pacífica na doutrina, de modo que muitos autores preferem considerar as formalidades como requisitos de validade do próprio ato processual. É o caso de Roque Komatsu, para quem “o lugar, como o tempo e a modalidade de expressão, compõe um dos elementos constitutivos do ato processual” (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 130). No mesmo sentido, Bruno Brunetti entende que a forma do ato consiste no “complexo dos requisitos relativos ao modo de expressão, ao lugar, ao tempo no qual a atividade do sujeito deve explicar-se no processo e à comunicação da mesma ao destinatário” (BRUNETTI, Bruno. *La nullità dela citazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, p. 7).

⁴¹¹ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

⁴¹²LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. vol. I. Seconda Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, p. 213. 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. 318. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993, p.34. KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 217. DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1989, p. 42. TESHEINER, José Maria. *Nulidades no processo civil brasileiro*. / José Maria Rosa Tesheiner, Lucas Pereira Baggio. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 33.

dois “critérios”⁴¹³: se o ato processual atingiu a sua finalidade e se não houve prejuízo à parte a quem aproveitaria a decretação da invalidade. Nesse sentido, “o ato praticado com violação de forma só será decretado inválido se, e somente se, não atingir a sua finalidade e comprometer os fins de justiça do processo. Do contrário, os arts. 154, 244, §1º, incidem para excluir o vício de forma, e assim afastar a invalidade”⁴¹⁴. A invalidade do ato processual pressupõe a decretação pelo juiz (é o resultado de um juízo constitutivo do agente político legitimado para essa função⁴¹⁵), que só poderá assim proceder quando o ato viciado não atingir a sua finalidade e, conseqüentemente, gerar prejuízo. Impende ressaltar, ainda, que a doutrina vem unificando esses conceitos, afirmando que “há prejuízo sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade”⁴¹⁶, não obstante advertências no sentido de ser precipitada tal conclusão⁴¹⁷, uma vez que o prejuízo deveria ser analisado em concreto, ao passo que a finalidade poderia ser visualizada em abstrato.

Na verdade, não há maiores problemas em igualar a ausência de prejuízo com atingir os fins do ato processual. O mais importante, na verdade, é deixar bem assentada a finalidade do ato processual, de modo que a forma

⁴¹³ Não há consenso doutrinário acerca da categoria normativa da finalidade e do não-prejuízo em matéria de invalidades processuais, havendo autores que costumam denominar tais critérios como sendo regras, outros como princípios e ainda como postulados normativos aplicativos.

⁴¹⁴ 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. 323-324.

⁴¹⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 38.

⁴¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1. 12ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 275. Conforme José Tesheiner e Lucas Baggio, “a ideia de prejuízo está diretamente relacionada com a finalidade do ato. Se o ato processual alcançou seu escopo, não há que se falar em prejuízo” (TESHEINER, José Maria. *Nulidades no processo civil brasileiro*. / José Maria Rosa Tesheiner, Lucas Pereira Baggio. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 79).

⁴¹⁷ Conforme Antônio Janyr Dall’Agnol Jr., “à primeira vista, parece que os princípios se confundem (Cf. AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2, p. 52). A conclusão, porém, é precipitada. Não se afasta que, eventualmente sejam faces de uma mesma moeda, mas, bem focados, revelam distinções. Observe-se que o prejuízo não pode ser conhecido senão em concreto; não há prejuízo *a priori*. O termo, em sua moderna acepção, significa, basicamente, efeito, dano sofrido por alguém. Já o inatingimento do fim (=não-realização da função) pode ser previsto; pode ser pensado com antecipação. Fã-lo a lei quanto aos atos de forma vinculada. O não atendimento ao modelo legal presume inatingimento do fim. A colocação é, pois, aqui, *a priori* (nada impede, por suposto, que o ato, no seu concreto realizar-se, ainda que sob defeituosa forma, atinja sua finalidade, cumpra sua função) (DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1989, p. 71)

seja vista como um reforço à consecução do escopo do ato⁴¹⁸. Com isso, chega-se a seguinte proposta: *por trás de cada regra que estabeleça determinada forma para a prática de alguma ato processual, deverá existir uma série de princípios constitucionais (uma comum-unidade de princípios ou ao menos um princípio) identificáveis como capazes de instituí-la, o que vai se dar na applicatio com a transcendência do ôntico da regra pela aplicação principiológica, seja para afastá-la, seja para aplicá-la*. Portanto, a questão envolvendo as invalidades processuais sempre deverá ser resolvida a partir de uma aplicação principiológica, de modo a ser existencializada a regra com um princípio instituidor como o contraditório, a motivação, a publicidade dos atos processuais, etc.⁴¹⁹ Do contrário, tratar-se-á de nítido caso de forma pela forma, hipótese nada condizente com a concepção do processo civil no marco do Estado Democrático de Direito⁴²⁰.

Um exemplo bastante comum é o da citação. Admite-se a validade da citação, mesmo quando não revestida das formalidades necessárias à prática do ato, se a parte ré comparece espontaneamente aos autos e oferece a

⁴¹⁸Conforme Fazzalari, “a escolha da forma que deve revestir o ato deve inspirar-se naquilo que objetivamente se deriva do conteúdo do ato, isto é, consiste na função que o próprio ato, pelo próprio conteúdo que tem, tem no âmbito do processo” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 95).

⁴¹⁹A doutrina de Paula Costa e Silva caminha na mesma direção, na medida em que a autora portuguesa também identifica nos atos processuais e nas formas uma exigência ao processo justo, sendo, pois, esta a função das formas processuais: “afirma-se que a cominação de uma violação de leis formais com a nulidade do acto significaria a prestação de homenagem às regras procedimentais, argumentação que poderia ser considerada estritamente formal. No entanto, não podemos perder de vista que quando a lei estabelece uma determinada seqüência imputa funções específicas a cada um dos actos que integram a cadeia. Atendendo a que *a lei estrutura a forma em obediência ao princípio da economia, isto significa que os actos que integram a cadeia pensada pelo legislador são apenas aqueles que fazem falta a um procedimento que possa considerar-se justo, no sentido de que é informado por um conjunto de garantias*. Não há actos (ou formalidades) inúteis, pois que cada acto tem uma função. A forma é estabelecida para salvaguarda da posição das partes. Consequentemente, faltando um acto (ou uma formalidade) prevista por lei, ter-se-ão frustrado as finalidades que levam à respectiva previsão. Alguém terá ficado prejudicado com a omissão. Do mesmo modo se passam as coisas quando é praticado um acto que não está previsto. Se a lei prevê todos os actos que, numa dada seqüência, são úteis, a prática de uma acto para além daqueles que integram a cadeia pensada determina a necessidade de consideração desse acto. (COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 493-494).

⁴²⁰Nesse sentido, a percuciente lição de Antônio do Passo Cabral: “a concepção moderna do direito processual despreza a técnica desprovida de sentido, rejeita uma moldura teleológica preocupada com resultados éticos e justos. As formas, a técnica processual, o método, têm todos, na atualidade, direcionamento axiológico, sintetizados no movimento denominado “formalismo-valorativo”, na feliz expressão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira” (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 188).

contestação⁴²¹. Isso porque se o contraditório, princípio que se sobressai a partir da regra que prescreve as formas revestidoras do ato citatório, foi garantido e permanece hígido, o ato atingiu a sua finalidade⁴²².

Dessa forma, *pretende-se evitar qualquer tipo de arbitrariedade baseadas em concepções subjetivas acerca da finalidade do ato processual e da inexistência de prejuízo no caso concreto*. Inegável que todo e qualquer vício de forma, assim como a respectiva possibilidade de decretação da invalidade deverá ser aquilatada em concreto Mas isso não significa atribuir ao julgador um espaço livre para fazê-lo. O reforço da figura do juiz decorrente da remissão da decisão ao caso concreto exige “um juiz inserido no debate, na intersubjetividade, um sujeito que deve externar suas razões fomentando o discurso e legitimando a decisão”⁴²³. O “filtro” imposto pela necessária análise do caso a partir de princípios subjacentes às regras relativas à forma dos atos processuais, de modo a garantir às partes uma resposta correta, parece uma forma bastante profícua para se trabalhar com o tema das invalidades processuais⁴²⁴.

⁴²¹PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO ADESIVA INTERPOSTA PELA PARTE QUE APELOU EM CARÁTER PRINCIPAL. INADMISSIBILIDADE. VÍCIOS DO PROCESSO. INVALIDAÇÃO. 1. É inadmissível a interposição de apelação adesiva pela parte que apelou principalmente. O recurso subordinado só é dado à parte que se conformaria com a sentença se a outra não recorresse. Precedente do STJ. 2. O comparecimento espontâneo do réu, a despeito da falta de citação formal, supre o vício (CPC, art. 214, § 1º). Constitui nulidade flagrante conceder ao autor bem da vida diferente do reclamado na inicial. Todavia, a invalidade da sentença cede em razão de vícios anteriores a este próprio ato judicial, decorrentes da necessidade de acolher o chamamento ao processo, devidamente formulado na contestação, e de colher prova, a fim de apurar se os medicamentos reclamados na inicial não podem ser substituídos pelos seus equivalentes fornecidos pela rede pública. 3. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA PARA ANULAR O PROCESSO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70005263132, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 18/12/2002).

⁴²²Nesse mesmo sentido, exemplifica Fazzalari: “a imperfeita indicação do réu no ato de citação (isto é uma indicação capaz de gerar incerteza acerca da pessoa que se quer trazer ao processo de cognição civil) não tem muita relevância quando a própria pessoa que se quer chamar em juízo, e que foi mal indicada, vem se constituir no processo” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975, pp. 173-174).

⁴²³CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 204.

⁴²⁴Também no sentido de uma compreensão principiológica do tema das invalidades processuais, Francisco Borges Motta, afirma: “Não é necessário (e nem possível) ‘pré-excluir’ nada do campo hermenêutico, justamente porque não se interpreta ‘previamente’, ou “em abstrato”. E nem a regra (que imponha o decreto de uma nulidade, por exemplo) tem um sentido prévio, que pudesse subsistir anteriormente ao caso prático. Ela será, como vimos, *existencializada*, justificada, por um *princípio*, que cumprirá o papel de não deixar que ela se desgarre do mundo prático e de dar-lhe um “sentido” constitucionalmente coerente na sua aplicação (e o ‘sentido’ do decreto de invalidades processuais é, justamente, o resguardo da ‘forma’ que, de sua vez, tanto serve a determinadas finalidades- antes vistas – como à evitação de prejuízos aos participantes do processo). Dessa forma, o ‘pronunciar’ da invalidade

2.3 A proposta de uma compreensão principiológica dos pressupostos processuais

As regras relativas aos pressupostos processuais também podem ser compreendidas e pensadas a partir da mesma perspectiva teórica proposta para as invalidades processuais, desde que guardadas, por óbvio, as distinções essenciais entre os dois temas. Há um ponto que assume grande importância quando se busca uma aproximação entre pressupostos processuais e invalidades processuais: as invalidades processuais somente dizem respeito a atos estatais. Não há invalidade de atos praticados pelas partes. Os pressupostos processuais, por sua vez, podem dizer respeito às partes, razão pela qual se costuma afirmar que a ausência de algum pressuposto pode conduzir à existência de vício no processo. Daí alguns setores da doutrina utilizarem a distinção entre invalidades de fundo e invalidades de forma. Estas diriam respeito às invalidades decorrentes de vícios de forma, enquanto aquelas estariam relacionadas com os “vícios relativos aos sujeitos do processo, aos atos de constituição da relação jurídica processual e aqueles decorrentes de impedimentos processuais, como a litispendência, a perempção e a coisa julgada”⁴²⁵. Assim, os pressupostos processuais e as invalidades processuais seriam objeto de um juízo de admissibilidade relativo ao plano da validade no processo⁴²⁶. A ausência de um

processual deve ser visto (sempre) como um ato de jurisdição constitucional, que carrega o fardo de, para ser legítimo, ter de ser principiologicamente coerente. A nossa sugestão, portanto, é simples: compreenda-se e aplique-se o *princípio instituidor* das regras que estabelecem as formas e cominam nulidades, e a pretensão de *correção* da resposta judicial estará assegurada: E melhor: não haverá necessidade de procurar refúgio em padrões potencialmente estranhos à produção democrática do Direito, como o tal ‘sobredireito’ e, mesmo, as indigitadas ‘metanormas’” (MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pp. 195-196).

⁴²⁵TESHEINER, José Maria. *Nulidades no processo civil brasileiro*. / José Maria Rosa Tesheiner, Lucas Pereira Baggio. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130-131. Classificação que na doutrina nacional ficou conhecida a partir da obra de Teresa Wambier, *Nulidades da sentença* (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1987).

⁴²⁶Tal é a concepção adotada, por exemplo, por Fredie Didier Jr., “o juízo de admissibilidade opera sobre o plano de validade dos atos jurídicos. Mais precisamente do ato jurídico complexo procedimento. O ato postulatório é o primeiro dos atos que compõem o ato-complexo procedimento – é o primeiro dos *atos condicionantes*, a que alude Marcos Bernardes de Mello. O exame da validade do ato postulatório é, *a fortiori*, o exame da validade do próprio procedimento de que faz parte. A peculiaridade consiste apenas na circunstância de ser o primeiro ato, que, uma vez invalidado, implicará a nulificação do procedimento *ab ovo*”.

pressuposto processual apurado no curso do processo conduziria, por conseguinte, à invalidade da relação processual, culminando na extinção do processo sem julgamento de mérito⁴²⁷. Em suma: os pressupostos processuais diriam respeito aos atos de constituição do processo como relação jurídica; os atos posteriores seriam visualizados mais sob o prisma das invalidades processuais, o que não afastaria o vínculo entre os dois temas⁴²⁸.

Na verdade, o que há em comum entre pressupostos e invalidades processuais é o fato de as regras atinentes à forma dos atos processuais e as regras relativas aos pressupostos processuais encobrirem (alg)um princípio. E isso faz com que a infração à forma e a ausência de um pressuposto processual somente gerem consequências ao processo quando houver um problema prático envolvendo os princípios que institucionalizam as suas respectivas regras. Afinal, a pergunta pelos princípios somente se dá na situação concreta⁴²⁹. Em ambos os casos, ademais, deve-se fazer o máximo para que seja possível julgar o mérito da demanda, do modo que o processo chegue ao seu resultado normal e esperado⁴³⁰.

Porém, há diferenças substanciais que impedem o tratamento em conjunto das invalidades processuais e dos pressupostos processuais. Cumpre, nesse ponto, verificá-las.

(DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 22-23). Como se vê, o referido autor mantém-se preso ainda à noção de processo como relação jurídica processual.

⁴²⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista juris cível do STF*. Volume 69. Ano VI, Setembro de 1978. São Joaquim da Barra: Editora Legis Summa, 1978, p. 21.

⁴²⁸TESHEINER, José Maria. *Nulidades no processo civil brasileiro*. / José Maria Rosa Tesheiner, Lucas Pereira Baggio. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128.

⁴²⁹Conforme assevera Streck, “ao introduzir o mundo prático no direito, os princípios – aqueles que efetivamente assim podem ser epitetados – adquirem normatividade somente porque se realizam na *applicatio*, ou seja, na situação concreta a ser normatizada” (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. 522)

⁴³⁰Nessa linha, Antonio do Passo Cabral afirma que “o magistrado deve evitar ao máximo a pronúncia de nulidade, procurando sempre aproveitar o ato praticado, seja preventivamente, pela inadmissibilidade e correção de atos que se verifiquem viciados, seja corretivamente, buscando salvá-lo a despeito do vício (o que pode ser feito com várias técnicas: aplicação da fungibilidade ou conversão, repetição-renovação do ato etc). Nesse cenário, a invalidação se nos figura como *ultima ratio*, até porque é uma solução custosa ao processo (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 193). No mesmo sentido, BERIZONCE, Roberto Omar. *La nulidad en el proceso*. La Plata: Platense, 1967, p. 86. KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 247.

Enquanto o problema das invalidades processuais gravita, como o próprio nome diz, no plano da validade dos atos processuais, os pressupostos processuais não dizem respeito à validade da relação jurídica processual. Afinal, a teoria do processo como relação jurídica remonta a um passado já superado na doutrina processual de todo estranho aos fundamentos do Estado Democrático de Direito e à forma como o processo deve ser visualizado no Constitucionalismo Contemporâneo, tal como se traçou anteriormente.

Conforme lembrava Barbosa Moreira ainda na década de oitenta, a obrigatória prioridade do juízo acerca dos pressupostos processuais em relação ao juízo de mérito teria sido posta em dúvida por alguns setores da doutrina alemã. Nesse sentido, poderia ocorrer a rejeição do pedido sem qualquer preocupação de ordem: pressupostos processuais e fundamentos de direito material formariam, em conjunto, uma classe única, a dos pré-requisitos do acolhimento do pedido⁴³¹. Na década de noventa, Miguel Teixeira de Sousa, partindo da doutrina do alemão Rimmelspacher, iria oferecer algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais⁴³². Para o autor português os pressupostos processuais teriam uma função reguladora, no sentido de funcionar como limites intrínsecos estabelecendo os condicionalismos processuais para a concessão da tutela jurisdicional à parte requerente⁴³³. A consagração dos pressupostos processuais, nesse sentido,

⁴³¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre pressupostos processuais. *Revista Forense*. V. 288. Ano 80. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 4.

⁴³²Conforme o referido autor, pode-se afirmar “que, quanto às relações entre a admissibilidade e a fundamentação da ação, a doutrina processual está firmemente arraigada a um verdadeiro dogma da prioridade da apreciação da admissibilidade relativamente à análise da fundamentação. Contudo, a ciência do direito – e, no caso concreto, a ciência processual – não pode aceitar acriticamente a construção lógico-conceitual à qual é atribuída um valor *a priori* que não pode ser questionado nem discutido. Ao receber essa construção como um dogma, a ciência processual demite-se da sua função crítica e, através de uma tão surpreendente como inaceitável sobrevivência da metodologia característica da jurisprudência dos conceitos, submete a análise da realidade aos parâmetros de uma construção conceitual apriorística. A esta inadequação ainda que, qualquer que seja a *ratio* do condicionamento da produção de uma decisão de mérito pela existência dos pressupostos processuais, é fácil construir situações nas quais a aplicação do dogma contraria qualquer motivação razoável e nas quais é possível proceder à falsificação, na acepção popperiana, desse dogma” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (Algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de processo*. Ano 16. Julho-Setembro de 1991. N. 63. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1991, p. 65).

⁴³³SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (Algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de processo*. Ano 16. Julho-Setembro de 1991. N. 63. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1991, p. 71.

teria o condão de acautelar determinados interesses que deveriam ser observados na concessão da tutela jurisdicional⁴³⁴. Em linhas gerais, teriam a função de tutelar os interesses do Estado e das partes.

Nessa senda, o escopo da quase generalidade dos pressupostos processuais seria o de “salvaguardar os interesses das partes garantindo um equilíbrio de forças e de oportunidades entre os litigantes”⁴³⁵. A partir dessa constatação, seria de todo relevante distinguir aqueles pressupostos alicerçados em favor do autor daqueles que visam à tutelar o réu. Em primeiro lugar, a parte somente poderia invocar a ausência de um pressuposto processual estruturado em seu favor. Seria inadmissível, por conseguinte, a invocação pelo réu da incapacidade jurídica do autor⁴³⁶. Na mesma linha, tem-se que, relativamente aos pressupostos erigidos no interesse da parte autora, a falta de algum deles não impediria o julgamento de procedência do pedido, uma vez que a parte não se vê prejudicada com a ausência do respectivo pressuposto⁴³⁷. Por outro lado, mesmo quando não estivesse “concludentemente averiguada ou quando está verificada a inexistência de um dos pressupostos processuais destinados a acautelar os interesses do réu” mostrar-se-ia possível a análise do mérito no sentido da improcedência do pedido do autor, não sendo justificável a prioridade da apreciação dos pressupostos processuais, até porque lhe será mais vantajosa uma decisão que aprecie o mérito, com força de coisa julgada⁴³⁸. As coisas se passariam de forma diversa quando o pressuposto processual tivesse a função de acautelar interesses do Estado, restando justificada a precedência na sua apreciação, tal como no caso de incompetência absoluta do juízo⁴³⁹.

Parece inadequada a cisão entre interesses das partes e interesse do Estado no âmbito da técnica processual⁴⁴⁰. Muito mais profícua e consentânea

⁴³⁴SOUSA, Miguel Teixeira de. op. cit. p. 71.

⁴³⁵SOUSA, Miguel Teixeira de. op. cit. p. 73.

⁴³⁶SOUSA, Miguel Teixeira de. op. cit. p. 75.

⁴³⁷SOUSA, Miguel Teixeira de. op. cit. p. 76.

⁴³⁸SOUSA, Miguel Teixeira de. op. cit. p. 78.

⁴³⁹SOUSA, Miguel Teixeira de. op. cit. p. 72-73.

⁴⁴⁰Para uma adequada compreensão do tema, ver 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. Na doutrina nacional, e inclusive com uma ampla análise da teoria de Carnacini, ver, por todos, LEMOS, Jonathan Iovane de. *A organização do processo civil do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Fundamentação histórica*.

com o Estado Democrático de Direito é a análise dos pressupostos processuais à luz dos princípios constitucionais do processo. Até porque os pressupostos processuais são construídos a partir de regras que somente são existencializadas com base em princípios constitucionais. Na verdade, os pressupostos processuais são todos erigidos para que o processo mantenha-se dentro dos parâmetros constitucionais⁴⁴¹.

Assim, deve-se perceber que as regras que instituem os pressupostos processuais têm sua razão de ser na principiologia constitucional do processo, o que confere um caráter muito mais teleológico à matéria. A falta de algum dos pressupostos processuais cuja densidade principiológica está atrelada ao princípio da igualdade (processualmente representativo de uma paridade de condições, na feliz expressão de Barbosa Moreira)⁴⁴², como é o caso da capacidade para estar em juízo e da capacidade postulatória, não tem, portanto, o condão de impedir o julgamento do mérito quando o julgamento for favorável à parte que, em princípio, seria prejudicada por não estar presente tal pressuposto⁴⁴³. É o mesmo caso bastante conhecido da possibilidade do julgamento de procedência do pedido formulado por incapaz sem que tenha havido intervenção do Ministério Público. O problema é que comumente a questão vai trabalhada no plano das invalidades processuais, quando, na

Dissertação de mestrado. PUCRS, 2011, pp. 63-69. Livro no prelo gentilmente cedido pelo autor.

⁴⁴¹Atualmente a doutrina tem buscado desenvolver o avanço no tema a partir da chamada teoria dos direitos fundamentais. É o caso de MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 468-482. 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, pp. 105-106. Trata-se de perspectiva que, ao que parece, não consegue lidar com o problema da aplicação principiológica, uma vez que inserida em um contexto de defesa de um conceito semântico de norma e, por conseguinte, de cisão entre regras e princípios.

⁴⁴²Conforme Barbosa Moreira, a expressão paridade de armas denota, com força demasiada, uma concepção de processo como duelo (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La igualdad de las partes en el proceso civil*. In: *Temas de derecho procesual*: quarta série. São Paulo: Saraiva: 1989, p. 70. Nota 6).

⁴⁴³Em sentido semelhante, mas sem partir de uma análise principiológica do tema nos termos aqui propostos, tem-se na doutrina nacional a seguinte perspectiva: “a ausência de pressuposto erigido em função da paridade de armas entre as partes, entretanto, pode ser superada em determinados casos, possibilitando o julgamento de mérito da causa e mesmo a concessão da tutela jurisdicional do direito. Assim, quando possível decidir o *mérito em favor do réu*, a ausência de pressuposto voltado à proteção de sua igualdade no processo não retira do juiz o dever de proferir sentença de improcedência. Quando possível decidir *favoravelmente o mérito para o autor*, a ausência de pressuposto que vise à proteção de sua igualdade no processo não impede o julgamento de mérito e a concessão de tutela jurisdicional do direito a seu favor” (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, pp. 105-106).

verdade, a intervenção do Ministério Público no caso de incapaz nada mais é do que um pressuposto processual que visa a garantir a igualdade entre as partes.

Essa forma de visualizar o tema confere uma compreensão dos pressupostos processuais independente da classificação adotada, o que é extremamente relevante tendo em vista a diversidade de classificações acerca da matéria. Mais do que isso, permite verificar se efetivamente se está diante de um pressuposto processual ou de outra categoria que não merece o mesmo tratamento. Afinal, um pressuposto processual somente pode ser pensado como uma categoria que assegura a modelo constitucional procedimento haurido no todo principiológico da Constituição.

Por essa perspectiva é possível uma revisão do dogma da prioridade do juízo acerca dos pressupostos processuais em relação ao mérito, mormente em caso de dúvidas a respeito da existência ou não de algum pressuposto processual. É o caso da litispendência e da coisa julgada. Não haveria justificativa plausível para impedir, quando alegada a existência de litispendência, o julgamento do mérito por um Tribunal, antecipando-se frente a outro Tribunal em que pende a mesma demanda, garantindo-se uma definição mais rápida da situação jurídica das partes⁴⁴⁴. De mesma forma, se o demandado sustenta a existência de coisa julgada, não haveria prejuízo se o juiz julgasse o pedido improcedente.

Em suma, é preciso distinguir, no caso dos pressupostos processuais, como serão problematizados os princípios no caso concreto. A ausência de capacidade processual do autor, por exemplo, impede o julgamento do mérito em favor do réu, assim como a falta de intervenção do Ministério Público impede o julgamento de improcedência quando o demandante é incapaz. O julgamento de mérito por juiz absolutamente incompetente não tem serventia alguma para a parte vencedora, sendo bastante óbvio que determinadas

⁴⁴⁴A propósito, Miguel Teixeira de Sousa menciona que “não se vislumbra justificativa plausível para impedir que o tribunal (competente, para não complicar a hipótese) perante o qual foi deduzida a exceção de litispendência não possa antecipar no proferimento de uma decisão sobre o mérito ao julgamento do outro Tribunal no qual está pendente a mesma ação, dado que daquela decisão resulta uma definição mais rápida da situação jurídica das partes” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (Algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de processo*. Ano 16. Julho-Setembro de 1991. N. 63. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1991, p. 65).

preliminares obstam, inevitavelmente, a apreciação do mérito da causa. E essa aplicação somente poderá ser feita pela transcendência do ôntico das regras que tratam dos pressupostos processuais a partir dos princípios constitucionais na concretude do caso concreto.

3 O papel das partes e do juiz no Estado Democrático de Direito: a questão da organização do processo

Pode-se dizer que a doutrina publicística e social do processo teve um inegável mérito de superar a concepção puramente liberal. Todavia, esse discurso merece ser atualizado pelo Estado Democrático de Direito. Afinal, 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-se a participação destas na formação dos provimentos judiciais. O Estado Democrático de Direito cobra a organização do processo em conformidade com a própria noção de democracia⁴⁴⁵. Mostra-se imprescindível buscar um equilíbrio dos poderes do juiz e das partes no processo: nem um juiz inoperante e passivo nos moldes do Estado Liberal⁴⁴⁶,

⁴⁴⁵Conforme Dierle Nunes: "Todavia, como já foi dito, uma parte dos defensores do ideal de um processo social e sem neutralidade normativa crê que o juiz possa operar como um verdadeiro canal de comunicação entre o peso axiológico atual da sociedade em que se vive e os textos normativos, sendo o intérprete dotado de sensibilidade na pesquisa solitária dos bens comuns. E a tal concepção permite a utilização de conteúdos não colocados ao crivo do contraditório, permitindo assim ao juiz de valer-se de argumentações axiológicas pessoais (quem sabe ocultando dentro desses razões políticas ou econômicas) que somente serão examinadas pelas partes na leitura final das decisões (decisões de terceira via - Überraschungsentscheidungen). E os sistemas processuais que seguem as perspectivas da socialização e adotam um perfil funcional (na medida em que permitem ao magistrado a utilização de prévias compreensões pessoais sem o exercício dos controles) limitando uma das principais funções do processo, ou seja, aquela de servir de estrutura normativa cardeal na formação do provimento" (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. Disponível em: <<http://www.diritto.it>>. Acesso em 27/09/2010).

⁴⁴⁶Nesse sentido, ver as constantes críticas ao "neoprivatismo processual" elaboradas por Barbosa Moreira nos seguintes ensaios: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 34, p. 5-16, mar/abr, 2005. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 2004. n.116, p.313-323. Na mesma linha, ver, na doutrina italiana, TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in europa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, Milano: Giuffrè, v. 60, n.2, p.451-482, giugno, 2006. DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. VERDE, Giovanni. Le ideologie del processo in un recente saggio. *Rivista di diritto processuale*. Ano LVII. N. 3. Luglio-Settembre 2002. VERDE, Giovanni. Il processo civile sociale (postilla). *Rivista di diritto processuale*. Ano LIX. N. 2. Aprile-Giugno 2004.

nem um reforço dos poderes do juiz em detrimento da atuação das partes no processo⁴⁴⁷.

Na medida em que o Estado Democrático carrega consigo esse caráter transformador, não é possível concebê-lo como um Estado passivo. Ao mesmo tempo, a tônica fundada em uma autodeterminação democrática enfatiza que os cidadãos deixam de ser apenas alvo da atuação do Estado. Essa relação entre a sociedade e o Estado vai refletir a concepção do processo civil que marca o Estado Democrático de Direito. Afinal, é "do equilíbrio de forças entre o juiz e os litigantes que transparece a verdadeira concepção que o legislador tem da justiça"⁴⁴⁸.

No Estado Liberal o juiz exercia um papel passivo e desinteressado⁴⁴⁹, atuando como um árbitro, sendo impossível concebê-lo no mesmo nível que os demais sujeitos processuais.⁴⁵⁰ Com o advento do Estado Social, o incremento dos poderes do juiz ocorre como um reflexo da mudança no próprio perfil do Estado, de modo que, na qualidade de representante da vontade estatal, e imbuído na busca pela justiça social, o órgão julgador passa a assumir uma posição central na condução do processo. No Estado Democrático de Direito, busca-se conciliar características do processo liberal e do processo social⁴⁵¹ a partir de um modelo de organização processual no qual o juiz desenvolva o

⁴⁴⁷É interessante notar que em 1972, Fritz Baur já alertava para a necessidade de uma atualização do pensamento de Franz Klein, no sentido de que também o papel das partes e a tutela dos seus direitos devem ser reforçados, sem que isso signifique um amesquinamento do papel do juiz: "o pensamento de Franz Klein acerca da atividade do órgão judicial no processo não é hoje de algum modo superado, mas acima de tudo vai reformulado sob a base de um necessário e contemporâneo reforço dos direitos das partes" (BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee. In: *Rivista di diritto processuale*. v. 27. 1972, p. 258)

⁴⁴⁸BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Problema da 'Divisão do Trabalho' entre Juiz e Partes: aspectos terminológicos. In: *Revista de Processo*, n. 41, 1985. Conforme Roger Perrot é "do equilíbrio de forças entre o juiz e os litigantes transparece a verdadeira concepção que o legislador tem da justiça" (PERROT, Roger. Il nuovo futuro codice di procedura civile francese. *Rivista di diritto processuale*. 1975. N. 2. p. 239).

⁴⁴⁹PINTO, Junior Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n.148, p. 169-180, jun. 2007, p. 172.

⁴⁵⁰GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 21, p.580-609, 1966, p. 595.

⁴⁵¹Conforme adverte 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 27/09/2010).

diálogo no mesmo nível das partes⁴⁵², valorizando-se, outrossim, a concepção participativa da democracia⁴⁵³.

Sem sombra de dúvidas, é possível afirmar que o Estado Liberal construiu um modelo de juiz passivo, submisso à vontade das partes, ao passo que a superação dessa perspectiva redundou em um juiz ativo, deixando-se de lado a tematização a respeito dos seus limites de atuação. A importância para que fossem atribuídos poderes materiais ao juiz para concretizar as decisões jurisdicionadas, somadas ao sincretismo teórico improvisado que estava na base da dogmática processual, acabou redundando numa concepção voluntarista de juiz, o que vem sendo chamado atualmente de *protagonismo judicial*. Importa advertir que o termo protagonismo judicial pode ser compreendido, segundo Francisco Motta, como a possibilidade de o juiz “decidir casos complexos, ou difíceis, de acordo com a sua moralidade individual, com o seu “prudente arbítrio” ou, enfim, de acordo com todos os nomes a que se dê à sua capacidade de discernimento”⁴⁵⁴. Note-se, *o combate ao protagonismo judicial nada tem a ver com a importância atribuída ao Poder Judiciário e à necessidade de que o juiz disponha de mecanismos idôneos para concretizar os direitos que os indivíduos ou a coletividade tem contra o Estado. Ou seja, o discurso do protagonismo judicial não é um discurso contra o juiz, mas, sim, uma fala a favor da democracia, da necessidade de controle democrático no e pelo processo.*

Daí ser possível afirmar que, em razão da imprescindível importância atribuída à concretização dos direitos no marco do Estado Democrático de Direito, cobra-se um aumento dos poderes do juiz, de modo que o processo

⁴⁵²GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale.*, v. 21, p.580-609, 1966, p. 609.

⁴⁵³Segundo Dierle Nunes, “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 27/09/2010).

⁴⁵⁴MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 34.

seja capaz de atingir a sua precípua missão de concretizar direitos⁴⁵⁵. Sobreleva, nessa senda, um incremento de mecanismos processuais (*astreintes, busca e apreensão, meios expropriatórios, etc.*) e a disposição de sentenças (*especialmente as mandamentais e executivas lato sensu*) voltadas para uma tutela jurisdicional efetiva⁴⁵⁶ mais rente às necessidades do direito material. Note-se que apesar de todos os avanços doutrinários e inúmeras minirreformas, ainda não se conseguiu criar meios para que, por exemplo, as sentenças proferidas em ação civil pública manejadas contra o Estado tenham efetividade, já que os mecanismos comumente adotados (multa diária) não conseguem pressionar o Estado a cumprir as decisões judiciais. Isso para não falar de grandes empresas, contra as quais o Judiciário tem seu poder sobremaneira diminuído. O resultado é um total desrespeito às decisões judiciais, ao ponto de, por exemplo, em uma ação proposta em desfavor do sindicato médico de um dos maiores Municípios do interior do Estado do Rio Grande do Sul, em que foi determinado o atendimento de 100% dos casos urgentes apesar da greve dos médicos, sob pena responsabilização penal e multa diária de R\$ 20.000,00, o presidente do referido sindicato manifestou-se no principal jornal da cidade sobre a referida decisão dizendo “ainda não fomos notificados. É normal, mas a gente recorre. É uma escadinha. Nada que seja capaz de mudar o rumo dos acontecimentos”⁴⁵⁷.

Dessa forma, quando se afirma que é necessário munir o juiz com poderes para que o processo seja capaz de prestar tutela jurisdicional efetiva, isso não quer significar a defesa de um protagonismo judicial ou de um “estado

⁴⁵⁵Nunca é demais lembrar que uma das grandes bandeiras do pensamento de Ovídio Baptista da Silva era justamente a falta de poderes atribuídos ao juiz dos países de tradição do *civil law*. Nesse sentido, reputava “indispensável ter em conta que, tanto o sistema jurídico da Europa continental quanto a *common law* são de certa forma descendentes do direito romano e, não obstante, apenas o primeiro conservou a estrutura elementar do procedimento da *actio*, diretamente ligada aos juízes privados, quanto o direito inglês preservou a porção mais nobre da função judicial romana, reservada apenas ao pretor, não ao juiz privado” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 102). Ainda, para o autor, “a prática de uma democracia verdadeiramente participativa não pode prescindir de um Poder Judiciário forte, responsável e politicamente legitimado” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 2).

⁴⁵⁶Acerca do tema, com ampla análise do direito comparado, ver RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 187-205.

⁴⁵⁷Jornal Pioneiro – Diário de integração da serra. Ano 63. Número 11.074. Caxias do Sul, Sexta-Feira, 17/06/2011, p. 4.

de natureza hermenêutico⁴⁵⁸. Muito pelo contrário, a criação de técnicas processuais para que as decisões judiciais sejam respeitadas pressupõe, em primeiro lugar, uma necessária reflexão no plano de teoria da decisão e da interpretação a respeito do manejo desses mecanismos. Basta ver o exemplo dos artigos 461 e 461-A do CPC, que vieram instituir técnicas para dar efetividade às sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*⁴⁵⁹. O resultado é que até agora não se conseguiu estabelecer critérios para a aplicação das chamadas *astreintes*, pois, quando muito, o tema é tematizado a partir da teoria da ponderação⁴⁶⁰. Por outro lado, já se deixou claro que a própria noção de processo pressupõe a sua incidibilidade com a Constituição, de modo que o todo principiológico constitucional que compõe o devido processual legal deverá confluir para um controle das decisões, e não para uma liberdade do intérprete.

Por outro lado, o combate ao protagonismo judicial não pode significar um retorno ao processo liberal em que as partes eram protagonistas do processo (*neoprivatismo*). Na verdade, o protagonista não deve ser nem o juiz,

⁴⁵⁸STRECK, 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. 341. Ao cunhar essa expressão, Lenio está preocupado com a necessidade de controlar o poder hermenêutico do juiz, uma vez que "nesta quadra da história, o direito assume um caráter 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" (Idem. Ibidem., pp.1-2). Esse aumento do caráter hermenêutico do direito, próprio do constitucionalismo contemporâneo além da (necessária) concretização dos direitos fundamentais não quer significar, todavia, uma queda de irracionalidade ou uma delegação em favor de decisionismos (Idem. Ibidem., p. 217), sendo, pois, tarefa básica de qualquer teoria jurídica na atualidade: concretizar direitos e evitar arbitrariedades, decisionismos, discricionariedades (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. 12). Sobre o tema, com lente aguçada e perspicaz em direção ao processo civil, ver MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

⁴⁵⁹Para uma ampla análise da classificação das pretensões processuais ou, por outra vereda, das sentenças de procedência, ver RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, pp.161-206.

⁴⁶⁰Nesse sentido, AMARAL, Guilherme Rizzo. *Astreintes no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, na qual o autor propõe, com base na teoria de Humberto Ávila, a utilização do "postulado normativo aplicativo" da proporcionalidade que, ao final, vai redundar na subjetividade do intérprete a partir da ponderação depois de verificada a necessidade e adequação do meio coercitivo.

nem as partes, mas, sim, o Direito, que deverá ser levado a sério. Por isso, o enfrentamento do protagonismo (decisório) não bate de frente com a necessidade de que participação das partes no processo seja pautada pela boa-fé objetiva⁴⁶¹. O fato de as partes serem parciais e interessadas no resultado da causa não significa que estejam isentas de agir com lealdade e boa-fé⁴⁶². Nessa senda, a boa-fé objetiva, ao balizar a conduta das partes, poderá representar deveres, obrigações ou ônus processuais⁴⁶³. Nesse sentido, por exemplo, tem-se o *dever* do executado de indicar ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores, sob pena de incorrer em ato atentatório à dignidade da justiça, hipótese na qual incidirá multa conforme o art. 601 do CPC, o *ônus* do réu contestar, de forma séria, sob pena de se reputarem verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, consoante o art. 319, do CPC, ou de se abrir margem para a concessão de antecipação da tutela com fulcro no art. 273, II, do CPC, e a obrigação de indenizar a parte contrária em decorrência dos prejuízos sofridos pela atuação desleal do litigante de má-fé, nos termos do art. 18 do CPC. É claro, todas essas regras

⁴⁶¹A ideia de que a boa-fé impõe deveres aos sujeitos processuais, estabelecendo verdadeiras regras de conduta, não é nova no direito brasileiro. Já em 1961, Jonatas Milhomens retratava o estado da doutrina pátria a respeito do tema, asseverando que, no direito processual “a) devem os sujeitos do processo comportar-se honestamente; b) presume-se que tenham agido de boa-fé; c) pune-se a transgressão do dever de lealdade” (MILHOMENS, Jônatas de Mattos. *Da presunção de boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 54). Hodiernamente, o Código de Processo Civil brasileiro prevê diversos deveres a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo (art. 14 e seguintes, do CPC), encampando, no âmbito processual o princípio da boa-fé objetiva. É de relevo notar que a construção do tema do direito processual parte do amplo material doutrinário elaborado no direito civil. A propósito, ver COSTA, Judith Hofmeister Martins. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999. SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe; el principio general en el derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1984.

⁴⁶²Pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil, as partes têm o dever de colaborar com o juízo na solução da causa. A respeito, a segunda parte do artigo 5º do Projeto do Novo Código de Processo Civil é bastante, na medida em que prevê o dever das partes cooperarem com o juiz da causa fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência. Também o artigo 8º do Projeto prevê o dever das partes colaborarem com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito, bem como abster-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios. O problema é saber qual força dessas regras, que não apresentam nenhuma sanção para o caso de serem descumpridas. No sentido posto no Código, mais se assemelham a uma pauta geral, a uma espécie de princípio geral do direito, sem normatividade alguma.

⁴⁶³RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 134. A respeito dos deveres, obrigações e ônus processuais das partes no processo, ver, também, EISNER, Isidoro. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, pp. 51 e seguintes.

têm assento em por princípios constitucionais, ou melhor, são por eles instituídas, como o princípio da efetividade (art. 5º. XXXV), da solidariedade social (art. 3º), da igualdade (art. 5º), dentre outros. Na verdade, seria no mínimo absurdo pensar que em um Estado Democrático de Direito fosse chancelada a má-fé das partes no processo.

A doutrina portuguesa, ao enfrentar o tema relativo ao papel dos juiz e das partes no processo, vai falar que o Estado Democrático de Direito trabalha com um modelo de juiz “colaborante”⁴⁶⁴. A colaboração, como modelo de organização do processo própria do Estado Democrático de Direito, enfatizaria uma forma de trabalho em conjunto (comunidade de trabalho) entre o juiz e as partes⁴⁶⁵, uma vez que “cooperar ou colaborar implica agir em conjunto para determinado fim específico”⁴⁶⁶. A novidade residiria essencialmente na existência de deveres de colaboração do tribunal para com as partes⁴⁶⁷. A colaboração, assim, passaria a constituir a trave mestra do processo civil⁴⁶⁸, impondo ao órgão julgador deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio.

Tais deveres encontram-se sistematizados pela doutrina portuguesa a partir da análise das regras processuais lá vigentes: “dever de esclarecimento (art. 266.º, n.º2); dever de prevenção (arts. 508.º, n.ºs 1, alínea b), 2 e 3, 508.º-A, n.º 1, alínea c), 690.º, n.º 4, e 701.º, n.º1); dever de consulta (art.3.º, n.º3); dever de auxílio (art. 266.º, n.º 4)”⁴⁶⁹. Nessa linha quando a doutrina portuguesa fala em um princípio da cooperação ou da colaboração está se

⁴⁶⁴MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 78.

⁴⁶⁵LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2a. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 168. A expressão já era utilizada na obra de Leo Rosenberg *Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts*. A respeito, ver, no original, ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts*. 5. ed. Munchen: Beck, 1951, ou, ainda, em língua espanhola, ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1955.

⁴⁶⁶MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 78. Na doutrina nacional, CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 217.

⁴⁶⁷MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.79. FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra: 2006, pp. 163-164.

⁴⁶⁸FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra: 2006, p. 168.

⁴⁶⁹MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 79.

trabalhando com o conceito de princípio em um plano epistemológico. Basta ver o tratamento dado ao tema pelo autor português José Lebre de Freitas, o qual trabalha com um conceito de “princípios gerais”, no que vai falar, juntamente com o princípio da colaboração, em princípios como o da preclusão, da auto-responsabilidade das partes, da imediação, da oralidade, da concentração⁴⁷⁰, para ficar somente com estes. Além disso, analisando a obra dos autores lusitanos, verifica-se que há, ainda, uma grande preocupação com o enfrentamento das feições liberais de processo, ao ponto de alguns autores defenderem um modelo de juiz passivo, taxando de autoritária a perspectiva da colaboração processual⁴⁷¹.

Dito isso, resta saber se a colaboração processual, nos moldes em que foi construída no direito português, pode ser adaptada ao processo civil brasileiro, o que demanda uma análise em duas frentes: como modelo de organização do processo e como princípio, adiantando-se que pelas duas perspectivas se chegará ao mesmo lugar. E, em ambas as perspectivas, o foco da doutrina centra-se nos deveres impostos ao juiz, tendentes a equilibrar ou a melhor distribuir o papel do juiz e das partes no processo.

Nessa senda, o *dever de esclarecimento* consistiria no dever do julgador em se esclarecer, junto às partes, quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, evitando que sua decisão tenha por base a falta de informação e não a “verdade” apurada⁴⁷². O dever de esclarecimento, no Código de Processo Civil brasileiro, estaria explicitamente encampado em alguns dispositivos. É o caso dos arts. 340, I e 342, do CPC,

⁴⁷⁰LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2a. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 79 e seguintes.

⁴⁷¹Nesse sentido, MENDONÇA, Luís Correia. *Vírus autoritário e processo civil*, comunicação apresentada em 24 de Setembro de 2006, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível na internet em <http://www.fd.unl.pt/docenets_docs/ma/MFG_MA_2749.doc>. Acesso em 22/11/2011.

⁴⁷²SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*. v. 338. Rio de Janeiro, 1997, p. 151. A matéria a ser esclarecida pode dizer respeito tanto aos fatos da causa, quanto às questões jurídicas, estando situado nesses dois planos. No primeiro, diz respeito a qualquer esclarecimento que o julgador pretenda obter sobre a alegação dos fatos da causa, de modo a ter a perfeita compreensão do seu conteúdo. No segundo, às partes pode ser pedido que esclareçam a sua posição quanto aos fundamentos de direito do pedido e das exceções (FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra: 2006, p. 165). Nessa linha, sorte, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante (DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: Uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, n. 127, p. 75-79, set, 2005, p. 77).

que prescrevem o dever da parte de comparecer em juízo, respondendo ao juiz o que lhe for interrogado e permitindo que o juiz, de ofício, em qualquer estado do processo, determine o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa⁴⁷³. Da mesma sorte, não deveria o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante⁴⁷⁴.

Em face do *dever de prevenção*, o julgador estaria incumbido de prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos⁴⁷⁵. No direito brasileiro, a doutrina costuma trabalhar com o dever de prevenção frente a algumas situações específicas. Assim, no que tange ao tema das invalidades processuais, quando for verificado um defeito formal no juízo de admissibilidade, o magistrado deve inadmitir o ato, indicando expressamente qual o vício de forma e permitindo a retificação, se ainda houver prazo.⁴⁷⁶ Teria o juiz, igualmente, o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um fato, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro⁴⁷⁷, podendo, ainda, surgirem diversos outros exemplos das mais variadas situações postas no caso concreto.

Relativamente ao direito à emenda da petição inicial, costuma-se mencionar que, em sendo verificado pelo juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, determinará que

⁴⁷³GOUVEIA, Lucio Grassi de. *Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, dialética, 2003. n. 6, p. 51.

⁴⁷⁴DIDIER JÚNIOR, Fredie. *O princípio da cooperação: Uma apresentação*. op. cit. p. 77.

⁴⁷⁵SOUSA, Miguel Teixeira de. *Aspectos do novo processo civil português. Revista Forense*. v.338. Rio de Janeiro, 1997, p. 151. Nessa linha, o juiz tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um fato, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro (GOUVEIA, Lucio Grassi de. *Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual*, n. 6. São Paulo: Dialética, 2003, p. 52)

⁴⁷⁶CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo civil*. op. cit. p.305.

⁴⁷⁷GOUVEIA, Lucio Grassi de. *Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. op. cit.. p. 52.

o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez dias. Com efeito, não deveria o juiz, na hipótese em exame, somente determinar que o autor emende a inicial, mas deve preveni-lo das falhas que a referida peça apresenta. O indeferimento da petição inicial somente seria permitido se for oportunizada a correção do defeito⁴⁷⁸.

O juiz teria o *dever de auxiliar* as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam direitos ou faculdades, ou o cumprimento de deveres ou ônus processuais. Assim, sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade, ou o cumprimento de um ônus ou dever processual, o juiz deveria sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo⁴⁷⁹. Como exemplos do dever de auxílio, o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder ou ainda determinar a exibição de documento ou coisa que esteja em poder de terceiro, consoante dispõem os artigos 355 e 360, do CPC. Poderá, ainda, inspecionar pessoas ou coisas para esclarecer fato que interesse à decisão da causa (art. 440, do CPC), tudo com o fito de impedir que a parte seja prejudicada por não ter conseguido obter documento ou informação imprescindíveis para o julgamento do seu pedido ou para o desenvolvimento da sua defesa⁴⁸⁰. O dever de auxílio também se faz presente quando o juiz requer informações junto a órgãos públicos sobre o endereço da parte que não foi localizada para a prática de determinado ato processual.⁴⁸¹ A remessa dos autos ao contador judicial para a elaboração de cálculo de liquidação quando a parte dispõe do benefício da gratuidade (art. 475-B, §3º, do CPC), assim como

⁴⁷⁸DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. op. cit.. p. 79.

⁴⁷⁹SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*. v.338. Rio de Janeiro, 1997, p. 151. Conforme José Lebre de Freitas, José Lebre de Freitas afirma que, “se, falecida uma parte, o autor invocar dificuldade séria em identificar os seus herdeiros ou em provar a qualidade destes, deve o juiz notificar o co-réu ou um terceiro familiar do falecido para que preste as informações necessárias à observância do ônus de requerer a habilitação para poder, seguidamente, prosseguir a causa” (FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra: 2006, p. 167).

⁴⁸⁰GOUVEIA, Lucio Grassi de. *Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. op. cit.. p. 57.

⁴⁸¹Também no direito português, José Lebre de Freitas afirma que, “se, falecida uma parte, o autor invocar dificuldade séria em identificar os seus herdeiros ou em provar a qualidade destes, deve o juiz notificar o co-réu ou um terceiro familiar do falecido para que preste as informações necessárias à observância do ônus de requerer a habilitação para poder, seguidamente, prosseguir a causa” (FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil*. op. cit. p. 167).

a dinamização do ônus da prova e a determinação no sentido de que o executado indique bens passíveis de penhora⁴⁸², constituir-se-iam, igualmente, em manifestações do dever de auxílio.

Por fim, o órgão julgador teria o *dever de consultar* ou, pode-se dizer também, de dialogar com as partes sempre que pretendesse conhecer de matéria sobre a qual elas não tivessem obtido a possibilidade de se pronunciarem, seja porque enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes, seja porque pretende conhecer de ofício certo fato relevante para a decisão da causa⁴⁸³. O artigo 10 do Projeto do CPC, inclusive, veda, expressamente, a tomada de decisões com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

A questão pendente, no entanto, diz respeito a saber, em primeiro lugar, se as partes poderiam exigir do juiz que cumprisse com tais deveres. Ou melhor, a parte teria um direito contra o Estado de ser auxiliada ou de ser prevenida de eventuais equívocos que pudessem frustrar a realização do seu direito? Há um direito contra o Estado a que o juiz se esclareça sempre que tiver alguma dúvida sobre as pretensões das partes? E se o juiz não cumprir tais deveres, o que acontece? Incorre em algum vício que possa dar azo à decretação de uma invalidade? Ou a decisão poderia ser considerada inconstitucional? Além disso, esses deveres dependeriam apenas das regras mencionadas ou poderiam ser exigidos mesmo quando não houvesse regra prevendo tal “dever” ao juiz?

A proposta de um modelo colaborativo de processo pela simples análise de algumas regras que impõem ao juiz determinada conduta que visa a facilitar o andamento do processo ou a concretização do direito da parte autora parece

⁴⁸²Trata-se de outro exemplo também manifestado no processo civil português como hipótese de cumprimento do dever de auxílio “na ação executiva, quando o agente de execução não encontre bens penhoráveis e o exequente não os indique, é solicitado ao executado que o faça, ficando sujeito a sanção pecuniária compulsória se não indicar bens existentes ou fizer indicação falsa” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*. v.338. Rio de Janeiro, 1997, p. 167).

⁴⁸³SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*. v.338. Rio de Janeiro, 1997, p. 151.

bastante superficial. O tema não deixa de ser sedutor⁴⁸⁴, pois apresenta, principalmente do ponto de vista daqueles que militam na advocacia, a possibilidade de exigir do juiz que não se apóie em decisões surpresa e que leve em conta, detidamente, os seus arrazoados. Mas isso não seria decorrência dos princípios do contraditório e da fundamentação?

Importa ressaltar que a defesa de um modelo colaborativo não traz maiores consequências ao processo. Vale dizer, não há nessa postura nenhuma lida com a normatividade. A proposta de um modelo colaborativo ou cooperativo de organização do processo é pura analítica. Ou seja, descrição de regras presentes no próprio sistema. Nada muito diferente do papel exercido pelos já mencionados princípios epistemológicos.

Tratando do tema, Daniel Mitidiero vai além, defendendo que a colaboração não só um modelo de organização do processo, mas também é um princípio⁴⁸⁵. A investida do processualista gaúcho em defesa da colaboração como um princípio se deve às críticas feitas por Lenio Streck, na obra *Verdade e Consenso*, ao panprincipiologismo, ou seja, à livre nomeação e criação de princípios. Esse é o ponto.

O que Mitidiero parece não ter entendido na crítica formulada por Lenio Streck ao chamado panprincipiologismo é que, nessa quadra da história, não é permitida uma livre criação de princípios. Não é demais repetir que Lenio trabalha os princípios a partir da tese da *descontinuidade*, o que representa uma ruptura com o positivismo, de modo que a normatividade dos princípios vai ser retirada de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade, sendo, assim, elevados ao status da constitucionalidade e recebendo, pois, caráter deontológico⁴⁸⁶.

Mesmo na perspectiva da teoria dos princípios de Humberto Ávila, adotada por Mitidiero, a colaboração não teria caráter deontológico, pois a sua finalidade seria impor “um *estado de coisas* que tem de ser promovido”. O fim da colaboração estaria “em servir de elemento para organização de processo

⁴⁸⁴Fazemos essa advertência inclusive por já termos tratado do tema detidamente e tê-lo defendido em estudos iniciais. Posteriormente, em decorrência das razões lançadas, abandonamos a ideia para valorizar o contraditório e os demais princípios constitucionais com forma de buscar mudanças significativas e normativas no processo.

⁴⁸⁵MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil como Prêt-à-porter? Um Convite ao Diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, v. 194, p. 55-68, 2011.

⁴⁸⁶STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

justo idôneo a alcançar decisão justa”, conferindo aos seus participantes posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento⁴⁸⁷. Ao fim e ao cabo, a colaboração acabaria assumindo, com outro nome, aquilo que outros princípios, estes, sim, deontológicos e com status constitucional, representam no sistema jurídico.

Isso fica claro quando, em outro momento, Mitidiero afirma que o fundamento do dever de diálogo está “no direito fundamental ao contraditório (art. 5º LV, CF)”⁴⁸⁸. Ora, afinal o “fundamento” estaria no princípio do contraditório ou no princípio da colaboração? Mas se o contraditório é o princípio que institui a regra descrita como “um dever de diálogo” para que serviria o princípio da colaboração? Não seria melhor ficar com o contraditório, princípio indubitavelmente de natureza constitucional que se constitui em uma virtude própria do Estado Democrático?

Em síntese, a defesa de um princípio da colaboração é uma reprimenda àquilo que recebeu o mesmo nome no direito obrigacional, mas que, até mesmo Emilio Betti considerava como um critério epistemológico⁴⁸⁹, ou seja, uma forma de organizar e explicar determinada matéria. Mas, do ponto de vista normativo, tal princípio não teria serventia alguma.

Para fechar o ponto, remete-se a um exemplo que ilustra bem a questão. O art. 284 do CPC contém uma regra segundo a qual se a petição inicial apresentar “defeitos e irregularidades que dificultem a resolução do mérito, o juiz deverá determinar que o autor emende ou a complete, no prazo de dez (10) dias”. Nesse caso, a partir da ideia de colaboração, o juiz deveria *prevenir* a partes acerca dos defeitos e irregularidades que petição apresenta para que possam ser sanados. Agora, se o juiz não vier a fazê-lo, o que ocorreria? Nada, afinal de contas não existe um princípio constitucional à colaboração ou à prevenção. O exemplo é interessante porque beira ao óbvio: mas para o juiz indeferir a petição inicial ele não deveria fundamentar a decisão (art. 93, IX, da Constituição)? E ao fundamentar ele não deveria explicitar quais defeitos ou irregularidades verificou na petição? Claro, se o julgador se limitar à mera

⁴⁸⁷MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil como Prêt-à-Porter? Um Convite ao Diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo, v. 194, 2011, p. 58.

⁴⁸⁸MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 181.

⁴⁸⁹BETTI, Emilio, *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1969-1970.

determinação de emenda da petição inicial haverá uma decisão carente de fundamentação. Por outro lado, ainda que a regra não diga expressamente que o juiz deve fundamentar a decisão em que determina a emenda, no momento da *applicatio* o princípio da fundamentação das decisões transcende a regra e, por isso, a aplicação não deixará de ser principiológica!

Com efeito, limitar o juiz a um mero colaborador em pleno Estado Democrático, no qual o juiz efetivamente deve ter responsabilidade política e poder para concretizar os direitos, é reduzir o seu papel. Da mesma forma, falar que as partes são colaboradoras, principalmente no sentido de que o contraditório passa a ser visto como direito de influir na formação das decisões é até supérfluo, pois se trata de modificar o nome de algo que já existe. Caso se queira falar em um modelo de organização do processo no Estado Democrático de Direito a resposta será tautológica, pois o modelo será democrático, o que, de forma bem mais simples e efetiva, já se basta.

4 Fundamentação, Contraditório e Discricionariedade Judicial: perspectivas para o problema da indeterminação do direito no processo civil e a busca por respostas corretas

4.1 O Caráter hermenêutico do direito e a discricionariedade judicial: estabelecendo algumas distinções importantes a partir do positivismo normativista

Um dos principais fenômenos decorrentes do segundo pós-guerra foi a afirmação do caráter hermenêutico do direito, o que trouxe, como consequência, um deslocamento da tensão dos poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional) dada a impossibilidade de a lei antever todas as hipóteses de aplicação⁴⁹⁰. No âmbito da metodologia jurídica, houve uma superação da identificação do direito com a lei e da exclusão de qualquer outra normatividade no processo de realização do direito, antes alicerçado na mera aplicação lógico-dedutiva de um “direito todo ele dado, ou por inteiro já

⁴⁹⁰STRECK, 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, pp. 1-2.

previamente constituído”⁴⁹¹. Nessa senda, ganha primazia o momento concreto de aplicação do direito, em detrimento do momento abstrato-sistemático⁴⁹², superando-se aquilo que, criticamente, Ovídio Baptista da Silva denominava como sendo a justiça da lei⁴⁹³. Essa mudança paradigmática no sentido do direito costuma vir associada a uma ruptura com o positivismo e seu modelo normativista-legalista de produção, ou melhor, de reprodução, do jurídico.

A doutrina processual costuma contrapor o reconhecimento desse caráter hermenêutico do direito ao positivismo exegético, como se este já não tivesse sido suplantado pelas posturas positivistas que surgem com autores como Kelsen e depois com Hart. Ou seja, positivismo normativismo não é tematizado e, portanto, também não o é a questão da discricionariedade judicial.

4.2 O positivismo normativista como continuidade dos primeiros positivismos

O positivismo normativista surge no intuito de superar o jusnaturalismo clássico - que só considerava o problema da validade e omitia a modalidade da vigência -, e o positivismo legalista - que comente o erro inverso, ao considerar a vigência ou eficácia e ignorar o problema da validade – partindo do pressuposto de que as normas de uma ordem jurídica positiva são válidas porque se fundam numa norma pressuposta como válida, mas, por outro lado, somente serão efetivamente válidas se forem simultaneamente eficazes, de modo que a eficácia é uma condição de validade, mas não é a validade em si mesmo⁴⁹⁴. O direito, nessa senda, é caracterizado pelo seu conceito autônomo, como sistema normativo, a partir da presença de um critério regulativo que possibilite determinar a pertinência ou não de uma norma ao sistema, de modo

⁴⁹¹CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 647.

⁴⁹²OLIVEIRA, 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. Nesse sentido, ver, também, ESSER, Josef. *Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961, especialmente o capítulo IV.

⁴⁹³BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 60.

⁴⁹⁴CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72, p. 357.

a qualificá-la como jurídica. O direito é um sistema e o critério de pertinência é também o critério de "juridicidade": é jurídica a norma que pertence a um ordenamento jurídico. Dessa forma, a originalidade do positivismo normativista reside no seu critério de juridicidade, que permite a construção de um conceito autônomo de direito. Critérios como justiça e eficácia, próprios do jusnaturalismo e do realismo, são recusados como critério de juridicidade, e substituídos pelo critério de validade⁴⁹⁵. Assim, o positivismo jurídico, no afã de dar uma resposta prática à busca pela segurança, busca fornecer um conceito autônomo de direito, que represente o fenômeno jurídico como uma esfera independente da moral e da política, a partir da noção de validade, excluindo, desse modo, a justiça e a eficácia como critérios identificadores do jurídico⁴⁹⁶.

O positivismo normativista diferencia-se dos positivismos anteriores, na medida em que cria uma ciência do direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto direito. Trata-se, pois, de uma metateoria do direito que propõe uma ciência do direito como uma metalinguagem distinta de seu objeto⁴⁹⁷. Lenio Streck sintetiza o positivismo, a partir de alguns dos seus aspectos principais:

⁴⁹⁵BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 19. O mesmo ocorre com os critérios de verdade. Conforme Leonel Severo Rocha, o problema da verdade foi resolvido por Kelsen da seguinte forma: "o Direito pode ser uma ciência, se colocados os critérios de verdade como secundários ou indiretos. O Direito não se preocupa com a verdade, mas, mesmo assim, pode ser rigoroso, pois os critérios de verdade poderiam existir em um segundo nível de linguagem, em uma metalinguagem de segundo grau. O Direito, desse modo, solucionaria a aporia da verdade e poderia trazer para o seu interior, ao mesmo tempo, como valor positivo, a cultura e o mundo. Assim, leva para o seu interior o tipo de comportamento valorativo que é possível no mundo, mas revisto, reelaborado a partir de uma categoria que tem uma denotação pura, que tem um objetivo universal: *a norma jurídica*" (ROCHA, Leonel Severo. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. 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; São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p. 140-141).*

⁴⁹⁶BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 24.

⁴⁹⁷Conforme Leonel Severo Rocha, Kelsen e Bobbio podem ser considerados Neopositivistas, "pois postulam uma ciência do direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto direito. Trata-se de uma metateoria do direito, que, ao contrário do positivismo legalista dominante na tradição jurídica (que confunde lei e direito), propõe uma ciência do direito como uma metalinguagem distinta de seu objeto" (ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Leonel Severo Rocha, Germano Schwartz, Jean Clam. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16). Segundo Otfried Höffe, acerca do pensamento de Kelsen: "a ciência positiva do direito se converte numa ciência da dogmática jurídica, a qual - com o título da obra principal positivístico-jurídica de Kelsen, *Teoria pura do direito*- se compreende como uma ciência livre de todos os elementos não jurídicos-positivistas. Enquanto a teoria do direito se dá por satisfeita com a dupla

a) que a existência (vigência e validade) do direito em uma dada sociedade depende das práticas dos homens dessa sociedade; são, pois, as fontes sociais do direito;

b) que a validade de uma norma independe de sua “validade” moral; trata-se, pois, da separação entre direito e moral (secularização), cuja discussão central reside na discussão do papel desempenhado pela razão prática no contexto d(e um)a teoria do direito. Ora, as teorias do direito positivista haviam recusado fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito. Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito deveria, a partir de então, ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. Isto significa dizer que para o positivismo pouco importava colocar em discussão – no campo de uma teoria do direito – questões relativas à legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo ou judicial). No fundo, operou-se uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de ideias presente num contexto democrático, o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico⁴⁹⁸.

No entanto, na esteira das referidas lições, pode-se considerar, como sendo o “ovo da serpente” do positivismo contemporâneo, a *discricionariedade*, que se faz presente sempre que as normas do ordenamento mostrarem-se incapazes de solucionar todas as hipóteses de aplicação⁴⁹⁹. Aqui é possível fazer uma imbricação entre o pensamento de Streck e Dworkin, já que este também considera como um dos preceitos chave do positivismo justamente o problema da discricionariedade.

especialização temática e sabe que ela se interessa somente pelo direito positivo sob a perspectiva da dogmática jurídica em lugar do direito como tal, o ponto de vista da justiça não é provocada. Ela é uma *teoria analítica do direito* num sentido neutro para a filosofia da justiça” (HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 98).

⁴⁹⁸STRECK, 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, pp. 5-6.

⁴⁹⁹STRECK, 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, pp. 5-6.

Dessa forma, após referir que, para o positivismo, o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado, direta ou indiretamente por esta mesma comunidade, com o propósito de indicar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público, Dworkin afirma que:

O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente⁵⁰⁰.

Estabelecida a discricionariedade judicial como um dos preceitos chave do positivismo, cumpre melhor analisá-la a fim de perquirir os elementos necessários para evitar a confusão entre a discricionariedade judicial e o caráter hermenêutico do direito.

4.3 Alguns elementos sobre o conceito de discricionariedade judicial

Para que se possa fazer uma crítica à discricionariedade judicial e, antes ainda, evitar algumas confusões frequentes entre o caráter hermenêutico do direito do Constitucionalismo Contemporâneo e a discricionariedade judicial, é necessário estabelecer alguns elementos que caracterizam aquilo que a discricionariedade judicial representa para o direito.

Conforme Ronald Dworkin, conceito de poder discricionário costuma ser utilizado de três formas diferentes, sendo duas em um sentido que ele denomina de fraco e, outra, em um sentido denominado forte. Importante advertir que, com isso, Dworkin não está assumindo a existência de diversos tipos de discricionariedade, nem pretende mudar o significado de discricionariedade com a utilização de adjetivos (fraco e forte). O que o

⁵⁰⁰DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

jusfilósofo norte-americano pretende mostrar é que as pessoas costumam utilizar a palavra discricionariedade em diferentes sentidos e que um desses sentidos seria representativo do positivismo e teria realmente importância para o debate jurídico.

Em um primeiro sentido fraco do termo, costuma-se dizer que um homem tem poder discricionário se seu dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes. Dworkin dá o exemplo de um sargento, que terá poder discricionário quando receber uma ordem de escolher os cinco homens mais experientes para fazer uma patrulha⁵⁰¹. Aqui a discricionariedade viria equiparada à mera exigência de alguma capacidade de raciocínio do tomador de decisão⁵⁰².

O outro sentido fraco de discricionariedade que Dworkin utiliza diz respeito às situações em que a decisão de um homem é definitiva quando nenhuma autoridade superior poderá rever ou descartar essa decisão. É o caso da decisão tomada pelo árbitro da maioria dos esportes, como o árbitro de linha que pode decidir se um jogador está impedido ou não de jogar⁵⁰³.

A discricionariedade em sentido forte estaria compreendida na ausência de limitações, ao titular do poder discricionário, de quaisquer padrões estabelecidos por outra autoridade⁵⁰⁴. Fala-se que um homem tem poder discricionário, no sentido forte do termo, segundo Dworkin, quando um conjunto de padrões que lhe impõe deveres não visa, na verdade, impor um dever de tomar uma decisão específica, como ocorre em uma cláusula de um contrato de locação que concede ao locatário o poder discricionário de optar ou não pela renovação do contrato⁵⁰⁵. Ao contrário da primeira situação, em que o funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões estabelecidos para ele pela autoridade, e da segunda, em que ninguém irá rever o exercício de juízo, nessa terceira situação, a discricionariedade significa

⁵⁰¹DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 108.

⁵⁰²MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 78.

⁵⁰³DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 108.

⁵⁰⁴MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 78.

⁵⁰⁵DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 108-109.

a ausência de limitações por padrões de autoridade⁵⁰⁶. Essa concepção está presente na doutrina positivista, que aposta na discricionariedade do juiz sempre que o caso não for resolvido pelo sistema de regras. É o mesmo que dizer, segundo Dworkin, “que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei”⁵⁰⁷.

O termo discricionariedade judicial apontado nesse sentido está ligado, primeiramente, a um esquema subsuntivo como processo metódico de decisão normativa. Quando este esquema falha o caso é remetido aos domínios da discricionariedade, em que não se estaria diante de um caso de aplicação do direito, não sendo sequer necessário problematizar o que seja essa aplicação⁵⁰⁸. Em uma segunda perspectiva, a discricionariedade judicial também se apresenta como uma situação de “indiferença jurídica”, traduzida na “faculdade de opção dentre uma pluralidade de decisões possíveis (todas igualmente válidas de um ponto de vista puramente jurídico) imputável à autonomia do órgão chamado a decidir”, sendo esta opção uma “posição pessoal (‘subjectiva’) desse órgão perante o caso decidendo”⁵⁰⁹. Nessa linha, o

⁵⁰⁶DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 79.

⁵⁰⁷DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 55.

⁵⁰⁸Ao tratar da discricionariedade frente a tais perspectivas, Castanheiras Neves bem esclarece o ponto: “(...) no próprio problema da discricionariedade vai já hoje apontada a necessidade de uma revisão metodológica do sentido e estrutura da aplicação do direito. Revisão de cujo adiamento tem sido, no entanto, em grande parte responsável – ponto este que não pode deixar de ter-se em conta – a teoria mesma da decisão discricionária. Na verdade, sempre ela tem oferecido uma escapatória dogmática graças à qual se tem evitado ver o fracasso da concepção subsuntivo para pensar e dar solução ao problema da concreta aplicação do direito. Conjugadas tradicionalmente a subsunção e a discricionariedade na correlatividade axiomática ‘o que não for subsuntivo é discricionário’, era decerto fácil à doutrina contornar as dificuldades suscitadas pelo esquema subsuntivo, sempre que este falhava como processo metódico da decisão normativa, remetendo os casos em que essas dificuldades se verificassem para o domínio da discricionariedade (...) Não se investiga qual o processo que intencional e metodologicamente terá de corresponder ao problema que a aplicação do direito é chamada a resolver – nem sequer esse problema se chega a pôr. Postula-se *ex definitione* – e numa motivação puramente ideológica – que a aplicação do direito traduz uma subsunção, com a consequência fácil de se poder também afirmar, ainda por definição, que onde esse processo não se verifique não se estará num caso de aplicação do direito. Sem chegar assim a ser um problema, o que seja esta aplicação decreta-se numa mera definição (CASTANHEIRA NEVES, António. O problema da discricionariedade. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 550).

⁵⁰⁹CASTANHEIRA NEVES, António. O problema da discricionariedade. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 538. Perspectiva também abordada em um tom crítico pelo autor português.

intérprete estaria absoldido acerca da correção da decisão sempre que a norma em questão apresentasse um programa indeterminado, podendo escolher livremente entre uma série de possibilidades que se lhe apresentassem no momento da decisão.

Nesse sentido, a discricionariedade constitui uma aposta naquilo que antes foi referido como sendo a crítica de Castanheira Neves comum aos primeiros positivismos, que era o da *subjetividade do intérprete como momento subjetivamente arbitrário de toda a construção* teórica das posturas teoréticas. No que, como aponta Lenio Streck, estaria ligada ao subjetivismo próprio do esquema sujeito objeto da filosofia da consciência⁵¹⁰, conferindo um grau, ainda maior, de subjetividade ao intérprete, o que nada tem a ver com o reconhecimento do caráter hermenêutico do direito⁵¹¹.

É certo, no entanto, que o termo discricionariedade judicial é repleto de ambiguidades e costuma ser utilizado em diversos sentidos, vindo a representar, para alguns autores, a expressão da superação do esquema subsuntivo e da metodologia abstrata-normativista de cariz racionalista de aplicação do direito. É o caso, por exemplo, de Ovídio Baptista da Silva que emprega o termo discricionariedade judicial atrelando-o a uma perspectiva de enfrentamento da lógica matemática estruturante do pensamento jurídico moderno, que consideraria impossível uma sentença que, “não sendo escrava do texto, não fosse, mesmo assim, arbitrária”, que pudesse conter

⁵¹⁰STRECK, 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.

⁵¹¹Essa perspectiva em que costuma ser encarada a discricionariedade é referida de forma magistral por Maurício Reis em sua tese: “Fato é que a discricionariedade vem referida por um distanciamento – uma provocada cisão – no âmbito de aplicação no direito, subjazendo neste pressuposto metódico – epistemologicamente assente em estruturas do pensamento jurídico contemporâneo (positivismo legalista) – a identificação da juridicidade como rasa subsunção interpretativa segundo a qual a decisão adequada (única) viria já delimitada *a priori* na própria regulação prescritiva da norma jurídica. Desta feita, em polos opostos, reinam duas alternativas indesejáveis: apelar-se-ia à discricionariedade de respostas concorrentes – e corretas – aos casos concretos ou à descoberta da abstrata vontade legislativa insurgente da única decisão aceite como definitiva. A interpretação incorreria em relativismo na primeira opção e recairia em singela exegese semântica de acordo com o segundo termo. Desta feita a aplicação do direito seria, respectivamente, banalizada (e, depois, desmerecida) como lacuna da subjetividade na figura do intérprete ou subsumida na anterior – e a exauriente – dimensão da interpretação linguística do ordenamento jurídico” (REIS, Maurício Martins. *A legitimação do Estado Democrático de Direito para além da decretação abstrata de constitucionalidade: o valor prospectivo da interpretação conforme à Constituição como desdobramento concreto entre a lei e o direito*. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009, pp. 25-26).

“discricionariedade sem arbitrariedade”⁵¹². Ovídio, preocupado com a geometrização do direito, afirma que a submissão formal ao texto, pressuposta pelo sistema, apresentar-se-ia como um instrumento de uma hipocrisia, “sob a qual se ocultam as verdadeiras razões e fundamentos que o magistrado vê-se obrigado a não confessar, quando não lhes serve de abrigo contra o temor de assumir responsabilidades”⁵¹³. A defesa da discricionariedade judicial proposta por Ovídio Baptista da Silva é formulada como um combate à ideia comum de que a tarefa do intérprete seria a de descobrir o sentido único da lei, numa tarefa não interpretativa, mas, sim, puramente declaratória⁵¹⁴. Justamente por isso, quando faz menção à discricionariedade judicial, o referido autor está, na verdade, disposto a defender o caráter hermenêutico do direito e que a “interpretação que não considere a *tensão* entre texto e a situação do intérprete, na verdade é falsa interpretação”⁵¹⁵. Também é nesse sentido que Darci Guimarães Ribeiro considera que “o ato de julgar é insofismavelmente discricionário”. Para ele, a discricionariedade seria imanente ao ato de julgar, “na medida em que *sempre* deverá haver interpretação quando da aplicação da lei ao caso concreto”, razão pela qual a discricionariedade não se confundiria com arbitrariedade⁵¹⁶. Mas, note-se, que o referido autor também atrela à discricionariedade ao caráter hermenêutico do Direito, trabalhando com o conceito no mesmo plano que fazia Ovídio Baptista da Silva.

Por isso, é necessário advertir: o termo discricionariedade judicial utilizado (e combatido) no presente ensaio, presente, por sinal, no senso comum dos juristas, não se confunde, com o caráter hermenêutico do direito. São coisas distintas, portanto. Mas é importante deixar ressaltado que, dada a sua ambiguidade, a discricionariedade aparece, em muitos textos, no sentido

⁵¹²BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 292.

⁵¹³BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 292.

⁵¹⁴Nesse sentido, adverte Ovídio: “Ou interpreta-se a intenção do legislador e ela terá de variar, segundo as circunstâncias vistas da perspectiva do intérprete, ou não haverá interpretação. A *plurivocidade* do texto é uma contingência hermenêutica, mesmo quando se adote critérios de interpretação sistemáticos. Desta perspectiva, percebe-se bem o ‘caráter produtivo’ da interpretação, o direito ‘estatuído’ – não apenas ‘declarado’ pela jurisprudência. Do contrário, ficaríamos – como na verdade nos encontramos -, a reproduzir a própria lei, numa tarefa puramente *declaratória*, apenas *esclarecendo* seu ‘verdadeiro’ sentido. Isto não é interpretação. Ainda estaríamos submetidos à lógica matemática ou à lógica das ciências experimentais” (BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 283).

⁵¹⁵BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 283.

⁵¹⁶RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 66-67.

empregado por Ovídio Baptista da Silva, ou seja, de rompimento com um modelo subsuntivo-abstrato e matemático de aplicação do direito.

4.4 A Tese da Discricionariedade Judicial como óbice à concretização do Direito Fundamental à Fundamentação das Decisões Jurisdicionais: uma crítica a ideia de fundamentação de Michele Taruffo

De tudo isso, é preciso deixar bem assentado que o reconhecimento da diferença entre texto e norma e a superação de uma postura normativista-legalista-abstrata do direito não significa a concessão de um poder discricionário ao julgador. Ao menos, a discricionariedade vista como possibilidade de o intérprete, subjetivamente, escolher uma dentre as múltiplas soluções corretas para o caso concreto a decidir⁵¹⁷. Daí o equívoco de autores como Candido Dinamarco, ao apostarem que ao juiz, diante do caso concreto, caberia, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Teria liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfizesse seu sentimento de justiça⁵¹⁸. Note-se que essa perspectiva acaba por atribuir justamente um poder discricionário ao juiz, no sentido de escolher entre duas soluções aceitáveis frente ao texto legal, o que retira a possibilidade de um efetivo controle a respeito do acerto de decisão. Por isso, Teresa Wambier assevera que “interpretar conceito vago

⁵¹⁷O ponto pode ser melhor explicado a partir da tese hermenêutica trabalhada por Maurício Martins Reis: “há várias possibilidades um mesmo texto ser interpretado razoavelmente, de acordo com os princípios constitucionais. Em concreto, esta tese arrecada uma fórmula aparentemente contraditória, segundo a qual é possível encontrarmos ‘a’ resposta correta para determinada aplicação jurisdicional. A conciliação resulta explicada, se compreendermos que a abstração é apriorística ao problema posto em causa, eis que a complexidade do binômio fato-direito ainda está no nível da hipótese ou da conjectura, níveis que não esgotam a concretude (especificidade) exigida, incidente apenas quando se está diante de determinada situação hermenêutica. E, quando esta logra acontecer, os demais caminhos possíveis simplesmente desaparecem em vista de sua inaptidão para o caso, desaparecimento típica das conclusões gadamerianas sobre deixarmos que o ‘texto nos diga algo’, síntese hermenêutica responsável por erigir determinada solução mais adequada ou justa – porque única – ao irrepitível fato em julgamento” (REIS, Maurício Martins. *A legitimação do Estado Democrático de Direito para além da decretação abstrata de constitucionalidade: o valor prospectivo da interpretação conforme à Constituição como desdobramento concreto entre a lei e o direito*. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009, p. 15, nota 5).

⁵¹⁸DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 235.

não implica exercício de poder discricionário⁵¹⁹ e aponta, ainda, os riscos decorrentes da discricionariedade judicial, que, dentre outras mazelas, teria dado margem ao entendimento acerca da impossibilidade de recurso contra o deferimento de liminar em mandado de segurança, justamente por força da equivocada qualificação de poder discricionário à atividade interpretativa de norma que na sua formulação existam conceitos vagos, como é o caso da concessão de liminares⁵²⁰.

Nesse sentido, o pensamento de Teresa Wambier vai se aproximar em muito com a Crítica Hermenêutica do Direito, mormente no que diz respeito ao combate à discricionariedade judicial e à tese de que em todo caso deva ser buscada a resposta correta. A autora defende que mesmo existindo a “possibilidade, em tese, de que a *melhor solução* não seja encontrada, nada autoriza, nada justifica, que se deixe de *buscá-la*”⁵²¹. É claro, nem a resposta correta é uma resposta anterior ao caso, pois hermeneuticamente é impossível respostas antes das perguntas, nem será obrigatoriamente alcançada. Mas isso não impede que seja buscada. Afinal, se não existissem respostas corretas, porque os juristas se esforçariam tanto em defender determinadas teses em detrimento de outras? Não seria mais fácil admitir uma série de possibilidades ao intérprete? Mas, se isso fosse possível, quais seriam, então, as condições de decisão para o intérprete? Decidir seria o mesmo que escolher? É justamente por isso que parece inconcebível a defesa da discricionariedade judicial e que a tese da resposta correta, conforme ensina Streck, “tem uma grande abrangência que evita decisões *ad hoc*”⁵²². Em síntese, a própria afirmação de que não é correta dizer que não existe a resposta correta para cada caso incorre em uma verdadeira contradição, pois se afirma como sendo a tese correta em relação aquilo que ela mesma nega. E, com isso, acaba admitindo que, sim, existem respostas corretas em Direito.

⁵¹⁹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 188.

⁵²⁰WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 189.

⁵²¹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 199.

⁵²²STRECK, 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. 571.

É seguro afirmar que a exigência de fundamentação das decisões judiciais sempre constituiu uma verdadeira garantia contra o arbítrio⁵²³. Com o advento do Estado Democrático de Direito, a motivação das decisões, sem perder o caráter de freio contra eventuais arbitrariedades do julgador, passou a ser vista, também, como “elemento essencial de uma ideologia democrática da justiça”⁵²⁴. Nessa vereda, Michelle Taruffo vai afirmar que a constitucionalização da motivação, na atual quadra da história, implica a transformação das funções a ela atribuída. Agrega-se à tradicional função *endoprocessual* da motivação, que visa a facilitar a impugnação e os juízos sobre ela, uma função *extraprocessual*. Assim, a motivação representaria, também, a possibilidade de controle do exercício do Poder Judiciário fora do contexto processual, por parte do povo e da opinião pública em geral, tudo dentro de uma concepção democrática do poder⁵²⁵.

No entanto, para tentar delinear aquilo que deveria ser feito pelo julgador para cumprir com o seu dever de fundamentar as decisões, Taruffo levanta a seguinte questão: “formular uma decisão e expor as razões através das quais ela dever ser considerada pelos outros como uma boa decisão são atividades diversas”⁵²⁶. Nesse sentido, a fim de confirmar a ausência de uma necessária correspondência entre procedimento decisório e motivação, o referido jurista afirma que uma que uma decisão tomada intuitivamente, ou ainda de modo irracional, poderá ser justificada *ex post* com argumentos racionalmente convincentes, da mesma forma que uma decisão tomada através de um raciocínio irracional poderá ser justificada em modo racionalmente inadequado ou não ser justificada de fato⁵²⁷. Com efeito, a motivação deveria ser estruturada de modo a *justificar* a decisão. Não se trataria de um controle do que o juiz pensou, mas da racionalidade das razões que ele aduziu para justificar o que decidiu: “o controle sobre a motivação não é um controle sobre a validade e fundamentação das decisões feitas, mas sobre a validade e

⁵²³LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. In: *Revista de Processo*, n. 29, ano VIII, jan.-mar. 1983, p. 80.

⁵²⁴TARUFFO, Michelle. Il Significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: *Partecipazione e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 38.

⁵²⁵TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 237.

⁵²⁶TARUFFO, Michelle. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de processo*. Ano 32. n. 143. jan./2007, p. 76.

⁵²⁷TARUFFO, Michelle. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de processo*. Ano 32. n. 143. jan./2007, p. 76.

fundamentação das razões pelas quais o juiz se serve para tornar aceitável ‘aos outros’ a sua decisão”⁵²⁸. Essa justificação teria um conteúdo mínimo consistente no enunciado das escolhas do juiz em relação à individualização das normas aplicáveis e às conseqüências jurídicas delas decorrentes, nos nexos de implicação e coerência entre os enunciados fáticos e jurídicos e, por fim, na justificação dos enunciados tomada racionalmente em face do ordenamento jurídico⁵²⁹. Dessa forma, fundamentar a decisão, em termos processuais, equivaleria a uma justificativa tomada em momento posterior a partir de elementos jurídico-rationais. Dito de outro modo, a justificação estaria em um segundo nível em relação à decisão e aquilo que efetivamente fundamentou o decidido⁵³⁰.

A tese do jurista italiano, adotada por boa parte da doutrina brasileira, incorre no equívoco de aceitar uma cisão entre o momento decisório e o ato de fundamentação. Não que Michelle Taruffo ingenuamente acredite que a fundamentação venha depois do que foi decidido. Porém, ele parece considerar impossível um controle da fundamentação e, por isso, acredita que bastaria ao julgador formular a decisão e depois expor as razões pelas quais ela deveria ser considerada pelos outros como uma boa decisão. E com isso ele acaba aceitando que o verdadeiro fundamento, aquele que acompanhou a decisão, seja mascarado por uma justificação posterior fundada em critérios jurídico-rationais.

⁵²⁸TARUFFO, Michelle. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de processo*. Ano 32. n. 143. jan./2007, p. 75.

⁵²⁹TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 467. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v.17, n.50, p. 5-20, nov. 1990, pp. 8-9.

⁵³⁰Como bem assinala Stein, com base em Heidegger, “a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que não se expressa senão via linguagem, e este elemento é o *como* e o *logos hermenêutico*. Heidegger irá designar esses dois *como*, um deles o *como hermenêutico* e o outro o *como apofântico*. O enquanto hermenêutico ou o *como hermenêutico*, é o *como* do mundo, e o outro, o *como apofântico* é o *como* do discurso. O *como hermenêutico* é o *como* do nosso mundo prático em que nós já sempre compreendemos as coisas e por isso podemos falar delas através de enunciados assertóricos predicativos. A racionalidade, portanto, se constitui sempre de uma certa maneira ambígua. Seja-nos permitido usar esta palavra: Há uma ambigüidade fundamental no homem e por haver esta ambigüidade fundamental é que estamos condenados à hermenêutica. A compreensão e a interpretação são formas deficientes de acesso lógico aos objetos e de acesso lógico ao mundo, mas talvez sejam formas sábias. Em todo caso quem tem consciência disso é apenas a filosofia” (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, pp. 21-22). Como será visto mais adiante, o problema da fundamentação das decisões judiciais não se resolve no nível apofântico da linguagem.

Como bem adverte Streck, “o julgador não decide para depois buscar a fundamentação; ao contrário, ele só decide porque já encontrou o fundamento. O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada”⁵³¹. Isso porque há um sentido que é antecipado ao julgador, do qual “a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento”⁵³². É claro que o julgador, em um segundo, poderá aprimorar o fundamento, utilizando-se, por exemplo, da doutrina e da jurisprudência, e deverá, ainda, submeter seus prejuízos a respeito da decisão e do seu fundamento em causa, ao crivo dos argumentos deduzidos no processo (e também do que é colocado pela doutrina e pela jurisprudência), dizendo expressamente porque repeliu os argumentos utilizados pelas partes⁵³³. Afinal, como diz Ovídio Baptista da Silva, “o direito ao contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e produzir alegações e provas”⁵³⁴. As partes têm, portanto, “o direito a uma resposta”⁵³⁵, que

⁵³¹STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 180.

⁵³²STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 180.

⁵³³CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões In: Tubenclak, James, 1939- (coord.). Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1991-. v.3, p. 12.

⁵³⁴BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. I, nº. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 340. Não é por menos que, segundo Darci Guimarães Ribeiro, a importância do contraditório “está diretamente relacionada à dialética do processo e ao conceito de lide”, de modo que “o princípio do contraditório só tem razão de ser se houver um conflito de interesses” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Prova atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31. O sentido aqui conferido ao contraditório vai na linha propugnada pela doutrina, em que o contraditório deixa de ser apenas bilateralidade de audiência e passa a ser visto como direito de influência (participação) e proibição de decisões surpresa. Acerca dessa dimensão do contraditórios, ver, 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; TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994. p. 60; NUNES, Dierle Jose Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 231; 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; 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. GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010, pp. 826-848. BUONCRISTIANI, Dino. *Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*. Rivista di diritto processuale. Anno LXV (Seconda Serie) – N. 2. Marzo- Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010. FERRI, Conrado. Sull’effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Ano 42. Vol. 3-4. 1988. DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*. Volume XXIII. Padova: CEDAM, 1968. MOTULSKY, Henri. *Écrits: études et notes de procédure civile*. Paris: Dalloz, 1973. VICENT, Jean. *Précis de procédure civile*. Paires: Librairie Dalloz, 1973. NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al

compreende “o direito de ver as alegações e provas produzidas também pelo sucumbente examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes”⁵³⁶. E quando faz isso o julgador está colocando em xeque o próprio fundamento que o levou a decidir, de modo que nesse processo decisório poderá haver diversos fundamentos e decisões até que se chegue à resposta do caso concreto.

Por isso a tese da discricionariedade judicial, nos moldes em que é aqui combatida, acaba servindo de álibi para que a fundamentação não venha explicitada na decisão. Por isso tem razão Streck quando propõe uma *fundamentação da fundamentação*. Ou seja, fundamentar não significa encobrir o fundamento, mas, sim, deixá-lo vir à tona⁵³⁷. Cumpre com o dever de fundamentação o julgador quando explicita o compreendido. No entanto, “explicitar o compreendido não é colocar uma capa de sentido ao compreendido”⁵³⁸. Quando se admite que o juiz possa em todo caso escolher

fundamento delle pretense controverse. *Rivista di diritto processuale*. V. 43. Parte II, 1988. Padova: CEDAM, 1988. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3ª ed. ampl. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

⁵³⁵BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. I, nº. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 340.

⁵³⁶BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. I, nº. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 340.

⁵³⁷Nesse sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho afirma que “as partes tem o direito de saber quais as premissas que o juiz levou em consideração para tomar aquela decisão”, o que vai chamar de “fundamento do fundamento” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10. Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em 11/11/2011).

⁵³⁸STRECK, 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. 398. Conforme Streck: “Quando sustento o dever de *accountability*, não estou simplesmente dizendo que a fundamentação ‘resolve’ o problema decorrente, por exemplo, do livre convencimento, da livre apreciação da prova ou da admissão *lato sensu* da discricionariedade. Por favor, não é isso que estou dizendo. *Accountability*, nos moldes em que proponho, quer dizer *fundamentação da fundamentação*. Isso quer dizer que nem de longe o problema da exigência de fundamentação se resolve no nível apofântico. Ora, com tudo o que já escrevi, eu não seria ingênuo em pensar que o ‘dever de fundamentar as decisões’ resolver(ia) o problema da decisão...! Um vetor de racionalidade de segundo nível – lógico-argumentativo – não pode se substituir ao vetor de racionalidade de primeiro nível, que é a compreensão. Nela, *na compreensão*, reside a ‘razão hermenêutica’, para usar a expressão de Ernst Schnädelbach. Afinal, por que razão Gadamer diria que ‘interpretar é explicitar o compreendido’? Note-se: explicitar o compreendido não é colocar uma capa de sentido ao compreendido. Esse é o espaço da epistemologia da hermenêutica. Não esqueçamos aqui, do dilema das teorias cognitivistas-teleológicas: *não é possível atravessar o abismo do conhecimento – que ‘separa’ o homem das coisas – construindo uma ponte pela qual ele já passou*. Não se pode fazer uma leitura rasa do art. 93, IX, da CF. A exigência de fundamentação não se resolve com ‘capas argumentativas’. Ou seja, o juiz não deve ‘explicar’ aquilo que o ‘convenceu’...Deve, sim,

entre várias respostas corretas, permite-se que uma dessas respostas sirva como uma capa de sentido ao compreendido. Vale dizer, permite-se que seja encoberto aquilo que serviu de fundamento para a decisão, de modo que fundamentar passa a significar uma justificativa (dentre as tantas possíveis) para a decisão. E essa justificativa acoplada à decisão posteriormente, poderá ser diversa da fundamentação. Cria-se, assim, um problema incontornável de como controlar a fundamentação.

É preciso deixar bem assentado que fundamentar não significa a criação de uma justificativa posterior à decisão, pois não há uma cisão entre fundamentar e decidir. Não subsiste, portanto, a tese de que primeiro o juiz decide e depois fundamenta. Nessa linha, a aposta na discricionariedade judicial, no sentido de que há uma série de respostas corretas para cada caso, acaba servindo de álibi, justamente, para que aquilo que serviu de fundamentação para a decisão seja mascarado por uma justificativa posterior, dentre as diversas possíveis e corretas, que chancela a mesma decisão tomada pelo julgador. É claro que a tese resposta correta ou adequada à Constituição ao caso concreto, nascida na temporalidade (ou seja, não é uma resposta matemática previa ao caso posto) não acaba, por si só, com as possibilidades de que a fundamentação deixe de ser explicitada na decisão. Porém, serve de substrato, juntamente com as demais perspectivas aqui trabalhadas, como a necessidade de respeito ao contraditório, para se imporem limites a tal tipo de prática, e para que se possa, efetivamente, buscar um controle da fundamentação frente às exigências Constitucionais de um direito fundamental à fundamentação das decisões.

5 Crítica à Teoria dos Precedentes Obrigatórios e ao Aumento do Controle das Decisões pelo Superior Tribunal de Justiça. Ou de como os Precedentes e as Súmulas são Anticorpos do Sistema Jurídico Brasileiro

explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificativa (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 398-399).

5.1 A Teoria dos Precedentes Obrigatórios como uma Aposta para Solucionar o Déficit Teórico do Direito Processual Civil brasileiro

Como foi colocado ao final da primeira parte deste trabalho, mesmo as posturas consideradas, hoje, quase que como de vanguarda no âmbito do direito processual, deixam de tematizar de forma adequada os problemas relativos ao papel da Constituição e à Teoria do Direito, mormente em um plano relativo à teoria da interpretação, da decisão e das normas, ao trabalharem os princípios de forma superficial. O resultado é que não se conseguiu resolver o problema da teoria da decisão e do direito fundamental à fundamentação das decisões no bojo do direito processual. Como consequência, tem-se a busca por soluções alternativas para que o Direito não soçobre frente ao solipsismo judicial. E, nesse sentido, a solução mais preconizada atualmente é a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil.

O debate sobre a força vinculante dos precedentes não é novo no direito brasileiro. Em 1949, Emanuel de Almeida Sodré, sob o sugestivo título “jurisprudência – só obriga se constante e uniforme”, já problematizava a questão envolvendo o respeito às decisões das Cortes superiores pelos Tribunais inferiores⁵³⁹. Passado mais de meio século, o tema não somente permanece instigante como vem ganhando cada vez mais força no âmbito da doutrina nacional. O fenômeno, na verdade, não se circunscreve apenas ao Brasil. Em um estudo sobre o precedente no direito italiano, Mario Bin afirma que “todos os advogados e juízes italianos trabalham, sobretudo, usando (e citando) a jurisprudência, mais do que a lei”⁵⁴⁰. No caso brasileiro, porém, a institucionalização de um sistema de precedentes vem sendo alçada mediante a promulgação de uma série de reformas legislativas⁵⁴¹ que, por sua vez, não

⁵³⁹SODRÉ, Emanuel de Almeida. *Jurisprudência – só obriga se constante e uniforme*. In: *Prática de Processo Civil*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1949.

⁵⁴⁰BIN, Mario. *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*. Padova: CEDAM, 1995, p. 61.

⁵⁴¹Em 1999, ao comentar a Lei 9.756/98, que introduziu a possibilidade de julgamento monocrático pelo relator no agravo de instrumento, Barbosa Moreira já advertia que os mecanismos de vinculação no direito brasileiro ir muito além da discussão acerca das súmulas vinculantes, que mais tarde vieram a se tornar realidade: “a vinculação, para fins práticos em boa medida vai-se insinuando, pé ante pé, sorrateiramente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses sumuladas, senão até das simples bafejadas pela preferência da maioria dos acórdão. Emenda constitucional, para estabelecer que as Súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além, e ao

têm escapado da crítica contundente de diversos juristas do país⁵⁴². Trata-se de matéria tão atual que o Código de Processo Civil projetado assume claramente uma postura no sentido de prestigiar a utilização de precedentes, como se verifica no artigo 882 do Substitutivo do Projeto, segundo o qual “os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência”, ficando estabelecidas, em seus incisos, uma série de diretrizes nesse sentido.

Em primeiro lugar, ressalte-se não haver uma incompatibilidade no sentido de que em países de *civil law* seria impossível se trabalhar com precedentes, ao passo que, em países do *common law* a legislação teria uma papel secundário e seria quase que sem utilidade. Em que pese aqui não seja melhor espaço para traçar os elementos históricos que fizeram com que *civil law* e *common law*, originalmente do mesmo troco, seguissem caminhos bastante distintos a partir dos séculos XI e XII, importa deixar bem claro que, de acordo com o desenvolvimento ocorrido em cada uma das tradições, optou-

custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?). O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da lei nº 9.756 em matéria de recursos civis. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 85-86) Pode-se, dentre esses mecanismos, a possibilidade de o relator, nos juízos colegiados, monocraticamente negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, *caput*, do CPC), ou, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, dar provimento ao respectivo recurso (art. 557, §1º.-A, do CPC); a possibilidade de o juiz não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (art. 518, §1º., do CPC); o julgamento liminar de improcedência em processos com casos idênticos, desde que no juízo já se tenha decidido a mesma controvérsia observando-se a forma ordinária (art. 285-A, do CPC); a repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-A, do CPC) e o instituto criado pela Lei 11.672/2008, que visa filtrar os recursos especiais em matérias repetitivas (art. 543-C, do CPC). Isso sem contar com as súmulas vinculantes.

⁵⁴² Essa perspectiva é bem representada pela doutrina de José Carlos Barbosa Moreira: “Em nosso país, quem examinar os acórdãos proferidos, inclusive pelos tribunais superiores, verificará que, na grande maioria, a fundamentação dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito atinentes à espécie *sub iudice*. Não raro, a motivação *reduz-se* à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes - operação que estaria obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458, nº II, do Código de Processo Civil, aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 - e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmulas, jurisprudência, precedente: Uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 300).

se pela lei ou pelos precedentes e a força vinculante destes como instrumento para conferir maior certeza e previsibilidade quanto ao direito⁵⁴³.

A pergunta que deve ser feita, porém, é a seguinte: a simples adoção de uma sistema de precedentes no Brasil resolveria o problema relativo a como se decide e como se interpreta? Basta verificar o exemplo do *common law*, em que, apesar de utilização normal de precedentes, travou-se talvez o maior debate a respeito da teoria do direito no século XX, que foi a polêmica entre Hart e Dworkin. Ora, se os precedentes por si só segurassem a interpretação, por óbvio que o direito do *common law* passaria longe dessas discussões.

De qualquer forma, é possível dizer que “um sistema jurídico que adote precedentes vinculantes não representa um mal em si”⁵⁴⁴. A grande questão é que no Direito brasileiro, afeito ao uso desmedido de verbetes, os precedentes são aplicados de forma subsuntiva, como se fosse possível deduzir coisas de

⁵⁴³A respeito do tema, remetemos o leitor ao ensaio de nossa autoria em que é feita um ampla análise histórica acerca da evolução das duas tradições jurídicas: RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de processo*. V. 36. N. 199, Setembro de 2011. Ainda, para uma análise das questões comparativas entre *common law*, *civil law* e precedentes, ver: BIN, Mario. *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*. Padova: CEDAM, 1995. CAENEGEM, R. C. van. *Juizes, legisladores e professores: capítulos da história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*. v. 1. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo studio del diritto inglese: le fonti*. Terza Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2000. CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon press, 1977. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2ª ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008. FIFOOT, C. H.S. *History and sources of the common law: tort and contract*. London: Stevens & Sons Limited, 1949. FRANK, Jerome. *La influencia del derecho europeo continental en el “common law”*. Traducción y comentario de José Puig Brutau. Barcelona Bosch, 1957. GALLO, Paolo. *Introduzione al diritto comparato*. Volume Primo: Grandi sistemi giuridici. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. JÁUREGUI, Carlos. *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1990. LOSANO, Mario G. *I grandi sistemi giuridici*. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000. POUND, Roscoe. *El espíritu del “common law”*. Traducido por José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954.

⁵⁴⁴STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 390. Nesse sentido, Lenio Streck afirma que “a integridade do direito também se constrói a partir do respeito às decisões judiciais. A integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juizes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se, pois, de ‘consistência articulada’. Com isso, afasta-se, de pronto, tanto o ponto de vista objetivista, pelo qual ‘o texto carrega consigo a sua própria norma’ (lei é em si), como o ponto de vista subjetivista-pragmatista, para o qual – aproveitando a relação ‘texto-norma’ – a norma pode fazer soçobrar o texto, ou, ainda, o que é pior, em determinadas situações, quando o juiz ou o Tribunal decidir contra-legend, a ‘norma’ criada é outra que não aquela ‘acusada’ de estar (ou ter estado) no texto (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 390).

outras coisas⁵⁴⁵. Claro, hermeneuticamente, *o sentido do ser de um ente não pode ser constitutivo do sentido do ser de outros entes*, não sendo possível deduzir coisas de coisas, ou alçar-se à condição de fundamento uma frase ou categoria⁵⁴⁶.

Acontece que no Brasil criou-se o hábito da utilização de súmulas, ementários, verbetes ou “precedentes”, como que numa pretensão de possuírem uma substância comum a todas “as demandas” (causas), o que, segundo Lenio Streck, explica as razões pelas quais “não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses”⁵⁴⁷. Conforme o mesmo autor, “trata-se da construção de enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas *a priori*, ‘oferecidas’ antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos)”⁵⁴⁸. O ambiente dentro do qual o Direito é pensado dessa forma foi bem retratado pelo professor Ovídio Baptista da Silva, em relevante ensaio no qual pretende contrapor a “ilusória justiça da lei”, da “autêntica justiça do caso”: “a verdade é que os juristas modernos não conseguem pensar o direito a partir do caso; não conseguem pensá-lo através do problema. Somos induzidos por uma determinação paradigmática, a pensá-lo como sendo produzido pela

⁵⁴⁵Nesse sentido, afirma Eduardo Oteiza: “Mesmo que México e Brasil tenham adotado mecanismos formais para uniformizar a jurisprudência, eles não valorizaram o precedente, entendido como uma decisão modelo, desenvolvida tendo em conta, fundamentalmente, os fatos debatidos no processo. Pelo contrário, nos dois casos, a resposta foi reduzida a elaborar fórmulas de interpretação, acórdãos entre os juízes dos superiores tribunais. As teses e as *súmulas* são concebidas como novos conceitos, que, por sua estrutura e generalidade, tendem mais a identificar-se com a norma escrita (jurisprudência, segundo a tradição do *civil law*), que com uma decisão sobre um conflito, de particularidades próprias, que pode repetir-se em sentenças futuras (precedente, de acordo com a tradição do *common law*). Além disso, as teses e as *súmulas* têm sido incorporadas para *uniformizar o entendimento do texto legal* e reduzir a carga de trabalho dos tribunais, mais que para robustecer a função do Poder Judicial e seu âmbito de decisão” (OTEIZA, Eduardo. *A função das cortes supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. Direito constitucional: teoria geral da constituição* (coleção doutrinas essenciais; v. 1) / Clèmerson Merlin Clève, Luis Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1195).

⁵⁴⁶STRECK, Lenio Luiz Streck. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. Estudos jurídicos. Vol. 37. N. 101. Set/Dez. 2004, p. 42.

⁵⁴⁷STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71.

⁵⁴⁸STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71.

regra, pela norma, enfim pelos códigos. Somos herdeiros da cultura europeia das uniformidades, que devota um profundo desprezo pelas diferenças⁵⁴⁹.

Deve-se ter presente que, na tradição jurídica da *common law*, a autoridade do precedente depende e limita-se aos fatos e condições particulares do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar⁵⁵⁰. Pensa-se, cada vez mais, como adverte Lenio Streck, que, "com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *common law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da *questão de fato*"⁵⁵¹.

Ao contrário, os mecanismos de vinculação ("precedentes obrigatórios") adotados no Brasil conferem força ao precedente em razão da instância decisória. Talvez por isso, Luiz Guilherme Marinoni afirme, com naturalidade, que "o valor do precedente independe do seu conteúdo"⁵⁵². Assim, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça tomada a partir da técnica de solução de recursos repetitivos do art. 543-C, do CPC, por exemplo, quando baseada em argumentos de política, e não de princípio ainda, assim, teria assegurada a sua força gravitacional.

A partir de alguns pontos da teoria de Ronald Dworkin já trabalhados até então, com a devida filtragem hermenêutica, é possível buscar outras perspectivas para se falar em precedentes no direito brasileiro. Para Dworkin, a "força gravitacional de um precedente" pode ser explicada por um apelo à equidade, ou seja, em tratar 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 decidir outros casos de maneira similar no futuro"⁵⁵³. Tudo isso se dá, repita-se, a partir de uma prática interpretativa criativa de modo que "as teorias de cada juiz sobre o que realmente significa julgar vão incorporar por referência,

⁵⁴⁹SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Justiça da lei e justiça do caso*. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 12. mar. 2010. p. 1.

⁵⁵⁰Idem. Ibidem. p. 251. Nota 276.

⁵⁵¹STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.17, n.78, p. 284-319, maio/jun. 2009. p. 301.

⁵⁵²MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

⁵⁵³DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176.

mediante qualquer explicação e reelaboração do precedente em que ele se fundamente, aspectos de outras interpretações correntes na época⁵⁵⁴. No entanto, e aqui reside o ponto mais importante: o que confere a força gravitacional do precedente? Dworkin vai dizer que o juiz deve “limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”. São os princípios que dão força gravitacional aos precedentes, razão pela qual se a decisão anterior estiver totalmente justificada por algum argumento de política, ela não terá força gravitacional alguma⁵⁵⁵. E, ainda em razão da coerência, será necessário descobrir “os princípios que se ajustam não apenas ao precedente específico para o qual algum litigante dirige sua atenção, mas para todas as outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios e não a partir de uma determinada política”⁵⁵⁶.

A teoria de Dworkin, segundo afirma Stephen Guest, oferece um relato aprimorado e melhor da *ratio decidendi* de uma decisão⁵⁵⁷. E isso se deve, principalmente, pelo papel ocupado pelos princípios. São eles que vão dar autoridade ao precedente. Um precedente jurisprudencial, e também as

⁵⁵⁴DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 110.

⁵⁵⁵DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 177. Nesse particular, é importante fazer referência à diferenciação proposta por Dworkin entre argumentos de política e argumentos de princípios: “Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação economia, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio (...) Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36; 129-130).

⁵⁵⁶DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 181.

⁵⁵⁷GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61.

súmulas, “deve ser perquirido relativamente ao princípio que o institui”⁵⁵⁸ e a partir do seu DNA, vale dizer, de uma reconstrução histórico-institucional de modo a garantir sua ligação com a faticidade⁵⁵⁹, garantindo-se assim a integridade e coerência do direito⁵⁶⁰. Somente com essas bases será possível teorizar sobre precedentes no direito brasileiro⁵⁶¹.

Dessa forma, o juiz de primeiro grau (ou o Tribunal inferior) pode e deve divergir do entendimento do STJ, desde que fundado em argumentos de princípio (o que vale para o STJ também vale para as demais instâncias decisórias). E não há, nesse caso, a necessidade de fazer o *distinguishing*. Do contrário, como respostas *incorretas* dos Tribunais Superiores poderiam ser revistas, se os Tribunais inferiores devem segui-las cegamente? E como ficaria o contraditório, que hoje é tão defendido como verdadeiro direito de influência e garantia de não-surpresa?⁵⁶² Fica evidente, portanto, que utilização dos precedentes no direito brasileiro deve levar em conta o todo principiológico que alicerça a decisão, o contexto em que foi produzida, buscando-se a coisa por trás do conceito, e a integridade e a coerência do direito⁵⁶³

⁵⁵⁸STRECK, 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. 507.

⁵⁵⁹STRECK, 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. 532.

⁵⁶⁰Conforme Streck, “o direito como integridade *coloca limites à subjetividade do juiz*, ele não se encontra (assim como qualquer intérprete) frente a um objeto, como se esse objeto estivesse à sua disposição (do mesmo modo que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto); ele faz parte do objeto a ser discutido”, ao passo que “haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição” (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. 262-263).

⁵⁶¹Sobre o tema, é indispensável a consulta da obra “Crítica a aplicação dos precedentes no direito brasileiro”, de Maurício Ramires. Trata-se de relevante contribuição fornecida a partir da Nova Crítica do Direito, na qual o autor propõe (criticamente) diversos problemas da prática dos precedentes no direito brasileiro, apresentando uma importante contribuição a partir da “primazia hermenêutica da pergunta”, com a lógica da pergunta e resposta de Gadamer (RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010).

⁵⁶²A motivação das decisões, como já foi visto no ponto anterior, deverá ser o espaço de controle democrático onde às partes é assegurado verificar se o contraditório, como direito de participação no processo, foi realmente respeitando, sendo imprescindível que seus argumentos sejam levados a sério pelo órgão julgador.

⁵⁶³A propósito, é de todo relevante o alerta de Lenio Streck: “Se adotamos em *terrae brasilis* um modelo inspirado no *stare decisis* do *common law*, temos que ter consciência de que haverá sempre um *não dito* no *enunciado* do precedente e não há técnica – principalmente moderna – que garanta a transmissão da totalidade do compreendido (...) Teremos que buscar sempre,

5.2 A função do Superior Tribunal de Justiça e o Papel Repressivo e de Controle Exercido pelos Precedentes Obrigatórios

Prosseguindo, importa destacar que essa tendência de que seja conferida legitimidade ao precedente pelo *pedigree* do tomador da decisão, encontra-se presente no Projeto do novo Código de Processo Civil, o qual dá relevância excepcional às normas de orientação das decisões dos tribunais, afirmando, por exemplo, que a função dos tribunais é zelar pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência. Para tanto, os incisos do artigo 882 do Projeto do novo Código estabelecem algumas diretrizes aos tribunais, os quais deverão, sempre que possível, editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante. O inciso IV do artigo 882 do Projeto traz a diretriz que mais fortemente estabelece a tendência do sistema brasileiro, prescrevendo que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.

Relativamente ao Superior Tribunal de Justiça e ao recurso especial, o Projeto do novo Código de Processo Civil não traz modificações significativas. Vale dizer, o recurso especial continua valendo para atacar qualquer decisão dos Tribunais de segunda instância relativa ao direito federal. O Projeto aposta de forma incisiva na vinculação dos juízes de primeira instância e Tribunais de segunda instância às decisões do Superior Tribunal de Justiça em se tratando, principalmente de casos repetitivos. Nesse sentido, considera, em seu artigo 883, I e II, como sendo casos repetitivos, aqueles objeto de julgamento no

em face dos *princípios* da integridade e da coerência, que na hermenêutica denominamos tradição – os *casos* e o *contexto* em que esse enunciado foi produzido. Não é possível, portanto, continuarmos analisando os textos das súmulas como se ali fosse “o lugar da verdade” e como se o sentido *imane*nte desse texto nos desse as respostas para a sua futura aplicação. (...) Cada enunciado sumular/jurisprudencial etc. tem um ‘DNA’. Esse ‘DNA’ é a integridade e a coerência de que fala Dworkin. O ‘DNA’ contém também, necessariamente, os genes da doutrina, sob pena de sacramentarmos a tese de que o direito é aquilo que o Judiciário diz que é (...) Embora nosso sistema não seja de precedentes, apesar da nítida *circulação de modelos* a que alude Taruffo, o direito não é um conjunto de casos dispersos, em que, pragmaticamente, o jurista possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.17, n.78, p. 284-319, maio/jun. 2009, pp. 317-318).

incidente de resolução de demandas repetitivas e nos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Sobre o incidente, trata-se de mecanismo mediante o qual o Tribunal local remete ao seu órgão pleno o julgamento de certa demanda sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes (art. 930 do PNCPC). A tese jurídica adotada na decisão que julgar o incidente terá força vinculante sobre todos os processos que versarem sobre idêntica questão de direito. É interessante que a decisão do incidente desafiará recurso especial e extraordinário, o que garante ao Superior Tribunal de Justiça o controle final da questão de direito federal, bem como a sua incidência a todos os processos que abordarem idêntica questão de direito em todo o território nacional, nos termos do parágrafo único do artigo 938 do PNCPC.

Quanto aos recursos repetitivos, o Projeto do novo Código de Processo Civil abarca em tal modalidade tanto o recurso extraordinário quanto o especial, indo além da legislação atual, que somente trata da possibilidade de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, quando houver multiplicidade de recursos (especial ou extraordinário) com fundamento em idêntica questão de direito, o presidente do Tribunal de origem irá selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia que serão encaminhados, conforme o caso, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, independente de juízo de admissibilidade (art. 991, PNCPC). Uma vez decidido o recurso representativo da controvérsia, os órgãos fracionários deverão declarar prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou decidi-los aplicando a tese firmada pelo Tribunal Superior, conforme estabelece o artigo 993 do Projeto do novo Código, que, nesse ponto, avança ainda mais na tendência de vinculação às decisões dos Tribunais Superiores já presente no sistema vigente.

De acordo com os incisos IV e V do artigo 888 do Projeto do novo Código de Processo Civil, é autorizado o julgamento monocrático sempre que o recurso ou a decisão recorrida, conforme for caso de provimento ou desprovimento, contrariarem (a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; (b) acórdão proferido pelo

Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos (c) ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

A escolha empregada pelo Projeto do novo Código, no sentido de modificar os requisitos para o julgamento monocrático pelo relator não é sem propósito. Na verdade, caminha na direção de uma centralização da produção jurídica nos Tribunais Superiores, tendência do sistema recursal brasileiro.

Não cabe, agora, fazer uma análise histórica acerca dos Tribunais Superiores no Brasil, mas, apenas a título introdutório da problemática atual, mencionar alguns pontos (dentre tantos outros) que parecem merecer destaque. Longe de esgotar as questões históricas, basicamente pretende-se abordar aqueles pontos fulcrais originários que motivaram a crise dos Tribunais Superiores brasileiros.

Ao organizar o Supremo Tribunal Federal como ponto culminante do Poder Judiciário na Constituição de 1891, o constituinte, segundo Alfredo Buzaid, “tinha diante de si, à livre escolha, três tipos de Corte Suprema, dois dos quais adotados na Europa e um nos Estados Unidos”⁵⁶⁴. Optou o constituinte pelo modelo norte-americano, por ser o que mais se afeiçoaria com o regime federativo brasileiro, sendo certo que o recurso extraordinário brasileiro deita suas raízes no *writ of error* americano⁵⁶⁵. Afinal, na medida em que a nação se organizava em diversos Estados-membros, era imprescindível a existência de um mecanismo capaz de uniformizar o entendimento exarado pelas cortes dos Estados acerca da Constituição e das leis emanadas da União⁵⁶⁶. A verdade é que a Federação, no Brasil, formou-se de maneira bem

⁵⁶⁴BUZOID, Alfredo. A crise do supremo tribunal federal. *Revista de direito processual civil*. Ano III. Vol. 6. Julho a Dezembro de 1962. Saraiva: São Paulo, 1962, p. 34. No caso, Buzaid fazia referência aos modelos da Cassação e da Revisão, como espécies de Cortes Superiores europeias, e ao modelo da Suprema Corte norte-americana. Para um aprofundamento sobre esses temas, ver ABRAHAM, Henry J. *The judicial process: an introductory analysis of the courts of the United States, England and France*. 7a ed. New York/Oxford: Oxford University Press, 1998. CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca, 1920. 2 v. MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. Padova: CEDAM, 1983. FAZZALARI, Elio. *Il giudizio civile di cassazione*. Milano: Giuffrè, 1960. PRUTTING, Hanns. A admissibilidade do recurso aos tribunais alemães superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 1978. v.9, p.153-160.

⁵⁶⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. V. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 577. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 670.

⁵⁶⁶MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos

diferente daquelas chamadas Federações perfeitas, próprias ou reais, que decorreram da associação, voluntária, de Estados soberanos preexistentes com o fito de constituir uma União. O caso brasileiro é o de uma Federação imperfeita, baseada em uma descentralização político-administrativa, e não jurídica⁵⁶⁷, de modo que a maioria da legislação vertida nas mais diversas contendas envolve a aplicação da lei federal. O desequilíbrio estrutural congênito do qual padeceu o pacto federativo brasileiro⁵⁶⁸, redundou em uma das causas da chamada “crise” do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, no direito estadunidense, “por terem resguardado os Estados para si ampla competência legislativa, quer de Direito Material, quer de Direito Processual, há um menor número de conflitos relativos a Direito federal”, ao passo que, no Brasil, ocorre, “praticamente a cada processo, uma ‘questão federal’, em tese eventualmente merecedora de exame pela mais alta Corte”⁵⁶⁹.

A denominada crise do Supremo Tribunal Federal, consubstanciada no “desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por ele proferidos”⁵⁷⁰, teve o seu surto a partir da década de 40, coincidentemente após a inclusão, na Constituição de 1934, do cabimento de recurso extraordinário quando a decisão fosse contra “literal disposição de tratado ou lei federal”. Tal dispositivo teria inquietado “ministros e juristas já nos trabalhos preparatórios da Constituição, pois, no entender de muitos, deveria constituir fundamento de ação rescisória”⁵⁷¹. De qualquer forma, transcorridas algumas décadas e apontando-se como uma das principais causas da crise o fato de onerar-se “o Supremo Tribunal com encargos muito superiores às suas forças”⁵⁷², Alfredo Buzaid sugeria, em 1962, a criação de uma Corte de

Tribunais, 2009, p. 21. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 673. DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários. *Revista AJURIS*. N. 59. Ano XX. Novembro de 1993. Porto Alegre: AJURIS, 1993, p. 132.

⁵⁶⁷DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários. *Revista AJURIS*. N. 59. Ano XX. Novembro de 1993. Porto Alegre: AJURIS, 1993, p. 133. SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 9.

⁵⁶⁸ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 672.

⁵⁶⁹SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. v. 1. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 389.

⁵⁷⁰BUZAIID, Alfredo. A crise do supremo tribunal federal. *Revista de direito processual civil*. Ano III. Vol. 6. Julho a Dezembro de 1962. Saraiva: São Paulo, 1962, p.39.

⁵⁷¹BUZAIID, Alfredo. A crise do supremo tribunal federal. *Revista de direito processual civil*. Ano III. Vol. 6. Julho a Dezembro de 1962. Saraiva: São Paulo, 1962, p.38.

⁵⁷²BUZAIID, Alfredo. A crise do supremo tribunal federal. *Revista de direito processual civil*. Ano III. Vol. 6. Julho a Dezembro de 1962. Saraiva: São Paulo, 1962, p.53.

Cassação, paralela ao Supremo Tribunal Federal, o qual deveria agir como verdadeira Corte Constitucional, tal como na Europa, onde haveria essa divisão de tarefas⁵⁷³. A proposta seria formulada de forma ainda mais precisa por José Afonso da Silva no ano seguinte, inclusive com a designação de um “recurso especial” dirigido à nova Corte, que receberia o nome de Tribunal Superior de Justiça, com a finalidade de “assegurar a unidade e incolumidade do direito objetivo federal, inclusive a uniformidade de sua interpretação”⁵⁷⁴.

Com a Constituição de 1988 é criado o Superior Tribunal de Justiça e o recurso especial. Todavia, além de não ter conseguido dar fim à crise do Supremo Tribunal Federal, logo nela também mergulhou, situação que persiste até os dias atuais. E, ao que tudo indica, sem uma profunda revisão do paradigma que alicerça o sistema recursal brasileiro e, conseqüentemente, do papel dos Tribunais Superiores, poucos avanços serão notados nos próximos anos. Nesse sentido, basta verificar que, em 2010, foram distribuídos 228.981 processos ao STJ, que, por sua vez, com 33 Ministros, julgou 330.283 processos⁵⁷⁵.

Conforme Ovídio Baptista da Silva, “o recurso constitui necessariamente a expressão de uma desconfiança no julgador. Desconfiança no magistrado que decidira, porém confiança nos estratos mais elevados da burocracia judicial”⁵⁷⁶. Trata-se de perspectiva inerente às organizações hierárquicas de poder, as quais costumam constituir-se pela profissionalização dos funcionários, por um ordenamento rigidamente hierárquico e pela adoção de uma série de critérios técnicos para a tomada de decisões. Nessas organizações de poder, caudatárias da burocracia clássica, definida como um corpo profissionalizado de funcionários dispostos ao longo de um poder piramidal⁵⁷⁷, o procedimento frente ao primeiro órgão decisional constitui

⁵⁷³BUZAID, Alfredo. A crise do supremo tribunal federal. *Revista de direito processual civil*. Ano III. Vol. 6. Julho a Dezembro de 1962. Saraiva: São Paulo, 1962, p.54.

⁵⁷⁴SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 455-456.

⁵⁷⁵Relatório Estatístico 2010 disponível no site do Superior Tribunal de Justiça: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=1&vSeq=168>>. Acesso em 28/10/2011.

⁵⁷⁶SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 239.

⁵⁷⁷DAMASKA, 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. 50.

somente um episódio e uma sequência destinada a prosseguir⁵⁷⁸. Vale dizer, a fase de controle é concebida não como uma ocorrência extraordinária, mas como momento sucessivo ao primeiro juízo que se deve esperar no curso normal dos eventos.

Mirjan Damaska, ao descrever as hierarquias judiciárias bem organizadas, como a da antiga União Soviética e a dos sistemas do Extremo Oriente, afirma que, nessas organizações de poder, o controle dos órgãos superiores não é condicionado a um apelo da parte sucumbente, podendo configurar-se como um componente do dever de ofício das autoridades judiciárias superiores e que as decisões de primeiro grau costumam ser tratadas como meros rascunhos de sentenças, que poderiam ser pronunciados de forma definitiva somente pelos órgãos superiores. Afirma, ainda, que a grande importância atribuída ao controle de qualidade por parte dos superiores em uma organização hierárquica tolhe inevitavelmente a importância da primeira atividade de decisão, sendo bastante comum, nesses casos, a existência de um sistema de apelos regulares como garantia essencial para uma correta e ordenada administração da justiça, chegando-se ao ponto de considerar o recurso como um direito fundamental dos cidadãos, a exemplo da Constituição iugoslava de 1974⁵⁷⁹.

Nada muito diferente do panorama brasileiro, pois! A colocação do Superior Tribunal de Justiça como uma espécie de terceira instância recursal a partir da análise de determinadas questões que não compõem o objeto do recurso especial é um reflexo claro de centralização e burocracia judiciária própria dos sistemas hierárquicos de poder. É também decorrência direta da “crença iluminista de que o legislador possa produzir um texto com tal simplicidade e transparência capaz de gerar univocidade de sentido”⁵⁸⁰, de modo que, se o juiz inferior “errou” na missão de declarar a vontade da lei, resta a esperança de que o erro seja corrigido pelos escalões superiores da

⁵⁷⁸DAMASKA, 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. 98.

⁵⁷⁹DAMASKA, 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. 101.

⁵⁸⁰SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 255.

hierarquia judicial, “até que se atinja seu grau mais elevado, contra cujas sentenças não caiba mais recurso”⁵⁸¹.

Ademais, o pressuposto ideológico e filosófico que alicerçou a criação dos Tribunais de Cassação foi o da identificação do direito com a lei e a exclusão de qualquer outra normatividade jurídica no processo de realização do direito, mediante a aplicação lógico-dedutiva de um “direito todo ele dado, ou por inteiro já previamente constituído”⁵⁸². Posteriormente, o reconhecimento da indispensável mediação normativa da jurisprudência na e para a realização do direito, fez com que as Cortes de Cassação assumissem uma função jurisdicional na medida em que “a simples consideração da lei em abstracto ou a mera apreciação da legalidade formal, que não atingisse o conteúdo jurisdicionalmente concreto da decisão, não permitia decerto aquele *controle*”⁵⁸³. E, com isso, “os próprios tribunais de cassação se converteram em verdadeiros tribunais de terceira instância”⁵⁸⁴, ainda que com objeto limitado, mantendo, pois, um forte controle, próprio da desconfiança na magistratura, resquício do *ancien régime*⁵⁸⁵.

⁵⁸¹SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 239.

⁵⁸²CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 647.

⁵⁸³CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 647.

⁵⁸⁴CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 647.

⁵⁸⁵Essa desconfiança herdada da revolução francesa é bem descrita por Merryman e Pérez-Perdomo: “antes da Revolução Francesa, os cargos do sistema judicial eram considerados como propriedades que poderiam ser compradas, vendidas ou legadas. O próprio Montesquieu herdou um destes cargos, ocupou-o por uma década e depois o vendeu. Os juízes eram um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia fundiária contra os camponeses, os trabalhadores urbanos e a classe média, além de se opor à centralização do poder governamental em Paris. Quando a revolução chegou, a aristocracia foi derrubada e com ela caiu a aristocracia de toga (...) Na França, a aristocracia judicial foi um dos alvos da Revolução não apenas em razão de sua tendência em que se identificar com a aristocracia rural, mas também porque os juízes falhavam em distinguir claramente entre aplicar e produzir o direito. Como resultado desta deficiência, frequentemente frustravam-se os esforços da Coroa para unificar o reino e dar efetividade às reformas legislativas relativamente ilustradas e progressistas. Os juízes recusavam-se a aplicar as novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculos a sua execução pelos funcionários da administração. Montesquieu e outros desenvolveram uma teoria de que a única forma segura de prevenir este tipo de abuso era, primeiro, separar o legislativo e o executivo do poder judiciário e, em seguida, regulamentar cuidadosamente o funcionamento do judiciário para assegurar que este ramo ficasse restrito a aplicar o direito elaborado pelo legislador e não interferisse nas funções administrativas dos membros do executivo” (MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogélio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, pp. 40-41).

Esse amplo e irrestrito controle vindo da hierarquia superior, ao invés de ser reduzido, vem se fortalecendo ao longo das modificações ocorridas no Código de Processo Civil, transferindo-se para os Tribunais Superiores, nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, “a modesta parcela de poder que ainda desfrutavam, há alguns anos, os magistrados de primeira instância”⁵⁸⁶. Não se trata, por óbvio, de aquebrantar a importância dos Tribunais Superiores, mas, antes de tudo, reconhecer, na linha do que assevera Castanheira Neves, ser injustificável “a abertura de uma terceira instância que o fosse exclusivamente, e salvo a sua superioridade hierárquica, em tudo igual às outras”⁵⁸⁷.

Para o autor português, os supremos tribunais não devem ser concebidos, nem como instância judicial investida de uma competência prescritiva, nem simplesmente como uma terceira instância. Aos Tribunais Superiores deve competir o objetivo da unidade do direito, e não da jurisprudência⁵⁸⁸. Trata-se de uma unidade da ordem jurídica material-problematicamente constituída em contraposição a uma unidade formal-sistemática pressuposta, ou seja, uma unidade de normativa ordenação dinâmica e a *posteriori*, em oposição às unidades normativas *a priori*, já de identidade, já de redução, já mesmo de totalmente pressuposta fundamentação⁵⁸⁹. Significa dizer que os Tribunais Superiores devem ser um instrumento voltado para o futuro com vistas à unidade do Direito⁵⁹⁰, missão

⁵⁸⁶SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 242.

⁵⁸⁷CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 652.

⁵⁸⁸Pois, conforme o mestre português, “de modo algum se pode hoje pensar que essa função seja a de impor à jurisprudência uma uniformidade linear, numa absoluta identidade de juízo, em que o mesmo (o igual) continua, incondicional e imutavelmente se repetisse, assim como a de impedir o livre (independente) e indispensável desenvolvimento da jurisprudência no seu conjunto – desenvolvimento jurídico-jurisprudencial a que são chamadas todas as instâncias jurisdicionais, com a sua participação autónoma e o seu particular contributo na e para a realização do direito, através da experimentação problemática-jurídica que também a cada uma compete e todas no seu conjunto oferecem. Uma uniformidade da jurisprudência que se proponha aquele fito e vise este impedimento, não só é a própria negação do sentido e função da jurisprudência, enquanto tal, como estaria de todo defasada do nosso tempo – do actual entendimento da jurisprudência jurisdicional e do direito. Deixou, com efeito, de poder pensar-se como ideal válido, e a prosseguir juridicamente, a radical eliminação das divergências, de todas e quaisquer discordâncias jurídico-jurisprudenciais” (CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 654)

⁵⁸⁹CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 656.

⁵⁹⁰SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 258. CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos*

indissociável, conforme afirma André Tunc, de uma adaptação a novas condições sociais e a aspirações contemporâneas⁵⁹¹, de modo que a própria estabilidade da jurisprudência não haverá de ser um objeto direto, mas, sim, um objeto mediato e sempre provisório “de uma jurisprudência problematicamente amadurecida na ponderação decisória dos seus respectivos e diversos domínios”⁵⁹².

No entanto, é imprescindível que, para cumprir com essa função, o Superior Tribunal de Justiça atue com competência seletiva, circunscrevendo-se ao exame daquelas questões que, pelo grau de relevância, mereçam apreciação⁵⁹³, evitando que, de outra forma, acabe desempenhando a função de uma terceira instância ordinária⁵⁹⁴. Tal proposta é preconizada também por

tribunais. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 652. TUNC, André. Conclusions: La cour suprême idéale. *Revue internationale de droit compare*. Nº1. Janvier-Mars 1978, p. 434.

⁵⁹¹TUNC, André. Conclusions: La cour suprême idéale. *Revue internationale de droit compare*. Nº1. Janvier-Mars 1978, p. 436. Afirma o autor que “La mission essentielle unanimement reconnue à une cour suprême est de veiller à la bonne application des règles juridiques para les juridictions inférieures et, par là-même, d’assurer au droit unité, clarté, certitude. Indissociable de cette mission est celle, moins solvante mentionnée, mais que personne sans doute n’oserait nier, de moderniser le droit – c’est-à-dire de l’adapter aux nouvelles conditions sociales et aux aspirations contemporaines – dans des limites à la fois assez claires et difficiles à exprimer” (TUNC, André. Conclusions: La cour suprême idéale. *Revue internationale de droit compare*. Nº1. Janvier-Mars 1978, pp. 435-436).

⁵⁹²CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, pp. 655. Ainda com Castanheira Neves: “e se a unidade do direito, assim compreendida, não traduz uma teleologia contrária à da justa ou materialmente adequada decisão concreta dos casos jurídicos e antes só poderá atingir-se, como vimos, através (ou pela mediação) das decisões da realização do direito com essa índole; também, e por isso mesmo, se não terá de optar, na definição do objectivo funcional dos supremos tribunais, entre o *objectivo da unidade do direito* e o *objectivo da justa decisão concreta* – como se será forçado a fazer sempre que se pensa a unidade do direito em termos normativisticamente tradicionais (a unidade formal-sistematicamente pressuposta ou *a priori*). Aqueles dois objetivos deixam de ser contrários, para passarem a ser convergentes – para se encontrarem na convergência que há entre a mediação constitutiva e a intenção normativa final que desse modo se manifesta e realizada” (CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, pp. 656-657).

⁵⁹³SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 258. Nesse sentido, também, CAPPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: *Proceso, ideologias, sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 280. CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, pp. 663 e seguintes. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A realidade judiciária brasileira e os tribunais da federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. E Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 1074-1076. ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do STJ no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. In: *Direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 187. CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, pp. 663 e seguintes.

⁵⁹⁴SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 261.

Castanheira Neves, para quem os Tribunais Superiores deverão aceitar intervir em ordem à unidade do direito, quando esta, nos seus momentos integrativos e regulativos, constitutivos e reconstitutivos, verdadeiramente o exigir⁵⁹⁵. Com isso não se está a propor um sistema de vinculação estrita, mas um sistema que seja apto a conferir um relevo especial jurídico-jurisprudencial às posições dos Tribunais Superiores sem anular a liberdade decisória das outras instâncias decisórias, mediante um regime de liberdade jurisdicional justificada⁵⁹⁶.

E se, por um lado, a implantação de um sistema de competência seletiva para o Superior Tribunal de Justiça seja algo desejável, mas que pressupõe reforma política, o panorama aqui traçado, por sua vez, não deixa de servir

⁵⁹⁵CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 666. Em situações como as seguintes: “para estabilizar com a sua *auctoritas* uma orientação jurisprudencial suficientemente amadurecida, para fazer confrontar com uma perspectiva que tende a prevalecer outra ou outras que importa também ter em conta, para delimitar em termos especificantes orientações abstractamente contrárias mas praticamente compossíveis, para superar uma divergência jurisprudencial que a indispensável experimentação ou amadurecimento problemáticos já não justifique, etc.; para estimular um novo rumo jurisprudencial relativamente a certo tipo de problemas, para pôr um novo problema jurídico, para assimilar no *corpus iuris* novos princípios jurídicos a que a prática jurisprudencial já implicitamente tenha dada base normativa, para fazer reconhecer através de um certo tipo de caso ou problema jurídico a abertura a novos valores ou a novos princípios e critérios jurídicos, etc. (CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 666).

⁵⁹⁶CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 670. O tema é sobremaneira complexo e mereceria melhor análise em espaço próprio para tanto. Para não deixar em branco a questão, cumpre fazer referência a seguinte passagem, bastante elucidativa, de Castanheira Neves: “essa vinculação, propondo-se fixar geral e abstractamente – e hoje definitivamente – a jurisprudência nos seus critérios de decisão, impede-lhe, ou é em princípio contraditória com a jurisdicionalmente concreta realização do direito e, assim, com o carácter jurídico-constitutivo de contínua superação, renovação e evolução normativas que essa concreta abertura problemático-jurídica implica e o Estado-de-Direito essencialmente exige (...) Pelo que seria errado aceitar entre nós aquele tipo de vinculação – atribuindo, por ex., às decisões do Supremo Tribunal de Justiça a força de precedentes obrigatórios – desligado do sistema normativo que lhe confere sentido muito particular e lhe traça os seus indispensáveis e correlativos limites. O que também só por si nos diz do significado a atribuir às outras duas observações: não devem elas ser tomadas como que a enunciarem irredutíveis antinomias, e sim como expressões de duas polaridades. Polaridades que, como tais, apontam para um regime processual da actuação do Supremo Tribunal que seja igualmente capaz de compatibilizar os seus respectivos termos ou pólos – a independência com o *controle* e a orientação superiores, a abertura problemática com a estabilidade e a continuidade. Um regime, não de vinculação estrita, como é a dos *assentos*, mas que nem por isso deixe de conferir um especial relevo jurídico-jurisprudencial às posições do Supremo Tribunal, proferidas em tribunal pleno; e sem anular, por outro lado, a liberdade decisória dos tribunais de instância e mesmo das Secções do próprio Supremo Tribunal. O que se conseguirá, fundamentalmente, exigindo uma *justificação específica* (ou uma ‘contrajustificação’, a controlar também jurisdicionalmente, da preterição ou desvio por que qualquer instância se decida relativamente às posições jurídicas anteriores do tribunal pleno. (CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, pp. 668-670).

para denunciar o equívoco da concepção que atribui àquela Corte a função de terceira instância recursal e um amplo e irrestrito controle (força vinculante desprovida de conteúdo) sobre os Tribunais de segunda instância e juízos de primeiro grau. Apostar em uma extensão ainda maior de controle aos Tribunais Superiores é apostar no enfraquecimento das demais instâncias decisórias e na glorificação das impugnações, defeitos essenciais da crise do sistema processual conforme há muito apontou Mauro Cappelletti⁵⁹⁷. Com esse alerta, fecha-se o ponto de crítica à “teoria dos precedentes” que vem sendo defendida e implantada, passo a passo, no Direito brasileiro.

⁵⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: *Proceso, ideologias, sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974, pp. 278-279. Como bem alerta Eduardo Oteiza, “um fortalecimento da primeira instância de juízo pode criar uma maior confiança nas decisões judiciais, o qual determinaria que o emprego da revisão não se justificasse. Pareceria irrazoável simplesmente dar maior amplitude aos recursos e iludir o debate sobre por que as instâncias de grau produzem um número significativo de decisões corrigíveis, que são, em última instância a razão de ser de uma apelação ampla. É uma consequência da crença sobre o direito irrestrito a uma terceira ou quarta instância de revisão, como parte do direito ao devido processo, a falta de uma análise profunda dos consequentes problemas de sobrecarga e alongamento do tempo dos processos. Caberia perguntar-se se certa desconfiança dos juízes e da forma de decidir os processos não constitui a ideia que estaria por trás da noção da insistência de uma revisão generosa em sucessivas instâncias. Poderia responder-se que não, que a verdadeira razão é que como toda sentença pode ser o começo de um ato injusto de coação estatal, é necessário se ter segurança sobre a correção da decisão. Não relativizo o argumento que adquire particular força em material penal, mas se deixada de lado a emotividade, vamos ver que, em matéria cível, há certo excesso nas constantes revisões, que prejudica as partes e a credibilidade do sistema, quando é examinado pelos seus resultados e pela Justiça, medida também em seu aspecto temporal” (OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Direito constitucional: teoria geral da constituição* (coleção doutrinas essenciais; v. 1) / Clèmerson Merlin Clève, Luis Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 1190-1191).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, ao longo do presente trabalho, encontrar alguns horizontes viáveis para a reconstrução do processo civil no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, fundem-se os pontos de partida e de chegada, este último em *continuum constituendo* (Castanheira Neves), tratando-se, pois, de um projeto inacabado, mas em permanente (re)construção.

A perspectiva para se alcançar os resultados obtidos na segunda etapa da dissertação teve como norte a ideia força de que o processo civil, assim como o Direito em geral, necessita um redimensionamento no plano da Teoria do Estado e da Constituição. Lembrando, a teoria do Estado não existe à margem da Constituição (Bercovici), razão pela qual se pode falar que há uma co-pertença entre Estado e Constituição. É justamente determinado Estado e determinada Constituição que irão proporcionar um novo processo civil para o novo Direito inaugurado com a Constituição de 1988. Esse redimensionamento, no entanto, deve-se dar também no plano de teoria do Direito, o que cobra uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e a necessidade de uma teoria da interpretação e da decisão.

A proposta de uma análise a partir do nascimento do Estado Moderno teve o propósito inicial não somente de deixar ver em que medida o processo civil é atravessado por esses dois planos (Teoria do Estado e da Constituição e Teoria do Direito), mas, principalmente, de construir um sentido prévio daquilo que é incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nessa senda, verifica-se que a dicotomia Estado Liberal e Social apresenta traços marcantes no que diz respeito às feições assumidas pelo processo civil. Daí a riqueza da análise de Mirjan Damaska, que trabalha com modelos ideias de Estado, separando-os em Estados ativos e reativos. A única problemática dessa classificação é a sua impossibilidade de dar conta da complexidade assumida pelo Estado Democrático de Direito, que faz uma síntese das fases anteriores e concebe o Direito como transformador das estruturas sociais. Daí a necessidade de se trabalhar com modelos de Estado mais bem delimitados, pois a grande questão é saber aquilo que muda do processo civil de índole social(izante) para o processo civil democrático.

Antes disso, no entanto, procurou-se fazer um alerta a respeito de como o processo civil enfrenta a superação do Estado Liberal e do formalismo jurídico em que se assenta tal modelo. A mudança na concepção do processo não poderia vir desacompanhada, ou melhor, senão por influência de correntes que passaram a bater de frente com os primeiros positivismos. Todavia, essa mudança veio no bojo de um sincretismo teórico improvisado decorrente de mistura de três autores situados em paradigmas distintos: Windscheid, Bülow e Wach. O resultado disso tudo seria incorporado pela processualística italiana (processualismo científico) de forma acrítica, o que permitiu resquílios de um processo liberal em um momento no qual o Estado se transformava em social. E como a preocupação da doutrina era basicamente depurar conceitos, o resultado foi o fechamento do processo civil para questões que não dissessem respeito a sua própria ciência.

O efeito disso tudo foi a incorporação dessa mixagem teórica na gama de conceitos da teoria geral do processo, hauridos a partir de uma concepção de processo como relação jurídica. É o caso, por exemplo, da teoria das invalidades e dos pressupostos processuais, objeto de análise na segunda parte do trabalho. A advertência é importante, uma vez que, a vingar as posturas críticas que propugnam uma mudança substancial nos conceitos de processo, jurisdição e ação, seria necessária uma reviravolta no tocante aos demais elementos da teoria geral do processo. É claro, essa ampla análise não caberia neste espaço, devendo ser levada a efeito no seguimento das pesquisas aqui iniciadas.

Outro ponto de crucial importância foi a análise do processo civil brasileiro, desde o Código de 1939, passando pelo Código de 1973 e chegando às mudanças decorrentes das minirreformas. Nesse aspecto, a história do processo brasileiro é bastante rica, seja no sentido de reforçar a tese de que o processo está intimamente relacionado com a configuração do Estado, seja para abrir a discussão a respeito do que se tem chamado de fases metodológicas do processo civil. Feitas as devidas ressalvas relativamente à proposta doutrinária, que carece de elementos precisos para se constituir em uma classificação, e também não enfrenta a questão relativa a metodologia, assume relevo o fato de estar em pauta o panorama atual do direito processual civil brasileiro.

Verificou-se, ainda superficialmente, que as escolas processuais que se dizem responsáveis pela conformação daquela que seria a atual fase do direito processual civil brasileiro apresentam dois déficits teóricos profundos: a falta de reflexão a respeito do significado da Constituição, apesar de tematizarem um processo civil com bases constitucionais, e a falta de reflexão no plano da teoria do direito, o que tem redundado na manutenção do fantasma do positivismo no seio de posturas que se dizem superá-lo.

Na segunda parte da dissertação, buscou-se laborar na reconstrução do direito processual a partir do Estado Democrático de Direito. O primeiro cuidado que se teve, nesse sentido, foi questionar o papel da Constituição do Brasil. É claro, teorizar processo em sua relação indissolúvel com a Constituição pressupõe que o intérprete fale a partir de pré-juízos autênticos acerca da Constituição e do Constitucionalismo. Por isso, qualquer teoria processual que pretenda estar afinada com o Estado Democrático de Direito deverá, antes de qualquer coisa, questionar-se a respeito do sentido da Constituição. E, no Brasil, mostra-se, ainda, imprescindível uma Constituição Compromissória e Dirigente lida a partir de uma matriz substancialista, no que vem à tona, igualmente, a aparente tensão entre direitos fundamentais e democracia, aqui desenvolvida pela concepção constitucional de democracia trabalhada por Ronald Dworkin.

Apropriando-se da matriz hermenêutica (Crítica Hermenêutica do Direito) o trabalho seguiu no sentido de mostrar que é impossível cindir processo e constituição. Constituição é um existencial. Todo olhar a respeito do processo já traz consigo um sentido prévio a respeito da Constituição. Com isso, pretende-se afastar aquilo que é muito comum no âmbito do direito processual civil, ou seja, a utilização da Constituição como capa de sentido, como subterfúgio para decisões *ad hoc*, ou como *topos* de onde se pudessem fazer subsunções/deduções. Da mesma forma, a diferença (ontológica) entre texto e norma vai mostrar que não é possível uma interpretação que parta de um grau zero de sentido. O mais importante nesse ponto, foi chamar a atenção para o fato de que a superação do positivismo sintático e da equivalência entre texto e norma não significa que o intérprete possa atribuir livremente sentidos ao texto. E isso parece ainda não ter sido muito bem compreendido no direito processual civil.

Com isso chegou-se ao ponto decisivo para que o processo civil possa desprender-se das amarras do modelo positivista em que o direito era visto como um sistema de regras. Trata-se, pois, da questão relativa aos princípios constitucionais e da sua diferença com as regras. É que, pela matriz hermenêutica, em que o conceito de norma é interpretativo, e não semântico, não há uma cisão entre princípios e regras. Eles são diferentes. E mais, os princípios não são construídos para proporcionar decisões *ad hoc*, mas, sim, recebem o status da constitucionalidade, e, por isso, são deontológicos, na medida em que sua normatividade decorre de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade.

São os princípios, nessa linha, que irão autorizar a determinação do sentido das regras, tendo em vista a dimensão de transcendentalidade que a eles é inerente. No entanto, os princípios não existem em abstrato, sendo impossível falar de princípios se não há caso concreto. Eles não existem se não há uma regra que seja transcendida. Vale dizer, o princípio se realiza a partir da regra. Mas, também, não há regra sem princípio que venha a instituí-la legitimamente. São os princípios, portanto, que irão individualizar a *applicatio* na reconstrução da situação concreta da regra.

Nessa linha, na medida em que os princípios transcendem o ôntico das regras e se consomem na *applicatio*, é possível compreender os vínculos existentes entre os princípios constitucionais do processo e as regras processuais. Por isso é acertado dizer que, a insuficiência ôntica dos princípios deixa antever de forma bastante precisa a diferença entre regras e princípios: seria impossível um processo sem regras processuais, não bastando apenas que a Constituição consagre princípios processuais; mas a existência de regras não calcadas em princípios também não garantiria uma ideia de processo afinada com a ideia de controle inerente a qualquer democracia. Logo, somente é possível entender a influência da Constituição na conformação do processo se a diferença entre regras e princípios for bem apreendida a partir do modelo propugnado pela Crítica Hermenêutica do Direito.

A partir daí abre-se a possibilidade para que se possa (re)pensar o conceito de processo, de invalidades, de pressupostos processuais e de tantas outras figuras próprias da teoria geral do processo. A corte a respeito da matéria foi preciso, uma vez que, repita-se, tal empreendimento (reconstruir a

teoria geral do processo a partir das bases lançadas na presente dissertação) constitui-se tarefa árdua, que demandaria um espaço muito mais amplo para a pesquisa. De qualquer forma, acredita-se que é possível estabelecer esse redimensionamento da teoria processo com bases teóricas sólidas, na linha aqui defendida.

Outro problema que se tratou de enfrentar, inclusive em um sentido de continuidade com o desenvolvimento histórico realizado na primeira parte do trabalho, foi o de saber qual o papel do juiz e das partes na estrutura do processo a partir do Estado Democrático de Direito. Enfrentadas as questões envolvendo a ideia de colaboração processual a partir da defesa dos (autênticos) princípios constitucionais, chegou-se ao óbvio, ou seja, de que, se é possível falar em um modelo de processo para o Estado Democrático de Direito, esse é um modelo, tautologicamente, democrático.

Por fim, pretendeu-se abordar o problema teórico enfrentado atualmente pelo processo civil brasileiro: como as posturas “críticas” não conseguem dar conta da interpretação do direito, gerando um “verdadeiro estado de natureza hermenêutico” tem-se defendido a incorporação de um sistema de precedentes obrigatórios, que nada mais são que os anticorpos do próprio sistema e de seus déficits teóricos. A partir de uma ideia de fundamentação trabalhada pela matriz hermenêutica, em que compreensão e interpretação fundem-se na *applicatio*, afastando-se a ideia de que o juiz primeiro decide e depois fundamenta, o que vai redundar em uma perspectiva contrária à tese da discricionariedade judicial, a partir da qual se entenderia que decidi é fazer escolhas entre mais de uma alternativa. A proposta de uma fundamentação a partir de dois níveis, em que a legitimidade da decisão não decorre apenas de uma perspectiva procedimental (contraditório como direito de influência) mas em um contínuo a partir do qual a argumentação principiológica constrange o juiz e a fundamentação vem a ser a explicitação do compreendido, vai autorizar que se defenda a (necessária) busca por repostas corretas (que não são, advirta-se, repostas geometricamente dadas previamente ao caso, mas que se dão na *applicatio*).

A partir disso, a presente dissertação finaliza com o alerta de que a simples incorporação de precedentes obrigatórios no direito brasileiro não dará conta do problema de interpretação e da indeterminação do direito. E, além

disso, valendo-se de Ovídio Baptista da Silva e Castanheira Neves, procurou-se apontar para a necessidade de uma revisão acerca do controle exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, mormente dentro das perspectivas que se avizinham de vinculação estrita a precedentes.

O trabalho chega então ao final, mas com a proposta de abrir uma série de possibilidades para que o processo civil possa ser reconstruído no e pelo Estado Democrático de Direito. Pretendeu-se, pois, lançar as linhas iniciais para uma reflexão que deverá perpassar toda a teoria geral do processo com o intuito de solidificar-se. Caso, com a presente dissertação, tenha-se conseguido chamar a atenção para tais possibilidades, o seu resultado terá sido atingido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Henry J. *The judicial process: an introductory analysis of the courts of the United States, England and France*. 7a ed. New York/Oxford: Oxford University Press, 1998.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Evolución de la doctrina procesal. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Unam, n. 12-13, 1992, t. II.

ALLORIO, Enrico. Significato della storia nello studio del diritto processuale. *Rivista di diritto processuale civile*. Volume XV - Parte I. Anno 1938 - XVI-XVII, p. 189.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do STJ no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. In: *Direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Astreintes no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ASCARELLI, Tullio. Litigiosità e ricchezza. In: *Scritti Giuridici In Memoria Di Piero Calamandrei*. Padova: CEDAM, 1958. v.1.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª edição, ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZAVEDO, Noé. Parecer do Instituto dos Advogados de São Paulo sobre o Anteprojeto do Código de Processo Civil.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmulas, jurisprudência, precedente: Uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 34, p. 5-16, mar/abr, 2005.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. V. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 2004. n.116, p.313-323.

_____. Algumas inovações da lei nº 9.756 em matéria de recursos civis. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva: 1989, p. 70.

_____. O Problema da 'Divisão do Trabalho' entre Juiz e Partes: aspectos terminológicos. In: *Revista de Processo*, n. 41, 1985.

_____. Sobre pressupostos processuais. *Revista Forense*. V. 288. Ano 80. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Temas de Direito Processual: Segunda Série*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

_____. *Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

_____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee. In: *Rivista di diritto processuale*. v. 27. 1972.

BENEYTO, Juan. *Historia de las doctrinas políticas*. Spain: Aguilar, 1964.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Democracia, inclusão social e igualdade. *Revista do instituto de hermenêutica jurídica*. Vol. 1. N. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

_____. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes Agostinho Ramalho Marques...[et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, nº 61. São Paulo: CEDEC, 2004

_____. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Estado, soberania e projeto nacional de desenvolvimento: breves indagações sobre a Constituição de 1988. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. n. 1 – jan./jun. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Carl Schmitt e a constituição de weimar. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. n. 2 – jul./dez. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36 n. 142 abr./jun. 1999.

_____. MASSONETTO, Luís Fernando. Breve história da incorporação dos direitos sociais nas constituições democráticas brasileiras. *Revista do departamento de direito do trabalho e da seguridade social*. Faculdade de Direito da USP. V. 2., n. 3, jan./jun. 2007.

BERIZONCE, Roberto Omar. *La nulidad en el proceso*. La Plata: Platense, 1967.

BETTI, Emilio, *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1969-1970.

BIN, Mario. *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*. Padova: CEDAM, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRUNETTI, Bruno. *La nullità dela citazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963.

BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção*. São Paulo: Leya, 2010.

BÜLOW, Oskar. *Der Zweck im Recht*. Disponível em versão digitalizada, no site da biblioteca da Universidade de Harvard no seguinte endereço: <<http://www.archive.org/stream/gesetzundrichte00blgoog#page/n8/mode/2up>>. Acessado em 09/10/2011.

_____. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964.

BUONCRISTIANI, Dino. *Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*. Rivista di diritto processuale. Anno LXV (Seconda Serie) – N. 2. Marzo- Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010.

BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do anteprojeto de código de processo civil. *Revista Forense*., Rio de Janeiro, 1964. v. 207.

_____. A crise do supremo tribunal federal. *Revista de direito processual civil*. Ano III. Vol. 6. Julho a Dezembro de 1962. Saraiva: São Paulo, 1962.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di diritto processuale*. v. 60. Padova, CEDAM, apr.-giugno 2005.

CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. Oráculos da Lei ou Bouche de la Loi. Considerações Históricas sobre o papel dos juízes. *O perfil do juiz na tradição ocidental. / Seminário Internacional*. Lisboa: Almedina, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. PADOVA: CEDAM, 1936.

_____. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca, 1920. 2 v.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões In: Tubenclak, James, 1939- (coord.). Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1991-. v.3.

CAMBI, Eduardo Augusto. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo In: FUX, Luiz; Nery Júnior, Nelson; Alvim, Teresa Arruda (coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo : Rev. dos Tribunais, 2006.

CAMPOS, Francisco. A consolidação jurídica do regime. In: O Estado Nacional. Brasil: Editora SSETSF, 2001.

_____. A reforma do processo civil. *Revista Forense*. Abril de 1939. Rio de Janeiro: Forense, 1939.

_____. Exposição de motivos. In: *Código do processo civil do Brasil - Decreto-Lei nº 1.608 de 18 de Setembro de 1939*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1939.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 1ª. ed. 1982. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

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.

CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, EJE, 1971.

CARRIÒ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

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

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.

_____. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. O problema da discricionariedade. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros*. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72.

CHIARLONI, Sergio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LXIII. Dicembre 2009. Supplemento al n. 4.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil (istituzioni di diritto processuale civile)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1936-1940.

_____. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: *Saagi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930.

_____. Lo stato attuale de processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali. In: *Saagi di diritto processuale civile* (1900-1930). Volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930.

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

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.

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

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999.

COSTA, Pietro. Lo stato di diritto: un'introduzione storica. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*. A cura di Pietro Costa e Danilo Zolo con la collaborazione di Emilio Santoro. Milano: Giugiacomo Feltrinelli Editore, 2003.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.

_____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1951.

CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo studio del diritto inglese: le fonti*. Terza Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon press, 1977.

CUEVA, Mario de la. *La ideia del estado*. México: Fondo de cultura económica, 1996.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários. *Revista AJURIS*. N. 59. Ano XX. Novembro de 1993. Porto Alegre: AJURIS, 1993.

_____. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1989.

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.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2ª ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do estado*. Tradução portuguesa de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.

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

_____. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*. Volume XXIII. Padova: CEDAM, 1968.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Volume 1. 12ª edição. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. Fredie. O princípio da cooperação: Uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, n. 127, p. 75-79, set, 2005.

_____. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

EISNER, Isidoro. *La prueba em el proceso civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Editorial, 1961.

FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. *Rivista di diritto civile*. 1988 – parte I. Padova: CEDAM, 1988.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2010.

FAYT, Carlos S. *El absolutismo*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967.

FAZZALARI, Elio. Valori Permanenti del Processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Ano XLIV, n. 1. Gennaio-marzo 1989. Padova: CEDAM, 1989.

_____. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975.

_____. *Il giudizio civile di cassazione*. Milano: Giuffrè, 1960.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e consenso. In: *Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC*. Ano 4. N. 16 outubro/dezembro 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe; el principio general en el derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1984.

FERRI, Conrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Ano 42. Vol. 3-4. 1988.

FIFOOT, C. H.S. *History and sources of the common law: tort and contract*. London: Stevens & Sons Limited, 1949.

FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

FRANK, Jerome. *La influencia del derecho europeo continental en el "common law"*. Traducción y comentario de José Puig Brutau. Barcelona Bosch, 1957.

FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra: 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade y Método II*. 5ª Ed. Tradução de Manuel lasagasti. Salamanca: Sígueme, 2002.

_____. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GALLO, Paolo. *Introduzione al diritto comparato*. Volume Primo: Grandi sistemi giuridici. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

GARCEZ NETTO, Martinho. A função do juiz na direção do processo. In: *Prática de Processo Civil*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1949.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.

GOUVEIA, Lucio Grassi de. *Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, dialética, 2003. n.6.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los protagonistas del derecho procesal: desde Chiovenda a nuestros días*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza dela "terza via". *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 21, p.580-609, 1966.

GRAU, Eros Roberto. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes Agostinho Ramalho Marques...[et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v.17, n.50, p. 5-20, nov. 1990.

_____. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

GRODIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2002.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUILLÉN, Víctor Fairén. El proyecto de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz Klein. In: *Studios de Derecho Procesal*. Madrid: Derecho Privado, 1955.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HECK, Philipp. *El problema de la creacion del derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, S.A, s/d.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Conceito e Peculiaridade da Constituição. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1991.

IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1956.

JÁUREGUI, Carlos. *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1990.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, Galeno. O código como um sistema de adequação do processo civil. *Revista do instituto dos advogados do rio grande do sul – Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976.

_____. Processo e Cultura. *Revista de direito processual civil*, n. 3, 1962.

LAMAS, Diego. *Prologo*. In: MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2a. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

LEMOS, Jonathan Iovane de. *A organização do processo civil do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Fundamentação histórica*. Dissertação de mestrado. PUCRS, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. In: *Revista de Processo*, n. 29, ano VIII, jan.-mar. 1983.

_____. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di diritto processuale*. v. 29. Parte I. 1974.

_____. Il nuovo "código de processo civil" brasiliano. In: *Problemi del processo civile*. Milano: Morano, 1962.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. vol. I. Seconda Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957.

LOSANO, Mario G. *I grandi sistemi giuridici*. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000. POUND, Roscoe. *El espíritu del "common law"*. Traducido por José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Direito processual constitucional: ordem científica (1928-1956)*. Curitiba: Juruá, 2009.

MACRIDIS, Roy. *Ideologias políticas contemporâneas*. Brasília: UNB, 1982.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A realidade judiciária brasileira e os tribunais da federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. E Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *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: Saraiva, 2010.

MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editoria Trotta, 1988.

MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. Padova: CEDAM, 1983.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDONÇA, Luís Correia. *Vírus autoritário e processo civil*, comunicação apresentada em 24 de Setembro de 2006, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível na internet em <http://www.fd.unl.pt/docenets_docs/ma/MFG_MA_2749.doc>. Acesso em 22/11/2011.

MENEZES CORDEIRO, António. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947.

MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogélio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MILHOMENS, Jônatas de Mattos. *Da presunção de boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil como Prêt-à-Porter? Um Convite ao Diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, v. 194, p. 55-68, 2011.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 183.

MONTESQUIEU, Barão de. Do Espírito das Leis. In: *Coleção: Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

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.

MOREIRA FILHO, José Carlos. Dworkin e os princípios: os avanços da hermenêutica crítica do direito. *Estudos jurídicos*. Vol. 31. N. 81. Janeiro/Abril, 1998.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 1999.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente*. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MOTULSKY, Henri. *Écrits: études et notes de procédure civile*. Paris: Dalloz, 1973. VICENT, Jean. *Précis de procédure civile*. Paires: Libraire Dalloz, 1973.

NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A, 1949.

NEUMANN, Franz. *El estado democrático y el estado autoritario; ensayos sobre teoría política y legal*. Buenos Aires: Paidós, 1968.

NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. *Rivista di diritto processuale*. V. 43. Parte II, 1988. Padova: CEDAM, 1988.

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

_____. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. Disponível em: <<http://www.diritto.it>>. Acesso em 27/09/2010.

_____. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

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

OLVERA, Óscar Rodríguez. *Teoría de los derechos sociales em la constitución abierta*. Granada: Editorial Comares, 1998.

OTEIZA, Eduardo. El debido proceso (Evolución de la garantía y autismo procesal). In: *Debido proceso*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2003.

_____. A função das cortes supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Direito constitucional: teoria geral da constituição* (coleção doutrinas essenciais; v. 1) / Clèmerson Merlin Clève, Luis Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico: v. I. De Heráclito a la revolución francesa*. 8ª ed. Madrid: Universidad Complutense sección de publicaciones, 1996.

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 di diritto processuale*. 1975. N. 2.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3ª ed. ampl. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10. Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em 11/11/2011

PINTO, Junior Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo , v. 32, n.148, p. 169-180, jun. 2007.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabra. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

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

PRUTTING, Hanns. A admissibilidade do recurso aos tribunais alemães superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 1978. v.9.

PUGLIESE, Giovanni. Introduccion. In: *Polemica sobre la "Actio"*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buneos Aires: EJEJA, 1974.

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de processo*. V. 36. N. 199, Setembro de 2011.

_____. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de processo*. Ano 36. N. 192. fev./2011.

_____. NASCIMENTO E SILVA, Frederico Leonel. Crítica à tese do julgamento de ofício das “questões de ordem pública” em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de processo*. Ano 36. v. 202. Dezembro/2011.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª edição actualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1929.

REIS, Maurício Martins. *A legitimação do Estado Democrático de Direito para além da decretação abstrata de constitucionalidade: o valor prospectivo da interpretação conforme à Constituição como desdobramento concreto entre a lei e o direito*. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

REZENDE FILHO, Gabriel de. A reforma processual e o anteprojeto do Código de Processo Civil e Comercial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro , v.78, abr. 1939.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 187-205.

_____. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004.

_____. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____; 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.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Traduzido por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROCCO, Alfredo. *La transformación dello stato; dallo stato liberale allo stato fascista*. Roma: La Voce, 1927.

ROCHA, Leonel Severo. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. 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; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

_____. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Leonel Severo Rocha, Germano Schwartz, Jean Clam. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1955.

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

SANCHÍS, Luis Prieto. Jusnaturalismo, positivismo e controle da lei. Os pressupostos históricos, ideológicos e doutrinários da jurisdição nacional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SANDULLI, Aldo. *Il procedimento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1940.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Políticas públicas e tratamento da criminalidade numa sociedade democrática. *Revista Ciências Sociais*. V. 16. Rio de Janeiro: Editora Gama Filho, 2010.

SANTOS, Ângelo dos. *O estado social: análise à luz da história*. Lisboa: Editorial Minerva, 1970.

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

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SATTA, Salvatore. *Soliloqui e colloqui di un giurista*. Padova: CEDAM, 1968.

SAVIGNY, F. de. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciência del derecho*. Traducción del alemán de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Arengreen, 1946.

SCHNEIDER, Hans Peter. La Constitución – Función y Estructura. In: *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Justiça da lei e justiça do caso*. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 12. mar. 2010.

_____. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. I, nº. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

_____. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Curso de processo civil*. v. 1. Porto Alegre: Fabris, 1987.

SODRÉ, Emanuel de Almeida. Jurisprudência – só obriga se constante e uniforme. In: *Prática de Processo Civil*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1949.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*. v.338. Rio de Janeiro, 1997.

_____. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (Algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais

na ação declarativa). *Revista de processo*. Ano 16. Julho-Setembro de 1991. N. 63. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1991.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 1980. v.17.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

_____. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí, Rio Grande do Sul: UNIJUÍ, 2002.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? In: *Novos estudos jurídicos*, vol. 15. n. 1., 2010. Disponível em <<http://https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em 10/09/2010.

_____. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.17, n.78, p. 284-319, maio/jun. 2009.

_____. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes Agostinho Ramalho Marques...[et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do ontological turn. *Estudos jurídicos*. Vol. 37. n. 101. Set/Dez, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Teoria da constituição e estado democrático de direito: Ainda é possível falar em constituição dirigente?. *Doutrina*, Rio de Janeiro/RJ, 2002, n. 13.

_____. BARRETO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de

um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, n. 2, vol. 1.

_____. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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.

_____. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976.

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

_____. Poteri probatori delle parti e del giudice in europa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, Milano: Giuffrè, v. 60, n.2, p.451-482, giugno, 2006.

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de processo*. Ano 32. n. 143. jan./2007.

_____. Il Significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

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

TESHEINER, José Maria. *Nulidades no processo civil brasileiro*. / José Maria Rosa Tesheiner, Lucas Pereira Baggio. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEILER, Eduardo. O projeto de Código de Processo Civil. In: *Revista Forense*. Abril de 1939. Rio de Janeiro: Forense, 1939.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista juriscível do STF*. Volume 69. Ano VI, Setembro de 1978. São Joaquim da Barra: Editoa Legis Summa, 1978.

_____. 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.

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

TROPER, Michel. *Por una teoría jurídica del estado*. Prólogo de Gregório Peces-Barba Martínez. Traducción de María Venegas Grau. Dykinson: Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas", 2001.

TUNC, André. Conclusions: La cour suprême idéale. *Revue internationale de droit compare*. Nº1. Janvier-Mars 1978.

VERDE, Giovanni. Il processo civile sociale (postilla). *Rivista di diritto processuale*. Ano LIX. N. 2. Aprile-Giugno 2004.

_____. Le ideologie del processo in un recente saggio. *Rivista di diritto processuale*. Ano LVII. N. 3. Luglio-Settembre 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Volumen 1. Madrid: Editorial Tecnos, 1972.

VIANNA, Ataliba. *Inovações e obscuridades do Código de Processo Civil e Comercial Brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins, 1940.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción del alemán por Timás A. Banzhaf. Volume I. Buenos Aires: EJE, 1977.

_____. *La pretension de declaracion: um aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho*. Traducción del alemán por el Dr. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*. Ano 78 – Agosto de 1998 – Vol. 647.

_____. *Nulidades da sentença*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1987.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. V.1. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Torino: UTET, 1902-1925.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.