

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**DIREITO, PROCESSO E JUSTIÇA - O PROCESSO COMO MEDIADOR  
ADEQUADO ENTRE O DIREITO E A JUSTIÇA**

**CLAUDIO PENEDO MADUREIRA**

**VITÓRIA**

**2009**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**DIREITO, PROCESSO E JUSTIÇA - O PROCESSO COMO MEDIADOR**  
**ADEQUADO ENTRE O DIREITO E A JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.  
Orientador: Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto.

**VITÓRIA**

**2009**

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)  
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

---

M183d      Madureira, Claudio Penedo, 1973-  
              Direito, processo e justiça : o processo como mediador adequado entre o  
              direito e a justiça / Claudio Penedo Madureira. – 2009.  
              226 f.

              Orientador: Francisco Vieira Lima Neto.  
              Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro  
              de Ciências Jurídicas e Econômicas.

              1. Processo civil. 2. Constituições. 3. Direito - Filosofia. 4.  
              Hermenêutica (Direito). 5. Poder judiciário e questões políticas. 6. Justiça. I.  
              Lima Neto, Francisco Vieira. II. Universidade Federal do Espírito Santo.  
              Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

---

**CLAUDIO PENEDO MADUREIRA**

**DIREITO, PROCESSO E JUSTIÇA - O PROCESSO COMO MEDIADOR  
ADEQUADO ENTRE O DIREITO E A JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto  
Orientador

---

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior  
Membro (PPGDIR/UFES)

---

Prof. Dr. José Pedro Luchi  
Membro (PPGDIR/UFES)

---

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero  
Membro Externo (PPGDIR/UFRGS)

Dedico esse trabalho à memória do professor

José Joaquim Calmon de Passos.

*“[...] Nós, brasileiros, nesse quadro, somos um povo em ser, impedido de sê-lo. Um povo mestiço na carne e no espírito, já que aqui a mestiçagem jamais foi crime ou pecado. Nela fomos feitos e ainda continuamos nos fazendo. Essa massa de nativos oriundos da mestiçagem viveu por séculos sem consciência de si, afundada na ninguentude. Assim foi até se definir como uma nova identidade étnico-nacional, a de brasileiros. Um povo, até hoje, em ser, na dura busca de seu destino. Olhando-os, ouvindo-os, é fácil perceber que são, de fato, uma nova romanidade, uma romanidade tardia mas melhor, porque lavada em sangue índio e sangue negro. [...] Na verdade das coisas, o que somos é a nova Roma. Uma Roma tardia e tropical. O Brasil já é a maior das nações neolatinas, pela magnitude populacional, e começa a sê-lo também por sua criatividade artística e cultural. Precisa agora sê-lo no domínio da tecnologia da futura civilização, para se fazer uma potência econômica, de progresso auto-sustentado. Estamos nos construindo na luta para florescer amanhã como uma nova civilização, mestiça e tropical, orgulhosa de si mesma. Mais alegre, porque mais sofrida. Melhor, porque incorpora em si mais humanidades. Mais generosa, porque aberta à convivência com todas as raças e todas as culturas e porque assentada na mais bela e luminosa província da Terra”.*

**Darci Ribeiro<sup>1</sup>.**

---

<sup>1</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 410-411.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, fonte de que emana toda inspiração, sem a qual não seria possível a realização do verdadeiro exercício de transpiração que foi a construção deste estudo.

Agradeço, ainda, aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, ao pessoal da Secretaria do Mestrado (especialmente a Osvaldo, Ronan, Paula e Luciano) e aos Colegas que comigo vivenciaram “*a dor e a delícia*” que é submeter-se a um Programa de Pós-Graduação que realmente prima pela qualidade de sua pesquisa e que, por isso, exige de seus discentes o impossível, algo que, dia após dia, esforçamos-nos para demonstrar realizável. Merecem destaque, nesse contexto, as precisas e incontáveis recomendações de leitura que nos fizeram os Professores Francisco Vieira Neto e Hermes Zaneti Júnior em nossa disciplina de Teoria Geral do Processo, sem as quais não me teria sido possível sequer iniciar este trabalho.

Dirijo um agradecimento especial à Professora Adriana Pereira Campos e ao Professor José Pedro Luchi, que compuseram a minha Banca de Qualificação, pela leitura atenta do trabalho tal como desenvolvido até então e pelo carinho com que me acolheram naquela oportunidade; sendo que ao Professor Luchi ainda devo agradecer a paciência com que respondeu às intermináveis indagações que a ele apresentei em nossa disciplina de Processo, Justiça e Ética, entre elas, reconheço, algumas absolutamente impertinentes, das quais me escuso sob a invocação do meu sincero interesse em assimilar e bem compreender a doutrina de Jürgen Habermas, que foi decisiva para a concepção deste estudo. E aos Professores Tarek Moysés Moussallen e Angel Rafael Mariño Castellano, cujas lições presenciais, notadamente porque pautadas em compreensões diametralmente opostas do fenômeno jurídico, foram igualmente fundamentais para a concepção desta minha Dissertação, notadamente no que toca ao desenvolvimento da argumentação relativa ao caráter normativo da atividade desenvolvida pelos intérpretes no processo judicial.

Estendo esse agradecimento especial ao Professor Hermes Zaneti Júnior, pelos preciosos ensinamentos jurídicos, assim como por aqueles relativos ao campo da metodologia da pesquisa, sobretudo pelas lições sobre como construir um trabalho acadêmico, que assimilei, dada a eloquência com que foram apresentadas, mais do que como método de trabalho, como padrão de excelência a ser seguido. E por nos haver apresentado, a mim aos demais Colegas do Mestrado, a teoria do formalismo-valorativo, que mudou os rumos de minha pesquisa.



É igualmente merecedor do meu mais sincero agradecimento, eu diria de um “*agradecimento especialíssimo*”, o Professor Francisco Vieira Lima Neto, meu Orientador no Mestrado, e presença constante em minhas incipientes realizações acadêmicas, desde a minha graduação em Direito nesta Universidade Federal do Espírito Santo, quando foi meu Professor nas disciplinas de Direito Civil. Talvez o professor Francisco não se recorde disso, mas foi pelas suas mãos que, pela primeira vez, ingressei em uma sala de aula para atuar como Professor, fruto de um convite dele (que, para os que o conhecem de perto, tem o peso de uma “*intimação*”) para que eu me habilitasse a atuar como Professor Voluntário do Departamento de Direito da UFES. Não fosse por essa experiência talvez eu não tivesse tomado a decisão de me submeter ao processo seletivo do Mestrado, ocasião em que novamente procurei o Professor Francisco, a quem pedi que assumisse a ingrata tarefa de aceitar-me como orientando mesmo consciente de que meu projeto não se enquadrava aos objetos de sua pesquisa. Naquela oportunidade, o professor Francisco não apenas me acolheu como seu orientando, como também (e aqui se destaca a virtude do Professor realmente comprometido com o desenvolvimento de uma pesquisa de qualidade) interferiu nos meus objetos de pesquisa, quando a mim sugeriu o estudo da temática da “*judicialização da política*”, remetendo-me, quase que diariamente, textos e indicações leituras que, passo a passo, conduziram-me ao tema deste trabalho e, adiante, ao seu desenvolvimento. Assim, agradeço ao Professor Francisco também por haver me conduzido zelosamente no processo de construção desta Dissertação, desde a escolha do tema e a formulação das “*perguntas*” até a leitura e crítica do texto final.

Também agradeço aos incontáveis Mestres que encontrei ao longo da minha carreira jurídica, contexto em que situo não apenas os meus queridos Professores da Graduação e da Pós-Graduação Jurídica, mas também os diversos juristas com quem tive a oportunidade de conviver e trabalhar ao longo de todos esses anos, entre os quais destaco, para citar apenas alguns, o Dr. Bruno Colodetti, estimado Colega desde os tempos da Justiça Federal e que comigo caminhou quando assumimos os Cargos de Procurador Federal e, adiante, de Procurador do Estado do Espírito Santo, ocasião em que nos tornamos sócios no escritório “*Colodetti & Madureira – Advogados*”; os Drs. Lívio Oliveira Ramalho e Rodrigo Francisco de Paula, também Colegas na Procuradoria do Estado do Espírito Santo; os Drs. Rogério Moreira Alves, Pablo Coelho Charles Gomes e Jader Marinho dos Santos, os dois primeiros Juízes Federais no Espírito Santo, o outro, Juiz de Direito no Estado de Pernambuco; ao lado dos quais tive a honra de servir no Gabinete do Juiz Federal Macário Ramos Júdice Neto, Mestre de todos nós.

E aos Professores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Francisco Mitidiero e Daisson Flach, pela gentileza com que nos explicitaram, a mim e aos demais discentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, de corpo presente e de viva voz, as premissas metodológicas e as particularidades da teoria do formalismo-valorativo, atendendo, então, a convite do Professor Hermes Zaneti Júnior.

Do mesmo modo, registro o meu sincero agradecimento ao advogado Jayme Penedo Moulin, amigo de todas as horas, que me auxiliou na organização das citações doutrinárias e das referências bibliográficas de que me vali neste trabalho. E que teve a infinita paciência de suportar as incontáveis e intermináveis discussões teóricas que mantivemos nesses dois últimos anos.

Agradeço aos meus pais e ao meu irmão, Cesar, o apoio e amor incondicional, reconhecimento que estendo aos meus familiares e aos verdadeiros amigos.

Por fim, dirijo a Brunela e Maria Luisa, esposa e filha, amores de minha vida, mais do que um simples agradecimento, as minhas mais sinceras desculpas pelas vezes que me ausentei do nosso convívio para trabalhar nesta Dissertação. Esta obra é tanto minha quanto de vocês.

**SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>18</b>
<b>1. AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO E A ASPIRAÇÃO DOS PROCESSUALISTAS CONTEMPORÂNEOS QUANTO À REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO PROCESSO.....</b>	<b>25</b>
<b>2. O INSTRUMENTALISMO E A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO JUSTO.....</b>	<b>31</b>
<b>2.1. A atribuição à jurisdição de uma posição central na Teoria do Processo.....</b>	<b>31</b>
<b>2.2. A relativização do binômio direito-processo.....</b>	<b>33</b>
<b>2.3. Notas sobre a realização da justiça sob a tecnologia instrumentalista.....</b>	<b>40</b>
<b>3. O FORMALISMO-VALORATIVO E A JUSTA APLICAÇÃO DO DIREITO.....</b>	<b>48</b>
<b>3.1. A crítica ao instrumentalismo e a alternativa apresentada pela escola     processual gaúcha.....</b>	<b>48</b>
<b>3.2. Porque estudar o formalismo-valorativo?.....</b>	<b>55</b>
<b>3.3. Distinções metodológicas entre o instrumentalismo e o formalismo-valorativo..</b>	<b>61</b>
<b>3.3.1. A qualificação da justiça como um direito fundamental do cidadão.....</b>	<b>62</b>
<b>3.3.2. A identificação do processo como ambiente de criação do Direito.....</b>	<b>64</b>
<b>3.3.3. A atribuição ao processo de uma posição central na Teoria.....</b>	<b>69</b>

<b>4. PROPOSIÇÃO DE UM CRITÉRIO DE JUSTIÇA PASSÍVEL DE REALIZAÇÃO NO PROCESSO.....</b>	<b>74</b>
<b>4.1. O que é justiça?.....</b>	<b>76</b>
<b>4.1.1 <i>Justiça e moralidade</i>.....</b>	<b>79</b>
<b>4.1.2. <i>Justiça e “razão comunicativa”</i>.....</b>	<b>82</b>
<b>4.2. A justiça como resultado de valorações racionais transcendentais ao direito positivo.....</b>	<b>86</b>
<b>5. SOBRE O CARÁTER NORMATIVO DA ATIVIDADE COGNITIVA DESENVOLVIDA NO PROCESSO.....</b>	<b>91</b>
<b>5.1. Kelsen e a reconstrução normativa do direito positivo pelos intérpretes.....</b>	<b>92</b>
<b>5.2. O ocaso do paradigma normativo liberal-burguês.....</b>	<b>96</b>
<b>5.3. A jurisdição constitucional e o controle da racionalidade e da justiça dos atos legislativos no Estado Democrático Constitucional Brasileiro.....</b>	<b>100</b>
<b>5.3.1. <i>Retrospecto do tratamento normativo conferido pelas Constituições Brasileiras à Corte Suprema e ao controle judicial da constitucionalidade das leis</i>.....</b>	<b>104</b>
<b>5.3.2. <i>Modelo brasileiro de controle judicial da constitucionalidade das leis - Estado da Arte</i>.....</b>	<b>112</b>

	12
5.3.3. <i>Sobre a influência da tradição jurídica do “common law” na formação sistema normativo-constitucional brasileiro.....</i>	119
5.4. A designação do ordenamento jurídico-positivo brasileiro como um sistema aberto de regras e princípios.....	130
5.5. A interpretação como pretensão de correção moral do direito.....	152
<b>6. O PROCESSO COMO MEDIADOR ADEQUADO ENTRE O DIREITO E A JUSTIÇA.....</b>	<b>157</b>
6.1. A designação do processo como micro-sistema do ambiente comunicativo descrito por Habermas.....	159
6.2 Juízes legisladores?.....	163
6.3. O processo civil brasileiro como espaço privilegiado para a reconstrução do direito positivo no sentido da efetiva realização da justiça.....	176
6.3.1. <i>Limites impostos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à atividade criativa exercida pelos intérpretes a pretexto de promover a reconstrução do direito positivo.....</i>	181
6.3.2. <i>O dever de motivação das decisões judiciais à luz de uma acepção renovada do contraditório.....</i>	182
6.3.3. <i>A designação de nossa sistemática recursal como aspecto do contraditório.....</i>	189

<i>6.3.4. A teoria dos precedentes como decisivo elo de ligação entre a idéia subjacente à criação do Direito como função do “auditorio” e o direito processual civil brasileiro.....</i>	<b>191</b>
<b>6.4. Direito, processo e justiça – O processo como mediador adequado entre o direito e a justiça.....</b>	<b>199</b>
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>202</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>214</b>

## **ABREVIATURAS**

ADCT – ato das disposições constitucionais transitórias

ADI - ação direta de inconstitucionalidade

ADI-MC - medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade

AI-AgR - agravo regimental em agravo de instrumento

AG.REG.AI - agravo regimental em agravo de instrumento

AGRESP - agravo regimental no recurso especial

art. – artigo

arts. – artigos

apud – indica fonte de uma citação indireta

Cfr. – confira-se

CF – Constituição Federal

cit. - citatum (citada)

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJ – diário de justiça

DJ – diário de justiça da união

EC – Emenda Constitucional

EDRESP – embargos de declaração em recurso especial

EMENT – ementa

HC - habeas corpus

Ibid. – Ibidem

op. cit. – opus citatum (obra citada)

p. – página(s)

pp. – páginas

RE – recurso extraordinário

RE-AgR – agravo regimental no recurso extraordinário

Rel. – relator

RESP – recurso especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TFR – Tribunal Federal de Recursos

TRF – Tribunal Regional Federal

v.g. – verbi gratia (por exemplo)

vol. – volume



## RESUMO

O objetivo deste trabalho é investigar se (e como) a justiça pode realizar-se no processo judicial.

Partimos da premissa de que a concretização dessa singular aspiração teórica não pode ser alcançada apenas e tão-somente a partir da flexibilização do formalismo processual em favor da realização do direito substancial deduzido em Juízo, dada a compreensão, que nos parece inafastável, de que a atividade do jurista, mormente aquela exercida em ambiente processual, transcende a uma aplicação mecânica de um direito material pré-existente, pois se reveste de caractere normativo (embora não assuma feição legislativa).

Por isso propomos que a justiça se revela enquanto resultado de valorações racionais transcendentais ao direito positivo, concebidas no contexto da reconstrução do direito positivo pelos intérpretes no âmbito de sua aplicação. E que semelhante atividade intelectual, para legitimar-se democraticamente no processo judicial (leia-se: para que seja aceita pelos contendores como algo justo), exige do julgador a consideração e a valoração das proposições apresentadas por todos aqueles interessados na formação do juízo.

Semelhante configuração teórica, embora pressuponha a reformulação de alguns conceitos hoje muito caros à dogmática jurídica (contexto em que se destaca a necessidade da substituição da lógica do instrumentalismo por aquela professada pelos adeptos do formalismo-valorativo), qualifica o processo como ambiente dialógico e democrático por excelência, e confere a ele (processo) a qualidade de foro privilegiado para a reaproximação entre o direito e a justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito processual civil – Constituição – Teoria do Direito – Filosofia do Direito – Política – Hermenêutica jurídica – Ativismo judicial – Processo cooperativo – Justiça.

## ABSTRACT

The objective of this search is investigate if (and how) the justice can accomplish in the action at law. We leave of the premise that the concretion of this singular theoretical aspiration cannot only be reached and from the mitigation of the procedural formalism for the accomplishment of the substantial right deduced in Judgment, given the understanding that the activity of the jurist, mainly that one exerted in procedural environment, it exceeds to the application mechanics of a preexisting right material.

Therefore we consider that justice even so show like resulted of transcendentals rational valuations to the positive law, conceived in the context of the reconstruction of the positive law for the interpreters in the scope of its application. And that similar intellectual activity, to legitimize itself democratically in the action at law (or that it is accepted for the contenders as something just), it demands of the judge considers and values of the proposals presented for all interested parties in the formation of the judgment.

Similar theoretical configuration characterizes the process as surrounding democratic and dialogic, and it (process) confers the quality of privileged forum for the reconnect between the Law and the justice.

**KEY-WORDS:** Civil Procedure - Constitution - Theory of the Right - Legal philosophy - Politics - Hermeneutic legal – Adjudication - Cooperative Process - Justice.

## INTRODUÇÃO

Sempre nos afirmamos positivistas. E, falando francamente, nunca tivemos problemas em assumir publicamente semelhante postura dogmática. Sobretudo quando nos reportamos a nossa atuação pragmática, ao campo da aplicação do Direito, matéria de que se ocupa o processualista. Nesse domínio, temos, todos, a bem da verdade, os nossos momentos de operador positivista. Quem de nós, ao construir uma peça jurídica, seria capaz de resistir à tentação de recorrer ao direito positivo para descrever os motivos pelos quais entende que a razão está com o seu cliente? Ou de embasar na letra fria da lei a persecução estatal contra o suposto delinqüente? Ou de condenar (ou absolver) o cliente do advogado civilista, ou aquele que é tachado de criminoso pelo membro do Ministério Público, e agora nos dirigimos aos magistrados, com base numa aplicação mecânica do direito posto?

O problema surge, entretanto, quando, com o perdão da inversão de premissas, o texto legal não se amolda às nossas teses. Nesse contexto, sustentamos, na casuística, que a lei apenas aparentemente se contrapõe à avaliação que fazemos da hipótese debatida, quer porque uma interpretação sistemática do Direito conduziria a uma conclusão diametralmente oposta daquela obtida a partir de uma leitura que consideramos açodada e simplória do texto legal; quer porque, dadas as peculiaridades do caso concreto, sempre o caso concreto, a incidência dos princípios jurídicos operaria verdadeira transmutação no conteúdo das regras que arrimam a solução do litígio; quer porque a norma abstrata cuja conformação nos angustia não encontra fundamento de validade na Constituição, não podendo, portanto, ser invocada em prejuízo daquela construção jurídica que consideramos adequada. Então, sob o manto protetor de uma dessas justificativas, ou sob todas elas, afirmamos solenemente que uma aplicação mecânica do texto legal resultará em lamentável injustiça, de modo que o processo judicial, se encartar uma decisão desse tipo, embora se preste, ainda que em princípio, à atuação concreta do direito positivo (realizando, assim, ao seu escopo jurídico), não atenderá a sua verdadeira função, que é a de servir de instrumento de pacificação social (escopo social) e garantidor da participação dos indivíduos nos destinos da sociedade (escopo político), ou seja, de apresentar-se como um instrumento da justiça. Quem de nós deixaria de recorrer a semelhante exercício hermenêutico na defesa das suas posições jurídicas?

Somos, pois, todos nós, conforme o caso, ora positivistas (ou “*formalistas*”<sup>2</sup>), ora “*instrumentalistas*”<sup>3</sup>. E, assim, sustentamos, no campo da aplicação do Direito, um verdadeiro paradoxo metodológico, que decorre dessa nossa natural inconstância casuística, da qual, em geral, não nos apercebemos, enquanto operadores do Direito.

Foi por mero acaso que nos deparamos com o problema, quando, sob a orientação do Professor Doutor Francisco Vieira Lima Neto, passamos a nos dedicar ao estudo da temática da “*judicialização da política*”, concebida a partir da constatação empírica de que, diversamente do que ocorreu no Estado Liberal, em que as políticas públicas eram ditadas pelo Poder Legislativo, e no Estado Social intervencionista (“*Welfare State*”), em que esse foco se desloca para a figura do Executivo, a conformação do Estado Democrático Constitucional abre espaço para a prevalência, ainda que velada, do Poder Judiciário. Nessa conjuntura o Judiciário assume a condição de instituição central da democracia, passando, destarte, a intervir na política, principalmente no campo do controle do poder estatal, atividade que nos é muito cara, pois representa parcela significativa das causas que enfrentamos cotidianamente em nossa advocacia pública e privada. Pois foi exatamente a partir de uma reflexão acerca dessa nossa atuação profissional que nos demos conta de que, apesar de nossa assumida orientação positivista (ou dogmática), sempre defendemos, ainda que inconscientemente, que os Juízes devem, sim, dedicar-se ao afastamento de opções políticas irracionais<sup>4</sup>, notadamente daquelas de natureza político-legislativas, que compõem o ordenamento jurídico-positivo.

Assim, decidimos nos lançar à empreitada de tentar compreender e, se tal for possível, de justificar essa atuação aparentemente inconstante dos juristas no campo da aplicação e interpretação do Direito. E, para tanto, tomamos como objeto de nossa análise a aspiração teórica contemporaneamente assumida pelos processualistas quanto à realização da justiça no processo.

---

<sup>2</sup> Expressão aqui empregada para designar aqueles juristas que têm apego à “*forma*”, ou à representação formal do direito, retratada nos textos legais.

<sup>3</sup> Nesse ponto, referimos ao instrumentalismo em acepção ampla, designativa de todo e qualquer operador do Direito que se afirma disposto e preordenado a valer-se do processo como um instrumento de realização da justiça.

<sup>4</sup> Embora, até então, dada essa nossa orientação positivista, evitássemos o tanto quanto nos fosse possível tachá-las de injustas.

Partimos da premissa de que peculiaridades bastante específicas de nosso sistema jurídico, concebidas em âmbito constitucional, orientam e conformam a realização da justiça no processo civil do Estado Democrático Constitucional Brasileiro.

Recobramos, a propósito, que o constituinte brasileiro, quando adotou, a partir da Constituição de 1891, o modelo norte-americano de controle judicial do poder estatal (“*judicial review*”), conferiu a todo e qualquer magistrado difuso ao longo do território nacional a prerrogativa de proceder ao controle da constitucionalidade dos atos normativos e concretos dimanados pelos Entes Estatais, abrindo espaço, desde então, para que se discutisse em processos judiciais, não apenas a subsunção da atividade administrativa aos textos legais (controle de legalidade), mas, também, a sua conformidade ao texto da Constituição (controle da validade constitucional). Essa atividade cognitiva é potencializada no sistema da Carta Política de 1988, que arrola a realização da justiça entre os objetivos fundamentais da República<sup>5</sup> e que assimila como direito fundamental do cidadão o princípio do devido processo legal<sup>6</sup>, cujo aspecto substancial impõe a efetivação do direito material deduzido em Juízo, não mais a partir da tão-só subsunção dos fatos concretos ao direito positivo, mas por meio de uma aplicação temperada dos textos jurídicos às peculiaridades do caso, sob a mediação dos “*standards*” da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por assim dispor, a Lei Maior, estendeu o controle da validade constitucional dos atos administrativos e normativos para além da sua simples conformidade aos textos jurídicos, impondo ao Poder Judiciário o controle da justiça (ou da justeza) das escolhas assumidas pelo Poder Público, inclusive daquelas estabelecidas no campo da atividade legislativa. Nossa proposição, em tal conjuntura, é que a Constituição, quando comina aos Juízes brasileiros a verificação da racionalidade e da justiça de tais opções políticas, orienta a construção, no processo, de valorações racionais tendentes à realização concreta da justiça.

A dificuldade surge, entretanto, quando percebemos que, por razões diversas, todas elas relacionadas à temática da reconstrução do direito positivo pelos intérpretes, algumas dessas valorações racionais mostram-se transcendentais ao direito positivo. É que ainda se debate, em sede acadêmica, acerca da pretensa ausência de legitimação democrática dos membros do

---

<sup>5</sup> CRFB. “Art. 3º [...] I - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

<sup>6</sup> CRFB. “Art. 5º [...] LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “Art. 5º [...] LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Poder Judiciário para exarar proposições valorativas que extrapolem o que resta prescrito nos textos legais, mormente sob a alegação de que as normas abstratas que os compõem resultam do processo democrático de formação a vontade política, ao qual se integram, ainda que de forma indireta, todos os membros da comunidade.

Semelhante tese pode ser refutada pela simples afirmação de que a legitimação dos Juízes para o exercício de tal atividade cognitiva decorre da própria Constituição que, enquanto “*norma fundante*”, pode, sim, conferir aos órgãos jurisdicionais o poder de deixar de aplicar leis que contrariem o seu texto. No entanto, essa assertiva, quando transposta para o âmbito da Teoria do Processo e, mais especificamente, quando analisada a par da aspiração teórica dos processualistas contemporâneos quanto à realização da justiça no ambiente processual, vai de encontro à principal premissa metodológica adotada pelo instrumentalismo, descrita, entre nós, no seio da escola processual paulista, a partir da obra “*A instrumentalidade do processo*”, escrita pelo professor Cândido Rangel Dinamarco no ano de 1986<sup>7</sup>.

O que se dá é que, sem embargo de a aspiração teórica quanto à realização da justiça no processo haver-se fundado e consolidado a partir das discussões empreendidas pelos adeptos da corrente instrumentalista, a idéia subjacente à necessidade de reconhecimento de uma certa legitimação democrática a juízos racionais transcendentais ao direito positivo<sup>8</sup>, descrita no campo da Teoria e da Filosofia do Direito, parece inconciliável com a premissa instrumentalista segundo a qual a jurisdição assume posição central na Teoria do Processo. Isso porque, sob tal perspectiva, não existiriam mecanismos de controle à atividade jurisdicional. A bem da verdade, o instrumentalismo, quando privilegia a jurisdição em detrimento da ação e do processo, concebe e avaliza a conformação de uma relação assimétrica entre o Juiz e as partes, de maneira que, sob tal concepção, o órgão judicante estaria em posição de superioridade no processo, o que abre campo, de um lado, para a prolação de decisões judiciais arbitrárias e, de outro, para que a parte sucumbente prossiga questionando a justiça da decisão mesmo após o encerramento das discussões no âmbito processual.

---

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 1986 (Tese Titular). (Informação colhida do currículo “*lattes*” do professor Cândido Rangel Dinamarco; disponível na Internet, no endereço <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4727823T9>>; acesso em 13/04/2009).

<sup>8</sup> E que abarcam, para recorrermos à sua manifestação mais corriqueira, a prolação de decisões judiciais que afastam a aplicação de atos legislativos, ante a consideração se serem eles incompatíveis com o texto constitucional.

Por esse motivo, avulta-se como pré-condição necessária à consecução da aspiração dos processualistas quanto à realização da justiça no processo a identificação de mecanismos que possibilitem o controle da atividade jurisdicional, notadamente daquela que corporifique valorações racionais transcendentais ao direito positivo. Em tal medida, embora sem descurar os méritos da teoria da instrumentalidade do processo, somos levados a rejeitar a premissa instrumentalista segundo a qual a jurisdição deve ser colocada ao centro da Teoria, para assumirmos, então, a perspectiva teórica do formalismo-valorativo, que nos é apresentada pela escola processual gaúcha, a partir dos escritos do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e de seus discípulos<sup>9</sup>, segundo a qual ao próprio processo, e não à jurisdição ou à ação, deve ser deferida uma posição central na Teoria.

Assim, também orienta o desenvolvimento deste trabalho a premissa segundo a qual o processo, valendo-se, para tanto, do formalismo que lhe é característico, funciona como mecanismo de controle da atividade jurisdicional. Isso porque, sob essa ótica, instaura-se, em seu corpo, uma relação dialética entre as partes reciprocamente e entre elas e o Estado-Juiz, ambiente dialógico que tem a potencialidade de prevenir o arbítrio estatal no campo da aplicação do Direito, e que fomenta as condições necessárias a que as partes reconheçam a justeza da decisão prolatada, qualificando o processo como instrumento da justiça.

Seguindo essa linha de raciocínio, revisitaremos as discussões filosóficas em busca de um critério de justiça em certa medida universal, capaz de ser aceito pelos contendores como a justa aplicação do Direito, que relacionaremos, a partir do desenvolvimento da obra de Immanuel Kant por Jürgen Habermas e Chaïm Perelman, à existência de uma “*razão comunicativa*”, que coliga a construção de proposições valorativas válidas à consideração necessária das opiniões de todos aqueles interessados na formação do juízo. O que com isso pretendemos evidenciar é que apenas no curso dessa relação dialética (ou comunicativa) é que o magistrado se legitima democraticamente a proferir decisões judiciais pautadas em juízos racionais transcendentais ao direito positivo. E, mesmo assim, desde que suas decisões sejam construídas a partir da tensão entre as proposições valorativas encartadas na tese (pretensão) e na antítese (defesa), e a partir da consideração e da valoração racional de todas as razões externadas pelos interessados na solução do litígio.

---

<sup>9</sup> Entre os quais se destacam os professores Hermes Zaneti Júnior, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, e Daniel Francisco Mitidiero.

Destarte, partindo da compreensão de que é missão do intérprete a realização concreta da justiça no processo<sup>10</sup> e de que o procedimento reúne mecanismos capazes de orientar a atividade jurisdicional no sentido da consecução deste objetivo<sup>11</sup>, procuraremos, sob as mais diversas frentes (da teoria pura do direito à conceituação pós-positivista segundo a qual o ordenamento jurídico se apresenta como um sistema aberto de regras e princípios), disseminar a compreensão de que a aplicação do Direito, sobretudo entre nós<sup>12</sup>, encerra autêntica atividade normativa, edificada no contexto da reconstrução do direito positivo pelos intérpretes (pretensão de correção), que é exercida de forma cotidiana (e, por vezes, inconsciente) no âmbito processual. Sob tais premissas, tencionamos convencer o leitor de que racionalidade (discurso) e comunicação (debate) são pré-condições necessárias a que se implemente a justa aplicação do Direito, que se não se resume uma aplicação mecânica dos textos legais, também não se legitima se não for orientada pelo conhecimento (que decorre da garantia do contraditório) e pela valoração (que decorre do dever de motivação) da opinião dos contendores, que externam, cada qual sob o seu ponto de vista, as razões que, no seu modo de ver, justificam a prevalência dessa ou daquela tese. Tal compreensão, além de acomodar, no seio da Teoria, as objeções levantadas acerca do pretense caráter antidemocrático da idéia subjacente à criação do direito pelos Juízes, culmina por legitimar o paradoxo metodológico a que nos referimos ao início deste intróito, pois não fosse a natural tensão entre proposições teóricas conflitantes sobre qual seria a solução ideal para a contenda, externadas a partir da tese e da antítese, o órgão judicante não estaria habilitado (e tampouco legitimado) a entregar uma prestação jurisdicional vocacionada à realização da justiça.

A discussão proposta é relevante não apenas por permitir uma abordagem crítica do instrumentalismo e do formalismo-valorativo, essas construções teóricas singulares que se dedicam ao desenvolvimento de tecnologia capaz viabilizar a realização da justiça no processo civil brasileiro, mas, sobretudo, porque comporta um esforço de compatibilização dessas teorias às discussões jurídicas e filosóficas relativas à idéia de justiça, com destaque para o relacionamento entre o direito, a justiça e a moral. Somente sob essas balizas é que, em nossa modesta opinião, será possível esboçar uma resposta satisfatória para a questão

---

<sup>10</sup> Que é comum ao instrumentalismo e ao formalismo-valorativo.

<sup>11</sup> Que singulariza o formalismo-valorativo.

<sup>12</sup> Dada a noção, dantes externada, de que a nossa Constituição impõe aos Juízes brasileiros a verificação da racionalidade e da justiça das opções político-normativas que compõem o ordenamento jurídico-positivo, orientando, assim, a construção de valorações racionais tendentes à realização concreta da justiça.



principal levantada no contexto deste nosso estudo, que consiste precisamente em saber se (e como) a justiça pode realizar-se no âmbito do processo judicial.

## 1. AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO E A ASPIRAÇÃO DOS PROCESSUALISTAS CONTEMPORÂNEOS QUANTO À REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO PROCESSO.

Iniciamos este trabalho por dizer que o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, construções teóricas cujas premissas metodológicas inspiram e orientam a concepção de nossa pesquisa, conquanto se aproximem por abordarem o processo pela ótica de seus resultados e por assumirem orientação finalística no sentido da realização da justiça no ambiente processual, apresentam-se, diversamente do que afirmamos alhures<sup>13</sup>, como facetas dessemelhantes do momento atual do desenvolvimento histórico do direito processual.

Temos a consciência de que a delimitação desses momentos metodológicos, sobretudo no âmbito temporal, nem sempre é precisa. Basta ver, a propósito, que, decorridas mais de duas décadas da publicação de “*A instrumentalidade do processo*”<sup>14</sup>, obra seminal no corpo da qual o professor Cândido Rangel Dinamarco sistematizou o pensamento instrumentalista, divulgando, entre nós, algumas das proposições fundamentais apresentadas no Congresso Internacional de Direito Processual Civil, realizado em Florença, na Itália, no ano de 1950<sup>15</sup>, não foram poucas as vozes que se elevaram contra a teoria da instrumentalidade do processo<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Em trabalho anterior, publicado em conjunto com o Professor Doutor Francisco Viera Lima Neto, externamos a conclusão, que agora nos parece equivocada, no sentido de que o instrumentalismo e o formalismo-valorativo qualificam-se como construções doutrinárias correlatas, visto que depreendidas do contexto de uma mesma fase metodológica do desenvolvimento histórico do direito processual (Cfr.: LIMA NETO, Francisco Vieira e MADUREIRA, Claudio Penedo. *O instrumentalismo e a perspectiva de um processo socialmente adequado*. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes [Org]. *Teoria geral do processo civil constitucionalizado – Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES – v. 2*. Cachoeiro de Itapemirim: HELIOGRAF, 2008. p. 169-192). Equivocamos, daquela feita, porque nos centramos apenas no que há de comum entre as teorias, isto é, na circunstância de o instrumentalismo e o formalismo-valorativo assumirem como objetivo teórico fundamental a realização da justiça no processo. Olvidamos, entretanto, que uma e outra teoria procuram realizar essa finalidade por meio da aplicação de técnicas claramente distintas, como teremos a oportunidade de adiante expor e demonstrar.

<sup>14</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>15</sup> Estevão Mallet observa que em 1950, no Congresso Internacional de Direito Processual Civil, realizado em Florença, na Itália, Piero Calamandrei já ressaltava o surgimento da moderna doutrina do instrumentalismo, cujo escopo primordial é o de tornar efetiva e concreta a tutela legal dos direitos, com a ampliação das vias de acesso ao Judiciário, a eliminação dos obstáculos econômicos ao ajuizamento de ações e, principalmente, a efetividade da tutela jurisdicional (MALLET, Estevão. *A antecipaçao de tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 10).

<sup>16</sup> Cfr., por todos: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. In: Revista de Processo – REPRo, n. 102, ano 26, abril/junho 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 55-67.

É no contexto dessa resistência às premissas instrumentalistas, notadamente à proposição que a jurisdição seja colocada ao centro da Teoria do Processo, que foram concebidas, no seio da escola processual gaúcha, as bases para uma nova teoria, designada pelo professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>17</sup> como o formalismo-valorativo<sup>18</sup>. A proposta apresentada por Alvaro de Oliveira e por seus discípulos consiste na construção de um “*novo formalismo*”, capaz de realizar objetivamente as pretensões deduzidas em Juízo pelos contendores, garantindo-lhes, assim, a necessária segurança no trato dos seus interesses; mas sem descuidar dos valores subjacentes ao sistema jurídico, colhidos do ambiente social e dos fatos da vida, preservando-lhes, assim, a esperança de que a justiça seja realizada no processo<sup>19</sup>.

Posto isso, e considerando que a evolução da Ciência Jurídica desvela, indubitavelmente, um processo de marchas e contramarchas, é que nos dedicaremos, neste trabalho, a identificar os pontos de concordância e de divergência entre o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, que tomaremos, adiante, como ponto de partida para a construção de um critério de justiça passível de ser realizado no processo.

A concretização desse objetivo demanda um olhar para o passado, com vistas à construção de uma análise retrospectiva da evolução do direito processual, que se faz necessária para que possamos compreender a transição do formalismo, que marcou a sua consolidação como disciplina autônoma, para o instrumentalismo, ou para o formalismo-valorativo, ou para ambos ao mesmo tempo. Semelhante desiderato, entretanto, não pode ser atingido, sobretudo em um ambiente democrático<sup>20</sup>, sem que sejam oportunamente consideradas as proposições

---

<sup>17</sup> Cognominado “*nosso caposcuola*” por Daniel Francisco Mitidiero em obra dedicada à discussão de proposições jurídicas diversas sob a perspectiva do formalismo-valorativo (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

<sup>18</sup> A propósito, Zaneti relata que a expressão formalismo-valorativo foi cunhada pelo professor Alvaro de Oliveira em aula do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 2004 (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007. p. 44/nota de rodapé).

<sup>19</sup> Cfr.: [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004] e [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes [Org.]. *Teoria geral do processo civil constitucionalizado – Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES – v. 2*. Cachoeiro de Itapemirim: HELIOGRAF, 2008. p. 13-42].

<sup>20</sup> E aqui não nos restringimos ao conceito liberal de democracia (“*democracia representativa*”), formulado na Antiguidade Grega e amplamente desenvolvido a partir da Revolução Francesa, que consideramos insuficiente à compreensão da miríade de problemas enfrentados pelos operadores do Direito no contexto Estado Democrático Constitucional. Nossa referência é outra. Quando falamos em democracia, aludimos também às noções “*democracia deliberativa*”, que Canotilho coliga ao pensamento republicano (“*à existência de uma política deliberativa assente na idéia de “virtude cívica” [“civic virtue”], à igualdade dos participantes no processo político, à possibilidade de consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática e aos direitos de participação dos cidadãos na vida pública e controlo dos representantes*”), e de “*democracia*

apresentadas pelos adeptos de uma e outra teoria, notadamente porque, em nossa modesta opinião, nesta fase atual do desenvolvimento da Ciência o instrumentalismo e o formalismo-valorativo confrontam-se, ainda que inconscientemente, para figurar como modelo processual adequado à realização dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado Democrático Constitucional Brasileiro.

Com esse espírito, tomamos como referências para nossa análise as observações tecidas, a propósito da identificação das fases metodológicas do processo, por Cândido Rangel Dinamarco, professor da Universidade do Estado de São Paulo e “pai” do instrumentalismo brasileiro, e por Daniel Francisco Mitidiero, discípulo do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, e que se destaca, ao lado do professor Hermes Zaneti Júnior<sup>21</sup>, pela paixão com que se dedica ao desenvolvimento e à divulgação do formalismo-valorativo enquanto teoria processual.

Dinamarco divide a história do processo em três fases metodológicas distintas, a fase sincrética, a fase autonomista e a fase instrumentalista<sup>22</sup>. Mitidiero sugere divisão similar, também propondo a partição da evolução do processo em três momentos, que seriam o praxismo (correspondente à pré-história processual), o processualismo (correspondente à modernidade processual) e o formalismo-valorativo (correspondente à contemporaneidade processual)<sup>23</sup>.

É consenso entre os doutrinadores que predominava na primeira fase a noção de que o processo era simples meio de exercício de direitos (direito adjetivo), e de que a ação seria apenas um dos aspectos do direito subjetivo material violado, o qual, uma vez lesado,

---

*discursiva*”, que de seu turno, assenta-se em regras de discussão, em formas de argumentar, na institucionalização de procedimentos (redes de discussão e negociação), cuja finalidade é justamente proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.416-1.417), cuja concepção é atribuída pelo constitucionalista português a Jürgen Habermas (Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volumes I e II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003).

<sup>21</sup> Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, outrora vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com quem Mitidiero escreveu a obra “*Introdução ao estudo do processo civil. Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*” (MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil. Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004).

<sup>22</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 22.

<sup>23</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17-21.

adquiriria forças para obter em Juízo a reparação da lesão sofrida<sup>24</sup>. Enfim, nesse contexto, para nos valermos da singular alegoria construída pelo professor Marcelo Abelha Rodrigues, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, a ação corresponderia ao “*direito material em pé de guerra*”<sup>25</sup>. Mitidiero, na mesma toada, identifica essa fase, por ele designada como praxismo, com a postura sincrética que marcou “*o processo civil romano [...] e o processo civil comum*”, de “*caracterização do direito processual civil como direito adjetivo, como algo que só ostentava existência se ligado ao direito substantivo*”<sup>26</sup>.

A fase seguinte, dita autonomista, inaugura-se pela compreensão do processo como ramo autônomo do Direito. Daí a propriedade da designação sugerida por Mitidiero, que a denomina processualismo.

Sobre a transição da primeira para a segunda fase metodológica do processo, recobramos, com José Roberto dos Santos Bedaque, que em meados do século XIX, sobretudo a partir da polêmica entre Windsheid e Muther<sup>27</sup>, “*passaram os juristas a vislumbrar a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado*”, nascendo, assim, “*o conceito moderno de ação*”<sup>28</sup>. Dinamarco assevera que foi nessa fase que “*surgiram os grandes tratados e importantíssimas monografias que são do conhecimento geral e serviram para possibilitar o uso adequado do instrumental que o direito processual oferece*”<sup>29</sup>. De seu

<sup>24</sup> Cfr., por todos: CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 48.

<sup>25</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 178.

<sup>26</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p.17.

<sup>27</sup> Confira-se, a propósito, a seguinte passagem da obra de José Roberto dos Santos Bedaque: “*Em 1856 travou-se a famosa polêmica entre dois juristas alemães, Bernardo Windscheid, catedrático em Greifswald, e Teodoro Muther, professor em Königsberg, a respeito da actio romana. [...] Para Windscheid, ação significava direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito. Não era essa, todavia, a noção do direito romano, pois o Corpus Júrís previa inúmeras acciones, que não pressupunham a violação de um direito: embora a todo direito corresponda uma ação, a recíproca não é verdadeira. [...] Os romanos viviam sob um sistema de ações, não de direitos. E a razão principal era, além de seu senso prático, o grande poder conferido ao magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Importava o que ele dizia, não o que constava do direito objetivo; a pretensão precisava estar amparada por uma actio da pelo magistrado que exercia jurisdição. [...] Segundo Muther, o conceito de ação romana formulado por Windscheid é inexato. Para ele o direito subjetivo é pressuposto da actio. Quando o pretor formulava um edito, estava criando norma geral e abstrata para amparar pretensões. Tal norma, embora não pertencente ao ius civile, lhe era equivalente. Conclui haver coincidência entre a actio romana e a ação moderna*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25).

<sup>28</sup> Id. ibid., p. 25.

<sup>29</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 19.

turno, Mitidiero coliga esse momento histórico ao “*movimento cultural próprio da Idade Moderna*” cujo “*principal intento fora a tecnicização do direito e despolitização de seus operadores*”<sup>30</sup>, para identificar como características marcantes dessa fase autonomista a aspiração dos processualistas, forçados que estavam a justificar o direito processual civil como um ramo próprio e autônomo da árvore jurídica, à construção de um instrumento puramente técnico, totalmente alheio a valores em sua intencionalidade operacional, à eliminação da disciplina processual de todo e qualquer resíduo de direito material e à retirada do problema da justiça do plano do processo, em favor da aplicação de uma racionalidade jurídica e técnica, colocando-se em seu lugar o problema da norma jurídica<sup>31</sup>.

Ocorre que semelhante postura autonomista, que soava absolutamente natural e perfeitamente justificável num momento em que se pretendia construir cientificamente métodos objetivos para a solução dos conflitos individuais, materializou-se num sistema falho na sua missão de produzir justiça, como disseram Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>32</sup>. A premissa que orienta o declínio do processualismo é a inauguração da preocupação dos operadores do Direito com a efetividade da tutela jurisdicional, com os resultados do processo, com sua capacidade de realizar concretamente o ideal de justiça. Em tal conjuntura, o processo passou a ser analisado sob um ponto de vista externo (e não mais sob a ótica introspectiva que marcou a fase autonomista) e examinado em seus resultados práticos<sup>33</sup>.

Esses são, em apertada síntese, os caracteres singularizantes do momento atual do desenvolvimento do direito processual, que Dinamarco convencionou chamar fase instrumentalista e que é designado por Mitidiero como formalismo-valorativo<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 18-19.

<sup>31</sup> Id. *ibid.*, p. 19.

<sup>32</sup> Cfr.: CINTRA, A.C.A., GRINOVER, A.P.; & DINAMARCO, C.R., op. cit., p. 49.

<sup>33</sup> Id. *ibid.*, p. 49.

<sup>34</sup> Em trabalho mais recente, Mitidiero designou o formalismo-valorativo como uma quarta fase metodológica, que viria a substituir o instrumentalismo. Nas suas palavras: “[...] *como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural*” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47). Não divergimos, em absoluto, das razões de que se vale o professor gaúcho para chegar a semelhante conclusão (também consideramos que formalismo-valorativo consiste numa nova visão metodológica, numa nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto da evolução cultural da Ciência Jurídica), mas preferimos

Deve estar claro, contudo, que, quanto ao particular, a divergência entre as teorias vai muito além de uma simples quimera lingüística. Com efeito, como teremos a oportunidade de adiante expor, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, conquanto se assemelhem, como dissemos, por assumirem como objetivo teórico a realização da justiça no processo, procuram realizar essa finalidade por meio da aplicação de técnicas claramente distintas, exatamente porque partem, uma e outra teoria, de compreensões igualmente dessemelhantes sobre qual seria o verdadeiro papel da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes na aplicação do Direito.

---

designá-lo, como fizemos ao início deste Capítulo, como aspecto (ou faceta) do momento atual do desenvolvimento histórico do direito processual, precisamente porque as premissas instrumentalistas permanecem assentes entre os juristas, sobretudo quando temos em vista o modo como se processa o direito no campo da sua aplicação, pelo que consideramos precitado cogitar da derrogação (ou o ocaso) desse modo de ver o mundo e o Direito. Tal não bastasse, existem singularidades entre as teorias, a começar pela aspiração teórica quanto à realização da justiça no processo, de que nos ocupamos neste trabalho.

## 2. O INSTRUMENTALISMO E A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO JUSTO.

A perspectiva metodológica instrumentalista, concebida na esteira da identificação dos escopos sociais e políticos do processo, inaugura (ou, quando menos, renova), entre nós, a preocupação teórica do jurista com os resultados do processo, com a sua capacidade não apenas de propiciar aos litigantes a atuação concreta do direito material (escopo jurídico), mas, também, de servir de instrumento de pacificação social (escopo social) e garantidor da participação dos indivíduos nos destinos da sociedade (escopo político)<sup>35-36</sup>. Em tal conjuntura, o processo passa a ser encarado não mais como simples elo de ligação (interface) entre o direito abstrato desatendido (direito positivo) e o direito concreto realizado (direito subjetivo), assumindo uma dimensão ampliada, de instrumento voltado para fora do sistema, que tem por objetivo primordial a entrega de uma prestação jurisdicional adequada, tendente à realização do ideal de justiça.

Este Capítulo é dedicado à exposição das condicionantes teóricas do instrumentalismo, a partir das quais pretendemos analisar os reflexos da concepção instrumentalista sobre o momento atual do desenvolvimento do direito processual, pela via da identificação das técnicas de que podem se valer os operadores do Direito, sob a ótica da teoria da instrumentalidade do processo, com vistas à realização da justiça no ambiente processual.

### 2.1. A jurisdição como elemento central da Teoria do Processo.

O ponto central das construções teóricas decorrentes do instrumentalismo está na conscientização de que o processo deve ser descrito não mais como mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, como um poderoso instrumento ético, destinado a servir à sociedade e ao Estado, como disseram Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>37</sup>. Somente sob essa perspectiva é que se poderá assegurar ao jurisdicionado o desfecho descrito

---

<sup>35</sup> Cfr.: DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 270.

<sup>36</sup> Essa particularidade do instrumentalismo é exposta por Mitidiero na seguinte passagem de sua obra: “A perspectiva instrumentalista do processo assume o processo civil como um sistema que têm escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, rompendo com a idéia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno. Em termos sociais, o processo serve para persecução da paz social e para educação do povo; no campo político, o processo afirma-se como um espaço para afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para participação dos atores sociais; no âmbito jurídico, finalmente, ao processo confia-se a missão de concretizar a vontade concreta do direito” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 35-36).

<sup>37</sup> CINTRA, A.C.A., GRINOVER, A.P.; & DINAMARCO, C.R., op. cit., p. 51.



por Marcelo Abelha Rodrigues como finalidade essencial do processo, que consiste, precisamente, na sua capacidade de “*servir de instrumento de modo que, ao seu final, seja possível olhar para trás e dizer: foi dada a razão a quem a tinha, trazendo uma pacificação ao conflito*”<sup>38</sup>.

Esse objetivo nunca saiu das mentes dos juristas. Nenhum de nós seria capaz de admitir, lucidamente, que direito e processo não se destinam a dar “*razão*” a quem tem “*direito*”.

O problema que atualmente se coloca aos juristas tem natureza distinta. Como visto, o processo, tal como o conhecemos, assim como os seus institutos, foram desenvolvidos sob premissas autonomistas que, embora perfeitamente adequadas a um dado momento do desenvolvimento histórico da Ciência, com o correr dos anos mostraram-se ineficazes à solução das dificuldades cotidianas da aplicação do Direito. Dia após dia os operadores do Direito são chamados a testemunhar que o formalismo característico das premissas autonomistas que outrora orientaram a construção da Teoria do Processo não poucas vezes impede a plena realização do direito substancial deduzido em Juízo, ensejando injustiças.

Em tal conjuntura, o mérito da teoria da instrumentalidade do processo reside precisamente nos esforços empregados no sentido da identificação de um norte teórico capaz de compatibilizar o direito processual ao direito material.

Dinamarco, quando discorre sobre os escopos do processo e, sobretudo, quando identifica a existência de escopos não-jurídicos, de natureza social e política<sup>39</sup>, faz uma reavaliação da Teoria do Processo. E, nesse exercício teórico, permite-se analisar o processo sob a ótica externa dos seus resultados, chegando à conclusão de que a Teoria deve ter como elemento central, não a ação<sup>40</sup> ou o processo<sup>41</sup>, mas a jurisdição<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 05.

<sup>39</sup> Na precisa observação do advogado paulista, “*a força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida a idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais*” (DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 270).

<sup>40</sup> Não pode ser a ação por causa da perspectiva publicista do processo. Segundo Dinamarco, para quem, preocupação central com a ação é sinal da visão privatista do sistema processual, “*a ciência dos processualistas de formação latina apresenta a ação como pórtico de todo o sistema, traindo com isso a superada idéia (que, conscientemente, costuma ser negada) do processo e da jurisdição voltados ao escopo de tutelar direitos subjetivos*” (Id. ibid., p. 45-46).

A premissa adotada pelo instrumentalismo é a de que, para compatibilizar os escopos jurídico, social e político do processo e, por conseguinte, para realizar a justiça, cumpre aos Juízes conformar o processo às exigências do direito material encartado nos textos legais, com vistas à sua completa realização. Semelhante perspectiva metodológica reflete uma mudança de enfoque na avaliação dos objetivos do processo<sup>43</sup>, proporcionada pelo deslocamento da jurisdição para a posição central antes ocupada pela ação na Teoria do Processo, o que permitiu a ampliação do campo de visão do fenômeno processual, fazendo renascer o interesse pelo estudo da tutela jurisdicional, instituto de suma importância na fase sincrética, mas que havia sido deixado de lado durante o período autonomista<sup>44</sup>.

## 2.2. A relativização do binômio direito-processo.

É fato que a fase atual do desenvolvimento do processo comporta uma singela, mas contundente, revisão da perspectiva sincrética (ou praxista), que resulta, no jargão comumente empregado pela doutrina do instrumentalismo, no que se convencionou chamar “*relativização do binômio direito-processo*”<sup>45-46</sup>. Conforme leciona José Roberto dos Santos Bedaque “*essa ‘revisitação’ requer nova análise interna do sistema processual, para adaptá-la às necessidades externas*”, bem como a “*consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material*”, o que conduz a conclusão no sentido de “*a distância entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que reaproximação de ambos não compromete a autonomia da ciência processual*”<sup>47</sup>. E tal se dá porque, como bem adverte

---

<sup>41</sup> Não pode ser o processo porque “*dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é o instrumento por excelência ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema)*”. Demais disso, “*o processo em si próprio, como conjunto ou modelo de atos, traz profunda e indistigável marca de formalismo*”. Assim, “*colocar como pólo principal do sistema esse instituto assim marcadamente formal e potencialmente instrumental conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas até onde não chega a utilidade desta (e sem qualquer proveito para a boa compreensão das diversas espécies de direito processual)*” (DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 79).

<sup>42</sup> Id. ibid., p. 81.

<sup>43</sup> Bedaque ressalta que não mais interessa ao processualista “*uma ciência processual conceitualmente perfeita, mais que não consiga atingir os resultados a que se propõem*”, pois, agora, a eficácia do sistema processual passa a ser “*medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 17).

<sup>44</sup> A propósito, Bedaque acentua que “*o estudo da tutela jurisdicional revela o fim da fase autonomista do direito processual*” (Id. ibid., p. 164).

<sup>45</sup> Cfr., a propósito: DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 272.

<sup>46</sup> Cfr., também: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 13.

<sup>47</sup> Id. ibid., p. 14-15.

Dinamarco, autonomia (do processo) não deve ser confundida com isolamento, pois “o processo e o direito completam-se e a boa compreensão de um exige o suficiente conhecimento do outro”<sup>48</sup>.

Como disse Bedaque, realçando a distinção entre o direito material e o direito processual, “enquanto aquele é constituído por um conjunto de normas destinadas a regular conflitos de interesses, de natureza individual ou coletiva, determinando qual deve prevalecer, o direito processual é formado por regras cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada, mesmo quando o destinatário não o faça espontaneamente”<sup>49-50</sup>. Daí a necessidade de que se proceda à relativização do binômio direito-processo, como meio de acesso à ordem jurídica justa, que se ampara na compreensão de “que os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material” e de que “as questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula”<sup>51</sup>, como ressaltou Bedaque, adiante.

Vê-se, pois, que o prognóstico dos instrumentalistas para a concretização da aspiração dos processualistas contemporâneos quanto à realização da justiça no processo assenta-se na necessidade de que se promova uma reaproximação entre o direito processual e o direito material, por eles descrita como a relativização do binômio direito-processo, e que evoca, “*ultima ratio*”, a flexibilização do formalismo processual com vistas à efetiva realização do direito material.

Semelhante proposição orienta a identificação de limites à flexibilização cogitada, notadamente daqueles que sobressaem do contexto da tensão entre os direitos fundamentais do cidadão ao amplo acesso à justiça<sup>52</sup> e ao devido processo legal<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 272.

<sup>49</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 11.

<sup>50</sup> Noutra passagem, Bedaque designa o direito processual como sendo a “*Ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material* (Id. *ibid.*, p. 13).

<sup>51</sup> Id. *ibid.*, p. 13.

<sup>52</sup> CRFB. “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito XXXV e LXXVIII” [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>53</sup> CRFB. “Art. 5º [...] LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “Art. 5º [...] LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A cláusula de acesso à justiça assegura aos jurisdicionados o direito fundamental a uma ordem jurídica justa. Conforme ressalta Luiz Guilherme Marinoni, “o direito de pedir a tutela jurisdicional, quando qualificado como direito de acesso à justiça, assume uma outra dimensão, em que importa a efetiva possibilidade de o cidadão bater às portas do Poder Judiciário e realmente poder participar do processo, exercendo o seu direito à tutela jurisdicional”<sup>54</sup>. Mas não apenas.

Eduardo Cambi destaca que o direito fundamental ao acesso à justiça também abrange, entre outros aspectos, a adequada e tempestiva análise das questões discutidas no processo<sup>55</sup>. Semelhante conclusão pode ser extraída da leitura conjugada dos incisos XXXV<sup>56</sup> (que veda que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) e LXXVIII (que expressamente prevê a duração razoável do processo e o acesso aos meios que garantam a celeridade na sua tramitação) do artigo 5º da Constituição da República.

Mas o que viria a ser um processo célere? Ou, mais especificamente, qual seria a duração razoável de um processo?

Para Paulo Hoffman “um processo adequado e justo deve demorar exatamente o tempo necessário para a sua finalização, respeitados o contraditório, a paridade entre as partes, o

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 462.

<sup>55</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neopositivismo*. In: FUX, Luiz & NERY JÚNIOR, Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 674.

<sup>56</sup> A bem da verdade, esse dispositivo (CRFB, art. 5º, XXXV) por si só já conferia aos jurisdicionados o direito, não apenas a acessar o Poder Judiciário, mas, também, de obter uma tutela jurisdicional célere. Assim não fosse, porque é que a Constituição estaria a garantir acesso à justiça, entre nós, inclusive com vistas ao afastamento de ameaça de lesão a direito, quando se sabe, que essa ameaça, pela sua iminência, só pode ser tutelada sob a perspectiva de uma tutela de urgência? O que ocorre é que, como bem observa Gustavo de Medeiros Melo, “a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos não é útil senão quando obtida em espaço razoavelmente rápido de tempo”, pois, ainda recorrendo às precisas palavras do doutrinador, “o fator tempo sobressai como elemento determinante para garantir e realizar o acesso à justiça” (MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. In: FUX, Luiz & NERY JÚNIOR, Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 691). Semelhante conclusão também pode ser extraída da leitura conjugada do supra-referenciado inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política Brasileira com o que prescreve artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), trazido ao sistema jurídico nacional por meio de “norma de abertura” colhida do próprio texto constitucional, mais especificamente do parágrafo 2º do mesmo artigo 5º, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CRFB, art. 5º, § 2º). Consta da referida norma internacional que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (CADH, art. 8º), de modo que, sob esse colorido, podemos afirmar, sem qualquer margem a dúvidas, que o direito constitucional ao amplo acesso à justiça impõe que desse acesso resultem decisões rápidas.

*amplo direito de defesa, o tempo de maturação e compreensão do juiz, a realização de provas úteis e eventuais imprevistos, fato comum a toda atividade*<sup>57</sup>. O problema, contudo, está na constatação empírica de que, guardadas as especificidades do caso concreto, cada processo demandará um tempo diferente de tramitação. Em alguns feitos, notadamente naqueles em que são discutidas questões de fato e de direito de maior complexidade, o contraditório, ou a atividade probatória, ou a maturação e compreensão da “*vexata quaestio*” pelo Juiz, demandarão mais tempo do que em processos que encartam questões (ou discussões) menos complexas<sup>58</sup>.

O que ocorre é que não há como se imprimir lógica aritmética à investigação do que seria a duração razoável do processo. Não necessariamente a obteremos (a duração razoável do processo) com a supressão de atos processuais, ou com a redução dos prazos estabelecidos pela lei para a sua realização<sup>59</sup>. Quanto ao particular, consideramos que a razão está com Barbosa Moreira, quando afirma que “*se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa*”, para concluir, na seqüência, que “*o que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é*”, e que “*se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço*”<sup>60-61</sup>.

<sup>57</sup> HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 61-62.

<sup>58</sup> É o que ocorre, exemplificativamente, nos “*casos difíceis*” (ou “*hard-cases*”) referidos na obra de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127-129) e Robert Alexy (ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 39-40). Sobre a amplitude da majoração do grau de dificuldade enfrentado pelos juristas na solução dos chamados “*hard-cases*”, o professor José Pedro Luchi, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, acentua que, “*em relação à resolução de casos difíceis, o Juiz precisa também reconstruir a teoria política que justifica as instituições jurídicas, de tal modo a poder responder quais direitos são pertinentes no caso concreto*” (LUCHI, José Pedro. *Consistência jurídica do ponto de vista do juiz. Um estudo em Dworkin*. Texto inédito. p. 4). Retomaremos essa questão, afeta ao modo como se realizam o Direito e a justiça nos “*casos difíceis*”, no Capítulo 5 desta obra.

<sup>59</sup> Recobre-se, ao ensino, a observação de Paulo Hoffman no sentido de que não podem ser olvidados nesse cômputo os “*eventuais imprevistos*”, que são “*comuns toda atividade*” (HOFFMAN, Paulo, op. cit., p. 61-62).

<sup>60</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual. Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 05.

<sup>61</sup> Nesse mesmo sentido leciona José Joaquim Gomes Canotilho, na seguinte passagem de sua obra: “*Note-se que a exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente <<justiça acelerada>>. A <<aceleração>> da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instância excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 499).

Esse talvez seja o maior dos dilemas enfrentados pelos processualistas contemporâneos, que se acentua diante da aspiração teórica quanto à construção de um processo justo, que seja, ao mesmo tempo, efetivo e seguro.

Mas a natural tensão entre efetividade e segurança não remonta apenas ao âmbito do acesso à justiça, ou à ótica da mensuração da duração razoável do processo, estendendo-se igualmente às discussões relativas ao devido processo legal, compreendido por Mitidiero como “*pendor de segurança jurídica dos cidadãos em face do Estado*”<sup>62</sup>. Nessa linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, mesmo admitindo que os valores efetividade e segurança se mantêm em permanente conflito (quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa)<sup>63</sup>, adverte que a efetividade também exige que a prestação jurisdicional seja “*tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa*”, capaz de conduzir “*um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos*”, mas “*que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus*”<sup>64</sup>. Essa é uma observação importantíssima. Um processo somente será efetivo quando for capaz de dar a razão a quem a tinha, entregando ao jurisdicionado tudo que lhe era devido<sup>65</sup>. E, assumida como válida essa premissa, não vemos como se aspirar à efetividade no processo sem um mínimo de segurança. Até porque, como nos ensina o professor Alvaro de Oliveira, “*se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário*”<sup>66</sup>. Daí a absoluta correção do posicionamento desse ilustre processualista gaúcho quando diz que o formalismo processual, embora seja característico da fase autonomista, constitui barreira necessária a evitar a propagação do arbítrio do julgador e dos excessos de uma parte em face

---

<sup>62</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 72.

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*, cit., p. 18.

<sup>64</sup> Id. *ibid.*, p. 20.

<sup>65</sup> Cfr.: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 05.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*, cit., p. 14.

da outra, atuando, assim, “*como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si*”<sup>67-68-69</sup>.

Destarte, uma outra conclusão inevitável a que chegamos é a de que não é suficiente à construção de um processo justo a simples intenção do julgador de realizar por meio dele a justiça. Não se discute que o processo não pode ficar alheio ao seu produto, devendo produzir decisões legítimas, que são aquelas adequadas aos direitos fundamentais, como disse Marinoni<sup>70</sup>. Todavia, não será adequada, principalmente sob a perspectiva dos direitos fundamentais, uma decisão exarada em um processo judicial em que não foram observados o contraditório, a ampla defesa ou a paridade de armas.

Basta ver, exemplificativamente, que, se a sentença é a síntese do que foi deduzido na preambular (tese) e na contestação (antítese), a eventual supressão da defesa (a bem da celeridade processual, exemplificativamente) colocaria em risco a realização desse seu caráter sintético (da sentença), permitindo, por vezes, que se reproduza no processo uma visão míope do caso concreto. Recobramos, quanto ao pormenor, a exemplar lição de Eduardo Couture, para quem “*o juiz que não ouve a defesa e aceita a ação não julga: somente confirma*”. O que com isso quis dizer o jurista uruguaio é que o magistrado apenas julgará plenamente o conflito a ele submetido depois de haver conhecido a defesa, pois, nas suas próprias palavras, “*no*

---

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*, cit., p. 14-15.

<sup>68</sup> Essa funcionalidade do formalismo, que é destacada neste contexto apenas para que se estabeleçam limites à aplicação da tecnologia instrumentalista, será retomada, adiante, em Capítulo dedicado ao estudo formalismo-valorativo, em que nos ocuparemos das distinções metodológicas entre essa teoria e o instrumentalismo.

<sup>69</sup> A referência, nessa passagem, à doutrina de processualistas adeptos do formalismo-valorativo não desnatura, ou desqualifica, o nosso esforço de apresentar, neste Capítulo, os caracteres singularizantes da tecnologia instrumentalista. E tal se dá porque, como será melhor explicitado na seqüência, uma das frentes sob as quais se constrói essa a teoria concebida pela escola processual gaúcha é justamente a pertinência da flexibilização do formalismo processual (ou daquele formalismo excessivo referido pelo professor Alvaro de Oliveira [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*, cit.]) com vistas à efetiva realização do Direito. Até porque, como disse Mitidiero, “*não há dúvida que a necessidade de um processo justo encontra esteio à vista da necessidade de obter-se uma decisão justa, sendo considerado mesmo seu pressuposto*” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 134-135). Enfim, não há divergência entre as teorias quanto ao particular. Mesmo as advertências dos processualistas gaúchos quanto à necessidade que se estabeleçam limites à flexibilização processual (de que ora nos ocupamos) encontram-se em perfeita consonância com o que prescreve a moderna doutrina do instrumentalismo, como se poderá verificar, nas linhas que se seguem, a partir do posicionamento doutrinário de José Roberto dos Santos Bedaque, professor da Universidade de São Paulo e discípulo de Dinamarco.

<sup>70</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 452.

*processo dialético, a ação é somente tese e a defesa, antítese*”, de modo que “*à síntese somente se chega depois de conhecer a ambas*”<sup>71</sup>.

Por isso, cogitamos da existência de limites à flexibilização do formalismo processual, que não podem ser olvidados<sup>72</sup>.

O perigo da inclinação ideológica no sentido da mais completa abolição do formalismo processual reside na potencialidade da prolação de decisões rápidas mas inadequadas à realização do Direito e da justiça. O problema é abordado com muita clareza por Bedaque, para quem, conquanto as questões eminentemente processuais devam ser reduzidas ao máximo, é plenamente justificável a sua prevalência sobre aquelas relativas ao objeto litigioso do processo quando se tratar de exigência que vise à tutela de princípios maiores, como, por exemplo, a ampla defesa e o contraditório<sup>73</sup>. A esses primeiros limites impostos à flexibilização do formalismo processual, afetos aos direitos fundamentais do cidadão ao devido processo legal e aos seus corolários mais imediatos, o contraditório e a ampla defesa, acrescentamos um outro, oportunamente lembrado pelo professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “*o dever de motivação adequada do ato judicial*”, no qual “*habita a força e a legitimação da justiça perante a sociedade civil*”<sup>74</sup>; que, a bem da verdade, é aspecto do contraditório<sup>75</sup>.

Por tais considerações, rematamos que a proposição instrumentalista quanto à flexibilização do formalismo processual, que se fundamenta, em âmbito constitucional, no direito fundamental do cidadão ao amplo acesso à justiça, sofre limitações naturais impostas pelo direito fundamental do jurisdicionado à observância do devido processo legal.

---

<sup>71</sup> COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 160.

<sup>72</sup> Inclusive sob pena de incorrerem em odioso excesso, como se dá, no exemplo citado por Eduardo Cambi, quando o Juiz inverte o ônus da prova no momento em que decide a causa, ensejando “*sentenças surpresas*” (CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 682).

<sup>73</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 58.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*, cit., p. 36-37.

<sup>75</sup> Retomaremos a questão afeta ao necessário relacionamento entre o contraditório e o dever de motivação das decisões judiciais no Tópico 6.3.2 do Capítulo 6 deste trabalho.



### 2.3. Notas sobre a realização da justiça sob a tecnologia instrumentalista.

Se é certo que a flexibilização do formalismo processual, que tem por lastro jurídico-valorativo o direito fundamental do cidadão ao amplo acesso à justiça, sofre limitações naturais impostas pelo direito fundamental do jurisdicionado à observância do devido processo legal, cumpre verificar, então, se e em que medida a desejada aproximação entre direito e processo teria o condão de proporcionar ao jurisdicionado a realização da justiça, algo que, sob a ótica do instrumentalismo, pressupõe a adoção de técnicas capazes de impedir que o formalismo processual impeça a realização do direito material deduzido em Juízo.

Uma primeira técnica que pode se empregada com esse intuito diz respeito ao exercício de compatibilização casuística do processo ao direito, concebida a par da compreensão de que a cogitada contraposição entre o direito material e o direito processual é apenas aparente, pois a circunstância de o formalismo processual ser indispensável para assegurar aos litigantes um mínimo de segurança na realização e acertamento dos direitos deduzidos em Juízo não impede a sua flexibilização no caso concreto. Referimos, nesse ponto, à tensão natural entre os valores efetividade e segurança, que orienta, no curso do processo, a realização casuística dos direitos fundamentais individuais do jurisdicionado ao amplo acesso à justiça e ao devido processo legal, assim como a perfeita interação entre eles. Se a cláusula de acesso à justiça impõe aos operadores do Direito a busca da máxima efetividade no processo, no sentido da completa realização dos direitos deduzidos em Juízo, na trincheira oposta, o devido processo comina-lhes a observância da forma, ao menos para que se assegure, por meio da bilateralidade das discussões, que não sobressaia do processo uma visão distorcida do caso concreto. Nesse sentido, apenas quando atendidos a um (efetividade) e outro (segurança) reclame é que o processo estaria apto a promover a realização da justiça.

Nessa senda, o principal desafio que se impõe ao jurista, em vista de semelhantes salvaguardas procedimentais, consiste em *“conciliar a instrumentalidade do processo, ampliada na perspectiva dos direitos fundamentais (arts. 5º, XXXV e LXXVIII), com o garantismo”* ou, mais especificamente, em compatibilizar as técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas à realização do direito processual, concebidas nos contexto da flexibilização do formalismo processual, *“com o respeito aos direitos e garantias*

*fundamentais do demandado, no processo civil, e do acusado, no processo penal, que estão na essência do garantismo*”, como disse Eduardo Cambi<sup>76</sup>.

Posto isso, resta encontrar um parâmetro adequado a balizar semelhante tensão entre direitos fundamentais. É que, a bem verdade, direito e processo, ou efetividade e segurança, conjugam-se, ao invés de se contraporem, no sentido da perfeita realização do Direito. Esse é o ponto. O acesso à justiça e o devido processo legal despontam, no sistema da Carta Política Brasileira, como princípios jurídicos, ou como direitos fundamentais do cidadão; e, por tal característica, não podem ser desconsiderados no curso do processo.

O que ocorre é que, como cediço, esses direitos fundamentais processuais não são absolutos, podendo perder espaço, na casuística, para a aplicação de outros direitos fundamentais, ou um do outro. É o que se dá, exemplificativamente, quando se tencionam, no processo, os valores efetividade e segurança (e, por via de consequência, as garantias de acesso à justiça e do devido processo), situação em que prevalecerá, conforme o caso, ora a efetividade (no sentido da máxima realização da garantia do acesso à justiça), ora a segurança (no sentido da integral concretização do aspecto procedimental do devido processo), ora um meio termo que assegure a efetivação de ambas as garantias, em maior ou menor medida. Enfim, os direitos fundamentais do jurisdicionado ao acesso à justiça e ao devido processo legal, embora estejam contemplados no texto constitucional, podem, no caso concreto, encontrar restrições à sua realização, que são desenvolvidas com muita clareza por Robert Alexy<sup>77</sup> e, a partir dele, por Cristina Queiroz<sup>78</sup>. E que decorrem, segundo a professora Queiroz, de *“toda interpretação que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental”*<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 680.

<sup>77</sup> Alexy sustenta, a propósito, que *“existem duas construções de direitos fundamentais, fundamentalmente, distintas: uma estreita e rigorosa e uma larga e ampla”*, dispondo que *“a primeira pode ser denominada ‘construção de regras’, a segunda, ‘construção de princípios’”* (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105). E leciona, adiante, que: *“segundo a construção estreita e rigorosa, normas que concedem direitos fundamentais não se distinguem, essencialmente, das outras normas do sistema jurídico”*, pois *“são normas jurídicas e, como tais, elas são aplicáveis do mesmo modo como todas as outras normas jurídicas”*, embora se singularizem por proteger *“determinadas posições do cidadão, descritas abstratamente, contra o estado”* (Id.ibid., p. 106). Ocorre que, como disse, na seqüência, o professor alemão, *“os direitos fundamentais têm não só o caráter de regras, mas também de princípios”*, cuja colisão impõe ao intérprete o recurso à técnica da ponderação (Id.ibid., p. 108).

<sup>78</sup> QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – Teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

<sup>79</sup> Id.ibid., p. 199.

De todo modo, recobramos que a prevalência de um direito fundamental sobre outro só poderá ser aferida no caso concreto, pois, ainda recorrendo à opinião abalizada de Cristina Queiroz, a tensão entre os princípios constitucionais, ou, como prefere a jurista, a interpretação que soluciona essa tensão, ocorre, sempre, na casuística, pois “*abstractamente, os direitos não são incompatíveis*”<sup>80</sup>. Por outro lado, não podemos perder de vista que o sistema jurídico também impõe limitações à configuração dessas restrições, relacionadas, sobretudo, à necessidade de preservação do “*conteúdo essencial*” do direito fundamental protegido. Com efeito, cláusulas restritivas “*não podem ser utilizadas para esvaziar o direito fundamental na sua totalidade, isto é, na globalidade do seu sentido ou significação real*”, como disse Cristina Queiroz<sup>81</sup>. Nesse contexto, a delimitação do “*conteúdo essencial*” sob investigação configura, nas palavras da jurista, “*limite imanente que traduz o firmamento dos valores constitucionais face à totalidade da Constituição*”, devendo estar claro que “*nem todos os limites se mostram admissíveis*”, somente ostentando essa qualidade (de limite admissível) aqueles “*que se mostram ao mesmo tempo ‘wesensmäßig’, isto é, ‘conformes’ à ‘essência’ ou ao conteúdo dos direitos fundamentais*”<sup>82-83</sup>.

Fincada essa premissa, identificamos como padrão adequado a conformar a flexibilização do formalismo processual a verificação casuística da existência (ou não) de prejuízo ao exercício dos direitos fundamentais processuais. Recobramos, ao ensejo, que nem todo vício é capaz de preordenar a nulidade do processo, ou de qualquer dos seus atos, noção que se fundamenta na constatação inevitável de que o direito processual há muito assumiu como premissa a instrumentalidade das formas<sup>84</sup>, princípio que, nas palavras de Enrico Tullio Liebman, subordina a invalidade de um ato processual não à simples inobservância da forma, mecanicamente constatada, mas à relação, apreciada por caso, entre o vício e a finalidade do ato<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> QUEIROZ, Cristina M.M., op. cit., p. 201.

<sup>81</sup> Id. ibid., p. 212.

<sup>82</sup> Id. ibid., p. 216.

<sup>83</sup> A relação entre direitos fundamentais será melhor explicitada adiante, no Tópico 5.4 do Capítulo 5 deste trabalho, que aborda o ordenamento jurídico-positivo como um sistema aberto de regras e princípios.

<sup>84</sup> A propósito, confira-se, por todos: BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 03-33.

<sup>85</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil – V. I.* 3ª ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 328.

Quanto ao particular, Bedaque assevera que é conseqüência inexorável da relativização do binômio direito-processo a relativização das nulidades processuais, de modo a que “*toda vez que um ato processual, não obstante praticado em desconformidade com o modelo legal, atingir o seu escopo, a nulidade não deve ser declarada*”<sup>86</sup>. Isso porque, como dispôs o processualista, adiante, “*o princípio da legalidade das formas e a necessidade de observância às regras do procedimento são garantia do resultado do processo*”, pelo que, “*se este for alcançado, deixa de ter relevância o não atendimento à forma*”<sup>87</sup>. Assim, decorre do princípio da instrumentalidade das formas a imposição a que somente se pronuncie a nulidade de ato processual quando o vício apontado vier a ocasionar prejuízo a uma das partes (“*pas nullité sans grief*”)<sup>88-89</sup>.

Exemplo característico da natural tensão entre direito e processo é depreendido do caso em que o magistrado, sopesando, de um lado, o direito fundamental do cidadão ao contraditório, e, de outro, a circunstância de o direito subjetivo alegado encontrar-se demonstrado (ainda que em “*estado de aparência*”) por prova documental pré-constituída<sup>90</sup> e o risco de que ocorra perecimento desse direito no curso do prazo para a apresentação da defesa<sup>91</sup>, precisa decidir entre apreciar o pedido liminarmente (isto é, “*inaudita altera parte*”) ou deixar para julgá-lo após a contestação, respaldando-se, nessa última alternativa, ainda que apenas pretensamente, no direito fundamental do cidadão ao contraditório. Diante de semelhante impasse, cumpre indagar, objetivamente, em que medida o direito ao contraditório estaria a incompatibilizar-se com a tutela de urgência. E, para tanto, não é necessária investigação mais profunda, pois se os institutos em tese conflitantes lastreiam-se em direitos de fundo constitucional, e se, como vimos, direitos constitucionais não se chocam, mas apenas se tencionam no sentido da preservação da integridade do sistema jurídico, é natural que se conclua que em hipóteses como tais<sup>92</sup> o diferimento do contraditório não causa prejuízo à defesa. Sobretudo quando

---

<sup>86</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 113.

<sup>87</sup> Id. ibid., p. 113.

<sup>88</sup> Ou, na precisa lição de Liebman, os sistemas jurídicos somente cominam “*nulidade apenas quando o ato, por efeito do vício, não tiver podido atingir seu escopo*” (LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., p. 328).

<sup>89</sup> Cfr., também: BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 29-30.

<sup>90</sup> O que comumente se designa como a “*fumaça do bom direito*”.

<sup>91</sup> O que comumente se designa como o “*perigo da demora*”.

<sup>92</sup> Nas quais, mais do que admitida, a concessão da medida liminar decorre de imposição do ordenamento jurídico-positivo. Com efeito, a Carta da República, quando fixa, no inciso XXXV do seu artigo 5º, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário*”, não apenas a lesão, mas também, a ameaça de lesão a direito, consagrou entre as garantias processuais constitucionais o direito fundamental, potestativo e inafastável à tutela de urgência, isto é, o direito subjetivo à apreciação “*inaudita altera parte*” do pedido liminar.

inexistir risco quanto à irreversibilidade da medida, algo que, aliás, desponta, em nosso ordenamento jurídico-positivo, como requisito indispensável à concessão das medidas antecipatórias<sup>93</sup>. Por essa razão é que, como bem observa Eduardo Cambi, “*representam excesso garantista as decisões que condicionam sempre a antecipação da tutela à prévia realização da garantia do contraditório, ignorando a urgência do pedido*”<sup>94</sup>.

Um outro exemplo contundente, também relacionado à incidência do direito fundamental ao contraditório, pode ser extraído do novel artigo 285-A do Código de Processo Civil (que tem redação dada pela Lei nº 11.277/2006), dispositivo que autoriza, entre nós, a prolação de sentenças liminares, isto é, exaradas sem a oitiva da parte passiva. Se tomássemos ao “*pé da letra*” a ilação de que o contraditório, enquanto aspecto do “*due process of law*”, impõe-se como limite absoluto à flexibilização do formalismo processual, não teríamos como sustentar a validade jurídico-constitucional do dispositivo processual em análise. Nada obstante, não identificamos nesse preceito de lei mácula à cláusula do devido processo, pelo menos quando o analisamos sob a ótica do instrumentalismo, que orienta a construção deste Capítulo<sup>95</sup>. É que, com efeito, a sentença liminar cogitada é de improcedência, de sorte que a particularidade de a causa ser julgada “*liminarmente*” não causa prejuízos aos litigantes: não há prejuízo ao réu, pois a sentença de improcedência liminar lhe é favorável; igualmente não há que se cogitar de prejuízo do autor, ainda que seja ele a parte sucumbente, pois não faz sentido esperar-se que o seu sucesso no litígio pudesse ser obtido a partir da juntada aos autos da defesa apresentada pela parte adversária.

Sob tal perspectiva, mesmo a supressão da defesa (ou, quando menos, o diferimento da sua apresentação) não necessariamente compromete a higidez do processo, que poderá realizar o

---

<sup>93</sup> CPC. “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. [...] § 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

<sup>94</sup> CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 682.

<sup>95</sup> Registramos, contudo, que Mitidiero, analisando-o sob a perspectiva do formalismo-valorativo chega a conclusão diametralmente oposta (Cfr., a propósito: MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 33-40). Nas suas próprias palavras: “*Em um tempo em que, cada vez mais, o processo justo, o nosso devido processo legal processual, afirma-se como um método para alcançar a justiça do caso concreto, normas como a que encerrada no art. 285-A, CPC visam a sufocar a dialética como momento fundamental do juízo, arrimadas em uma perigosa legitimação pela performance do aparato estatal.*<sup>13</sup> *Sobre tal desiderato, ignoram mesmo o caráter evolutivo da jurisprudência, formada à força de um incessante diálogo entre aqueles que participam do processo, matiz que sobrará inegavelmente comprometida com a supressão do contraditório em primeiro grau de jurisdição*” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 38).

direito substancial (ou aspectos específicos desse direito) “*ad initio*”, desde que, evidentemente, não haja prejuízos aos litigantes. Atendido esse reclame, a desejada flexibilização do formalismo processual, fundada no direito fundamental do cidadão ao amplo acesso à justiça, mostrar-se-á consentânea com o princípio do devido processo legal. Até porque, como nos ensina Nelson Nery Júnior, “*a cláusula due process of law não indica somente a tutela processual, como a primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado*”, pois tem caracterização bipartida e agrega além do caractere procedimental (“*procedural due process*”), um aspecto substancial (“*substantive due process*”), relacionado ao direito material ou, mais especificamente, à “*tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo*”<sup>96</sup>. Destarte, concluímos, em vista dos exemplos propostos, que a diretriz que inspira a existência de decisões e sentenças liminares, longe de ofender ao princípio do devido processo legal, é elemento indispensável à sua conformação, já que, a toda evidência, não se pode ter por “*processo devido*” aquele feito cujo resultado<sup>97</sup> se prolonga desnecessariamente no tempo, a ponto de fazer perecer o direito subjetivo deduzido em Juízo.

Outra questão de relevo relacionada à flexibilização do formalismo processual sob a ótica do instrumentalismo decorre de situações em que particularidades do direito material (ou do ambiente fático que o envolve) exigem uma aplicação diferenciada de requisitos procedimentais.

Tomemos, exemplificativamente, a situação, característica do direito previdenciário, da comprovação do tempo de serviço rural laborado em regime de economia familiar<sup>98</sup>, para o que a legislação previdenciária exige a apresentação do que convencionou chamar “*início de prova material*”, constituído por documento contemporâneo à atividade laboral, do qual

---

<sup>96</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

<sup>97</sup> Ainda que seja esse “*resultado antecipado*” um “*resultado parcial*”, tendente ao acautelamento do objeto da pretensão autoral (finalidade das medidas cautelares) ou à antecipação de efeitos mandamentais que decorram logicamente do provimento final demandado (finalidade das medidas de natureza antecipatória).

<sup>98</sup> Assim entendida como a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados (Lei 8.213/91, art. 11. § 1º). O ordenamento jurídico-positivo assegura ao trabalhador a cobertura previdenciária sob condições especiais e por sistema de custeio diferenciado, que permite ao obreiro o acesso aos benefícios que integram o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) pela tão-só demonstração de que ele (trabalhador) esteve vinculado, durante determinado período, a esse específico regime de cobertura securitária (CRFB, art. 201, § 7º, II c/c Lei 8.213/91, art. 55, § 2º).

conste que o trabalhador ostentava a esse tempo a profissão de lavrador<sup>99</sup>. Para o caso, a jurisprudência dos tribunais pátrios consolidou-se no sentido da validade jurídica da citada pré-condição, a ponto de a matéria vir a ser abordada em Súmula do Superior Tribunal de Justiça, de número 149, que fixa que “*a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação de atividade de rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário*”.

Eis, então, o requisito procedimental tido e mantido como indispensável à comprovação do direito do trabalhador à cobertura previdenciária no exemplo proposto: a apresentação de documento contemporâneo ao exercício laboral que comprove que ele (trabalhador) era lavrador ao tempo da atividade profissional alegada (prova tarifada).

Ocorre que a mesma Corte Superior de Justiça, quando chamada a solucionar casos concretos em que trabalhadores não dispunham de documentos pessoais que se prestassem à referida prova, por conta, exemplificativamente, da sua menoridade civil à época, ou da informalidade característica das relações pessoais estabelecidas no âmbito rural<sup>100</sup>, passou a admitir, para efeito da caracterização desse “*início de prova material*”, a apresentação de documentos de seus familiares<sup>101</sup>. E, assim procedendo, de um lado preservou o precitado requisito procedimental e, de outro, compatibilizou-o com as peculiaridades específicas do direito material deduzido em Juízo, de modo a que, no caso concreto, tais particularidades tivessem o efeito de conformar a aplicação da regra procedimental.

Para hipóteses como tais, em que se dá a tensão entre requisitos procedimentais e elementos ingêntos do direito material, é possível sustentar, sob a ótica instrumentalista, que a solução adequada para o litígio passa pela prevalência do direito substancial deduzido em Juízo, pois em tais circunstâncias o direito material deve influir na aplicação do direito processual, de modo a que aspectos acidentais processo não prejudiquem a realização do direito invocado e nem constituam vetor de propagação de decisões judiciais injustas.

---

<sup>99</sup> Lei 8.213/91, “Art. 55 [...] § 3º - A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal”; c/c Decreto n.º 3.048/99, “Art. 62 - A prova de tempo de serviço, observadas, no que couber, as peculiaridades do autônomo e facultativo, é feita mediante documentos que comprovem o exercício de atividade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos ser contemporâneos dos fatos a comprovar e mencionar as datas de início e término e, quando se tratar de trabalhador avulso, a duração do trabalho e a condição em que foi prestado”.

<sup>100</sup> Onde ainda hoje encontramos pessoas que vivem completamente à margem da sociedade organizada e de suas convenções, as quais, não poucas vezes, não portam sequer um documento de identidade.

<sup>101</sup> É o que se infere das ementas dos julgamentos do RESP n.º 505.429, do RESP n.º 497.174, do AGA n.º 463.855, do AGRESP n.º 600.071, do RESP n.º 529.898 e do RESP n.º 478.908.

Esses são exemplos concretos e contundentes de como a lógica do instrumentalismo influi na aplicação casuística do Direito no ambiente processual. A par deles, e em vista de tudo quanto dissemos neste Capítulo, divisamos que a concretização da aspiração teórica contemporaneamente assumida pelos processualistas quanto à realização da justiça no processo parece resumir-se, sob a tecnologia instrumentalista, a aspectos procedimentais ou, mais especificamente, ao afastamento dos obstáculos impostos pelo formalismo processual à realização do direito positivo. Por isso relacionamos o instrumentalismo à construção do processo justo (ou à aplicação justa do direito positivo), e não propriamente à justa aplicação do Direito (ou à aplicação de um Direito justo).



### **3. O FORMALISMO-VALORATIVO E A JUSTA APLICAÇÃO DO DIREITO.**

Dissemos ao final do Capítulo anterior que a concretização da aspiração teórica contemporaneamente assumida pelos processualistas quanto à realização da justiça no processo parece resumir-se, sob a tecnologia instrumentalista, ao afastamento dos obstáculos impostos pelo formalismo processual à efetivação do direito positivo, pela via da construção do processo justo. As razões que justificam semelhante afirmação, cuja validade teremos a oportunidade de confirmar nas linhas que se seguem, estão na base da principal divergência entre o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, que consiste precisamente na circunstância de uma e outra teoria partirem de compreensões diversas sobre qual seria o verdadeiro papel da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes na aplicação do Direito, notadamente daquele que resulta do Estado Democrático Constitucional Brasileiro.

#### **3.1. A crítica ao instrumentalismo e a alternativa apresentada pela escola processual gaúcha.**

A opção teórico-valorativa por atribuir à jurisdição uma posição central na Teoria do Processo (que, como dissemos, inscreve-se como caractere fundamental do instrumentalismo), é objeto de crítica contundente dirigida à teoria da instrumentalidade, pautada na afirmação de que, sob tal premissa, não existiriam mecanismos adequados ao controle da atividade jurisdicional. O que se dá é que o instrumentalismo, quando privilegia a jurisdição em detrimento da ação e do processo, concebe e avaliza a conformação de uma relação assimétrica entre o Juiz e as partes, conferindo ao julgador posição de superioridade no processo, o que abre campo, de um lado, para a prolação de decisões judiciais arbitrárias e, de outro, para que a parte sucumbente prossiga questionando a justiça da decisão proferida mesmo após o encerramento das discussões no ambiente processual.

Não se questiona que a realização da justiça no processo insere-se entre os anseios do instrumentalismo, que inaugura, enquanto proposição teórica, a preocupação dos processualistas brasileiros com os resultados do processo, assim como com a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva e adequada. Aliás, é preciso que se diga, por questão de justiça, que foi a partir desse zelo dos instrumentalistas com os resultados do processo que se

fomentaram as condições indispensáveis para a virada de paradigma que pôs a termo, entre nós, a fase autonomista do desenvolvimento do direito processual<sup>102</sup>.

Ocorre que, não obstante a isso, o instrumentalismo, quando assume como postura metodológica sua a tarefa de realizar no processo um direito material pré-existente, ou de bem aplicar as prescrições normativas abstratas que compõem o direito positivo ao caso concreto<sup>103</sup>, parece filiar-se a acepção de justiça própria do pensamento positivista<sup>104</sup>, de inspiração liberal-burguesa, segundo a qual justo seria tudo quanto estivesse impresso nos textos legais<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Nada obstante, como bem observa Mítidiero, conquanto seja “fecunda [...] a abertura do processo, no concernente aos seus escopos, para além do desiderato jurídico, proposta certa e atilada do instrumentalismo”, não mais se sustenta, nos dias de hoje, “a maneira como se articulam as soluções dos problemas atinentes às relações entre o direito material e o direito processual, entre o processo civil e a Constituição e a colocação da jurisdição no centro da teoria do direito processual civil” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 38), pelas razões que serão explicitadas na seqüência desta obra.

<sup>103</sup> A propósito, Zaneti alude a uma tomada de posição de Dinamarco, assim como de grande parte dos juristas de tradição romano-germânica, pela teoria dualista (capitaneada por Chiovenda, em que se identificam dois planos bem distintos, o do direito material e o do direito processual, e onde prevalece a compreensão de que a sentença apenas revela “direitos”), com a conseqüente rejeição à teoria monista ou unitária (capitaneada por Carnelutti e que seria caracterizada por uma fusão entre processo e direito material em uma só unidade, sendo a produção de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas obra da sentença judicial) (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 229). O problema é descrito com magistral clareza pelo processualista gaúcho nessa outra passagem de sua obra, colhida em nota de rodapé: “Infelizmente, contudo, com o mesmo brilhantismo com que Dinamarco defende a utilização da ‘técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos e sociais’ (Ibidem, p. 151), afasta completamente a atividade criativa do juiz, ao afirmar que ‘excluída a integração do sistema processual no labor de criação das situações jurídicas de direito material e tendo-se por demonstrada a tese dualista do ordenamento jurídico [direito material/direito processual], chega-se com naturalidade ao reconhecimento de que o escopo jurídico da jurisdição não é a ‘composição das lides’, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e da solução em cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover sua atuação’ (Ibidem, p. 209)” (Id. ibid., p. 138).

<sup>104</sup> É o que se infere da seguinte síntese descritiva do instrumentalismo, construída pelo professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “[...] o processo passa a ser encarado como instrumento de realização do direito material. Ainda se verifica o predomínio do positivismo, embora outras concepções do mundo jurídico comecem a surgir aqui e ali. O juiz passa a ser ativo. Prepondera o enfoque técnico e o único valor ressaltado pelos processualistas, mesmo assim, apenas a partir dos anos 70 do século XX, é o da efetividade. O direito constitucional, embora já objeto de alguma elaboração doutrinária, não é colocado em lugar de destaque, geralmente é compreendido tão-somente na ótica das garantias, vale dizer como noção fechada, de pouca mobilidade, visualizada mais como salvaguarda do cidadão contra o arbítrio estatal” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009. p. 02-03).

<sup>105</sup> Norberto Bobbio refere, em sua obra, a essa versão extremista do positivismo, segundo a qual o direito é sempre justo, por si mesmo, pelo simples fato de ser válido (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 230).

Recobramos, a propósito, que remonta à Antiguidade Clássica<sup>106</sup> a compreensão segundo a qual existe (ou, quando menos, deveria existir) uma certa relação de complementaridade entre o direito e a justiça. Bento Silva Santos, referindo-se a esse período, observa que, “*segundo o direito natural clássico, a justiça é o princípio informador essencial do direito, de tal modo que, se o Direito não é justo, ao menos em um grau mínimo, não deverá ser considerado como [...] direito válido e vinculante das condutas dos destinatários*”<sup>107</sup>. Nisso se funda a idéia da existência de uma conexão tão essencial entre justiça e direito, que desautoriza a descrição deste (do direito) sem que se faça referência àquela (à justiça)<sup>108</sup>, como disse o filósofo, adiante. Até porque, recobrando a observação de Celso, recuperada por Francisco Amaral, “*o direito é a arte ou o sistema do justo, e a medida de sua aplicação a aequitas, isto é, o critério segundo o qual a casos iguais se aplica decisão igual*”<sup>109</sup>.

Essa acepção de justiça é sensivelmente alterada na Era Medieval, período em que o problema da justiça passa a ser relacionado à existência de uma lei eterna, dita natural, descrita, nos termos seguintes, por Bento Silva Santos, a partir da obra “*Summa Theologiae*”, de Tomás de Aquino<sup>110</sup>:

“Em sua definição da lei, S. Tomás de Aquino diz que a lei humana é ‘a ordenação da razão dirigida ao bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade’ ou, como especifica posteriormente, ‘um ditame da razão prática do

<sup>106</sup> As primeiras discussões de que se tem notícia, relativas ao problema da justiça, remontam à Antiguidade Grega. Na obra “*A República*”, de Platão (PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2003), são formuladas indagações que, doravante, destinam-se a permanecer fundamentais para investigação do que é a justiça. O célebre “*diálogo*” entre Sócrates e Trasímaco, encartado nessa mesma obra de Platão, comporta discussão acerca da definição do justo e da justiça, que se desenvolve como uma longa e complexa refutação da tese de Trasímaco, segundo a qual a justiça consistiria na vantagem do mais forte. Nesse contexto, tomam forma duas indagações: uma primeira, que concerne à racionalidade da justiça (“*Se e por que devemos ser justos?*”); e uma outra, relacionada à natureza da justiça como bem (“*Que tipo de bem ela constitui e quais as razões que a tornam desejável?*”) (MAFFETONE, Sebastiano & VECA, Salvatore. *A idéia de Justiça de Platão a Rawls*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 3). Para Sebastiano Maffetone e Salvatore Veca, a leitura do “*diálogo*” também “*pode sugerir a relevância, para uma teoria da justiça, da conexão entre a estabilidade da vida coletiva e o senso de justiça dos indivíduos*”, pois “*uma sociedade bem-ordenada, em que é respeitado e preservado no tempo o equilíbrio entre as classes sociais, pressupõe indivíduos que vivem harmoniosamente e vice-versa*” (Id.ibid., p. 4). Ainda na Grécia Antiga, Aristóteles, no livro V da obra “*Ética a Nicômaco*” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2003), apresenta a classificação dos tipos de justiça e dos diferentes âmbitos a que eles se aplicam, que exerceu uma influência permanente nas teorias da justiça a partir de então, e que comporta, entre outras discussões, a distinção entre a justiça como respeito à lei e a justiça como equidade (Cfr.: MAFFETONE, Sebastiano & VECA, Salvatore, op. cit., p. 4).

<sup>107</sup> SANTOS, Bento Silva. *Direito e Justiça em S. Tomás de Aquino*. In: LUCHI, José Pedro [Coord.]. *Linguagem e sociedade*. Vitória: EDUFES, 2005. p. 102.

<sup>108</sup> Id.ibid., p. 102.

<sup>109</sup> AMARAL, Francisco. *A equidade no código civil brasileiro*. In: Revista do CEJ, n. 25, abril/junho de 2004. Brasília: CEJ, 2004. p. 20.

<sup>110</sup> AQUINO, Tomás de. *Summa Teologia*. Madrid: BAC, 1995.

soberano que governa uma comunidade perfeita'. Toda lei, assim definida, deriva da lei eterna, na medida em que participa da reta razão. A lei natural decorre da natureza humana, é participação da lei eterna na criatura racional, tendo sido promulgada através da sua impressão na mente humana, pelo que é naturalmente cognoscível: 'Lex naturali nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura'<sup>111</sup>.

Nesse ambiente, o conceito clássico de equidade “*que, a despeito de sua fluidez, serviu à construção de todo um corpo jurídico, cede lugar aos ensaios de uma nova concepção de jus naturale*”, como disse Henrique Fagundes Filho<sup>112</sup>.

Essa tendência se inverte na Modernidade<sup>113</sup>, que é marcada pela laicização da verdade e pela conformação do “*jus naturale*” pela razão, contexto em que o “*jusnaturalismo*” medieval converte-se em “*jusracionalismo*”. São notas singularizantes desse contexto histórico, marcado pela construção e afirmação do paradigma normativo liberal-burguês<sup>114</sup>, a

<sup>111</sup> SANTOS, Bento Silva, op.cit., p. 103.

<sup>112</sup> FAGUNDES FILHO, Henrique. *A equidade e o processo justo*. In: FUX, Luiz & NERY JÚNIOR, Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 713.

<sup>113</sup> Conforme Maffetone e Veca, a Idade Moderna também é marcada pela preocupação dos filósofos com o problema da justificação da obrigação política, embora os pensadores da modernidade o enfrentem por “*modos diferentes, partindo de posições muitas vezes distantes umas das outras e chegando a conclusões reciprocamente diversas, para não dizer contrapostas*” (MAFFETONE, Sebastiano & VECA, Salvatore, op. cit., p. 87). Uma leitura comparada dos textos filosóficos mais importantes desse período indica que as diferenças entre teorias da justiça adotadas por cada um dos filósofos da modernidade relacionam-se ao modo como cada um articula a sua própria teoria política normativa de fundo (Id.ibid., p. 87). Hobbes (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1997) sustenta que a noção de justiça é desprovida de sentido caso não seja considerada à luz da soberania, ou como referem Maffetone e Veca, que “*a justiça é querer constantemente dar a cada um o que é seu; e, por isso, não existe uma coisa própria, ou seja, uma propriedade, [...] onde não haja poder coercitivo e, portanto, onde não há um Estado não há propriedade, e os homens têm direito a todas as coisas*” (MAFFETONE, Sebastiano & VECA, Salvatore, op. cit., p. 87-88). De seu turno, Locke (LOCKE, John. *Carta da tolerância: segundo tratado sobre o Governo*. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983), para quem todo título válido para um bem deriva de um direito natural, anterior ao surgimento do Estado e independente dele, em sua teoria da justiça, inverte a prioridade hobbesiana do Estado em relação ao direito natural (MAFFETONE, Sebastiano & VECA, Salvatore, op. cit., p. 88). Locke afirma que o contrato social não priva os indivíduos de todos os direitos que ele mantinha no Estado Natural, de modo que a força da sua teoria está justamente em reconhecer aos cidadãos alguns direitos fundamentais, como o direito à vida e à propriedade, dos quais pode depender uma ordem igualitária e eficiente da sociedade civil (Id.ibid., p. 88). Já Rousseau (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Nova Cultural, 1999) sugere que uma teoria da justiça não pode apoiar-se exclusivamente na necessidade de um acordo social, nem deve renunciar a uma visão normativa e crítica da realidade, que vincule a aceitabilidade das instituições políticas e sociais à circunstância de os princípios da igualdade e da liberdade virem a ser observados na formulação e na vida efetiva do próprio contrato (MAFFETONE, Sebastiano & VECA, Salvatore, op. cit., p. 90).

<sup>114</sup> Que, adiante, desenvolveu-se sob a forma de um positivismo extremado, cuja manifestação mais incisiva repousa-se nas proposições defendidas pela Escola da Exegese. A propósito, Eduardo Cambi leciona que “*a necessidade de legislação escrita, como uma decorrência de segurança jurídica, encontrou seu ápice no século XIX*”, como exigência do iluminismo, e redundou na “*sistematização racional do direito, em um ordenamento dotado de unidade, coerência e hierarquia*”. Segundo o doutrinador, foi assim que se formou, em torno ao Código de Napoleão, “*a Escola da Exegese, que erigiu este Código como uma única fonte do direito civil, reduzindo o trabalho exegético à aplicação literal dos textos legais (dura lex sed lex)*” (CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 672).

identificação da justiça (deduzida, em tal conjuntura, de forma racional, e não mais como justiça divina) com o direito positivo<sup>115</sup> e a separação entre a equidade e o direito.

Essa acepção de justiça pareceu encontrar, adiante, amparo teórico na obra singular de Hans Kelsen, sobretudo na sua “*Teoria Pura do Direito*”, na qual Kelsen argumenta, em apertada síntese, que a Ciência Jurídica, “*como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto*”, algo que, para Kelsen, relaciona-se ao que é o direito e a como ele (direito) é, e não a como deve ser o direito, ou a como ele deve ser feito<sup>116</sup>. O que com isso quis dizer esse professor austríaco é que “*a teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo*”<sup>117</sup>, e que, portanto, não tem qualquer compromisso com a justiça ou com a moral<sup>118</sup>.

Pois é precisamente na circunstância de o instrumentalismo identificar como tarefa do intérprete a realização, no processo, de um direito material pré-existente (aderindo, assim, ainda que em hipótese, a acepção de justiça característica do pensamento liberal-burguês) que se situa a crítica de José Joaquim Calmon de Passos, para quem “*o modismo da ‘instrumentalidade do processo’ camufla [...] equívoco a ser corrigido*”<sup>119</sup>, pois antes de o direito condicionar o processo, é o processo que condiciona o direito<sup>120-121</sup>.

<sup>115</sup> Cfr.: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 230.

<sup>116</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 01.

<sup>117</sup> Id. *ibid.*, p. 01.

<sup>118</sup> A bem da verdade, o ponto de cisão entre a teoria pura do direito e a concepção filosófica clássica que coliga o direito à justiça é, a bem da verdade, preponderantemente metodológico. Para Kelsen a temática da legitimação do direito é insustentável do ponto de vista da Ciência Jurídica, já que ela (a Ciência Jurídica) “*não tem de legitimar o direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através da moral absoluta, quer através de uma moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever*” (Id. *ibid.*, p. 78). Talvez por esse motivo Kelsen, mesmo havendo se dedicado em suas obras ao enfrentamento do problema da justiça, não o tenha levado às últimas consequências. Ao menos em “*O que é justiça?*” o jurista revela-se absolutamente ciente de que não respondeu a questão fundamental abordada naquela obra, quando afirma, de forma taxativa, que não sabe e nem pode precisar “*o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade*”, e que deve satisfazer-se “*com uma justiça relativa*”, para afirmar, em conclusão, que só pode declarar o que significa justiça para si próprio (KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 25). Semelhante formulação teórica é assaz coerente com as premissas construtivas da teoria de Kelsen, assim como com o contexto histórico em que se deu a sua concepção, qual seja: a fase autonomista da evolução histórica do processo. Mas não é suficiente para responder a principal questão levantada no contexto deste nosso estudo, que consiste precisamente em saber se (e como) a justiça pode realizar-se no âmbito do processo judicial.

<sup>119</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de, op. cit., p. 57.

<sup>120</sup> Id. *ibid.*, p. 57.

<sup>121</sup> Semelhante divergência teórica acerca da natureza cognoscitiva da sentença é descrita com muita propriedade por Norberto Bobbio, quando refere à dissensão entre o juspositivismo e os seus adversários quanto a esse particular, dispondo que para o positivismo a atividade jurisdicional é “*puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado*”, ao

O que se sucede é que, como bem observa Antônio Adonias Aguiar Bastos, o processo, conquanto deva propiciar a solução de conflitos e a efetivação do direito material, não é apenas um instrumento para dizer o direito material, que apenas “acontecerá” (leia-se: será produzido) “no processo e pelo processo judicial”, pois é no processo que é criado o direito do caso concreto, pelo que ele (processo) apresenta-se, pois, como elemento integrativo do Direito<sup>122</sup>. Isso porque, como disse Zaneti, “o processo lida com a aplicação do direito, com a busca pela justiça e não só com a lei, espécie de ‘justiça’ previamente estabelecida pelo legislador para casos-tipo”<sup>123</sup>. Daí a pertinência da conclusão externada pelo professor baiano e discípulo do Mestre Calmon de Passos, quanto a ser “inconcebível a idéia de que, existindo as regras de direito material no ordenamento jurídico, o Juiz simplesmente utilizaria um método para verificar se tais normas de direito material incidem sobre um dado caso concreto (circunstâncias fáticas), dizendo o direito, que já seria pré-existente ao momento processual, como se estivesse “entificado”, como se fosse uma coisa dada por si mesmo”<sup>124</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio Bastos acentua que é “impróprio acreditar que o processo judicial é o método pelo qual o Juiz (intérprete-aplicador) alcançará a verdade, dizendo a solução jurídica previamente existente para o caso concreto, como se a atividade processual não interferisse e não integrasse o próprio objeto do litígio”<sup>125</sup>, como parecem defender os instrumentalistas brasileiros<sup>126</sup>. O que se dá, a bem da verdade, é que o julgador, quando forma a sua compreensão sobre o objeto litigioso (atividade intelectual que invariavelmente é afetada pelas especificidades do ambiente fático que envolve a contenda e também pelos

---

passo que para os seus críticos tal atividade “é também criativa ou produtiva de um novo direito, ou seja, no conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 211).

<sup>122</sup> BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *Uma análise fenomenológica do processo: crítica à teoria da instrumentalidade*. In: Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 01-02.

<sup>123</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 222.

<sup>124</sup> BASTOS, Antônio Adonias Aguiar, op.cit., p. 10.

<sup>125</sup> Id.ibid., p. 10.

<sup>126</sup> É o que se infere, ainda implicitamente, da obra de Bedaque, que é discípulo do professor Dinamarco, e que dispõe “que o direito processual é ciência que tem por escopo a construção de um método adequado a verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 13) e ressalta, então, a necessidade de “revisitar os institutos processuais” como técnica de correção das injustiças no processo (Id.ibid., p. 16), sem mencionar, contudo, que o direito é objeto de reconstrução criativa no âmbito da sua aplicação, como teremos a oportunidade de adiante expor e demonstrar.

valores que compõem a sua formação cultural<sup>127</sup>), “*cria uma norma jurídica (sentença) que operará seus efeitos, só aí produzindo conteúdo, anteriormente inexistente*”, como dispõe textualmente o processualista baiano<sup>128</sup>. Sob essa ótica, o magistrado, como interprete, opera a reconstrução do direito positivado nos textos legais (pretensão de correção<sup>129</sup>), com vistas à justa aplicação do Direito<sup>130</sup>, o que impõe a observância, no curso do processo, de “*rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos -, sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores*”, como disse Calmon de Passos<sup>131</sup>.

Por isso “*forma*” e “*valor*” constituem a gênese da justa aplicação do Direito. Isso porque, se o Direito, quando realizado à desconsideração dos valores subjacentes ao ordenamento jurídico-positivo (que, na casuística, sobressaem da experiência dos intérpretes, assim como de sua formação cultural), torna-se vazio, por distanciar-se da realidade social; uma interpretação pautada em critérios axiológicos, sobretudo quando se distancia do comando normativo abstrato aplicado, exige, na fase oposta, a observância de “*formalidades*” que assegurem a consideração das razões externadas por todos aqueles envolvidos na formação do juízo, sem a qual essa transposição das prescrições normativas ao mundo fenomênico<sup>132</sup>, ainda que se preordene à realização do ideal de justiça, poderá, ao revés, a ocasionar injustiças<sup>133</sup>.

---

<sup>127</sup> Como teremos a oportunidade de demonstrar no Capítulo 5 deste trabalho.

<sup>128</sup> BASTOS, Antônio Adonias Aguiar, op.cit., p. 10.

<sup>129</sup> Cfr.: ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 21.

<sup>130</sup> Recobramos, a propósito, a advertência de Miguel Reale quando prescreve que “*uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)*” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 64-65).

<sup>131</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de, op.cit., p. 57.

<sup>132</sup> Que, como teremos a oportunidade de demonstrar na seqüência, pode implicar a transmutação de seu conteúdo.

<sup>133</sup> Posto isso, apenas ante a consideração de que a tarefa do jurista restringe-se a uma aplicação mecânica do direito positivo, pautada na compreensão de que o direito material é algo perfeito e acabado, cuja realização demanda única e exclusivamente atos de subsunção, e de que a justiça, portanto, coincide sempre com o que está expresso nos textos legais (visão com a qual não podemos compactuar), é que se poderia, sem prejuízo da proteção ao jurisdicionado contra o arbítrio estatal, atribuir exclusivamente aos Juízes o poder e a responsabilidade de realizá-la (a justiça) no processo.

Essa é a proposta do formalismo-valorativo, construção teórica singular concebida muito recentemente no seio da escola processual gaúcha<sup>134</sup>, e que ainda se encontra em franco desenvolvimento<sup>135</sup>, cujo objetivo, no fraseado preciso do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é “*analisar a antinomia existente entre formalismo e justiça, buscando dar solução a esse aflitivo problema que assola o direito processual*”<sup>136</sup>. O formalismo-valorativo distingue-se substancialmente do instrumentalismo justamente por se designar como “*formalismo*”, colocando o processo, e não a jurisdição, ao centro da Teoria; e por pretender ser “*valorativo*”, isto é, por defender que a atividade cognitiva desenvolvida no ambiente processual destina-se à reconstrução do direito positivo a partir das especificidades fáticas da contenda e de critérios axiológicos, o que pressupõe a identificação do processo como direito fundamental do cidadão e como ambiente de criação do Direito.

### 3.2. Por que estudar o formalismo-valorativo?

De antemão, cumpre assentar que não é tarefa singela discorrer sobre o formalismo-valorativo. Sobretudo nessa fase inicial de seu desenvolvimento, em que ainda estão sendo lançados os alicerces da teoria.

A primeira dificuldade que enfrentamos, nesse contexto, reside precisamente na circunstância de ser relativamente escassa a bibliografia sobre o tema, que, por ora, resume-se quase que exclusivamente a alguns poucos, mas representativos, escritos publicados pelos professores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>137</sup>, Daniel Francisco Mitidiero<sup>138</sup> e Hermes Zaneti Júnior<sup>139-140</sup>.

---

<sup>134</sup> A propósito, Zaneti relata que a expressão formalismo-valorativo foi cunhada pelo professor Alvaro de Oliveira em aula do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 2004 (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 44/Nota de rodapé).

<sup>135</sup> Ao que nos convida o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando afirma ser “*preciso repensar o problema como um todo, verificar as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes da estruturação e organização do processo, estabelecer enfim os fundamentos do formalismo-valorativo*” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*, cit., p. 17).

<sup>136</sup> Id. *ibid.*, p. 13

<sup>137</sup> Cfr.: [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009]; [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004]; [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004]; e [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. In:



Essa circunstância, se, de um lado, simplifica o acesso do pesquisador às fontes bibliográficas que orientaram o seu estudo<sup>141</sup>, na face oposta, amplia consideravelmente a sua responsabilidade. Isso porque, no que se refere especificamente às condicionantes e particularidades da teoria, ele (pesquisador) atua quase que exclusivamente sobre fontes de primeira mão, não podendo contar, assim, com o auxílio das interpretações prévias (“*significados*”) porventura estabelecidas sobre o objeto de sua pesquisa (“*suporte físico*”), capazes se orientar (ou preordenar) a sua percepção pessoal sobre o tema (“*significação*”)<sup>142</sup>. Em tal conjuntura, a descrição que ele (pesquisador) fará do seu “*objeto cognoscente*” tanto poderá resultar numa contribuição, ainda que modesta, à consolidação da teoria<sup>143</sup>, quanto num retumbante fracasso.

Uma segunda dificuldade com que se depara o pesquisador, nesse campo, reside precisamente em compreender a magnitude da virada de paradigma destacada pelo professor Hermes Zaneti Júnior em sua Tese de Doutorado, intitulada “*A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil do Estado Democrático*”

---

ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org). *Teoria geral do processo civil constitucionalizado – Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES – v. 2.* Cachoeiro de Itapemirim: HELIOGRAF, 2008. p. 13-42].

<sup>138</sup> Cfr.: [MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo.* Tese de doutorado. Porto Alegre: UFRGS, 2007. Disponível na internet: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>>, acesso em 12/03/2009]; [MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009]; [MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005] e [MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007].

<sup>139</sup> Cfr.: [ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007]; [ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil do Estado Democrático Constitucional.* Tese de doutorado. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Disponível na internet: <<http://www.biblioteca.ufrgs.br/bibliotecadigital/>>, acesso em 20/07/2007]; e [ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Direito material e direito processual: relações e perspectivas.* In: Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional. Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004].

<sup>140</sup> Também merece destaque, nesse contexto, a publicação por Mitidiero e Zaneti, discípulos de primeira hora do professor Alvaro de Oliveira, de obra conjunta dedicada à exposição sistemática das primeiras linhas desse paradigma emergente (MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil. Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente.* Porto Alegre: SAFE, 2004).

<sup>141</sup> Que, como dito, ainda se limitam a poucas obras.

<sup>142</sup> Sobre a efetiva conformação de cada um desses elementos da análise semiótica, confira-se a argumentação apresentada no Tópico 5.1 do Capítulo 5 deste trabalho, dedicado ao estudo da temática da reconstrução do direito positivo pelos intérpretes.

<sup>143</sup> O que acontecerá sempre que ele for capaz de ler nas entrelinhas das obras analisadas; e de antecipar àquilo que se insinua nas mentes dos juristas que principiaram o estudo sistemático da teoria, mas que ainda não se encontra reduzido “*a texto*”.

*Constitucional*<sup>144</sup>, adiante publicada, em versão comercial, sob o título “*Processo constitucional - O modelo constitucional do processo civil brasileiro*”<sup>145</sup>. O que Zaneti acentua, naquela sede, é que o positivismo característico do paradigma legalista, que toma a lei como fonte primária e única do Direito, “foi substituído por técnicas legislativas mais abertas, a exemplo das chamadas ‘cláusulas gerais’, obrigando o juiz à criação no caso concreto e a doutrina à busca de modelos normativos jurisprudenciais para conferir certa estabilidade ao direito aplicado”<sup>146</sup>.

O problema é que pertencemos a uma geração doutrinada para acreditar que vivemos sob a égide de um sistema de legalidade, isto é, de um “*État Legal*” no contexto do qual, como disse Mitidiero, a garantia da supremacia do direito repousaria na garantia de legalidade do próprio Estado<sup>147</sup>. Semelhante compreensão funda-se, sobretudo, na conformação da estrutura do nosso Código Civil de 1916, de nítida inspiração liberal-francesa, cujas diretrizes metodológicas foram em certa medida transportadas para os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973.

Observamos, a propósito, que o Código processual vigente pretendeu limitar a atuação jurisdicional a uma aplicação mecânica dos textos legais, quando determinou ao Juiz que só recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito quando inexistir enunciado normativo a regular a questão (CPC, art. 126<sup>148</sup>), “*relegando a jurisprudência ao status de fonte secundária*”, como disse Zaneti<sup>149</sup>. Ocorre que, por assim dispor, o “*codex*” parece suscitar “*um verdadeiro paradoxo entre o mandamento constitucional de justiça e realização do direito (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88) e a limitação do juízo de aplicação do direito à lei*”<sup>150</sup>. Essa contradição, no entanto, é apenas aparente, pois, como bem adverte o professor gaúcho, “*é lição antiga no direito brasileiro que o direito não se reduz ao texto legal*”,

<sup>144</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil do Estado Democrático Constitucional*, cit.

<sup>145</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit.

<sup>146</sup> Id. *ibid.*, p. 54.

<sup>147</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 20.

<sup>148</sup> CPC. “*Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*”.

<sup>149</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 56.

<sup>150</sup> Id. *ibid.*, p. 56.

sobretudo porque, “*com a constitucionalização no marco do Estado Democrático de Direito, os princípios e as cláusulas gerais passaram a constituir, por necessidade hermenêutica, a jurisprudência como uma das fontes primárias, ao lado da lei*”, de maneira que “*a jurisprudência atua hoje na consecução dos direitos subjetivos, individuais e coletivos*”<sup>151</sup>. Daí a absoluta pertinência da observação de Mitidiero e Zaneti quando disseram, em obra conjunta, que o Código de Processo Civil de 1973, conquanto represente aquele momento científico e cultural do direito processual distinguido por Dinamarco como a sua fase autonomista, já se distancia dos seus desígnios originários, pois “*do desenho inicial pouco se descobre hoje mirando a sua atual conformação, sendo penoso o trabalho do intérprete imbuído de lhe emprestar uma feição mais consentânea à necessidade do dia, tantas contradições que guarda*”<sup>152</sup>.

De todo modo, é fato que a matriz teórico-interpretativa originada de um “*État Legal*” que nem sequer chegamos a desenvolver em âmbito constitucional<sup>153</sup> tornou-se, ao longo dos anos, tão significativa entre nós que obscureceu a compreensão de que nosso sistema jurídico, além haver-se construído a partir da tradição luso-brasileira (sendo marcado, portanto, pela de notável aptidão brasileira para o uso das fontes doutrinárias na produção legislativa e para a aplicação do direito pelos tribunais - “*bartolismo*”<sup>154</sup>), encampa fontes constitucionais próprias do “*commom law*”, por influência direta e originária da Constituição Republicana de 1891, que, sob evidente influencia da Carta norte-americana, recepcionou, entre nós, o “*judicial review*”, como bem expressa o professor Zaneti<sup>155</sup>. A propósito, recordamos, a título ilustrativo, de episódio em que fomos repreendidos por magistrada do Tribunal Regional do

<sup>151</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 56.

<sup>152</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Entre o passado e o futuro: Uma breve introdução às incertas dimensões de presente em direito processual civil*. In: MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil. Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 12-13.

<sup>153</sup> Zaneti dispõe, a propósito, que “*nunca houve na tradição constitucional brasileira uma identificação completa entre direito e lei*” e que “*os nossos juízes sempre se sentiram mais ou menos à vontade (e também compromissados) para decidir conforme a justiça*”, algo que, segundo o professor gaúcho, decorre dessa nossa formação híbrida, que nos confere “*a vantagem dos mestiços, uma tônica maior na justiça como valor, e maior resistência, em razão dessa tônica, a imperativos a priori, ao direito posto em abstrato pelo legislador, em descompasso com a vida*”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 55). Retomaremos essa discussão adiante.

<sup>154</sup> Sobre o assunto, ler também: [SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenquian, 2000. p. 314] e [MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 241-246].

<sup>155</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 56-57.

Trabalho da 17ª Região<sup>156</sup> por estarmos nos dirigindo aquela Corte como se estivéssemos operando ordenamento jurídico-positivo compatível como o sistema<sup>157</sup> do “*common law*”, apenas porque, na oportunidade, fundávamos na jurisprudência dos mais diversos Tribunais pátrios as razões de nosso convencimento sobre determinado aspecto do litígio então submetido a julgamento.

Daquela feita, Sua Excelência, após ouvir pacientemente a nossa sustentação oral, disse-nos, jocosamente, que, no seu modo de ver, os precedentes judiciais invocados não assumem maior relevo para o julgamento da causa, pois, na sua compreensão, o Direito brasileiro adota o regime de “*civil law*”, próprio da experiência jurídica “*romano-germânica*”. Então, quando nos debatíamos, em foro íntimo, se seria conveniente apresentar uma resposta adequada a semelhante à proposição teórica, atitude que teria a potencialidade de causar algum prejuízo aos interesses de nosso cliente, fomos acudidos, de forma inesperada, pelos demais integrantes daquele respeitável órgão Colegiado. O primeiro deles, quando se manifestou em seu Voto dissidente, sublinhou que, embora o ordenamento jurídico brasileiro pareça filar-se à tradição<sup>158</sup> do “*civil law*”, sempre procura pautar suas decisões nos entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores, por considerar que de nada adiantaria posicionar-se em sentido contrário, dada a previsibilidade da reforma do “*decisum*”. Mais significativa, contudo, foi a manifestação do último dos magistrados que votaram naquela Sessão, que enfatizou taxativamente que o nosso ordenamento jurídico-positivo caminha a passos largos para alinhar-se à tradição do “*common law*”, na medida em que contempla instrumentos que orientam o julgamento das causas com base em precedentes judiciais, dos quais se pode citar a eficácia vinculante das decisões proferidas pela Suprema Corte no controle abstrato de constitucionalidade, a instituição, entre nós, das súmulas vinculantes, que permitem a extensão de semelhante eficácia às decisões exaradas pelo Excelso Pretório em controle difuso e a existência autorização legal a que, em órgãos colegiados, os Relatores julguem

---

<sup>156</sup> Que, por elegância, não identificaremos no corpo desta obra.

<sup>157</sup> Recorremos, aqui, à designação utilizada por John Gilissen (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 19), que pode ser substituída, sem maiores problemas, pela expressão “*família*”, empregada correntemente por René David (DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22).

<sup>158</sup> Aqui nos utilizamos da designação proposta por John Henry Merryman (MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução de Eduardo L. Suarez. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989; *apud* ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 16).

monocraticamente as contendas quando seu convencimento estiver fundado em entendimento firmado pelos Tribunais Superiores<sup>159</sup>.

A lição que extraímos desse episódio é que aquele que pretende se dedicar à tarefa de compreender e, sobretudo, descrever o formalismo-valorativo, enquanto teoria, deve, desde logo, despir-se dos “*pré-conceitos*” que lhe foram inculcados ao tempo de sua formação elementar. Mas não apenas. O pesquisador também deve ter a consciência de que não poucas vezes será incompreendido, exatamente por estar caminhando na contramão de uma pré-compreensão do fenômeno jurídico que há muito se encontra arraigada na cultura dos operadores do Direito brasileiros.

Não bastassem esses problemas, vislumbramos, ainda, uma terceira e última dificuldade imposta àquele que pretende se dedicar com seriedade ao estudo do formalismo-valorativo. É que o objeto dessa teoria, por consistir, na precisa conceituação do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na análise da antinomia existente entre formalismo e o valor justiça<sup>160</sup>, encampa um aparente paradoxo.

Dissemos no tópico anterior que o formalismo-valorativo distingue-se do instrumentalismo, por se designar como “*formalismo*” e por pretender ser “*valorativo*”, aspirações que se mostram “*prima facie*” incompatíveis. A propósito, cumpre referir, exemplificativamente, ao magistério do jurista Plauto Farraco Azevedo, que ressalta a necessidade de se abandonar o formalismo, por ele relacionado a um positivismo normativista, cujo traço fundamental seria justamente o seu desinteresse pelo social e pelo valorativo<sup>161</sup>.

Ocorre que, como referimos naquela passagem, “*forma*” e “*valor*”, longe de se incompatibilizarem mutuamente, constituem a gênese da justa aplicação do Direito, que demanda, de um lado, que os enunciados normativos colhidos do direito positivo sejam aplicados pelos intérpretes no contexto de uma reconstrução normativa (lógico-formal) e valorativa (axiológica) do direito positivo e, de outro, que tal interpretação seja

---

<sup>159</sup> Posicionamento que se amolda com perfeição à conclusão externada pelo professor Hermes Zaneti Júnior, para quem, o legislador constitucional brasileiro, “*ao estabelecer a possibilidade das súmulas vinculantes, abriu espaço para a consolidação de uma antiga regra de direito norte-americano que já vinha, ao longo da história nacional, consolidando-se de maneira lenta e gradual: o stare decisis*” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 50).

<sup>160</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*, cit., p. 13.

<sup>161</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1989. p. 72-73.

instrumentalizada no corpo de um procedimento devidamente estruturado, dotado de “*formalidades*” que assegurem a consideração das razões apresentadas por todos aqueles envolvidos na formação do juízo. Como bem enfatiza o professor Alvaro de Oliveira, o “*formalismo*” tem por escopos justamente “*indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo*” no corpo do qual o Direito será aplicado, por meio da construção de proposições racionais valorativas e “*circunscrever o material a ser formado*”; contendo, destarte, “*a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento*”<sup>162</sup>.

De todo modo, mesmo cientes das dificuldades que ora se impõem àqueles que se aventuram ao estudo do formalismo-valorativo, dispomo-nos a abordá-lo neste trabalho, assumindo, assim, todos os riscos a que dantes nos referimos, exatamente porque não vemos como enfrentar a temática da realização da justiça no processo civil do Estado Democrático Constitucional Brasileiro sem ter em consideração as premissas metodológicas adotadas pela escola processual gaúcha a propósito da concepção dessa sua singular teoria<sup>163</sup>, as quais, em nossa modesta opinião, reproduzem com notável precisão o modo pelo qual o jurista contemporâneo encara e atua a tarefa de interpretar e aplicar o Direito<sup>164</sup>. Por isso nos dedicamos ao estudo do formalismo-valorativo.

### **3.3. Distinções metodológicas entre o instrumentalismo e o formalismo-valorativo.**

Em vista do compromisso assumido no tópico anterior e da circunstância de o instrumentalismo, tal como o formalismo-valorativo, também se preordenar, ainda que a seu modo, à realização da justiça no processo, procuraremos identificar as premissas constitutivas dessa alternativa teórica apresentada pela escola processual gaúcha a partir da exposição e da problematização das distinções metodológicas existentes entre uma e outra teoria<sup>165</sup>, que se assentam, fundamentalmente<sup>166</sup>:

---

<sup>162</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 08-09.

<sup>163</sup> Que adiante serão expostas e testadas.

<sup>164</sup> Como teremos a oportunidade de demonstrar na seqüência desta obra.

<sup>165</sup> A análise que se segue pauta-se nas referências colhidas da tese de doutoramento de Mitidiero, intitulada “*Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*, cit., p. 22-30), adiante

- (a) na circunstância de o formalismo-valorativo qualificar a realização da justiça no ambiente processual como um direito fundamental do jurisdicionado, compreensão apenas em parte é compartilhada pelo instrumentalismo, já que restrita, sob a tecnologia instrumentalista, ao campo da flexibilização do formalismo processual em favor da realização de um direito material pré-existente;
- (b) na particularidade de o formalismo-valorativo encarar o processo como ambiente de criação do direito, assumindo, assim, acepção de justiça potencialmente distinta daquela que parece haver sido adotada pela teoria da instrumentalidade do processo; e
- (c) no fato de o formalismo-valorativo atribuir ao processo uma posição central na Teoria, quando se sabe que o instrumentalismo confere semelhante “*status*” à jurisdição.

### 3.3.1. A qualificação da justiça como um direito fundamental do cidadão.

O formalismo-valorativo qualifica a justiça como um direito fundamental do jurisdicionado, o que induz a aplicabilidade do regime jurídico dos direitos fundamentais também às normas que regem processo. Como consequência disso, os adeptos do formalismo-valorativo referem

---

publicada, em versão comercial, sob o título “*Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 34-44). E também das anotações que fizemos da palestra ministrada pelo professor gaúcho quando, em evento organizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo no primeiro semestre de 2008, desincumbiu-se da tarefa de apresentar o formalismo-valorativo a uma platéia de acadêmicos e professores de Direito.

<sup>166</sup> Não temos a intenção, e nem a pretensão, de construir critério definitivo para a classificação das notas distintivas entre o instrumentalismo e o formalismo-valorativo. A propósito, recobramos que o professor Hermes Zaneti Júnior, em suas aulas na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, enumera pelo menos oito notas distintivas entre as teorias; a exemplo do que fez Daniel Francisco Mitidiero em sua tese de doutoramento (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 34-44). A “*classificação*” ora apresentada é meramente retórica. Apresentamos, nos tópicos que se seguem, três distinções metodológicas fundamentais entre as teorias, contexto em que procuramos abranger todas as notas distintivas referidas por Zaneti e Mitidiero, precisamente porque, adiante, utilizaremos esses específicos aspectos da doutrina do formalismo-valorativo para construir os três últimos Capítulos deste trabalho, em que nos dedicamos, respectivamente, à identificação de um critério de justiça capaz de ser realizado no processo (consequência da designação da justiça como direito fundamental do cidadão), ao enfrentamento da temática subjacente ao caráter normativo da atividade interpretativa desenvolvida no âmbito processual (resultado da compreensão do processo como ambiente de criação do direito) e à qualificação do processo como mediador adequado entre o direito e a justiça (decorrência natural da compreensão segundo a qual o processo, e não a jurisdição, deve ser colocado ao centro da Teoria).

à existência de um direito fundamental do jurisdicionado ao processo justo<sup>167</sup>, colhido da conjugação da cláusula de acesso à justiça ao princípio do devido processo legal substancial.

Semelhante aspiração teórica é compartilhada pelos instrumentalistas, notadamente no contexto do desenvolvimento da obra do professor Dinamarco por seus discípulos<sup>168</sup>. A rigor, a distinção entre as teorias, quanto ao particular, é de perspectiva. Com efeito, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, conquanto se dediquem, cada qual a seu modo, à realização da justiça no processo, adotam acepções díspares sobre como cumprir esse desiderato.

O que se dá é que, como dissemos anteriormente, o cumprimento dessa expectativa, sob a tecnologia instrumentalista, restringe-se ao campo da flexibilização do formalismo processual em favor da realização de um direito material pré-existente<sup>169</sup> (ou da aplicação justa do direito positivo), não abarcando, assim, considerações sobre a justa aplicação do Direito (ou sobre a aplicação de um Direito justo). Aliás, o instrumentalismo, precisamente porque tenciona realizar a justiça exclusivamente sob esse viés procedimental, não se preordena à concretização desse objetivo, dedicando-se, a bem da verdade, a tornar efetivo o direito positivo.

Isso porque efetividade e justiça não necessariamente andam juntas, tal como ocorreu, para citarmos um exemplo bastante contundente, no sistema jurídico nazista, que era muito efetivo, mas nada justo. Destarte, somente se fossem justas todas as leis editadas pelo Parlamento e, ainda assim, se justa fosse a sua aplicação a todas as contendas que emergem das relações sociais e culturais que compõem o mundo da vida, o que é desmentido pela experiência cotidiana, é que se poderia cogitar da realização da justiça sob a tecnologia instrumentalista.

---

<sup>167</sup> Cfr.: ZANETI JR. Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 44.

<sup>168</sup> Conquanto a obra “*A instrumentalidade do processo*” não traga referência expressa quanto à designação de tais garantias processuais como direitos fundamentais, semelhante compreensão pode ser extraída, exemplificativamente, dos escritos de José Roberto dos Santos Bedaque (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit.), discípulo do professor Dinamarco.

<sup>169</sup> Como bem observa Mitidiero: “[...] a um primeiro momento afirma-se que o processo civil é um instrumento para a realização do direito material, o que leva inclusive à relativização do binômio direito-processo, permitindo a compreensão do processo civil como algo interdependente do direito material. Em um segundo momento, porém, já totalmente imbuído o processualista dos valores constitucionais vigentes, passa-se a advogar a instrumentalidade do processo a fim de que se realize a justiça do caso concreto, tendo em conta mesmo que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I, CRFB), desiderato que passa, necessariamente, pela construção de processos justos e de decisões equânimes” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit. p. 72).



Por sua vez, o que os teóricos do formalismo-valorativo professam é que o Direito, em sua substancia, é construído (criado) dentro do processo judicial, sob a mediação do formalismo que lhe é característico. Esse será o objeto de nossa análise no tópico que se segue.

### **3.3.2. A identificação do processo como ambiente de criação do Direito.**

A segunda nota distintiva entre as teorias reside na circunstância de o formalismo-valorativo encarar o processo como ambiente de criação do Direito, assumindo, assim, acepção de justiça potencialmente distinta daquela adotada pela teoria da instrumentalidade do processo. A tecnologia empregada pelo formalismo-valorativo, nesse contexto, repousa-se na idéia de que o Direito é construído pelos intérpretes, mormente no corpo do processo judicial, pela aplicação temperada do direito positivo, que deve ser conformado, na casuística, pelas particularidades formadoras do caso concreto e pela carga axiológica extraída do sistema jurídico, notadamente do texto constitucional.

Bem resume o “*modus operandi*” dessa “*técnica*” a “*Teoria Circular dos Planos*”<sup>170</sup>, segundo a qual, conforme observa Daniel Francisco Mitidiero, referindo à obra de Hermes Zaneti Júnior<sup>171</sup>, “*o processo deve partir do direito material, da realidade substancial, e ao direito material deve voltar*”<sup>172</sup>. Sob essa singular construção teórica, desenvolvida, entre nós, pelo professor Zaneti, “*o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor, na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa do direito material positivado*”, de maneira “*que entre o processo e o direito material ocorre uma relação circular*”, segundo a qual “*o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele*”<sup>173</sup>. Em tal conjuntura, observamos, com Mitidiero “*que o direito processual é essencial ao direito material, assim como esse é igualmente fundamental àquele*”, já que “*sem o direito material, o processo civil simplesmente não teria*

<sup>170</sup> Inicialmente designada pelo professor Hermes Zaneti Júnior como “*teoria da relação circular*” (Cfr.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Direito material e direito processual: relações e perspectivas*, cit., p. 248).

<sup>171</sup> Id. *ibid.*, p. 248.

<sup>172</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 70.

<sup>173</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 204-205.

*função alguma, agora, sem o direito processual, o direito material não conseguiria superar eventuais crises na sua realização*”<sup>174-175</sup>.

A diretriz metodológica que orienta semelhante atuação é a de que o Direito do caso concreto exsurge da atividade interpretativa dos juristas (discurso) que, por sua vez, deve ser fundada em construções jurídicas embasadas no direito positivo, mas adequadamente temperadas pela aplicação de princípios jurídicos, principalmente os de fundo constitucional. Perspectiva que se amolda perfeitamente à noção de que, nessa fase atual do desenvolvimento histórico do processo, os ordenamentos jurídico-positivos desvelam sistemas abertos de regras e princípios, concebidos em contraposição a um legalismo estrito, que não permite a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta, destacada, entre outros, por José Joaquim Gomes Canotilho<sup>176</sup>. Daí a absoluta pertinência da observação de Mitidiero quanto a ser o processo não apenas “*um instrumento do direito material*”, mas também “*um momento constitutivo deste, sendo a atividade jurisdicional sempre e em alguma medida, criativa da normatividade estatal*”<sup>177</sup>.

Destarte, sob a ótica do formalismo-valorativo, o direito positivo é reconstruído pelos intérpretes, mormente dentro do processo judicial<sup>178</sup>, contexto em que, sob a medição do formalismo, conjugam-se, em um ambiente dialógico, os esforços do julgador e dos contendores no sentido da sua justa aplicação. Na face oposta, o instrumentalismo, quando adota como postura metodológica a realização, no processo, de um direito material pré-

<sup>174</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 71.

<sup>175</sup> Sobre o assunto, ler também: AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica em torno da ação de direito material*. In: Revista de processo e constituição, n. 2, maio/2005. Porto Alegre: UFRGS, 2005. p. 83-100.

<sup>176</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1162.

<sup>177</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 72-73.

<sup>178</sup> A propósito, Canotilho acentua que “*uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a <<medida de ordenação>> nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico*”, hipótese em que “*uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua <<passagem>> a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa (supra, gráfico do procedimento concretizador)*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1221). E dispõe, adiante, que tal pode ocorrer em âmbito judicial (“*através de uma sentença ou decisão judicial*”) ou administrativo, nesse caso quando ocorre “*a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar)*”, ou “*através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa)*” (Id. ibid., p. 1221). Disso se infere que essa atividade criativa dos intérpretes também pode ser exercida fora do processo judicial, o que ocorre, exemplificativamente, quando membros da Administração Pública, mormente Advogados Públicos, orientam a aplicação do direito positivo mediante o emprego de técnicas interpretativas, exercendo, assim, como os Juízes, autêntica atividade normativa.

existente, parece assumir como sua uma acepção de justiça própria do pensamento positivista, segundo a qual justo seria tudo quanto estivesse impresso nos textos legais<sup>179</sup>.

Eis, então, o cerne da cizânia entre as teorias, quanto ao pormenor: se o instrumentalismo apregoa a flexibilização do direito processual como técnica adequada à realização, no processo, de um direito material pré-existente e, partir dele, do ideal de justiça, para o formalismo-valorativo mesmo o direito material deve ser flexibilizado, no sentido da sua justa aplicação, visto que a efetiva conformação do direito material aplicável aos casos concretos apenas sobressai da sua aplicação casuística, mormente em ambiente processual.

Assim, o processo civil do formalismo-valorativo não visa meramente à declaração da vontade concreta da lei ou do direito positivo. Sua tarefa, a bem da verdade, é “*ordenar os debates dentro de um procedimento apto a permitir a correta aplicação do direito (pretensão de correção)*”, como disse Hermes Zaneti Júnior<sup>180</sup>. Vê-se, pois, que o professor Zaneti, nesse trecho de sua obra, identifica a perspectiva metodológica do formalismo-valorativo com a teoria do discurso, descrita por Robert Alexy como uma teoria procedimental da correção prática do Direito<sup>181</sup>. Nesse contexto, a construção do Direito deriva da conjugação no processo de discursos práticos reais, que se distinguem, segundo Alexy, “*pelo fato de neles, sob as condições de tempo limitado, de participação limitada e ausência de coerção limitada com clareza conceitual-idiomática limitada, ser informado empírico limitado, capacidade limitada para troca de papéis e liberdade de pré-juízos limitada, ser procurada a resposta a uma questão prática*”<sup>182</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio, temos que, para o formalismo-valorativo, a justiça, que é o objeto principal das indagações formuladas a propósito da construção deste nosso estudo, ao invés de identificar-se com o direito positivo, como parecem defender os instrumentalistas brasileiros, sobressai justamente dessa atividade corretiva (ou reconstrutiva) desempenhada pelos intérpretes. E tal se dá porque para o formalismo-valorativo o sentido normativo não está no texto da norma abstrata, mas no próprio intérprete, já que essa singular teoria se propõe a pensar o direito a partir do próprio problema, assumindo, assim, uma perspectiva

---

<sup>179</sup> Cfr.: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 230.

<sup>180</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 65.

<sup>181</sup> ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 25.

<sup>182</sup> Id. *ibid.*, p. 28-29.

“*tópico-retórica*”, como defendem Alvaro de Oliveira<sup>183</sup> e Zaneti<sup>184-185</sup>. A propósito, cumpre referir à lição de Theodor Viehweg, que designa a tópica como uma técnica do pensamento orientada para o problema<sup>186</sup>, cujo campo de aplicação é exatamente a interpretação, através da qual se torna possível ao intérprete, sem violar as antigas formas, descobrir novas possibilidades de compreensão<sup>187</sup>. Referências semelhantes podem ser extraídas do seguinte trecho da obra de Canotilho:

“O método *tópico-problemático*, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (1) *carácter prático* da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *carácter aberto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo.

A interpretação da constituição reconduzir-se-ia, assim, a um *processo aberto de argumentação* entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao caso concreto. Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *tópoi* ou ponto de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais convincente para o problema. A tópica seria, assim, uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: (i) servir de *auxiliar* de orientação para o intérprete; (ii) constituir um *guia de discussão* dos problemas; (iii) permitir a decisão do problema *jurídico* em discussão”<sup>188</sup>.

Sem embargo, o constitucionalista português vê com ressalvas a utilização de uma metódica tópico-problemática no campo da interpretação e aplicação do Direito. Para ele “*a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas*”, por ser “*actividade normativamente vinculada, constituindo a constitutio scripta um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Müller)*”. Canotilho sustenta, então, que mais adequado à concretização dos direitos no Estado Constitucional é o método “*hermenêutico-concretizador*”, que tem por

<sup>183</sup> Cfr.: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, cit.

<sup>184</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 88.

<sup>185</sup> Conforme Zaneti: “*o método antigo (tópica) tem a seguinte metodologia: o ponto de partida é formado pelo sensus communis (sentido comum, common sense), que manipula com o verossímil (verossimila), inter-relaciona pontos de vista de acordo com os cânones da tópica retórica, atuando por meio de um tecido de silogismos. Esse tecido de silogismos pode ser denominado epiquirema*” (Id. ibid., p. 85).

<sup>186</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008. p. 33.

<sup>187</sup> VIEHWEG, Theodor, op. cit., p. 43-44.

<sup>188</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1.211.

premissa a “*idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete*”, consistindo em “*uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta*”<sup>189</sup>. Esse método, segundo Canotilho:

“[...] vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objectivos, isto é, o *contexto*, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em <<movimento de ir e vir>> (círculo hermenêutico)”<sup>190</sup>.

Semelhante compreensão, entretanto, não é de todo incompatível com a proposição do formalismo-valorativo quanto à adoção de uma racionalidade prática discursiva e do discurso prático do caso especial como instrumento de resolução dos problemas, sobretudo a par da perspectiva adotada pelo professor Hermes Zaneti Júnior, no sentido de que, nesse contexto, a lei, a dogmática e os precedentes<sup>191</sup> formariam “*os catálogos tópicos especiais com que o jurista deve lidar para obter um discurso racional*”<sup>192</sup>. Com efeito, se a divergência identificada por Canotilho entre os métodos “*tópico-problemático*” e “*hermenêutico-concretizador*” reside na circunstância de que “*o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma*”, ao passo que “*o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto [...] em face do problema*”<sup>193</sup>, e se, sob a ótica do formalismo-valorativo, a norma jurídica integra, e com posição de destaque, os “*catálogos tópicos*” que são consultados pelos intérpretes no contexto da aplicação do Direito, é natural que se conclua que a distinção apontada pelo constitucionalista pouco importa à consecução dos objetivos da teoria.

<sup>189</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1.212.

<sup>190</sup> Id. ibid., p. 1.212.

<sup>191</sup> Cumpre recobrar, ao ensejo, a lição de Dworkin, para quem os Juízes, quando decidem casos particulares, estabelecem regras gerais que de algum modo se propõem a beneficiar a comunidade, devendo estar claro que outros juízes, quando vierem a decidir casos posteriores, devem aplicar-lhes essas regras (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 172). Dworkin atribui essa imposição a algo por ele designado como “*a força gravitacional de um precedente*”, que “*pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo*”, dispondo, adiante, que “*um precedente é um relato de uma decisão política anterior*” e que “*o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar*” (Id. ibid., p. 176).

<sup>192</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 88.

<sup>193</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1.212.

É que aqui não ocorre, como ocorre alhures, a desconsideração da norma abstrata na construção da solução aplicada ao problema. Essa solução, conquanto seja construída sob a perspectiva do problema<sup>194</sup> (o que pressupõe necessariamente a consideração das peculiaridades fáticas do caso) e ainda que não seja orientada pela aplicação mecânica de um direito material pré-existente (já que toma em consideração, além das especificidades fáticas do problema, a carga axiológica do sistema jurídico, mormente desvelada pelo posicionamento da jurisprudência ao tempo da resolução de casos semelhantes), tem por pré-condição necessária uma referência do julgador à norma abstrata<sup>195</sup>, que figura, sob a ótica formalista-valorativa, como ponto de referência<sup>196</sup> para a aplicação casuística do Direito.

O que interessa, a bem da verdade, é que a aplicação do Direito no processo civil do formalismo-valorativo exige um trabalho interpretativo concretizador, cuja base metódica reside na circunstância, descrita por Canotilho com a clareza que lhe é peculiar, de as funções do Estado serem exercidas por órgãos que, segundo a sua estrutura interna, composição e métodos de trabalho, estejam legitimados para tomar decisões eficientes segundo procedimentos justos e para suportar a responsabilidade pelos resultados da sua decisão<sup>197</sup>. É no contexto dessa atividade interpretativa concretizadora que extraímos a terceira nota distintiva entre o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, consistente na identificação do processo, ou do formalismo que lhe é característico, como elemento central da Teoria do Processo.

### **3.3.3. A atribuição ao processo de uma posição central na Teoria.**

Uma terceira nota distintiva entre as doutrinas reside na circunstância de o formalismo-valorativo colocar o processo ao centro da Teoria, quando o instrumentalismo, de forma diversa, atribui à jurisdição essa posição central.

Em defesa da posição instrumentalista, Dinamarco sugere que o processo não pode ser designado como elemento central porque ele, “*em si próprio, como conjunto ou modelo de*

---

<sup>194</sup> Conforme prevê o método tópico-problemático.

<sup>195</sup> Ainda que para dizê-la inaplicável ao caso, dada, exemplificativamente, a circunstância de a sua incidência casuística mostrar-se desarrazoada ou desproporcional.

<sup>196</sup> Ou “*catálogo tópico*”, para utilizarmos a expressão consagrada por Zaneti (Cfr.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 88).

<sup>197</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1.214-1.215.

atos, traz profunda e indisfarçável marca de formalismo”. Daí que, para o professor paulista, “colocar como pólo principal do sistema esse instituto assim marcadamente formal e potencialmente instrumental conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas até onde não chega a utilidade desta (e sem qualquer proveito para a boa compreensão das diversas espécies de direito processual)”<sup>198</sup>.

Ao ensejo, observamos que Dinamarco, quando afirmou a inconveniência de se colocar ao centro da Teoria esse “instituto assim marcadamente formal”, não teve em consideração à distinção entre “forma”, “formalidade” e “formalismo”. Conforme leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o “formalismo”, ou “forma” em sentido amplo, não deve ser confundido com a forma do ato processual individualmente considerado, já que “diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação de sua atividade, a ordenação do procedimento e a organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”<sup>199</sup>.

Destarte, se o “formalismo”, enquanto mecanismo de delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais (e de coordenação de sua atividade, de ordenação e organização do procedimento e de organização do processo) tem por objetivo assegurar a consecução das finalidades primordiais do processo, temos por insustentável a afirmação residual colhida dessa passagem da obra de Dinamarco quanto a ser medida desprovida de utilidade prática a identificação do processo, “esse instituto assim marcadamente formal”, como elemento central da Teoria. A propósito, basta ver que a crítica correntemente dirigida ao instrumentalismo<sup>200</sup> insere-se precisamente na circunstância de a atribuição à jurisdição dessa posição central na Teoria do Processo ter o condão de desestimular a instituição de mecanismos adequados ao controle à atividade jurisdicional<sup>201</sup>. Isso porque, como dissemos, a teoria da instrumentalidade do processo, quando privilegia a jurisdição em detrimento da ação e do processo, concebe e avaliza a conformação de uma relação assimétrica entre o Juiz e as partes, colocando o julgador em posição de superioridade aos contendores e, o que é pior,

<sup>198</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 79.

<sup>199</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*, cit., p. 14.

<sup>200</sup> Que impediu, ao longo de todos esses anos, que a teoria da instrumentalidade do processo, a despeito de seus méritos, viesse a ser assimilada por parte considerável dos processualistas brasileiros.

<sup>201</sup> Confira-se, a propósito, o que dissemos no Tópico 3.1 deste Capítulo.

deixando-os desprotegidos contra o arbítrio estatal. Sobre o assunto, recobramos a seguinte passagem da obra de Alvaro de Oliveira:

“Analisando-se criticamente essa visão social do processo impõe-se advertir, em primeiro lugar, que aumento dos poderes do juiz não deve significar, necessariamente, completa indeterminação desses poderes. De modo nenhum a pretendida restauração da autoridade do poder estatal no processo haverá de implicar renúncia a se normatizar o seu desenvolvimento. Tal solução transferiria ao órgão judicial o poder de criar a seu bel-prazer, caso por caso, a regra processual mais apropriada para o desenvolvimento do procedimento, conduzindo a total indeterminação e imprevisibilidade. Incrementar-se-ia, assim, de forma totalmente desnecessária, o arbítrio do poder estatal dentro do processo. Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da certeza jurídica, sem falar do eventual menosprezo ao nexo entre o direito material e o processual”<sup>202</sup>.

Noutro plano, a prevalecer a tese de que a jurisdição merece ser colocada em posição superior à ação e o processo, sustentada pelos instrumentalistas brasileiros, a partir de Dinamarco, a sentença resumir-se-ia, então, como certa feita disse Piero Calamandrei<sup>203</sup>, em tom de provocação, ao “*fato filtrado através da mente do juiz*”<sup>204</sup>. Ocorre que, como acentua, adiante, o professor italiano:

“[...] na realidade, as coisas são bem mais complicadas. Antes de chegar à mente do juiz, o fato deve passar através da narração que dele faz cada litigante e seu defensor e, depois, na fase de instrução, através dos esquecimentos ou das reticências das testemunhas, mais tarde ainda, no debate, através das reconstruções não imparciais dos defensores. Finalmente, chega ao juiz – não por um só caminho que corre à luz do sol, mas por dois caminhos tortuosos diferentes, que em grande parte se desenrolam subterraneamente, pois devem atravessar os obscuros meandros do espírito humano”<sup>205</sup>.

Esse é o contexto que emoldura a proposição do formalismo-valorativo quanto a ser o processo, e não a jurisdição, o elemento central na Teoria.

Deve estar claro, entretanto, que o processo não deve ser encarado, em tal conjuntura, como ato formal e inflexível (“*forma*”), mas como “*formalidade*” indispensável a regular e orientar

<sup>202</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível na internet: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=215](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215)>, acesso em 05/03/2008.

<sup>203</sup> Recobre-se, a propósito, que esse jurista italiano é situado por Estevão Mallet como um dos primeiros processualistas a ressaltar o surgimento da moderna doutrina do instrumentalismo, no curso das discussões empreendidas no âmbito do Congresso Internacional de Direito Processual Civil realizado em Florença, na Itália, no ano de 1950 (MALLET, Estevão, op. cit., p. 10).

<sup>204</sup> Ipse literis: “*Ensina-se na escola que a verdade escrita na sentença nada mais é que fato filtrado através da mente do juiz*” (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 18).

<sup>205</sup> Id. *ibid.*, p. 18.



o procedimento. Até porque, como bem adverte Hermes Zaneti Júnior, “*o processo civil não é fim em si mesmo*”, exatamente porque, em seu curso, a “*forma serve como garantia, e não amarra da justiça*”<sup>206</sup>. E tal se dá porque o processo, “*esse instituto assim marcadamente formal*”<sup>207</sup>, justamente em razão do formalismo que lhe é característico, funciona como mecanismo de controle da atividade jurisdicional, já que, em seu corpo, instaura-se uma relação dialética entre as partes reciprocamente e entre elas e o Estado-Juiz, no curso da qual o julgador e os contendores conjugam seus esforços no sentido da justa aplicação do Direito<sup>208</sup>, equilíbrio que, segundo Zaneti, “*só se torna possível em um quadro institucional que constrange à ‘disponibilidade para a cooperação’, marcada por ‘regras do jogo’ previamente delimitadas e objetivando resultados não-conceituais, à medida que podem ser aceitos pelos participantes por razões diferentes*”<sup>209-210</sup>.

Sob tal perspectiva, um modelo ideal de processo seria aquele em que o magistrado é paritário no diálogo<sup>211</sup> e assimétrico apenas na decisão<sup>212-213</sup>, ambiente dialógico (ou comunicativo<sup>214</sup>) que além de prevenir o arbítrio estatal no campo da aplicação do Direito, fomenta as condições necessárias a que as partes reconheçam a justeza da decisão prolatada<sup>215</sup>, o que

<sup>206</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 49.

<sup>207</sup> Cfr.: DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 79.

<sup>208</sup> A propósito, Daniel Francisco Mitidiero ressalta que, no contexto do Estado Democrático Constitucional, “*o contraditório deixa de ser uma norma de igualdade formal para assumir um papel central na experiência do processo, cujo resultado não pode ser outro que não um “ato de três pessoas”, como um autêntico ambiente democrático e cooperativo*” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37-38).

<sup>209</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 168.

<sup>210</sup> Sobre o assunto, recomendamos a leitura da obra “*Colaboração no processo civil*”, do professor Daniel Francisco Mitidiero (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit.).

<sup>211</sup> Assumindo, assim, uma postura democrática frente ao processo.

<sup>212</sup> O que significa dizer que o magistrado, em determinado momento, após considerar as razões apresentadas por uma e outra parte, deverá apresentar uma solução para o litígio, capaz de privilegiar, se for o caso, a posição jurídica defendida por uma das partes contendoras.

<sup>213</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 72-73.

<sup>214</sup> Para nos valermos da expressão consagrada por Jürgen Habermas (Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 296), cujo conteúdo teremos a oportunidade de explicitar na seqüência.

<sup>215</sup> Proposição que, entre nós, é reforçada pela mística do “*homem cordial*”, a que refere Sérgio Buarque de Holanda. Como bem observa esse historiador brasileiro, “*já se disse, numa expressão feliz, que a contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade*”, isto é, que “*daremos ao mundo o homem cordial*” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146). A propósito, Holanda registra que no “*homem cordial a vida em sociedade é, de certo modo, uma verdadeira*

converte o processo, sob a mediação desse formalismo que lhe é característico, em um verdadeiro instrumento da justiça.

---

*liberação do pavor que ele sente em viver consigo mesmo, em apoiar-se sobre si próprio em todas as circunstâncias da existência”, e que “sua maneira de expansão para com os outros reduz o indivíduo, cada vez mais, à parcela social, periférica, que no brasileiro [...] tende a ser o que mais importa” (Id.ibid., p. 147). Por isso, esse “homem cordial” que é o cidadão brasileiro tende a aceitar as “decisões” que lhe são apresentadas como resultado da composição social de um litígio, como ocorre no processo judicial, sobretudo quando as suas opiniões forem consideradas e valoradas no contexto das deliberações que conduziram à solução da contenda.*

#### **4. PROPOSIÇÃO DE UM CRITÉRIO DE JUSTIÇA PASSÍVEL DE REALIZAÇÃO NO PROCESSO.**

Este Capítulo tem por objetivo a identificação de um critério de justiça capaz de ser realizado no processo judicial.

Como vimos anteriormente, instrumentalistas e formalistas-valorativos divergem sobre a extensão do âmbito de atuação dos operadores do Direito com vistas à concretização da aspiração contemporaneamente assumida pelos processualistas quanto à realização da justiça no processo. Para os instrumentalistas, essa atividade (que, sob o enfoque adotado por aquela teoria, é centralizada na pessoa do Juiz) consiste, precisamente, na flexibilização do formalismo processual em favor da realização do direito material deduzido em Juízo, coligando-se, assim, à construção de um processo justo, que se preordena ao mais completo e irrestrito esclarecimento da matéria fática que permeia a lide, para que não haja embaraços à efetivação dos direitos positivados nos textos legais. Já os adeptos do formalismo-valorativo, conquanto também desejem a construção de um processo justo (por eles qualificados como direito fundamental do cidadão) e defendam taxativamente a necessidade da flexibilização do formalismo processual (notadamente daquele formalismo excessivo referido na obra de Alvaro de Oliveira<sup>216</sup>), consideram que a realização da justiça no processo transcende essa compreensão, porque também abarca, como assentamos, a reconstrução do direito positivo pelos intérpretes, com vistas à sua justa aplicação.

Não nos satisfaz a acepção de justiça que parece sobressair do instrumentalismo, pois, pelos motivos externados em nossa crítica ao instrumentalismo, e também por outras razões que serão alinhavadas na seqüência deste nosso estudo, a tão-só concepção de um processo justo, dotado de mecanismos que impeçam que o formalismo processual obste a realização do direito material positivado nos textos legais, embora possa constituir medida de efetividade, não conduz necessariamente à realização da justiça. Isso porque, como dissemos, apenas se fossem justas todas as leis editadas pelo Parlamento e, ainda assim, se justa fosse a sua aplicação a todas as contendas que emergem das relações sociais e culturais que compõem o mundo da vida, é que se poderia cogitar da realização da justiça sob a tecnologia instrumentalista.

---

<sup>216</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*, cit.

Em vista disso, sustentamos que para que a justiça se realize concretamente é preciso que os contendores vislumbrem na sentença a justa aplicação do Direito<sup>217</sup>, e que, portanto, preordenem-se, a par dela, ou de sua justeza, a atender o comando dispositivo exarado, não por temor à lei (“*facticidade do Direito*”<sup>218</sup>), mas porque a consideram adequada à solução da contenda (“*validade do Direito*”<sup>219</sup>). Fora dessa ótica, teríamos que designá-la (a justiça) como mera ficção jurídica, como fazem os adeptos de versão extremista do positivismo jurídico, que coligam o justo ao que consta dos textos legais<sup>220</sup>. Ou desqualificá-la como elemento construtivo do Direito, como fez Kelsen, em sua teoria pura, quando propôs, como princípio metodológico fundamental da Ciência Jurídica<sup>221</sup>, a sua libertação de todos os elementos estranhos ao direito positivo<sup>222-223</sup>.

Miguel Reale, referindo-se à justiça, prescreve que ela “*é, ao mesmo tempo, uma idéia e um ideal, pois se ela jamais se realizasse, manifestando-se concretamente como um dos momentos necessários e mais altos da vida humana, seria uma quimera não merecedora de nossa constante atenção*”<sup>224</sup>. Destarte, em vista dessa advertência de Reale, e considerando, ainda, que assumimos como válida a premissa, que orienta a construção deste trabalho, de que a justiça pode ser realizada no processo judicial, tencionamos, nas linhas que se seguem, disseminar a compreensão de que ela (justiça), longe de ser uma quimera não merecedora de nossa constante atenção, pode, sim, manifestar concretamente como um dos momentos necessários e mais altos da vida humana, justificando, assim, a máxima atenção dos juristas.

Para cumprir esse desiderato, entraremos em considerações acerca da relevância teórica e prática da identificação de um critério adequado para a representação da justiça, que

<sup>217</sup> Até porque, consoante leciona José Guilherme de Souza “*o juiz, e o judiciário por extensão, não podem tornar-se agentes de iniquidades simplesmente porque as leis são iníquas*”, advertindo que “*o fato de o juiz alegar tal circunstância não o torna menos culpado pelas injustiças e desigualdades que vier a cometer ou sancionar*” (SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 94).

<sup>218</sup> Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volumes I e II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>219</sup> Id. *ibid.*

<sup>220</sup> Cfr.: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 230.

<sup>221</sup> Cujo objeto, na compreensão do professor austríaco, reside única e exclusivamente conhecer “*o que é e como é o direito*”, não abarcando, assim, “*a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 01).

<sup>222</sup> Id. *ibid.*, p. 01.

<sup>223</sup> Acepção teórica que será melhor explicitada na seqüência desta obra.

<sup>224</sup> REALE, Miguel. *Filosofia e Teoria Política - Ensaios*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51.

procuraremos encontrar nas reflexões filosóficas sobre o tema<sup>225</sup>. Na seqüência, buscaremos qualificá-la (a justiça) como resultado de valorações racionais transcendentais ao direito positivo, isto é, como consequência da atividade de reconstrução, pelos intérpretes, do direito positivado nos textos legais.

#### 4.1. O que é justiça?

Hans Kelsen, em obra clássica dedicada à explicitação do que seria a justiça<sup>226</sup>, da qual tomamos por empréstimo o título deste tópico, inicia seus trabalhos com a exposição da seguinte parábola:

“Quando Jesus de Nazaré, no julgamento perante o pretor romano, admitiu ser rei, disse ele: ‘Nasci e vim a este mundo para dar testemunho da verdade’. Ao que Pilatos perguntou: ‘O que é a verdade?’ Cético, o romano obviamente não esperava resposta a essa pergunta, e o Santo também não a deu. Dar testemunho da verdade não era o essencial em sua missão como rei messiânico. Ele nascera para dar testemunho da justiça, aquela justiça que Ele desejava concretizar no reino de Deus. E, por essa justiça, morreu na cruz”<sup>227</sup>.

Kelsen acentua, nessa passagem, o quão tormentosa é a missão de quem assume compromisso com a justiça. No entanto, em que pesem os infortúnios a que são submetidos aqueles que se propõem realizá-la, a começar pelo sacrifício dos seus próprios interesses pessoais, saber o que é a justiça é uma questão fundamental. Especialmente quando assumimos como válido que é missão dos operadores do Direito realizá-la (a justiça) no âmbito do processo judicial.

Kelsen não compartilha dessa premissa. Para ele, “a justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém, não necessária, de uma ordem social” e que se encontra, “como virtude do homem, [...] em segundo plano, pois um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa”<sup>228-229</sup>. Nada obstante, ainda que

<sup>225</sup> Mais especificamente ao desenvolvimento da obra de Immanuel Kant (Cfr.: KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003) por Jürgen Habermas (Cfr., entre outras: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volumes I e II*, cit.) e Chaïm Perelman (Cfr.: PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005).

<sup>226</sup> KELSSEN, Hans. *O que é Justiça?*, cit.

<sup>227</sup> Id. *ibid.*, p. 01.

<sup>228</sup> Id. *ibid.*, p. 02.

<sup>229</sup> Tal aceção evidentemente não é aceita como absoluta, como teremos a oportunidade de demonstrar na seqüência. Perelman, por exemplo, exhibe posicionamento diametralmente oposto à tese defendida por Kelsen, dispondo que “a justiça é uma das noções mais prestigiosas de nosso universo espiritual”, de modo que, “[...]”

por razões distintas daquelas que nos inspiraram à construção deste estudo, Kelsen jamais deixou de acentuar a relevância do problema da justiça. Nas suas próprias palavras, “*nenhuma outra questão foi tão passionavelmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente*”<sup>230</sup>. Contudo, para o jurista, “*ela continua até hoje sem resposta, [...] talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva*”; para cuja solução ele deve, quando muito, “*apenas tentar perguntar melhor*”<sup>231</sup>.

Não foi outro o nosso intuito quando nos propusemos a construir a análise desenvolvida neste trabalho. Não temos a intenção, nem a pretensão, de pacificar as discussões em torno do que é a justiça. O que pretendemos, a bem da verdade, a par da aspiração dos processualistas quanto à realização da justiça no processo, é identificar parâmetros objetivos para a assimilação do justo, com vistas a orientar a atuação dos operadores do Direito (e a nossa, em particular) frente aos casos concretos. E, em vista desse objetivo, não podemos nos furtar a abordar uma outra questão fundamental, que é subjacente ao problema da justiça, que consiste em saber se existe (ou não) uma justiça universal.

Tal proposição é prontamente repelida por Kelsen, que considera impossível a existência de “*uma ordem justa, isto é, que proporcione felicidade a todos*”, notadamente por entender “*por felicidade, conforme o sentido original da palavra, o sentimento subjetivo que cada um compreende para si mesmo*”, diante do que adverte ser “*inevitável [...] que a felicidade de um entre em conflito com a felicidade de outro*”<sup>232-233</sup>. Essa consideração é de suma importância.

---

*seja-se crente ou incrêdo, conservador ou revolucionário, cada qual invoca a justiça, e ninguém ousa renegá-la. A aspiração à justiça caracteriza as objurgações dos profetas judeus e as reflexões dos filósofos gregos. Invoca-se a justiça para proteger a ordem estabelecida e para justificar as reviravoltas revolucionárias. Nesse sentido, a justiça é um valor universal*” (PERELMAN, Chaïm, op.cit., p. 146).

<sup>230</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*, cit., p. 01.

<sup>231</sup> Id. *ibid.*, p. 01.

<sup>232</sup> Id. *ibid.*, p. 02.

<sup>233</sup> Em outra passagem, dispõe que “*se a justiça é felicidade, então uma ordem social justa é impossível, enquanto justiça significar felicidade individual. Uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela procure proporcionar, senão a felicidade individual de cada um, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas*” (Id. *ibid.*, p. 03). E adverte, em sua “*Teoria Pura do Direito*”, que uma teoria do direito positivo deve ter por pressuposto a distinção entre direito e moral e entre direito e justiça, rejeitando, portanto, a concepção teórica “*que pressupõe que apenas existe uma única moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma justiça absoluta*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 75).

Como explicar, sob a perspectiva da existência de uma justiça universal, as posições conflitantes dos contendores?

O problema é exposto com singular clareza por Chaïm Perelman, ante a consideração de que *“cada vez que um conflito opõe adversários, tanto nos tribunais como nos campos de batalha, os dois campos reclamam a vitória da causa justa”*, de maneira que *“se uma voz neutra pleiteia o fim do conflito, graças a uma decisão justa ou pela conclusão de uma paz justa, ninguém a acusará de parcialidade, pois cada qual está convencido de que a justiça triunfará com a vitória de sua própria causa”*<sup>234-235</sup>. De todo modo, como bem adverte o filósofo, *“essa situação paradoxal não deve incentivar-nos a concluir imediatamente que, em todos os conflitos, pelo menos um dos adversários age de má-fé”*<sup>236</sup>. Para Perelman, *“outra explicação é não só possível, mas também a mais verossímil, a saber: os campos opostos não têm a mesma concepção de justiça”*<sup>237-238</sup>. Assim, mesmo considerando que *“a justiça é um valor universal, ou seja, universalmente admitido”*, Perelman assinala que essa *“é também uma noção confusa”*<sup>239</sup>.

Posto isso, para além de assentar se existe (ou não), no plano abstrato, uma justiça universal, cumpre-nos identificar um critério objetivo para a realização, no processo, de algo que possa ser aceito pelos contendores como a justa aplicação do Direito. E, para tanto, recorreremos às discussões filosóficas, mais precisamente ao desenvolvimento da obra de Immanuel Kant<sup>240</sup>

<sup>234</sup> PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 146.

<sup>235</sup> Ainda segundo Perelman, “[...] seja qual for a resposta a esta última pergunta, é fato inegável que a justiça assume rostos diversos, adaptados todas as vezes às teses dos adversários confrontados. E se dizem que, há milênios, nos conflitos públicos e privados, nas guerras e nas revoluções, nos processos e nas disputas de interesses, todos os antagonistas declaram e se empenham em provar que a justiça está do seu lado, que se invoca a justiça todas as vezes que se recorre a um juiz ou a um árbitro, percebe-se a confusão, à primeira vista inextricável, que os usos múltiplos dessa noção não deixaram de provocar” (Id. ibid., p. 147).

<sup>236</sup> Id. ibid., p. 146.

<sup>237</sup> Id. ibid., p. 146.

<sup>238</sup> Ainda sobre a possibilidade de que se configurem divergências entre os intérpretes sobre o que seria a justiça, confira-se a seguinte passagem a obra de Ronald Dworkin: “[...] não seguimos critérios lingüísticos comuns para decidir quais fatos tornam uma situação justa ou injusta. Nossas discussões mais intensas sobre a justiça – sobre o imposto de renda, por exemplo, ou sobre os programas de ação afirmativa – dizem respeito às provas apropriadas para verificar o que é a justiça, e não à adequação (ou não) dos fatos a alguma prova consensual em um caso específico. Um libertário pensa que o imposto de renda é injusto porque se apropria de bens sem o consentimento do seu proprietário. Ao libertário não interessa que os impostos contribuam ou não para a maior felicidade a longo prazo. Um utilitarista, por outro lado, pensa que o imposto de renda só será justo se realmente contribuir para a maior felicidade a longo prazo, e não lhe interessa que haja apropriação de bens sem o consentimento do proprietário” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2ª ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 89-90).

<sup>239</sup> PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 146.

<sup>240</sup> Cfr.: KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, cit.

por Jürgen Habermas<sup>241</sup> e Chaïm Perelman<sup>242</sup>, opção teórica que se funda, sobretudo, na constatação de que o filósofo, enquanto elemento externo ao ambiente construtivo do Direito, talvez seja, entre os teóricos, o único que possui o distanciamento necessário ao descortino do problema da justiça. Afinal, como disse Perelman, “o filósofo não é, como o juiz, encarregado de fazer que se respeite a ordem estabelecida; tampouco deve, como o político, se amoldar aos desejos de seus eleitores para ganhar-lhes os votos”, de modo que, “se existe uma missão, que seria a do filósofo, é a de ser o porta-voz da razão e o defensor dos valores universais, que se supõem válidos para todos os homens”<sup>243</sup>.

Destarte, seguindo conselho que nos foi generosamente outorgado por Kelsen na passagem doutrinária anteriormente citada<sup>244</sup>, propomo-nos a reformular as indagações relativas ao problema da justiça, transportando-as da ótica interna dos agentes para o âmbito de uma “razão comunicativa”, concebida como um processo de justificação da verdade, no corpo do qual a construção de uma proposição valorativa válida exige a consideração e a avaliação das opiniões de todos aqueles interessados na formação do juízo.

#### **4.1.1. Justiça e moralidade.**

Para Kant, “a razão pura é por si só prática e dá (ao homem) uma lei universal, que chamamos lei moral”<sup>245</sup>. O filósofo alemão divide as proposições valorativas dos atores sociais, chamadas por ele de princípios práticos, em “máximas” e “imperativos”. As “máximas” são subjetivas, isto é, relacionam-se ao sujeito, caractere individualista que as tornam não-universalizáveis. Os “imperativos”, de seu turno, são objetivos, já que têm a pretensão de valer para todos. Kant os decompõe em “imperativos hipotéticos”, que são

---

<sup>241</sup> Cfr.: [HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003]; [HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003]; [HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução de Lúcia Aragão Cipolla. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002]; [HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007]; e [HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*. In: STEIN, E & BONI, Luiz A. de. *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 288-304].

<sup>242</sup> Cfr.: PERELMAN, Chaïm, op. cit.

<sup>243</sup> Id. ibid., p. 194

<sup>244</sup> No sentido de que, para resolução do problema de que nos ocupamos, devemos apenas tentar “perguntar melhor” (KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*, cit., p. 01).

<sup>245</sup> KANT, Immanuel, op. cit., p. 107.



aqueles relacionados a “regras técnicas” e a “conselhos de prudência”, inerentes ao campo da ética; e “imperativos categóricos”, que são aqueles incondicionais, ou seja, que admitem “testes de universalização”, isto é, que se relacionam àquilo que pode ser considerado “bom para todos”<sup>246</sup>, algo que, em Kant, remete à moralidade e à justiça<sup>247</sup>.

Habermas também relaciona a justiça à moral, assentindo com a proposição de Kant quanto serem os mandamentos morais deduzidos a partir de “imperativos categóricos” (ou incondicionados)<sup>248-249</sup>. Entretanto, divergindo de Kant, Habermas não coliga a “razão prática” apenas e tão-somente à moral, ou à justiça. Segundo Habermas, “dependendo de como o problema se põe, a questão ‘que devo fazer?’ ganha um significado pragmático, ético ou moral”<sup>250</sup>. Para ele, a “razão prática” pode ser apreendida em três níveis distintos: o nível pragmático<sup>251</sup>, correspondente ao que é útil para o indivíduo; o nível ético<sup>252</sup>, correspondente

<sup>246</sup> São bastante ilustrativas, a propósito, as seguintes observações tecidas por Norberto Bobbio a pretexto de esclarecer a terminologia empregada por Kant: “[...] imperativos categóricos são aqueles que prescrevem uma ação boa em si mesma, isto é, uma ação boa em sentido absoluto, que deve ser cumprida incondicionalmente, ou com nenhum outro fim a não ser o seu cumprimento enquanto ação devida. É um imperativo categórico o seguinte: “Não se deve mentir”. Imperativos hipotéticos são aqueles que prescrevem uma ação boa para atingir um fim, isto é, uma ação que não é boa em sentido absoluto, mas boa somente quando se deseja, ou se deve, atingir um fim determinado e, assim, é cumprida condicionalmente para a obtenção do fim. É um imperativo hipotético o seguinte: “Se você quiser sarar do resfriado, deve tomar aspirina”. Os imperativos categóricos seriam próprios, segundo Kant, da legislação moral, e podem, portanto, ser chamados de normas éticas” (BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, Edipro, 2003. p. 93).

<sup>247</sup> Cfr.: KANT, Immanuel, op. cit., p. 109.

<sup>248</sup> Em suas palavras: “O imperativo categórico, segundo o qual uma máxima é justa apenas se todos podem querer que ela seja seguida por cada um em situações comparáveis, é o primeiro a romper com o egocentrismo da ‘regra de ouro’ (‘Não façam a ninguém aquilo que não queres que te façam’). Cada um ‘tem de’ (muss) poder querer que a máxima de nossa ação se torne uma lei universal. Apenas uma máxima capaz de universalização a partir da perspectiva de todos os envolvidos vale como uma norma que pode encontrar assentimento universal e, nesta medida, merece reconhecimento, ou seja, é moralmente impositiva. A questão ‘Que devo fazer?’ é respondida moralmente com referência àquilo que se deve fazer (was man tun soll). Mandamentos morais (moralische Gebote) são imperativos categóricos ou incondicionados que exprimem normas válidas ou fazem implicitamente referência a elas. Apenas o sentido imperativo desses mandamentos pode ser entendido como um ‘dever’ (sollen) que não é dependente nem de fins ou preferências subjetivas, nem da meta, para mim absoluta, de uma vida boa, uma vida de êxito ou não-malograda” (HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 294-295).

<sup>249</sup> Cfr.: LUCHI, José Pedro. *Propedêutica habermasiana ao direito*. In: Sofia: Revista de Filosofia, nº. 07. Vitória: UFES, 2001. p. 175-200.

<sup>250</sup> HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 295.

<sup>251</sup> Conforme Habermas, “o terminus ad quem de um discurso pragmático correspondente é a recomendação de uma tecnologia adequada ou de um programa exequível” (Id. ibid., p. 295).

<sup>252</sup> Ainda recorrendo à literalidade das observações tecidas pelo filósofo: “o terminus ad quem de um discurso ético-existencial correspondente é um conselho para a orientação correta na vida, para a realização de um modo pessoal de vida. Uma outra coisa é, por sua vez, o julgamento moral de ações e máximas. Ele serve à elucidação de expectativas legítimas de comportamento em face de conflitos interpessoais que atrapalham o convívio regulado de interesses antagônicos. Neste caso, trata-se da fundamentação e da aplicação de normas que estabelecem deveres e direitos recíprocos. O terminus ad quem de um discurso prático-moral

ao que é bom para o indivíduo<sup>253</sup>; e o nível moral, correspondente ao que é justo, ou seja, ao que é “*bom para todos*”<sup>254</sup>. Habermas relaciona a “razão prática” à “capacidade (*Vermogen*) de fundamentar imperativos onde se modifique, conforme a referência à ação ou tipo de decisões a serem tomadas, não apenas o sentido ilocutório do ‘ter de’ (*müssen*) ou do ‘dever’ (*sollen*), mas também o conceito de vontade que deve poder ser determinada a cada momento por imperativos fundamentados racionalmente”<sup>255</sup>. Para Habermas, a “razão prática”, longe de se identificar sempre com a moral<sup>256-257</sup>, por meio da realização de “imperativos categóricos”, também se volta “para o arbítrio do sujeito que age segundo a racionalidade de fins, para a força de decisão do sujeito que se realiza autenticamente ou para a vontade livre do sujeito capaz de juízos morais, conforme seja usada sob os aspectos do adequado a fins, do bom ou do justo”<sup>258</sup>.

Nesse contexto, passam integrar o objeto de análise da filosofia, no campo da justificação das valorações pessoais, não apenas os “imperativos categóricos”, relacionados ao agir em nível moral, mas, também, as “metas” e “preferências”, relativas ao agir em nível pragmático<sup>259</sup>, e as “máximas”, ínsitas ao agir em nível ético, especificadas por Habermas como “as menores unidades de um entrelaçamento de hábitos praticados, nos quais se concretizam a identidade e o projeto de vida de uma pessoa (ou de um grupo)”<sup>260</sup>. Na visão de Habermas, as “máximas” constituem o ponto de interseção entre a ética e a moral, já que podem ser julgadas simultaneamente sob ambos os pontos de vista (da ética e da moral).

---

correspondente é uma compreensão sobre a solução justa de um conflito no âmbito do agir regulado por normas” (HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 295-296).

<sup>253</sup> Segundo Habermas: “decisões de valor grave são tratadas, desde Aristóteles, como questões clínicas (*klinisch*) do bem viver. Uma decisão ilusória – o relacionamento com um parceiro errado, a escolha equivocada de alternativas profissionais – pode ter como consequência uma vida malograda. A razão prática, que neste sentido tem como objetivo não apenas o possível e o que é adequado a fins, mas também o bom, move-se então, se seguimos o uso clássico da linguagem, no âmbito da ética” (Id. *ibid.*, p. 291).

<sup>254</sup> Id. *ibid.*, p. 296.

<sup>255</sup> Id. *ibid.*, p. 296.

<sup>256</sup> Se em Kant, “razão prática” e moralidade coincidem (Cfr.: KANT, Immanuel, op. cit., p. 109), em Habermas, “apenas na autonomia, razão e vontade são uma só” (HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 296).

<sup>257</sup> A propósito, confira-se, também: LUCHI, José Pedro. *Propedêutica habermasiana ao direito*, cit.

<sup>258</sup> HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 296.

<sup>259</sup> Id. *ibid.*, p. 292.

<sup>260</sup> Id. *ibid.*, p. 294.

A compreensão dessa assertiva demanda a avaliação pontual de exemplo proposto por Habermas, que supõe a utilização de uma “*manobra de engodo*” para a consecução de um determinado fim. Semelhante opção, se desenvolvida pelo agente, lastrear-se-ia em uma sua meta pessoal, inscrevendo-se, assim, no nível do agir pragmático. Essa atuação, no entanto, pode ser inibida pela consciência do agente, quer sob o ponto de vista da ética, quer no nível do agir moral. Com efeito, “*a máxima de praticar também uma vez uma manobra de engodo pode não ser boa*” para o agente, especificamente “*quando não se enquadra à imagem da pessoa que gostaria de ser e que, como tal*” ele quer ser reconhecido, o que o conduziria, então, a agir eticamente, impedindo-o de praticar o cogitado expediente pragmático. Do mesmo modo, essa atuação hipotética pode ser considerada injusta pelo agente, “*se sua obediência universal não for igualmente boa para todos*”, em situação em que a sua valoração pessoal orientar-se-ia por um juízo moral<sup>261</sup>.

Nada obstante, abstraída essa divergência quanto à natureza das valorações que compõem a formação da “*razão prática*”, é certo que a justiça, tanto em Kant, quanto em Habermas, relaciona-se ao agir moral, ou seja, à moralidade.

#### **4.1.2. Justiça e “razão comunicativa”.**

Nessa senda, Habermas, como Kant, sustenta que “*a exigência da correção das afirmações normativas as apóia na validade presuntiva de uma norma estabelecida sobre fundamentos*”, num contexto em que apenas “*mandamentos morais (e normas do direito que, como por exemplo, os direitos do homem, são por si só justificados moralmente) exigem validade absoluta como asserções, isto é, reconhecimento universal*”<sup>262</sup>. De todo modo, as teorias de um e outro filósofo entram novamente em conflito quando se referem ao procedimento adotado para a fundamentação da “*razão prática*”, já que, para Kant, ela é aferida “*a priori*”, num processo de justificação que se opera em âmbito interno, isto é, através de um diálogo que o agente mantém consigo mesmo<sup>263-264</sup>, ao passo que, para Habermas, ela é apropriada em

---

<sup>261</sup> HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 294.

<sup>262</sup> HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*, cit., p. 63.

<sup>263</sup> KANT, Immanuel, op. cit.

<sup>264</sup> Cfr., também: LUCHI, José Pedro. *Propedêutica habermasiana ao direito*, cit.

um ambiente comunicativo, num contexto em são consideradas as opiniões de todos aqueles interessados na formação do juízo<sup>265-266</sup>.

Habermas afirma que “*de um teste de universalização levado a efeito de maneira egocêntrica, não se segue ainda que uma máxima seja aceita por todos como fio de prumo moral de seu agir*”, advertindo que uma conclusão desse tipo somente seria correta se a valoração pessoal do agente fosse “*a fortiori*” congruente com a valoração de todos os outros indivíduos envolvidos no processo decisório, pois, nas suas palavras, “*aquilo que de minha perspectiva é igualmente bom para todos residiria de fato no interesse igual de todos apenas se minha identidade e meu projeto de vida refletissem uma forma de vida universalmente válida*”<sup>267</sup>. Daí que, em sua compreensão, “*as normas morais devem poder encontrar, acima dos limites históricos e culturais dos mundos sociais tão variados, o reconhecimento racionalmente motivado de todos os sujeitos capazes de linguagem e ação*”<sup>268</sup>.

Esse é o ambiente teórico em que pretendemos identificar um critério objetivo para aferimento do justo. Habermas, e também Perelman<sup>269</sup>, argumentam que a justiça sobressai da opinião abalizada de um “*auditório universal*”, composto por membros da comunidade aptos a justificar racionalmente, por meio do discurso, tomadas de posição no nível do agir moral<sup>270</sup>.

Conforme Habermas:

---

<sup>265</sup> HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 296.

<sup>266</sup> Semelhante perspectiva também é sustentada pelos adeptos do formalismo-valorativo, como se percebe da seguinte passagem da obra de Zaneti: “*No processo a verdade como “pretensão de correção” da decisão judicial jamais poderá ser obtida a priori. A lógica apriorística, que por muito tempo ornou com foros de justiça a falácia da subsuntividade perfeita (fato/norma) mostra-se, no presente, pobre e contrária à complexidade do direito e da vida, portanto injusta na essência. A decisão judicial segue sendo sempre o resultado do caminho percorrido para a sua obtenção, controlada, debatida, jamais fazendo raciocínios puristas que transformam o direito na simples abstração dos juristas em seus gabinetes, afastando-o da justiça, seu objetivo teleológico*” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 193-194).

<sup>267</sup> HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 294.

<sup>268</sup> HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*, cit., p. 63.

<sup>269</sup> PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 194.

<sup>270</sup> A propósito, Samuel Meira Brasil Júnior nos recobra de que, para Perelman, o “*auditório*” divide-se em universal (que “*consiste no conjunto de pessoas que somente podem ser convencidas por meio de argumento válido*”) e particular (“*conjunto de pessoas que podem ser persuadidas por intermédio de argumento eficaz*”) (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 74). De todo modo, apenas nos referimos, nesta sede, ao “*auditório universal*”, pois é a ele que se refere o intérprete quando busca convencer os seus interlocutores acerca da validade de determinada proposição jurídico-normativa. É o que se infere da seguinte passagem da obra do professor capixaba: “*No âmbito do direito processual, o juiz é o representante do auditório universal, e não do particular. O juiz deve fundamentar sua decisão em razões suficientes para convencer por um argumento técnico (em termos jurídicos) e um cultural (em termos de justiça ou valores culturais). Sua decisão deve ser racional (justificada formalmente) e razoável (substancialmente justificável). Os oradores, as partes, são*

“Um outro grupo de problemas se coloca quando passamos a considerar os pressupostos pretensiosos e contrafáticos do agir comunicativo, que devem assegurar às pretensões de validade o caráter de incondicionalidade. Esse *segundo nível de idealização* determina, inclusive, a constituição da realidade social, de tal modo que todo acordo obtido comunicativamente e que torna possível a coordenação de ações, bem como a estrutura complexa de interações e a interligação de *seqüências* de ações, mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo de pretensões criticáveis, conferindo destarte uma função-chave ao funcionamento dos jogos de linguagem cotidianos e às tomadas de posição em termos de sim/não, que se apóiam numa dupla negação. Tais tomadas de posição carregam os fatos sociais, criados por elas, com uma tensão ideal, pois reagem a pretensões de validade, as quais, para serem justificadas, pressupõem o assentimento de um auditório idealmente ampliado”<sup>271</sup>.

Perelman, de seu turno, refere a essa “*razão comunicativa*” como “*a faculdade de cada ser humano normal [...] que lhe permite ver evidências*”, as quais, “*impondo-se à razão de um apenas, se imporão por isso mesmo a todos os seres dotados de razão*”, de modo que “*essa faculdade, própria de cada qual e comum a todos os homens, deve, de fato, graças à intuição, apreender verdades universalmente válidas*”<sup>272</sup>. E, nesse contexto, adverte que a sua acepção da razão difere da concepção clássica, dispondo que não enxerga nela “*uma faculdade oposta a outras faculdades do homem*”, mas a concebe, a razão, “*como um auditório privilegiado, o auditório universal*”<sup>273</sup>.

Perelman descreve o procedimento de dedução da “*razão prática*” (e, a partir dela, da moral e da justiça) perante o “*auditório universal*” no seguinte trecho da obra “*Ética e Direito*”:

“[...] o apelo à razão é apenas uma tentativa de convencer, mediante o discurso, os membros desse auditório, composto daquilo a que o senso comum chamaria homens razoáveis e informados. É a eles, ou pelo menos ao auditório universal tal como ele o imagina, com suas convicções e suas aspirações, que o filósofo se dirige, é a ele que quer convencer, a partir das teses e por meio de argumentos que acha aceitáveis para cada um de seus membros.

[...]

Para elaborar uma argumentação assim, o filósofo é mesmo obrigado a formar uma idéia desse auditório que quer convencer, idéia que pode não coincidir com a realidade. É por isso que as teses do filósofo, para serem aprovadas, devem ser submetidas à aprovação efetiva dos membros desse auditório. Estes podem contestar

---

*aqueles que deduzem argumentos, buscando convencer o julgador. Quando o juiz expõe as “razões de seu convencimento”, ele declara as premissas que autorizaram (fundamentaram, motivaram, justificaram) sua decisão (conclusão, dispositivo). O juiz indica o argumento vitorioso. A exigência de fundamentação das decisões decorre da necessidade de controle (limite) das decisões. Assim, o tribunal ad quem pode verificar se o argumento é válido e aceitável para convencer o auditório universal. Ou seja, para convencer inclusive a doutrina (argumentos técnicos) e o homem médio (justiça da decisão)”* (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 76).

<sup>271</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade - Vol. I*, cit., p. 38-39.

<sup>272</sup> PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 202.

<sup>273</sup> Id. ibid., p. 202-203.

as convicções e as aspirações que o filósofo lhes atribui, opor-se ao modo como as seleciona, as formula e as precisa dada as necessidades de seu discurso, assim como argumentação com a qual fundamenta as conclusões a que chega. Sem a possibilidade sempre aberta do diálogo, sem uma disposição para ouvir as críticas, que terá de levar em conta se não tem condições de refutá-las, o filósofo não pode pretender transcender as crenças, os interesses e as aspirações dos grupos particulares a que se dirige, entre outros, o teólogo ou o político<sup>274</sup>.

O leitor mais atento já deve ter se dado conta, a essa altura, de que a transposição da justificação da “razão prática” do âmbito interno dos agentes para o ambiente comunicativo não é meramente retórica. Se, no campo das valorações pessoais, temos, como bem evidencia Kelsen<sup>275</sup>, sérias dificuldades em conceituar a moral e a justiça como valores universais, tal argumento não se sustenta em um ambiente comunicativo, no curso do qual, com disse Perelman, “a solução dos problemas suscitados por esse cotejo não será nem evidente nem arbitrária”, já que “será dada graças a um posicionamento do teórico, que resultará de uma decisão pessoal, apresentada, porém, como válida para todas as mentes razoáveis”<sup>276</sup>. A propósito, Perelman esclarece que essa decisão racional, não sendo tomada “por mera conformidade à evidência e não se apresentando como infalível, não se arrisca a fornecer um fundamento a um despotismo esclarecido, que escapa a qualquer controle e a qualquer crítica”, já que, a toda evidência, “as soluções contingentes e manifestamente perfectíveis apresentadas pelos filósofos só poderiam pretender-se razoáveis na medida em que são submetidas à aprovação do auditório universal”<sup>277</sup>.

Sob essa ótica, que pressupõe a justificação da “razão prática” dentro de um ambiente comunicativo, idealizado a partir da reconstrução, por Habermas e Perelman, do “imperativo categórico” de Kant, podemos identificar a justiça (assim como a moral) com a racionalidade<sup>278</sup>, ou com essa “razão comunicativa”. Perelman resume a tese segundo a qual é viável a dedução da idéia de justiça a partir de juízos racionais concebidos em semelhante ambiente comunicativo nessa outra passagem de sua obra:

“Uma regra é injusta quando é arbitrária, quando constitui um desvio injustificado em relação aos costumes e aos precedentes, quando introduz distinções arbitrárias.

<sup>274</sup> PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 202-203.

<sup>275</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*, cit., p. 2.

<sup>276</sup> PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 398.

<sup>277</sup> Id. *ibid.*, p. 399.

<sup>278</sup> A tese segundo a qual a justiça pode ser deduzida a partir de juízos racionais também encontra amparo na doutrina de Tércio Sampaio Ferraz, para quem “não se pode negar que, no correr dos séculos, racionalidade e irracionalidade conjugam-se com a idéia de justiça e de injustiça” (FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 347-348).

Uma distinção é arbitrária quando não é justificada racionalmente. Os critérios e os valores utilizados no processo de justificação serão irracionais se manifestarem um posicionamento parcial, se constituírem uma defesa de interesses particulares, inaceitável para o auditório universal.

À minguia de critérios absolutos, de evidências irrefragáveis, os critérios e os valores que servem para justificar as regras de ação não podem ser subtraídos à crítica. Aqueles que aspiram a mais justiça nas relações humanas devem estar prontos para levar em conta todas as acusações de parcialidade proferidas a seu respeito.

À minguia de critérios impessoais, suas teses filosóficas fornecem a justificação suprema das convicções e das aspirações do filósofo, sua última palavra em questão de racionalidade e de justiça<sup>279</sup>.

Essa racionalidade a que nos referimos, por óbvio, “*não remete a uma razão definida como reflexo ou iluminação de uma razão divina, invariável e perfeita, mas a uma situação puramente humana, à adesão presumida de todos aqueles que consideramos interlocutores válidos no que tange às questões debatidas*”, como disse Perelman<sup>280</sup>. Até porque, como leciona o filósofo, adiante, “*o recurso aos membros do auditório universal, para concretizar a idéia do razoável, não pode deixar de nos remeter a uma antropologia, a uma teoria do homem, assim como ao dever do diálogo*”<sup>281</sup>.

Por isso propomos, neste trabalho, a designação da justiça como resultado das discussões travadas no âmbito desse ambiente comunicativo, isto é, no contexto de um procedimento que garanta aos interessados na formação do juízo a plena consideração e a ampla discussão de todas as proposições apresentadas com vistas a influir no processo decisório.

#### **4.2. A justiça como resultado de valorações racionais transcendentais ao direito positivo.**

O recurso a um “*auditório*” hipotético como foro a que são dirigidos os argumentos dissidentes sobre uma determinada questão, quando conjugada a noção de que, tais argumentos, para serem acolhidos, precisam demonstrar-se fundados na “*razão prática*” concebida no nível do agir moral (ou seja, no que é justo, ou no que é “*bom para todos*”), redonda num critério absolutamente democrático para a apreensão do que é a justiça. Nossa perspectiva, então, que será minudenciada na seqüência deste nosso estudo, é que racionalidade (discurso) e comunicação (debate) propiciam, respectivamente, a efetiva

<sup>279</sup> PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 205-206.

<sup>280</sup> Id. ibid., p. 399.

<sup>281</sup> Id. ibid., p. 399.

realização, no processo, dos “valores” e do “*formalismo*”, dantes qualificados como pré-condições necessárias à justa aplicação do Direito, que se não se resume uma aplicação mecânica dos textos legais, também não se legitima se não for orientada pelo conhecimento (que decorre da garantia do contraditório) e pela valoração (que decorre do dever de motivação) da opinião dos contendores, que externam, cada qual sob o seu ponto de vista, as razões que, no seu modo de ver, justificam a prevalência dessa ou daquela tese<sup>282</sup>. A idéia subjacente a semelhante proposição é que será justo aquilo que puder ser aceito pelo “*auditório*” (comunicação) como valoração racional (discurso) tendente à justa aplicação do Direito.

Samuel Meira Brasil Júnior, referindo à obra de Perelman, busca transportar o “*modelo*” do “*auditório universal*” para dentro do processo judicial, ressaltando que, nesse contexto, o Juiz é o representante do “*auditório*”, devendo, portanto, “*fundamentar sua decisão em razões suficientes para convencer por um argumento técnico (em termos jurídicos) e um cultural (em termos de justiça ou valores culturais)*”<sup>283</sup>. Assim dispondo, deixa claro que não apenas a lei, mas também que também a doutrina e a percepção do homem médio devam figurar como destinatários da argumentação desenvolvida pelo “*auditório*”<sup>284</sup>.

No que toca à doutrina, o ilustre professor capixaba dispõe que não é admissível uma decisão judicial absolutamente contrária a uma doutrina consolidada, ao menos “*sem dar uma razão coerente para deixar de adotar aquele posicionamento*”<sup>285</sup>. A propósito, Samuel Brasil adverte, muito propriamente, que “*a doutrina não pode ser ignorada como se fosse um nada*” e que “*a racionalidade de uma decisão está precisamente na inexistência de argumentos contrários ou na força prevalecente do argumento, ainda que o argumento seja proveniente da doutrina*”, para concluir, adiante, que “*se a doutrina indica um argumento racional, não é possível ignorá-lo, argumentando não se tratar de lei ou jurisprudência dominante*”<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> Tal compreensão, além de acomodar, no seio da Teoria, as objeções levantadas acerca do pretense caráter antidemocrático da idéia subjacente à criação do direito pelos Juizes (que serão expostas e valoradas no Tópico 6.2 do Capítulo 6 deste trabalho), culmina por legitimar o paradoxo metodológico a que nos referimos no intróito deste estudo, pois não fosse a natural tensão entre proposições teóricas conflitantes sobre qual seria a solução ideal para a contenda, externadas a partir da tese e da antítese, o órgão judicante não estaria habilitado (e tampouco legitimado) a entregar uma prestação jurisdicional vocacionada à realização da justiça.

<sup>283</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 76.

<sup>284</sup> Id. ibid., p. 75-76.

<sup>285</sup> Id. ibid., p. 75.

<sup>286</sup> Id. ibid., p. 75/nota de rodapé.



No que concerne à percepção do homem médio, Samuel Brasil nos recobra de que “o processo define-se, também, por seu escopo, que é o resultado mais justo na solução das controvérsias”, dispondo, na seqüência, que “a aceitação do resultado não advém, apenas, de informações técnicas ou da aptidão para tratar essas informações”, também decorrendo “do aspecto cultural de um respectivo grupo social”. Daí a sua proposição a que o conceito de “auditório universal” seja “ampliado para incluir também o homem médio, capaz de discernir sobre o argumento mais justo”, com vistas a que a motivação das decisões judiciais também seja “capaz de convencer o homem médio por seu conteúdo social ou moral (axiológico)”<sup>287-288</sup>.

O que propõe o jurista é que a decisão judicial deva “ser racional (justificada formalmente) e razoável (substancialmente justificável)”, pois se “os oradores, as partes, são aqueles que deduzem argumentos, buscando convencer o julgador” e se o Juiz, quando “expõe as razões de seu convencimento [...] declara as premissas que autorizaram (fundamentaram, motivaram, justificaram) sua decisão (conclusão, dispositivo)”<sup>289</sup>, indicando o argumento vitorioso, a exigência de fundamentação das decisões é condição necessária a que se proceda ao controle do ato jurisdicional. Até porque se esse cuidado não for observado pelo julgador o Tribunal “ad quem” não terá condições de “verificar se o argumento é válido e aceitável para convencer o auditório universal”, isto é, “para convencer inclusive a doutrina (argumentos

<sup>287</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 76.

<sup>288</sup> É de se ver, ao ensejo, que esse recurso a um “auditório universal”, assim como a correspondência da idéia de justiça a juízos de racionalidade, embora possa parecer, a primeira vista, inusitado, não é de todo estranho à experiência jurídica brasileira. Depreendemos, em sede pretoriana, uma série de decisões que relacionam aspectos do julgamento àquilo que é comumente designado no jargão forense como “a visão (ou a percepção) do homem médio”. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RMS nº 18.534, relatado pelo saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, em cuja ementa restou assentado, taxativamente, que “à falta de conceito legal [...] a autoridade deverá guiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo”. Idêntica inclinação foi adotada mais recentemente por aquela Corte Suprema, quando, em acórdão relatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, estabeleceu que a atuação de advogados, membros do Ministério Público e magistrados “há de estar voltada à atenção ao desempenho profissional do homem médio” (HC nº 71.408/RJ). Também o Superior Tribunal de Justiça, Corte que, entre nós, assume as nobres funções de guardião da legalidade e de unificação pretoriana, ostenta, no ementário da sua jurisprudência, julgados que referenciam a visão (ou a percepção) do “homem médio” como critério supletivo para a aplicação da justiça. É o que se vê, exemplificativamente, no julgamento do HC nº 52.620, relatado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em cuja ementa restou assentado, de forma expressa, que “a ofensividade mínima no caso do crime de falsificação de moeda [...] não está diretamente ligada ao montante total contrafeito, mas sim à baixa qualidade do produto do crime, de sorte que seja incapaz de iludir o homem médio”. Valoração semelhante pode ser encontrada no julgamento dos RESP’s nº 698.517 e 796.215, relatados, respectivamente, pelos Ministros Luiz Fux e José Delgado. No primeiro desses julgados aquela Corte Superior de Justiça assentou que “o erro material é aquele que pode ser verificado a partir de critérios objetivos”, ou seja, que seja que é “identificável por todo homem médio”; no outro, relacionou ao “senso do homem médio comum” as noções de razoabilidade e proporcionalidade.

<sup>289</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 76.

*técnicos) e o homem médio (justiça da decisão)*<sup>290</sup>, como disse, adiante, Samuel Meira Brasil Júnior.

Note-se, da argumentação, que o professor Samuel Brasil, mesmo referindo, em sua obra, à teoria da instrumentalidade do processo<sup>291</sup> (que, como dissemos, tem por premissa metodológica a atribuição à jurisdição de uma posição central na Teoria), advoga, nessa passagem de sua obra, algo substancialmente distinto (e muito mais avançado) do que a conhecida (e criticada) proposição de Dinamarco (reverberada em sede acadêmica por parte considerável dos seus discípulos) no sentido de que o processo tem por escopo a realização de um direito material pré-existente, que redundou na compreensão, dantes externada, de que, sob a tecnologia instrumentalista, a realização da justiça no processo estaria restrita à flexibilização do formalismo processual em favor da efetiva realização do direito positivo. O que nos sugere o processualista capixaba na argumentação dantes apresentada, e também quando dispôs, noutra passagem, que “*não apenas na formulação de normas abstratas (leis), mas, principalmente, na composição da lide, através da jurisdição*”, o direito “*contém uma pretensão de correção*”<sup>292</sup>, é que a realização da justiça no processo deve ser implementada sob a ótica da teoria da argumentação jurídica, sustentada, entre outros, pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy<sup>293</sup>.

Semelhante proposição abre campo para afirmarmos, com base na doutrina de Samuel Brasil<sup>294</sup>, que o Direito é criado no contexto da sua aplicação casuística, a partir da reconstrução normativa do direito positivo pelos intérpretes<sup>295</sup>. E que, sob essa ótica, o Direito, notadamente aquele que sobressai da sua justa aplicação, longe de identificar-se pura e simplesmente com o que resta prescrito nos textos legais, origina-se, a bem da verdade, das valorações racionais exercidas pelos intérpretes a pretexto de compreendê-lo e aplicá-lo. Como tais valorações pressupõem, quando menos, a extração, pelos intérpretes, da

---

<sup>290</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 76.

<sup>291</sup> Id. ibid., p. 01-02.

<sup>292</sup> Id. ibid., p. 72.

<sup>293</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>294</sup> Que, quanto ao particular, parece alinhar-se às posições teóricas defendidas pelos adeptos do formalismo-valorativo.

<sup>295</sup> Como teremos a oportunidade de expor e demonstrar no próximo Capítulo.

“*significação*”<sup>296</sup> dos enunciados normativos que compõem os textos legais, temos que o Direito, sobretudo no contexto da sua justa aplicação, é resultado de valorações racionais transcendentais ao direito positivo.

Por esse motivo, e também porque consideramos inadequada a compreensão segundo a qual será justo tudo quanto resta prescrito nos textos legais<sup>297</sup>, divisamos a justiça como resultado dessas valorações racionais transcendentais ao direito positivo concebidas e implementadas no contexto de sua aplicação casuística, mormente no ambiente processual, desde que estruturadas em um ambiente dialético (ou comunicativo), que orienta e legitima essa atividade criativa dos intérpretes.

---

<sup>296</sup> Como também demonstraremos na seqüência, o Direito aplicado ao caso concreto, mesmo sob a égide do positivismo jurídico, é resultado da atividade intelectual dos intérpretes. Nesse contexto, o intérprete atua como “*sujeito*” que, tomando o direito positivo como “*suporte físico*” e as suas pré-compreensões pessoais acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (direito) ou da conduta humana à qual essa norma em princípio se aplica (fato) como “*significado*”, deduz, adiante, a norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso (então depreendida, por meio de exercício hermenêutico), que representa a “*significação*” que o jurista atribui ao seu “*objeto cognoscente*”.

<sup>297</sup> Como se a tarefa do jurista estivesse restrita a uma aplicação mecânica de um direito material pré-existente, pautada na compreensão de que o direito positivado nos textos legais é algo perfeito e acabado, cuja realização demanda única e exclusivamente atos de subsunção.

## 5. SOBRE O CARÁTER NORMATIVO DA ATIVIDADE COGNITIVA DESENVOLVIDA NO PROCESSO.

A adoção da premissa, sustentada ao final Capítulo anterior, segundo a qual a justiça é resultado de valorações racionais transcendentais ao direito positivo (o que implica assumir que o justo, diversamente do que afirmam os adeptos de uma versão extremista do positivismo jurídico, não necessariamente reproduz o que resta prescrito nos textos normativos<sup>298</sup>), impõe àquele que se dedica ao estudo da temática da realização da justiça no processo o enfrentamento da questão relativa ao suposto caráter normativo da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes no processo judicial. É esse, pois, o objeto deste Capítulo.

A propósito, Pontes de Miranda leciona que embora seja certo que é o legislador quem faz a lei, o Direito também é feito por aparelhos jurisferantes, entre os quais se situa o Juiz, a quem compete, todavia, no estrito cumprimento deste desiderato, preservar “*a origem democrática da lei, princípio básico nos países civilizados*”<sup>299</sup>. Destarte, se o Juiz não deve “*ignorar ou descurar os preceitos do ordenamento jurídico ao dirimir os litígios que lhe são submetidos*”, tal não impede que ele, em vista dos dados peculiares a cada um desses litígios, “*conclua, por vezes, que a regra de direito positivo que lhe seria aplicável por mera subsunção, ocasionaria efeitos indesejáveis ou inaceitáveis*”, situação em que, por obediência ao Direito, deverá ele “*afastar essa regra ou descobrir-lhe novo sentido, buscando dar ao caso tratamento consentâneo com as exigências da justiça*”<sup>300</sup>, como disse Plauto Farraco de Azevedo.

Nesse sentido, sustentamos, com Alberto Spota, que “*a jurisprudência, ou seja, a práxis judicial ou uso forense, tende a criar um novo direito, dentro do marco de possibilidades do texto legal, tratando de preencher a lacuna entre a lei e a autêntica vida jurídica*”, impedindo “*que o processo de cristalização do direito ocasione o divórcio entre a lei e a vida do direito, entre a norma e o direito que em realidade vige*”<sup>301</sup>. Daí que, como disse Mitidiero, o Juiz tem (ou deve ter) “*solene compromisso com a justiça*”, que lhe preordena não apenas a

<sup>298</sup> Cfr.: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 230.

<sup>299</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações - Tomo I*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 246.

<sup>300</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de, op. cit., p. 70.

<sup>301</sup> SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência*. Tradução de Jorge Trindade. Porto Alegre: SAFE, 1987. p. 12.

“participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à descoberta de fatos relevantes à correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente)” a buscar oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça<sup>302</sup>. Isso porque, como adverte o professor gaúcho, o Direito, em tal conjuntura, “deixa de ser apenas um elemento pré-dado pelo legislador, a que cabe o juiz tão-somente declarar numa atividade mecânica, para ser compreendido como um problema que deve ser resolvido pelas partes e pelo juiz, em diálogo, a fim de que se encontre a solução mais justa para o caso concreto”<sup>303</sup>.

Feitas essas considerações introdutórias, procuraremos compreender, nas linhas que se seguem, como se processa essa reconstrução do direito positivo pelos intérpretes no Estado Democrático Constitucional Brasileiro. Para tanto, partiremos das considerações de Kelsen, que refere, em sua teoria pura do direito, à criação de normas concretas pelos intérpretes a partir de uma interpretação normativa do ordenamento jurídico-positivo<sup>304</sup>, para sustentarmos, adiante, em vista do ocaso do paradigma normativo liberal-burguês, preordenado pela paulatina adoção em ambiente legislativo de normas de tecitura aberta, pela constitucionalização dos direitos e pela compreensão de que os ordenamentos jurídico-positivos, em especial aquele que estrutura o Estado Brasileiro, qualificam-se contemporaneamente como sistemas abertos de regras e princípios, que a interpretação jurídica, entre nós, é construída com a pretensão de correção moral do direito, tendendo, portanto, à sua justa aplicação.

### **5.1. Kelsen e a reconstrução normativa do direito positivo pelos intérpretes.**

A tese de que nos ocupamos neste Capítulo, segundo a qual os intérpretes criam direito novo no processo, não encerra nada de novo, ou inusitado. E tal se dá, sobretudo, porque a proposição segundo a qual seria possível ao intérprete a aplicação mecânica de um direito material pré-existente não sobreviveu para muito além do contexto histórico que emoldurou a sua concepção pelos liberais franceses do século XVIII, assim como o seu desenvolvimento

---

<sup>302</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 20-21.

<sup>303</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit. p. 62.

<sup>304</sup> Cfr.: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 04-05.

por seus seguidores de primeira hora<sup>305</sup>. E não se sustenta nem mesmo sob a ótica estrita do pensamento positivista.

Noberto Bobbio, em obra dedicada ao estudo do positivismo jurídico, mesmo advertindo que essa corrente teórica considera tarefa da jurisprudência não a criação, mas a interpretação do Direito<sup>306</sup>, assevera que “*interpretar significa remontar do signo (signum) à coisa significada (designatum), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada*”<sup>307</sup>. O que com isso quis dizer o jurista italiano é que “*a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos*” e, assim, exige interpretação, já que “*a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a idéia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma idéia pode ser expressa de modos diversos (o mesmo objeto, aliás, é indicado em cada língua com um som diverso)*”<sup>308</sup>. Daí a sua conclusão quanto a haver um certo desajuste entre a “*idéia*” e a “*palavra*”, que decorre da circunstância de a “*idéia*” ser mais rica, mais complexa, mais articulada do que a “*palavra*” utilizada para exprimi-la<sup>309</sup>.

Semelhante observação, conquanto singela, é melhor aclarada no contexto da “*semiótica*” (na designação proposta por Charles Sanders Pierce<sup>310</sup>) ou “*semiologia*” (tal como denominada por Ferdinand de Saussure<sup>311</sup>), ramo de conhecimento qualificado por Luiz Alberto Warat como teoria geral dos sistemas sígnicos<sup>312</sup>.

<sup>305</sup> Como acentua, com muita propriedade, Daniel Francisco Mitidiero, “*depois de tudo o que se escreveu no último século no campo da filosofia do direito [...], continuar insistindo na função meramente intelectual do juiz e, portanto, na neutralidade do processo quanto ao direito material, é algo anacrônico, incompatível mesmo com o nosso cotidiano forense*” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 73).

<sup>306</sup> A propósito, confira-se a seguinte passagem da obra do professor italiano: “*O positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas. [...] O positivismo jurídico considera tarefa da jurisprudência não a criação, mas a interpretação do direito*”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 212).

<sup>307</sup> Id. *ibid.*, p. 212.

<sup>308</sup> Id. *ibid.*, p. 212-213.

<sup>309</sup> Id. *ibid.*, p. 213.

<sup>310</sup> PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

<sup>311</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de lingüística geral*. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.

<sup>312</sup> Como nos relata Warat, “*quase simultaneamente, mas de forma independente, na Europa e nos Estados Unidos, Ferdinand de Saussure e Charles Sanders Pierce sugeriram a necessidade de construir uma teoria geral dos sistemas sígnicos*”, sendo que “*o primeiro propôs denominá-la semiologia e o segundo, semiótica*” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 11).

O “*signo*”, em tal conceituação, é a unidade mínima de comunicação; e é composto por três elementos: o “*suporte físico*”, o “*significado*” e o “*significante*”. Nesse contexto, o “*suporte físico*” é designado como a expressão material do “*signo*”, o “*significado*” como o seu objeto real ou imaginário e o “*significante*” como a idéia ou conceito que os intérpretes formam acerca do “*suporte físico*”. Se transpusermos esse “*modelo semiótico*” para o campo da interpretação e aplicação do Direito, teremos no direito positivo o “*suporte físico*”, nas pré-compreensões dos intérpretes acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (direito) ou da conduta humana à qual essa norma em tese se aplica (fato) o seu “*significado*” e na norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso, então construída, por meio de exercício hermenêutico, a “*significação*” que os juristas atribuem ao seu “*objeto cognoscete*”<sup>313-314</sup>.

Destrinchada, nesses termos, a atividade cognitiva exercida pelos intérpretes com vistas à compreensão do direito positivado dos textos legais, assim como à sua ulterior aplicação, temos que o que Noberto Bobbio quis dizer quando referiu a existência de um certo desajuste entre a “*idéia*” (“*significante*”) e a “*palavra*” (“*suporte físico*”) foi que o direito colhido dos textos legais não necessariamente coincidirá com o Direito aplicado ao caso concreto, posicionamento que se demonstra em absoluta consonância com o que disseram José Joaquim Calmon de Passos e Antônio Adonias Aguiar Bastos, em crítica ao instrumentalismo<sup>315</sup>, quanto ser o Direito aplicado à hipótese fática que embasa um determinado litígio judicial criado no ambiente da sua concretização, ou seja, no processo judicial.

Com efeito, se a “*significação*” remonta à “*idéia*” (ou conceito) que o intérprete tem do “*suporte físico*” analisado (no caso, do direito positivo), e se essa percepção (da “*significação*”) é mutável no ambiente cognitivo do direito abstrato, em vista da reconstrução dos conceitos jurídicos pelo intérprete, resultado das suas pré-compreensões acerca da norma jurídica em tese aplicável ou da conduta humana à qual ela se aplica (“*significado*”), não restam dúvidas de que a “*norma concreta*” a ser desvelada não necessariamente reproduzirá o que resta prescrito nos textos legais. E tal ocorre, quando menos, porque essa “*idéia*” (“*significação*”) formada pelo jurista acerca do seu objeto de análise (o direito positivo) é claramente influenciada pelas peculiaridades do caso concreto, isto é, porque a atividade do

<sup>313</sup> Cfr.: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 06-07.

<sup>314</sup> Adiante, no Capítulo 5 deste trabalho, teremos a oportunidade de demonstrar a aplicabilidade prática dessa técnica interpretativa, inclusive por meio de exemplos concretos.

<sup>315</sup> Vide Tópico 3.1 do Capítulo 3 deste trabalho.

intérprete quando procura no ordenamento jurídico-positivo a “*norma abstrata*” capaz de regular o caso submetido à sua avaliação não se dissocia da decomposição do problema apresentado e da identificação, nos fatos, de caracteres e notas capazes de efetivar a ligação do fenômeno aos conceitos<sup>316</sup>.

Essa perspectiva, que, como dissemos, não representa nada de novo, e nem deveria surpreender o leitor, é aceita e sustentada inclusive por Hans Kelsen, que se qualifica, sem qualquer margem a dúvidas, como um dos teóricos mais influentes entre os positivistas contemporâneos, e que concebe, em sua “*Teoria Pura do Direito*”, a norma jurídica como “*esquema de interpretação*”, dispondo, no corpo daquela obra seminal, que “*o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa*”<sup>317</sup>. Kelsen adere a proposição de que o direito positivo figura como objeto da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes, qualificando-o como “*ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano*”<sup>318</sup>. E acentua, noutra passagem, que “*a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa*”<sup>319</sup>.

Disso se infere que, mesmo sob a ótica estrita da teoria pura do direito, é irrefutável a afirmação de que os intérpretes “*põem*” norma no “*sistema*”, embora um tipo bastante específico de norma jurídica, comumente chamada de “*norma concreta*”, e adiante designada por José Joaquim Gomes de Canotilho como “*norma de decisão*”<sup>320</sup>. E de que eles (intérpretes)

---

<sup>316</sup> Adiante demonstraremos em que medida o componente axiológico também influencia a reconstrução do direito positivo pelos intérpretes.

<sup>317</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 04.

<sup>318</sup> Id. *ibid.*, p. 05.

<sup>319</sup> Id. *ibid.*, p. 265.

<sup>320</sup> Eis, ao ensejo, o que escreveu o constitucionalista português acerca da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes a propósito da concretização normativa dos enunciados normativos positivados nos textos legais: “*O processo de concretização normativo-constitucional, iniciado com a mediação do conteúdo dos enunciados lingüísticos (programa normativo) e com a selecção dos dados reais constitutivos do universo exterior abrangidos pelo programa de norma, conduz-nos a uma primeira idéia de norma jurídico-constitucional: modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo e constituído por: (a) uma medida de ordenação lingüisticamente formulada (ou captada através de dados lingüísticos); (b) um conjunto de dados reais seleccionados pelo programa normativo (domínio normativo). [...] A este nível, a norma jurídica é ainda uma regra geral e abstracta, que representa o resultado intermédio do processo concretizador, mas não é ainda imediatamente normativa. Para se passar da normatividade mediata para a normatividade concreta, a*



procedem, assim, à reconstrução do direito positivo, adaptando-o (ou conformando-o) às especificidades e às necessidades do cotidiano da vida.

## 5.2. O ocaso do paradigma normativo liberal-burguês.

Semelhante proposição é reforçada por um dado histórico, consistente no ocaso do paradigma normativo liberal-burguês, outrora concebido no contexto do movimento revolucionário Francês do século XVIII, e adiante propalado pelos teóricos do positivismo. Esse paradigma teve especial importância para a consolidação do Direito enquanto da Ciência<sup>321</sup>, conforme se observa da seguinte passagem da obra de Miguel Reale:

“A Revolução Francesa teve vários reflexos e efeitos que não podemos, aqui, examinar. Dentre as suas conseqüências, devemos, entretanto, destacar uma: foi na época da Revolução Francesa que se advogou a necessidade de um Direito único para a totalidade da Nação. Anteriormente, havia um Direito que resolvia os problemas locais, assim, como havia um Direito de classes, um para a plebe e outro para a nobreza e o clero, com revoltantes desigualdades.

Com a Revolução Francesa, por conseguinte, surge uma realidade histórica de cuja importância muitas vezes nos olvidamos: o *Direito nacional*, um direito único para cada Nação, Direito este *perante o qual todos são iguais*. O princípio da igualdade perante a lei pressupõe um outro: o da existência de um único Direito para todos que habitam num mesmo território.

Com o advento do Código Civil francês e dos que foram elaborados, tomando-o como modelo, passaram os juristas a ter um Direito certo para todos e suscetível de indagação lógica e segura. A Ciência do Direito encontrou, assim, base para poder atingir notável grau de *sistematização*. Não mais o comentário ocasional, para atender a circunstâncias locais, mas um sistema que distribuía a matéria segundo uma ordenação lógica, permitindo a interpretação, a construção e a compreensão unitária das regras vigentes, segundo princípios de caráter geral”<sup>322</sup>.

Referimo-nos, nesse ponto, ao período do Estado Liberal, que se estende até a Primeira Guerra Mundial, e que se caracteriza pela separação dos Poderes (em que, teoricamente, o

---

*norma jurídica precisa de revestir o carácter de norma de decisão. [...] Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a <<medida de ordenação>> nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua <<passagem>> a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1221).*

<sup>321</sup> E foi particularmente importante para a consolidação do modelo judicial moderno, como disse Zaneti (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 160).

<sup>322</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 152-153.

Poder Legislativo assume a precedência e o Poder Judicial resta, na prática, politicamente neutralizado) e pela ascensão do princípio da legalidade e da subsunção racional-formal (que veda a decisão “*contra legem*”, fazendo com que os Tribunais se movimentem em um quadro jurídico-político pré-constituído)<sup>323-324</sup>. Ganha corpo, nesse contexto, imposição a que os Juízes se pronunciem com a “*boca da lei*”, isto é, que tenham atuação restrita à aplicação do direito tal como descrito nos textos legais<sup>325</sup>.

No entanto, semelhante aspiração teórica, concebida a par da necessidade de se atribuir maior segurança jurídica aos negócios da então emergente classe social burguesa, lastreava-se em um liberalismo que foi duramente questionado ao início do Século XX, notadamente a após a propagação do socialismo no Leste Europeu e a consolidação em algumas nações do Velho Continente do que doravante se convencionou chamar Estado Social<sup>326</sup>. Daí que, se a Modernidade é marcada pela preocupação dos filósofos com o problema da justificação da obrigação política e se singulariza pela identificação do Direito (e, por conseguinte, da própria justiça) com o direito positivo, na Era Contemporânea presenciamos uma reformulação do Direito das nações, que passa a ter como “*pano de fundo*” a “*questão social*”<sup>327-328</sup>.

Pelas mãos da “*questão social*” a definição do conceito de justiça reorientou-se no sentido da sua afirmação como uma “*justiça distributiva*”. Nesse contexto, o significado e o valor de uma teoria da justiça passaram a se relacionar com a sua capacidade de satisfazer a fins e

<sup>323</sup> Cfr.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit. p. 160.

<sup>324</sup> Cfr., também: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manoel Leitão; e PEDROZO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, ano 11, nº 30, fev. 1996. p. 32-33.

<sup>325</sup> Eis, a propósito, a lição de Hermes Zaneti Júnior: “*Para os defensores da sentença como ato de inteligência, mera subsunção do fato à lei, o juiz é a boca da lei (doutrina de Montesquieu que repercutiu no Código de Napoleão). A sentença é, assim, fornecida pelo Estado, pelo órgão jurisdicional detentor da ‘imperatividade’, como mero ‘silogismo frio’*” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: relações entre processo e constituição*. In: MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil - Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 44).

<sup>326</sup> Paulo Bonavides acentua que o Estado Social é resultado das necessidades do mundo moderno que impuseram ao Poder Estatal a ampliação de seus fins e o aumento contínuo da esfera de suas responsabilidades (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 72-73). Para o constitucionalista, o Estado Social, que “*não se confunde com o Estado socialista, mas com este coexiste*”, pois “*o mundo moderno fê-lo uma necessidade, não importa sob que regime político*”, é resultado de uma reinterpretção da liberdade e “*significa intervencionismo, patronagem, paternalismo*” (Id. *ibid.*, p. 202-203).

<sup>327</sup> Cfr.: [ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit. p. 161] e [SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manoel Leitão; e PEDROZO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, cit., p. 33].

<sup>328</sup> Cfr., também: MAFFETTONE, Sebastiano; & VECA, Salvatore, op. cit., p. 227.

expectativas sociais<sup>329</sup>, o que induziu a conformação, ao lado daquela visão liberal-positivista a que dantes referimos (que fora inaugurada a partir da Revolução Francesa e que jamais foi abandonada pelos teóricos do Direito), de uma acepção social-utilitarista do direito e da justiça<sup>330</sup>.

O confronto entre essas duas distintas visões de mundo se acentuou ao fim da Segunda Guerra Mundial, ocasião em que se principiou, a par da polarização entre os regimes Capitalista (representado ideologicamente pelo “*american way of life*”) e Socialista (capitaneado pela antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), a chamada “*Guerra Fria*”. Foi, assim, no contexto da contraposição entre os paradigmas liberal-burguês e socialista que se consolidou, a partir do último quadrante do Século passado, notadamente em vista do que se convencionou chamar “*a crise do Poder Legislativo*”<sup>331</sup>, uma nova forma de pensar o Direito, que singulariza as reflexões jurídicas características de nosso tempo.

Situamo-nos, aqui, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social (“*Welfare State*”), que se qualifica, entre outros fatores<sup>332-333</sup>, pela inflação legislativa decorrente do surgimento

---

<sup>329</sup> Essa contraposição entre as acepções de justiça então assentes na mentalidade dos teóricos é retratada nos termos seguintes por Sebastiano Maffetone e Salvatore Veca: “*A partir do final do século XVIII e durante todo o século seguinte, o principal interesse dos teóricos da justiça parece deslocar-se do problema da boa ordem política e do propósito das instituições para o âmbito das interações e das relações de conflito e cooperação social. Enquanto para os pensadores clássicos da era moderna a figura central continua sendo aquela da obrigação política, deixando em segundo plano as relações sociais, aqui ocorre mais ou menos o contrário*” (MAFFETONE, Sebastiano; & VECA, Salvatore, op. cit., p. 227).

<sup>330</sup> Essa acepção social-utilitarista de justiça é retratada com muita fidelidade por Paulo Nader, quando dispõe que “*modernamente a humanidade reconhece a necessidade de implementar a chamada justiça social, que não constitui uma espécie distinta das anteriores, mas se caracteriza pela condição dos beneficiados e pelas necessidades que visa a atender*” (NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 130-131). Seguindo essa linha de raciocínio, o jurista advoga a existência de quatro modalidades de justiça: a “*justiça distributiva*”, relacionada ao dever do Estado de repartir os bens e os encargos entre os membros da sociedade; a “*justiça comutativa*”, própria das relações privadas, que orienta a entrega a cada um do quinhão que lhe pertence; a “*justiça geral*”, cuja formulação é atribuída a Tomás de Aquino, de caráter solidário, que prevê a contribuição dos membros da comunidade para que seja alcançado o bem comum; e a “*justiça social*”, cuja finalidade consiste na proteção dos pobres e desamparados, mediante a adoção de critérios que favoreçam uma repartição mais equilibrada da riqueza (Id. ibid., p. 131-132).

<sup>331</sup> Que resultou, entre outros fatores, da derrocada dos regimes nazi-facistas que se espalharam pela Europa antes e ao longo daquele conflito bélico (que então se legitimavam sob o império do direito positivo) e da profusão de novas aspirações e novos direitos (como decorrência da “*questão social*”). A propósito, confira-se, por todos: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 179.

<sup>332</sup> O Estado Providência também se qualifica pelo o colapso da teoria da separação dos poderes (cuja principal conseqüência é o surgimento de um centralismo no Poder Executivo), pela forte presença de um conteúdo promocional do direito, o que provocou a “*juridificação*” da “*justiça distributiva*” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 161).

<sup>333</sup> Cfr., também: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manoel Leitão; e PEDROZO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, cit., p. 34.

e proliferação de novos direitos, em especial direitos coletivos, e que ocasionou, adiante, a descodificação, com gradual perda de coerência (ou de sistematicidade) do sistema jurídico<sup>334-335</sup>. A partir de então se desenvolveu uma verdadeira revolução no método de construção política dos textos normativos, que paulatinamente passaram a ser representados em termos abertos<sup>336</sup>, mediante o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados<sup>337</sup>.

Essa virada de paradigma é acentuada, com muita propriedade, pelo professor Francisco Vieira Lima Neto, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, na seguinte passagem de sua obra:

“Essa atitude encontra ampla repercussão no direito atual, momento de grande insegurança e incerteza, no qual os modelos jurídicos, expressos por meio de dispositivos claros, precisos, de conteúdo previamente determinado cedem lugar aos conceitos jurídicos indeterminados, às cláusulas gerais, aos princípios, figuras dotadas de extrema vagueza semântica, que permitem ao intérprete construir seu significado e lhes dar concretização no caso em análise, decisão que não vale necessariamente para um outro caso semelhante a ser julgado no futuro”<sup>338</sup>.

Tamanha indeterminação do Direito, por sua vez, culmina por repercutir nas relações entre os Poderes, pois, em tal conjuntura, a lei, ou a sua inteligência, passou a exigir “*acabamento do*

<sup>334</sup> Cfr.: [ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 161] e [SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manoel Leitão; e PEDROZO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, cit., p. 34].

<sup>335</sup> Esse “*momento*” também é retratado com bastante fidelidade por Luiz Werneck Vianna, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos em trabalho dedicado ao estudo da temática da judicialização da política, do qual extraímos o seguinte exerto doutrinário: “*A primazia do executivo em face do Legislativo seria constitutiva da operação do Estado Social, ao tempo em que faz do direito um dos seus principais recursos de comunicação, pondo sob ameaça a repartição democrática entre os Poderes. O Estado Social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia*” (VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 20).

<sup>336</sup> Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume II*, cit., p. 174.

<sup>337</sup> A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados é exposta com muita clareza por Rodrigo Reis Mazzei, nos termos seguintes: “[...] a *clausula geral* demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corresponde a uma abstração (indeterminação proposital) no conteúdo da norma, é (2) compelido também a fixar a *consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior*. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a *consequência* previamente estipulada em texto legal” (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Código Civil de 2002 e o Judiciário: Apontamentos na aplicação das Cláusulas Gerais*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie e MAZZEI, Rodrigo Reis [Coord.]. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 34).

<sup>338</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 39.

*Poder Judiciário*” que, de seu turno, viu-se “*provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação*” que então assumia conformação e motivações claramente distintas às da “*certeza jurídica*”, como disseram Luiz Werneck Vianna, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos<sup>339</sup>. Daí a conclusão desses Cientistas Políticos quanto a haver o Poder Judiciário sido investido no papel “*legislador implícito*” pela própria conformação da lei no Estado Social<sup>340</sup>.

Esse modo pelo qual o direito positivo passou a ser construído ao final do século passado é claramente incompatível com a idéia subjacente à existência de um Juiz “*boca da lei*”, com atividade restrita a uma aplicação mecânica dos textos jurídicos aos casos concretos<sup>341</sup>. E prenuncia a derrogação do paradigma normativo liberal-burguês, confirmando (e corroborando) a tese, sustentada neste Capítulo, segundo a qual o Direito é criado pelos intérpretes, mormente no processo judicial.

### **5.3. A jurisdição constitucional e o controle da racionalidade e da justiça dos atos legislativos.**

Mas esse não foi, certamente, o único fator a induzir o ocaso do paradigma normativo liberal-burguês, que se acentua, e se consolida, a partir da constitucionalização dos direitos e, sobretudo, da possibilidade teórica de os Juízes virem a deixar de aplicar leis que se mostrarem desconformes à Constituição, isto é, que contraditem as suas regras, os seus princípios e os valores subjacentes ao seu texto, entre eles o valor justiça. Posto isso, não há dúvidas de que se “*o direito inclui, hoje, uma forte dose de indeterminação*”, tal não decorre apenas da “*profusão de normas de tecitura aberta, que não contêm a fattispecie e a consequência jurídica de forma determinada*” e que “*abrem espaço para sua determinação*

---

<sup>339</sup> VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann, op. cit., p. 21.

<sup>340</sup> Id. ibid., p. 21.

<sup>341</sup> Ciente disso, arremata Calmon de Passos, em sua crítica ao instrumentalismo, que “*o equívoco que, nos últimos anos, vem prevalecendo entre nós, consiste, precisamente, em se estar acreditando que o panorama, hoje, é o mesmo tomado como referência pelos teorizadores das décadas de cinqüenta e sessenta*” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*, cit., p. 59).

*judicial*”, devendo-se, também, à “*sua submissão aos parâmetros de justiça, aferíveis da Constituição*”<sup>342</sup>, como disse Zaneti.

O que se deu foi que, como bem acentua o professor gaúcho noutra passagem de sua obra, não bastasse a circunstância, dantes mencionada, de a substituição da matriz racionalista apodítica do paradigma legalista por técnicas legislativas mais abertas haver obrigado o juiz à criação no caso concreto e a doutrina à busca de modelos normativos jurisprudenciais para conferir certa estabilidade ao direito aplicado, a constitucionalização dos direitos e dos princípios ocorrida no período imediatamente posterior ao segundo pós-guerra ruiu em definitivo o Estado de Direito Legalista do século XIX<sup>343</sup>. A partir de então, prossegue Zaneti, “*o direito se constitucionalizou, no conhecido movimento do pós-positivismo, com a principialização da Constituição (positivação dos princípios de direito natural: direito à vida, à dignidade, ao devido processo legal etc.) e a sua renovada postura de elemento unificador da ordem normativa*”, de modo que “*todo o direito hoje ou é direito constitucional (conforme à constituição) ou não é direito*”<sup>344</sup>. Por esse motivo, a jurisdição constitucional, ou a sua consolidação nos Países que adotaram, sob influência da experiência jurídica norte-americana, a sistemática do “*judicial review*”, também tem influência decisiva na derrogação do paradigma normativo liberal-burguês<sup>345-346</sup>.

A essa compreensão agrega-se, mais especificamente no que se refere ao caráter normativo das decisões judiciais construídas no contexto do direito processual civil brasileiro, a imensa potencialidade reconstrutiva desse nosso regime híbrido de controle da constitucionalidade das leis, o qual, mais do que possibilita ao Juiz a reconstrução do direito positivo, sob a

---

<sup>342</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 56.

<sup>343</sup> Id. *ibid.*, p. 54.

<sup>344</sup> Id. *ibid.*, p. 54.

<sup>345</sup> A propósito, Alexy nos recobra de que a “*jurisdição constitucional compõe-se, certamente, de mais do que afirmações sobre constitucionalidade*”, na exata medida que “*o tribunal constitucional não só diz algo, ele também faz algo*”, já que “*tem regularmente a competência de deixar sem validade atos anticonstitucionais do parlamento*”, exercendo, assim, um “*tipo de participação na dação de leis*” que “*significa que a atividade de tribunais constitucionais não somente tem um caráter proposicional ou discursivo, mas também um institucional ou fundado em autoridade*” (ALEXY, Robert. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 162).

<sup>346</sup> Sobre o assunto, ler também: [GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, v. 1. Tradução Flávio Paulo Meurer e revisão de Ênio Paulo Giachini. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000], [GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005] e [STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006].

mediação dessa sua atividade intelectual, a ele impõe o cumprimento de semelhante desiderato, já que sua realização é pressuposto necessário à preservação da integridade do sistema jurídico<sup>347</sup>. É que o sistema constitucional brasileiro, quando adotou, a partir da Constituição de 1891, o modelo norte-americano de controle judicial do poder estatal (o “*judicial review*”), conferiu a todo e qualquer magistrado difuso ao longo do território nacional a prerrogativa de proceder ao controle da constitucionalidade dos atos normativos e concretos dimanados pelos Entes Estatais<sup>348</sup>, abrindo espaço, então, para que se discutisse judicialmente não apenas a subsunção da atividade administrativa aos textos legais (controle de legalidade), mas, também, a sua conformidade ao texto da Constituição (controle da validade constitucional). Essa atividade cognitiva é potencializada no sistema da Carta Política de 1988, que arrola a realização concreta da justiça entre os objetivos fundamentais da República<sup>349</sup> e que assimila como direito fundamental do cidadão o princípio do devido processo legal<sup>350</sup>, cujo aspecto substancial impõe a realização concreta do direito material deduzido em Juízo<sup>351</sup> não mais a partir da tão-só subsunção dos fatos concretos ao direito

<sup>347</sup> Até porque a compreensão de que a Constituição inscreve-se, na pós-modernidade, como elemento unificador da ordem normativa, “*não está mais vazada nos termos das lógicas matemáticas, mas sim das lógicas discursivas e da hermenêutica, que substituíram os antigos juízos de certeza e completude dos sistemas codificados*”, como disse Zaneti (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 55).

<sup>348</sup> Conforme Mitidiero, “*da Constituição de 1891 à Constituição de 1988 passou o controle difuso de constitucionalidade sem qualquer interrupção, juntando-se a esse, com a Constituição de 1946, o controle concentrado de constitucionalidade*” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 25).

<sup>349</sup> CRFB. “Art. 3º [...] I - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

<sup>350</sup> CRFB. “Art. 5º [...] LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “Art. 5º [...] LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>351</sup> É o que se infere da seguinte passagem da obra de Canotilho: “*A teoria substantiva pretende justificar a idéia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. Esta última teoria é, como salienta a doutrina norte-americana, uma value-oriented theory, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça. Mais do que isso: o “processo devido” começa por ser um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa. Os objectivos da exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo. Esta a razão pela qual os autores passaram a reclamar a necessidade de critérios materiais informadores do processo devido expressa ou implicitamente revelados pelas normas da Constituição e pelos usos e procedimentos estabelecidos no direito comum ou disposições “estatutárias”. Passou assim, a falar-se de processo devido substantivo. O problema nuclear da exigência de um due process não estaria tanto – ou pelo menos não estaria exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado (“privado da vida, da liberdade e da propriedade”) por haver violado a lei, mas sim no facto de a lei poder ela própria transportar a “injustiça” privando uma pessoa de direitos fundamentais. Às autoridades legiferantes deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas para o fazerem. Radica aqui também um dos argumentos invocados para, posteriormente, se defender a judicial review of legislation. Os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei. Mais um passo era dado para a evolução do processo devido. Este passará a ser*

positivo abstrato, mas por meio de uma aplicação temperada dos textos jurídicos às peculiaridades do caso, o que implica, necessariamente, a valoração<sup>352</sup> das proposições normativas abstratas em tese aplicáveis à contenda sob a mediação dos “standards” da razoabilidade<sup>353</sup> e da proporcionalidade<sup>354</sup>.

Por tais razões, assumimos como válida a premissa segundo a qual a Lei Maior, quando assim dispôs, estendeu o controle da validade constitucional dos atos administrativos e normativos para além da sua simples conformidade aos textos jurídicos, impondo, a bem da verdade, ao Poder Judiciário, o controle da justiça (ou da justeza) das escolhas assumidas pelo Poder Público, inclusive daquelas estabelecidas em âmbito legislativo<sup>355</sup>. Nesse contexto, a Constituição, quando determina aos magistrados a verificação da racionalidade e da justiça dessas opções políticas<sup>356</sup>, orienta a construção, no processo, de valorações racionais tendentes à justa aplicação do Direito. Para confirmá-la (a premissa adotada), apresentaremos, nos tópicos que se seguem, um breve retrospecto do tratamento normativo conferido pelas

---

*considerado como proteção alargada de direitos fundamentais quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas”* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 494-495).

<sup>352</sup> Como leciona Zaneti, a consideração de que a Sentença é “*ato de vontade*” (acepção adotada neste trabalho), induz a conclusão de que o Juiz, ao proferi-la “*está influenciado pela sua conformação social, pelo seu conhecimento da matéria e pelas peculiaridades do caso e deverá tratar o problema (thema in decidendum) em conjunto com as partes*”, exercendo, assim, “*uma atividade criadora, que é complemento necessário à atividade legislativa ordinária e, mais de tudo, característica do novo modelo do direito que se forma no pós-positivismo*”. Em tal conjuntura, o Juiz, “*na concreção da norma específica, atua como político, com a ponderação de critérios de conveniência (proporcionalidade) advindos da sua sensibilidade e humanidade, sempre dentro do ordenamento constitucional e jurídico posto e vinculado ao problema*” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 187-188).

<sup>353</sup> Conforme Humberto Bergman Ávila, a razoabilidade “*atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto*” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110).

<sup>354</sup> Já o postulado a proporcionalidade, ainda segundo Ávila, “*exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais*”, sendo que, “*um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais*” e “*é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca*” (Id. *ibid.*, p. 109-110).

<sup>355</sup> Conforme Mitidiero: “[...] *ao juiz não é dado conformar-se com eventuais soluções injustas ditadas pela legislação infraconstitucional, a pretexto de estar simplesmente a cumprir a lei, circunstância que diz respeito tanto ao direito material como ao direito processual. O advento do Estado Constitucional repele esse eventual conformismo – a propósito, essa sadia irresignação com as soluções injustas vai deveras potencializada no sistema jurídico brasileiro mercê do nosso controle difuso de constitucionalidade e da necessidade de uma incessante interpretação conforme aos direitos fundamentais, instrumentos fundamentais para construção, em concreto, de um processo verdadeiramente justo*” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 40-41).

<sup>356</sup> Que devem ser razoáveis, adotadas mediante a ponderação dos meios adequados a atingir a finalidade almejada, que, de seu turno, precisam (os meios) ser proporcionais a essa finalidade e, além disso, capazes de promover a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.



Constituições Brasileiras à nossa Corte Suprema, com enfoque especial nessa sua atividade de controle normativo, a partir do qual passaremos a delinear e a valorar os caracteres que conformam e singularizam o modelo brasileiro de controle judicial da constitucionalidade das leis. Como fecho, investigaremos se peculiaridades próprias de nosso modelo de jurisdição constitucional o identificam com a tradição jurídica do “*common law*”, em que a criação do Direito pela jurisprudência é uma realidade.

### **5.3.1. Retrospecto do tratamento normativo conferido pelas Constituições Brasileiras à Corte Suprema e ao controle judicial da constitucionalidade das leis.**

A primeira das Constituições Brasileiras, outorgada no ano de 1824, não contemplava o controle de constitucionalidade das leis. Naquele contexto, a competência da Corte Suprema do País (então designada como Supremo Tribunal de Justiça<sup>357</sup>, e composta por “*juizes letrados*”, escolhidos a partir das “*Relações*”<sup>358</sup>, sob o critério de antiguidade<sup>359</sup>) restringia-se à concessão ou denegação de “*revistas nas causas*”; ao conhecimento dos delitos, dos erros que vierem a cometer os seus membros, assim como os Juízes dos Tribunais inferiores, os empregados no corpo diplomático e os Presidentes das províncias; e à decisão sobre os conflitos de jurisdição e competência dos órgãos jurisdicionais<sup>360</sup>. Essa Constituição de 1824, por influência francesa, já estabelecia a divisão e a harmonia entre os Poderes, como princípio conservador dos direitos dos cidadãos e meio de fazer efetivas as garantias previstas em seu corpo<sup>361</sup>. No entanto, o Tribunal não atuava, nesse período monárquico, como guardião do

<sup>357</sup> O Brasil não era, então, uma Federação, só passando a sê-lo em 1891, com a edição da Constituição Republicana. Assim, não havia sentido em designar, àquele tempo, o Excelso Pretório como Supremo Tribunal Federal.

<sup>358</sup> Espécie de órgãos judicantes que funcionavam no âmbito das províncias.

<sup>359</sup> Constituição de 1824. “*Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira urbanização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir*”.

<sup>360</sup> Constituição de 1824. “*Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes*”.

<sup>361</sup> Constituição de 1824. “*Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece. [...] Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial*”.

texto constitucional, atividade conferida, no sistema daquela Carta Política, à Assembléa-Geral<sup>362</sup>, embora exercida, ainda que de forma reflexa, pelo próprio Imperador, que detinha em suas mãos o Poder Moderador<sup>363-364</sup>.

Esse sistema se altera substancialmente com a promulgação da Constituição de 1891, contexto em que a Corte Constitucional, agora já sob a designação de Supremo Tribunal Federal, passou a assumir uma posição mais efetiva na condução dos destinos políticos do País. Com efeito, a Carta Republicana atribuiu ao ministro Presidente da Suprema Corte a incumbência de funcionar como Presidente do Tribunal que se instaura no Senado para julgamento do Presidente da República e de outros funcionários designados pela Constituição<sup>365</sup>, e de substituir o Chefe do Executivo em suas ausências e impedimentos, de forma subsidiária ao Vice-Presidente e aos dirigentes do Senado e da Câmara<sup>366</sup>.

A Constituição de 1891 também inova ao prever que a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não mais se faça pela via da promoção por antiguidade dos magistrados que compunham os órgãos jurisdicionais locais, mas por indicação do Presidente da República, com a aprovação do Senado<sup>367</sup>. Com essa medida, o legislador constituinte submeteu a composição do Supremo Tribunal Federal ao crivo dos Poderes Executivo e Legislativo, compostos, de seu turno, por representantes eleitos pelo povo brasileiro e, assim, conferiu legitimação democrática diferenciada àquele Tribunal.

<sup>362</sup> Constituição de 1824. “Art. 15. *É da atribuição da Assembléa Geral: [...] IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação*”. Essa circunstância é destacada por Daniel Francisco Mitidiero caractere “*próprio do modelo de État Légal francês*” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 24).

<sup>363</sup> Constituição de 1824. “Art. 98. *O Poder Moderador é a chave de toda a urbanização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos*”.

<sup>364</sup> Cfr., a propósito: MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 24.

<sup>365</sup> CF 1891. “Art 33 - *Compete, privativamente ao Senado julgar o Presidente da República e os demais funcionários federais designados pela Constituição, nos termos e pela forma que ela prescreve. § 1º - O Senado, quando deliberar como Tribunal de Justiça, será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal*”.

<sup>366</sup> CF 1891. “Art 41 - *Exerce o Poder Executivo o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eletivo da Nação. § 1º - Substitui o Presidente, no caso de impedimento, e sucede-lhe no de falta o Vice-Presidente, eleito simultaneamente com ele. § 2º - No impedimento, ou, falta do Vice-Presidente, serão sucessivamente chamados à Presidência o Vice-Presidente do Senado, o Presidente da Câmara e o do Supremo Tribunal Federal*”.

<sup>367</sup> CF 1891. “Art 48 - *Compete privativamente ao Presidente da República: [...] 12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. [...] Art. 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juizes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado*”.

Adiante, como conseqüência dessa legitimação diferenciada então conferida ao Supremo Tribunal Federal, a Carta de 1891 estabeleceu a sua competência para conhecer, em grau de recurso, de sentenças proferidas pelas Justiças dos Estados, em última instância, inclusive quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas<sup>368</sup>, alçando, assim, aquele Excelso Pretório à posição de guardião da legalidade e da Constituição. Foi nesse contexto, que se instituiu, entre nós, por clara influência do modelo constitucional norte-americano, o controle difuso de constitucionalidade das leis<sup>369</sup>.

A Constituição de 1934 promoveu nova alteração da denominação do Tribunal, que passou, então, a chamar-se Corte Suprema<sup>370</sup>. Essa Carta Constitucional também ampliou a participação do Tribunal na esfera política, atribuindo a ele a competência para processar e julgar o Presidente da República nos crimes comuns. Além disso, expandiu a participação dos seus membros no julgamento realizado perante o Senado Federal<sup>371</sup> para além da simples atribuição do comando do órgão especial ao seu Presidente, quando estabeleceu que três

---

<sup>368</sup> CF 1891. “Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originária e privativamente: [...] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

<sup>369</sup> Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins esclarecem, quanto ao particular, que o controle difuso de constitucionalidade surgiu, entre nós, com a Constituição Provisória que precedeu à Carta de 1891 e com o Decreto n. 848, de 1890 (MENDES, Gilmar Ferreira; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35). E que essas disposições foram incorporadas, adiante, pela Constituição de 1891, que reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (Id. *ibid.*, p. 36).

<sup>370</sup> CF 1934. “Art 63 - São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema. [...] Art 74 - Os Ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade”. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS. “Art 9 - O Supremo Tribunal Federal, com os seus atuais Ministros, passará a constituir a Corte Suprema. Parágrafo único - Os recursos pendentes, cuja decisão não mais couber à Corte Suprema em virtude da criação dos novos Tribunais previstos na Constituição, baixarão aos Tribunais competentes, a menos que se achem em grau de embargos”.

<sup>371</sup> Nesse contexto, restrito aos crimes de responsabilidade.

Ministros da Corte Suprema passariam a compô-lo ao lado dos representantes do Parlamento<sup>372</sup>.

A par dessas novidades, a Carta de 1934 manteve a Corte Suprema como guardião da legalidade e da Constituição. Mas inovou ao designar como recurso extraordinário a pretensão recursal dirigida à decisão que contraria literal disposição de tratado ou lei federal, ou que comporte diversidade de interpretação entre as Cortes de Apelação das unidades federativas, assim como aqueles outros que encartem questionamentos sobre a vigência ou validade de lei federal ou atos dos Governos locais em face da Constituição<sup>373</sup>. E, conquanto tenha mantido sob a competência do Corte Suprema o controle da legalidade dos julgamentos proferidos em Segunda Instância, reforçou o seu “*status*” de Tribunal Constitucional, quando previu a criação de Tribunais Federais para atuar como Cortes de revisão das decisões proferidas pelos Juízes Federais, estabelecendo, de forma taxativa, que das decisões desses Tribunais caberia recurso para a Corte Suprema sempre que tenha sido controvertida matéria constitucional<sup>374</sup>.

Essa Constituição também inova ao prever a representação por inconstitucionalidade interventiva<sup>375</sup>, a cláusula de reserva de plenário para a decretação da inconstitucionalidade

---

<sup>372</sup> CF 1934. “Art 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juízes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade”.

<sup>373</sup> CF 1934. “Art 76 - A Corte Suprema compete: [...] III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal”.

<sup>374</sup> CF 1934. “Art 78 - A lei criará Tribunais federais, quando assim o exigirem os interesses da Justiça, podendo atribuir-lhe o julgamento final das revisões criminais, excetuadas as sentenças do Supremo Tribunal Militar, e das causas referidas no art. 81, letras d, g, h, i, e l; assim como os conflitos de jurisdição entre Juízes federais de circunscrições em que esses Tribunais tenham competência. Parágrafo único - Caberá recurso para a Corte Suprema, sempre que tenha sido controvertida matéria constitucional e, ainda, nos casos de denegação de habeas corpus”.

<sup>375</sup> CF 1934. “Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...] VII - para a execução de ordens e decisões dos Juízes e Tribunais federais. [...]§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade. [...] § 5º - Na espécie do nº VII, e também para garantir o livre exercício do Poder Judiciário local, a intervenção será requisitada ao Presidente da República pela Corte Suprema ou pelo Tribunal de Justiça Eleitoral, conforme o caso, podendo o requisitante comissionar o Juiz que torne efetiva ou fiscalize a execução da ordem ou decisão”.

pelos Tribunais<sup>376</sup> e a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva da Corte Suprema<sup>377</sup>.

Na sequência, tivemos a Constituição de 1937, que manteve a designação do Tribunal como Corte Suprema<sup>378</sup>; o Ministro Presidente da Suprema Corte na linha sucessória do Presidente da República<sup>379</sup>; a previsão quanto ao cabimento de recurso extraordinário em matéria de ofensa à legalidade (no que se incluem as divergências de interpretação entre as Cortes de Apelação das unidades federativas) ou ao texto constitucional (questionamentos sobre a vigência ou validade de lei federal ou atos dos Governos locais em face da Constituição)<sup>380</sup>; a competência para julgar recursos interpostos contra decisões de Tribunais Federais, em revisão às decisões proferidas pelos Juízes Federais, quando controvertida matéria constitucional<sup>381</sup>; a representação por inconstitucionalidade interventiva<sup>382</sup>; a cláusula de

---

<sup>376</sup> CF 1934. “Art 179 - *Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público*”.

<sup>377</sup> CF 1934. “Art 96 - *Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n° IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato*”.

<sup>378</sup> CF 1937. “Art 63 - *São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; b) os Juízes e Tribunais federais; c) os Juízes e Tribunais militares; d) os Juízes e Tribunais eleitorais. [...] Art 73 - A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros. [...] DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS. Art 9 - O Supremo Tribunal Federal, com os seus atuais Ministros, passará a constituir a Corte Suprema. Parágrafo único - Os recursos pendentes, cuja decisão não mais couber à Corte Suprema em virtude da criação dos novos Tribunais previstos na Constituição, baixarão aos Tribunais competentes, a menos que se achem em grau de embargos*”.

<sup>379</sup> CF 1937. “Art. 52 [...] § 8° - *Em caso de vaga no último semestre do quadriênio, assim como nos de impedimento ou falta do Presidente da República, serão chamados sucessivamente a exercer o cargo o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o da Corte Suprema*”.

<sup>380</sup> CF 1937. “Art 76 - *A Corte Suprema compete: [...] III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal*”.

<sup>381</sup> CF 1937. “Art. 78 - *A lei criará Tribunais federais, quando assim o exigirem os interesses da Justiça, podendo atribuir-lhe o julgamento final das revisões criminais, excetuadas as sentenças do Supremo Tribunal Militar, e das causas referidas no art. 81, letras d, g, h, i, e l; assim como os conflitos de jurisdição entre Juízes federais de circunscrições em que esses Tribunais tenham competência. Parágrafo único - Caberá recurso para a Corte Suprema, sempre que tenha sido controvertida matéria constitucional e, ainda, nos casos de denegação de habeas corpus*”.

<sup>382</sup> CF 1937. “Art 12 - *A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, n° I, e a execução das leis federais; [...] VII - para a execução de ordens e decisões dos Juízes e Tribunais federais. [...] § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do n° V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade. [...] § 5º - Na espécie do n° VII, e também para garantir o livre exercício do Poder*

reserva de plenário para a decretação da inconstitucionalidade pelos Tribunais<sup>383</sup>; e a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva daquele Tribunal<sup>384</sup>. No entanto, promoveu um retrocesso ao estipular espécie de controle parlamentar sobre as decisões judiciais que afirmem a inconstitucionalidade de leis, admitindo, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade<sup>385</sup>, a revisão desses atos decisórios em hipóteses em que o ato normativo declarado inconstitucional podia ter a sua validade jurídico-constitucional restaurada, depois de submetido ao Parlamento, mediante confirmação do seu texto por dois terços dos membros de ambas as Casas, quando fosse considerada, pelo Presidente da República, necessária ao bem estar do povo ou ao interesse nacional<sup>386</sup>.

É o que se infere da seguinte passagem de obra doutrinária publicada pelo eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

*“Na Constituição de 1937 criou-se a possibilidade de suspender, mediante ato legislativo, decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade do ato normativo. Isso deveria ocorrer através de resolução do Parlamento Nacional, aprovada por uma maioria qualificada de dois terços dos votos (art. 96). Esse instituto deveria cumprir dupla função: confirmar a validade da lei e cassar a decisão judicial questionada. A lei confirmada ganhava, assim, a força de uma Emenda Constitucional”<sup>387</sup>.*

O constitucionalista observa, adiante, que “a faculdade confiada ao Parlamento de suspender decisões judiciais acabou por ser exercida diretamente pelo ditador mediante a edição de

---

*Judiciário local, a intervenção será requisitada ao Presidente da República pela Corte Suprema ou pelo Tribunal de Justiça Eleitoral, conforme o caso, podendo o requisitante comissionar o Juiz que torne efetiva ou fiscalize a execução da ordem ou decisão”.*

<sup>383</sup> CF 1937. “Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

<sup>384</sup> CF 1937. “Art 91 - Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. [...] Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n° IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato”.

<sup>385</sup> Única modalidade de controle até então admitida entre nós, para os atos normativos (atos concretos passaram a ser controlados diretamente pelo Tribunal Constitucional a partir da Constituição de 1934, por meio da ação de inconstitucionalidade interventiva), por influência do modelo norte-americano (“*judicial review*”), recepcionado pela Constituição de 1891. O controle concentrado, ou direto, apenas passou a ser admitido entre nós a partir da Carta de 1946, como será explicitado na seqüência.

<sup>386</sup> CF 1937. “Art 96 [...] Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

<sup>387</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32.

*decretos-leis (Constituição de 1937, art. 180)*<sup>388</sup>, a propósito do que relata, em obra publicada conjuntamente com o professor Ives Gandra da Silva Martins que “*em 1939 o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei n. 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal federal*”<sup>389</sup>.

A Constituição de 1946, por sua vez, voltou a designar o Tribunal como Supremo Tribunal Federal<sup>390-391</sup>. Instituem-se, em seu sistema, o controle abstrato da constitucionalidade das leis, por meio da ação direta de inconstitucionalidade contra lei (estadual e federal) em tese (a ser proposta, então, exclusivamente pelo Procurador Geral da República)<sup>392</sup> e o controle pelos Tribunais de Justiça dos Estados sobre as Leis Municipais em face das Constituições Estaduais<sup>393</sup>. Outra inovação substancial promovida pela Carta de 1946 na organização do Poder Judiciário brasileiro diz respeito à criação (em substituição aos Tribunais Federais, então extintos, como toda a Justiça Federal) do Tribunal Federal de Recursos<sup>394</sup>, com sede no Distrito Federal<sup>395</sup>.

---

<sup>388</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 35.

<sup>389</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*, cit., p. 42.

<sup>390</sup> Abandonando, assim, a denominação Corte Suprema, que lhe havia sido atribuída pelas Cartas de 1934 e 1937.

<sup>391</sup> CF 1946. “Art 94 - O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Tribunal Federal de Recursos; III - Juízes e Tribunais militares; IV - Juízes e Tribunais eleitorais; V - Juízes e Tribunais do trabalho”.

<sup>392</sup> Conforme lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins: “A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribuiu-se ao Procurador-Geral de República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos par o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único, c/c o art. 7º, VII)” (MENDES, Gilmar Ferreira; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*, cit., p. 44). Os doutrinadores acentuam, ainda, que “a arguição de inconstitucionalidade direta teve ampla utilização no regime constitucional instituído em 1946”. (Id. *ibid.*, p. 44).

<sup>393</sup> Instituído pela Emenda Constitucional nº 16/65. (Id. *ibid.*, p. 50).

<sup>394</sup> Que por ocasião da promulgação da Carta de 1988 seria convertido no Superior Tribunal de Justiça e que, adiante, passaria a assumir a função de guardião da legalidade.

<sup>395</sup> CF 1946. “Art 103 - O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital federal compor-se-á de nove Juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo dois terços entre magistrados e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, com os requisitos do art. 99. ADCT. Art 14 - Para composição do Tribunal Federal de Recursos na parte constituída de magistrados, o Supremo Tribunal Federal indicará, a fim de serem nomeados pelo Presidente da República, até três dos Juízes seccionais e substitutos da extinta Justiça Federal, se satisfizerem os requisitos do art. 99 da Constituição. A indicação será feita, sempre que possível, em lista dupla para cada caso. [...] § 3º - Enquanto não funcionar o

Adiante foi promulgada a Constituição de 1967, que foi substancialmente alterada no ano de 1969, por Emenda Constitucional. Essa Carta, embora resultante de regime totalitário, modificou apenas sensivelmente o regimento constitucional no que toca ao funcionamento e à competência do Supremo Tribunal Federal, assim como ao controle da constitucionalidade das leis. Em seu sistema ampliou-se a representação interventiva, que foi estendida à execução de lei federal; instituiu-se a representação de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, tendo como único legitimado ativo o Procurador Geral da República<sup>396-397</sup>; e fixou-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar em representação de constitucionalidade<sup>398-399</sup>. Além disso, em sua vigência foi restabelecida a Justiça Federal, que passou a ter por Corte revisional o Tribunal Federal de Recursos.

Em 1988, como resultado do processo de redemocratização do País, tivemos uma nova Constituição, que ampliou o rol de legitimados para o controle concentrado de constitucionalidade das leis; instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; manteve a previsão de medida cautelar na ação declaratória de inconstitucionalidade; conferiu ao Advogado-Geral da União a defesa do ato normativo impugnado; e instituiu a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>400</sup>. Além disso, a Carta de 1988, quando criou o Superior Tribunal de Justiça, em substituição ao vetusco Tribunal Federal de Recursos<sup>401</sup>, e a ele atribuiu a competência para

---

*Tribunal Federal de Recursos, o Supremo Tribunal Federal continuará a julgar todos, os processos, de sua competência, nos termos da legislação anterior”.*

<sup>396</sup> Instituída pela Emenda Constitucional nº 07/77 (Cfr.: MENDES, Gilmar Ferreira; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*, cit., p. 58).

<sup>397</sup> Conforme lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins: “A Emenda n. 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, e). E, segundo a Exposição de Motivos apresentada ao Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei” (Id.ibid., p. 58).

<sup>398</sup> Instituída pela Emenda Constitucional nº 07/77 (Id.ibid., p. 58-59).

<sup>399</sup> Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins observam, na seqüência, que “a Emenda n. 7, de 1977, pôs termo à controvérsia sobre utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF de 1967/1969, art. 119, I, p)” (Id.ibid., p. 58-59).

<sup>400</sup> Essa última, conforme alteração normativa promovida pela Emenda Constitucional nº 03/93.

<sup>401</sup> CF 1988. ADCT. “Art. 27. O Superior Tribunal de Justiça será instalado sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal. § 1º - Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente. § 2º - A composição inicial do Superior Tribunal de Justiça far-se-á: I - pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos; II - pela nomeação dos Ministros que sejam necessários para completar o número estabelecido na Constituição. § 3º - Para os efeitos do disposto na Constituição, os atuais Ministros do Tribunal Federal de Recursos serão considerados pertencentes à classe de que provieram, quando de sua nomeação. § 4º - Instalado o Tribunal, os



atuar como guardião da legalidade e Corte unificadora da Jurisprudência<sup>402</sup>, deu um passo significativo no sentido da consolidação do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional.

Merece destaque, nesse contexto, notadamente em vista dos objetivos que assumimos quando nos propomos à construção deste nosso estudo, que essa Constituição, muito embora tenha ampliado consideravelmente o espectro da incidência do controle abstrato de constitucionalidade, manteve intacto o controle difuso<sup>403</sup>, com a cláusula de reserva de plenário nos Tribunais e a possibilidade da suspensão da execução norma inconstitucional pelo Senado, concebendo, assim, um sistema jurídico singular, com caracteres próprios do “civil law” e do “common law”, como teremos a oportunidade de expor na seqüência.

### **5.3.2. Modelo brasileiro de controle judicial da constitucionalidade das leis – Estado da Arte.**

O modelo brasileiro de controle judicial da constitucionalidade das leis, em sua conformação atual, assume duas distintas modalidades de intervenção jurisdicional. Temos, de um lado, o controle concentrado, reflexo da experiência constitucional austríaca, exercido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>404</sup> de forma abstrata, isto é, com o intuito de retirar do sistema jurídico aquelas normas que se mostrarem incompatíveis com a Lei Maior ou, quando menos, de modular a sua interpretação, conformando-as ao texto constitucional<sup>405</sup>. E, de outro, o

---

*Ministros aposentados do Tribunal Federal de Recursos tornar-se-ão, automaticamente, Ministros aposentados do Superior Tribunal de Justiça”.*

<sup>402</sup> A competência originária do Tribunal Federal de Recursos seria assumida pelos Tribunais Regionais Federais, também criados pela Constituição de 1988. (Cfr., a propósito: CF 1988. ADCT. “Art. 27. [...] § 6º - Ficam criados cinco Tribunais Regionais Federais, a serem instalados no prazo de seis meses a contar da promulgação da Constituição, com a jurisdição e sede que lhes fixar o Tribunal Federal de Recursos, tendo em conta o número de processos e sua localização geográfica. § 7º - Até que se instalem os Tribunais Regionais Federais, o Tribunal Federal de Recursos exercerá a competência a eles atribuída em todo o território nacional, cabendo-lhe promover sua instalação e indicar os candidatos a todos os cargos da composição inicial, mediante lista tríplice, podendo desta constar juízes federais de qualquer região, observado o disposto no § 9º”).

<sup>403</sup> Quanto ao particular, Mitidiero assevera que “essa especial estabilidade do controle difuso de constitucionalidade não é, de modo algum, um acidente histórico no direito brasileiro ou uma importação irresponsável do modelo norte-americano” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 25).

<sup>404</sup> E também pelos Tribunais de Justiça dos Estados, no que se refere à verificação da adequação de normas locais e estaduais às Leis Orgânicas dos Municípios e às Constituições de seus respectivos Estados.

<sup>405</sup> Semelhante atuação embasa-se em método interpretativo de ampla utilização no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quer em controle difuso, quer em controle concentrado de constitucionalidade, que visa à preservação do princípio da constitucionalidade das leis, designado como “*interpretação conforme*” a

controle difuso, dito incidental, recepcionado da tradição jurídica norte-americana e efetivado no curso de processos judiciais mantidos entre particulares, ou entre eles e a Administração Pública, com a finalidade específica de promover a escorreita aplicação casuística do Direito.

Dito isso, temos que em nosso modelo jurídico-constitucional, o controle da constitucionalidade das leis pode ser exercido, ainda que “*incidenter tantum*”, por todo e qualquer magistrado difuso ao longo do território nacional, por provocação da parte ou “*ex-officio*”. Nesse contexto, a inconstitucionalidade será reconhecida (ou rejeitada) de forma incidental, figurando, assim, na fundamentação das decisões proferidas em ações judiciais que comportam pedidos específicos (v.g. da condenação do Fisco a devolver a contribuinte o valor de crédito tributário indevidamente recolhido, sob a alegação de que a lei que instituiu o tributo é inconstitucional)<sup>406</sup>, cujo acolhimento, ou rejeição, pressupõe o reconhecimento incidental da constitucionalidade, ou da inconstitucionalidade, do ato legislativo sob o qual se funda o direito alegado. Além do modo de exercício, distinguem essa modalidade de controle os seus efeitos, já que, diversamente do que ocorre no controle concentrado, em que a eficácia da decisão proferida pelo Poder Judiciário impõe-se “*erga omnes*”, no controle difuso os efeitos da decisão operam-se, via de regra, exclusivamente “*inter partes*”.

Nada obstante, a própria a Constituição prevê a possibilidade da extensão dos efeitos da decisão proferida em controle difuso a partes não identificadas no litígio judicial que lhe deu origem. Referimo-nos, nesse ponto, ao permissivo colhido do inciso X do artigo 52 da Carta Política, que atribui competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal<sup>407</sup>. Assim, quando o Excelso Pretório vier a reconhecer, em controle difuso, a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, poderá o seu Presidente expedir

---

Constituição. Com efeito, se é certo que uma norma legal não tem validade quando estiver em choque com o que prescreve o ordenamento constitucional, também é verdade que os operadores do Direito devem evitar, a todo custo, afirmar a invalidade constitucional de tais prescrições normativas abstratas, em favor das quais milita presunção de constitucionalidade. Diante desse paradoxo, surgiu, na Alemanha, a teoria da “*interpretação conforme*” a Constituição, que prescreve que, diante de normas com várias significações possíveis, caberá ao intérprete encontrar um significado que apresente conformidade com o ordenamento constitucional, evitando, assim, a declaração da sua inconstitucionalidade (Cfr., por todos: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 346-349).

<sup>406</sup> Que não se confundem, portanto, com o pleito afeto à declaração da inconstitucionalidade (ou da constitucionalidade) da lei, que apenas pode ser formulado em sede de controle direto, ou concentrado.

<sup>407</sup> CRFB. “Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

correspondência ao Senado Federal que, mediante Resolução<sup>408</sup>, sustará os efeitos da norma cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional.

Também merece destaque, nesse contexto, a circunstância de alguns dispositivos normativos haverem sido concebidos, adiante, não apenas em âmbito constitucional, mas, também, pela legislação ordinária, como conseqüência desse nosso regime híbrido de jurisdição constitucional, no sentido de conferir eficácia vinculativa às valorações racionais externadas pela Suprema Corte a propósito de exercer o controle difuso de constitucionalidade.

É o que se depreende, exemplificativamente, da iniciativa do legislador constitucional, por meio da Emenda nº 45, de vincular às decisões da Suprema Corte em controle difuso à demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, conferindo à lei a prerrogativa de regulamentar o instituto<sup>409</sup>. No exercício dessa atividade normativa suplementar, foi editada a Lei nº 11.418/2006, que integrou ao texto do Código de Processo Civil o novel artigo 543-A, do qual se extrai, grosso modo, que o Supremo Tribunal Federal não está obrigado a conhecer de recursos extraordinários relativos a questão constitucional que não ofereça repercussão geral, e que a decisão proferida por aquela Suprema Corte quanto ao particular é irrecorrível<sup>410</sup>. A propósito, o legislador estabeleceu que não se cogita da existência de repercussão geral quando a questão constitucional trazida ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal não for relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico<sup>411</sup>, dispondo, contudo, que ela (a repercussão geral) estará caracterizada sempre que o recurso impugnar decisão contrária a Súmula ou Jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional<sup>412</sup>. Em tal conjuntura, se Turma daquela Corte decidir

---

<sup>408</sup> A Resolução é uma das espécies normativas previstas 59 da Constituição da República (CRFB. “Art. 59 - O processo legislativo compreende a elaboração de [...] VII – resoluções”), qualificando-se como ato privativo do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Congresso Nacional e que, portanto, não necessita de sanção do Poder Executivo.

<sup>409</sup> CRFB. “Art. 102 [...] § 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

<sup>410</sup> CPC. “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo”.

<sup>411</sup> CPC. “Art. 543-A. [...] § 1º - Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

<sup>412</sup> CPC. “Art. 543-A. [...] § 3º - Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

pela existência da repercussão geral, o recurso nem sequer será a remetido ao Plenário<sup>413</sup>. Se, todavia, for rejeitada a existência da repercussão geral, essa decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente<sup>414</sup>, ressalvada, evidentemente, a revisão da tese, nos moldes previstos pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>415</sup>.

A Lei nº 11.418/2006 também inseriu no sistema do Código de Processo Civil o artigo 543-B, que prevê a análise da repercussão geral quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia<sup>416</sup>, em hipótese em que cumpre ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando o julgamento dos demais até o pronunciamento definitivo daquela Corte Constitucional<sup>417</sup>. Em tal conjuntura, havendo o julgamento do mérito do “*recurso paradigma*”, aqueles recursos extraordinários retornam aos Tribunais de origem para julgamento, cumprindo àquelas Cortes declará-los prejudicados ou retratar-se<sup>418</sup>, devendo estar claro que, quando tal não ocorrer, poderá o Supremo Tribunal Federal cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada<sup>419</sup>. De forma diversa, se o Tribunal Constitucional rejeitar a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão considerados automaticamente não-admitidos<sup>420-421</sup>.

---

<sup>413</sup> CPC. “Art. 543-A. [...] § 4º - Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”.

<sup>414</sup> CPC. “Art. 543-A. [...] § 5º - Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>415</sup> Confira-se, a propósito, o que prescreve o artigo 103 do RI/STF: “Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário”.

<sup>416</sup> CPC. “Art. 543-B - Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo”.

<sup>417</sup> CPC. “Art. 543-B [...] § 1º - Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte”.

<sup>418</sup> CPC. “Art. 543-B [...] § 3º - Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”.

<sup>419</sup> CPC. “Art. 543-B [...] § 4º - Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”.

<sup>420</sup> CPC. “Art. 543-B [...] § 2º - Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”.

Semelhante inclinação teórico-valorativa, tendente a conferir vinculatividade às decisões proferidas pelo Excelso Pretório no exercício do controle difuso de constitucionalidade, também é extraída do contexto da alteração promovida pela Lei nº 9.756/98 no artigo 557 do Código de Processo Civil que autoriza o Relator, mediante simples decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante naquele Tribunal Constitucional<sup>422-423</sup>; assim como da inserção, no sistema daquele código processual, por esse mesmo diploma normativo, do parágrafo 1º-A do mesmo artigo 557 que, de seu turno, permite ao Relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal<sup>424-425</sup>. Adiante, pela via da edição da Lei nº 11.276/06, previu o legislador que se a sentença recorrida estiver em conformidade com esses mesmos precedentes judiciais, sequer se cogita do recebimento do recurso, nos moldes prescritos pelo novel parágrafo 1º do artigo 518 do “*codex*” processual<sup>426</sup>. Em idêntica direção precipitou-se o legislador ordinário quando dispôs, no artigo 285-A do Código de Processo Civil, cuja redação é dada pela Lei nº 11.277/06, sobre a chamada sentença de improcedência liminar, a ser proferida quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no Juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, hipótese em que poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da “*sentença paradigma*”<sup>427-428</sup>.

---

<sup>421</sup> Com esse mesmo espírito foi editada a Lei nº 11.672/2008, que traz para o corpo de nosso código processual o novel artigo 543-C, que prescreve que quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito (CPC, art. 543-C), o recurso especial será processado mediante a aplicação de dinâmica semelhante àquela estabelecida pela Lei nº 11.418/2006 para o trâmite dos recursos extraordinários.

<sup>422</sup> Bem como do seu próprio Tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>423</sup> CPC. “Art. 557. *O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*”.

<sup>424</sup> Ou de Tribunal Superior.

<sup>425</sup> CPC. “Art. 557 [...] § 1º-A - *Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso*”.

<sup>426</sup> CPC. “Art. 518. *Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º - O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal*”.

<sup>427</sup> CPC. “Art. 285-A. *Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada*”.

<sup>428</sup> Ressaltamos, acerca da intelecção desse dispositivo, que, conquanto o legislador pareça ter optado por abandonar a orientação tomada em oportunidades anteriores (CPC, art. 557 e 518, § 1º), nas quais a atuação do

Tal não bastasse, o legislador constitucional, ainda no corpo da precitada Emenda nº 45, também cuidou integrar ao texto da Constituição da República o seu novel artigo 103-A, que autoriza ao Supremo Tribunal Federal aprovar súmula que, a partir de sua publicação na Imprensa Oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>429</sup>. Essa súmula vinculante, por disposição constitucional expressa, tem por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, a qual acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica<sup>430</sup>. Acerca dela, o Poder Constituinte reformador teve o cuidado de destacar, no corpo daquela Emenda Constitucional, que do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação do verbete<sup>431</sup>.

Essas alterações normativas, mormente justificadas a partir da necessidade de imprimir maior celeridade ao processo, desvelam, na face oposta, uma clara opção do legislador brasileiro

---

Judiciário tornara-se vinculada aos precedentes dos Tribunais Superiores (STF, inclusive) e do próprio Tribunal em que oficia o Juiz, já que aparentemente conferiu ao magistrado a prerrogativa de vincular-se absolutamente aos seus próprios precedentes, parece-nos que a “*intentio legis*” é exatamente no sentido inverso, isto é, no sentido de que, no cumprimento da competência que lhe atribui o artigo 285-A, o órgão julgador deva atuar no irrestrito cumprimento aos precedentes dos Tribunais Superiores, assim como do Tribunal de Cassação a que se encontra vinculado. E tal se dá, porque o objetivo da reforma processual no bojo da qual o instituto da sentença de improcedência liminar foi concebido é justamente o de imprimir celeridade ao processo e, sobretudo, porque a tecnologia de que se vale o legislador para concretizar semelhante objetivo é a adoção da teoria dos precedentes, característica da tradição jurídica norte-americana, contexto e que a “*força gravitacional*” dos precedentes firmados pelos Tribunais Superiores vinculam a atuação dos demais julgadores (Cfr.: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*, cit., p. 172-176).

<sup>429</sup> CRFB. “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

<sup>430</sup> CRFB. “Art. 103-A [...] § 1º - A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

<sup>431</sup> CRFB. “Art. 103-A [...] § 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

pela aplicação da teoria dos precedentes<sup>432</sup>. E, a par dela, dada a ampliação do espectro da incidência da vinculatividade das decisões proferidas pela Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade, a recepção constitucional do princípio do “*stare decisis*” que, na precisa definição de Mauro Cappelletti, “*opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia erga omnes e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada*”<sup>433-434</sup>. Semelhante conclusão encontra amparo na obra do professor Hermes Zaneti Júnior, que dispõe, de forma taxativa, que o sistema jurídico brasileiro, quando estabeleceu a possibilidade da edição das súmulas vinculantes, recepcionou definitivamente o “*stare decisis*”<sup>435-436</sup>.

Essa constatação é significativa, e sugere a aproximação de nosso sistema jurídico com a tradição norte-americana, realçando a ascensão, entre nós, de caractere típico do “*common law*”, segundo o qual o Direito aplicável na resolução das contendas judiciais é criado em ambiente processual<sup>437</sup>.

<sup>432</sup> Cfr., a propósito: DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 348.

<sup>433</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1992. p. 81-82.

<sup>434</sup> Segundo Cappelletti, por força desse princípio, “*uma vez não aplicada pela Supreme Court por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘on the blocks’, é tornada ‘a dead law’, uma lei morta*” (Id. *ibid.*, p. 82).

<sup>435</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 50.

<sup>436</sup> Idêntica conclusão pode ser extraída da seguinte passagem da obra do professor gaúcho: “*Isso decorre não mais de meras suposições teóricas, mas do próprio ordenamento positivo. A constituição estabelece a vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, a lei ordinária determina a possibilidade de julgamento dos recursos conforma a jurisprudência dominante e, mais recentemente, para fechar o círculo virtuoso de recepção constitucional do stare decisis em nosso modelo híbrido, o advento das súmulas vinculantes encerra a questão (EC nº 45/2004: art. 103-A, da CF/88)*” (Id. *ibid.*, p. 65).

<sup>437</sup> Que nunca foi estranha ao Direito brasileiro, como assevera Mitidiero, nos termos seguintes: “*A história do direito brasileiro não pode ser contada “desde as sementes”, porque já “nasceu do galho de planta, que o colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América – trouxe e enxertou no novo continente”, como alerta Pontes de Miranda. [...] O imaginário político em Portugal dos séculos XIII a XVII, como observa Antônio Hespanha, tinha sua pedra angular no conceito de iurisdictio e de iudicium, tendo em conta a identificação corrente que se levava a efeito entre iustitia e officium regni. Toda atividade de poder especificava-se em uma atividade processualizada, submetendo-se ao iustum iudicim, cujo pano de fundo eram as Ordenações do Reino. [...] Em Portugal, passado o antigo regime, seguiu-se o “período de influência iluminista”, consoante observa Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, cuja expressão mais clara é a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, o que, no Brasil, não se verificou de todo, na medida em que as Ordenações do Reino continuaram tendo vigência entre nós. Vale dizer:*

### 5.3.3. A influência da tradição jurídica do “common law” na formação sistema normativo-constitucional brasileiro.

O objetivo deste tópico é investigar se o sistema normativo-constitucional brasileiro realmente contém traços característicos do “common law”, notadamente no que se refere à influência da jurisdição constitucional na aplicação e interpretação do Direito. Não se trata, com efeito, de afirmar a integral filiação de nosso modelo jurisdicional àquela tradição jurídica. Até porque, como nos ensina Zaneti, “*não há o modelo puro, mas, simplificando na comparação, apresentam-se os modelos como na arquitetura, na qual se define o estilo de uma construção pelas suas características mais marcantes e pela ênfase em determinados elementos no desenho do prédio*”<sup>438</sup>. Nosso intuito, a bem da verdade, é identificar e valorar a influência do “common law” na formação do modelo de supremacia do Direito adotado pelo Estado Democrático Constitucional Brasileiro, para, adiante, examinar se (e em que medida) essa cogitada aproximação de nosso sistema jurídico com a tradição norte-americana corrobora a conclusão, dantes externada, de que os Juízes exercem atividade normativa no processo, ou seja, de que, entre nós, o Direito do caso concreto é construído no contexto da atividade cognitiva empreendida pelos intérpretes, mormente no processo judicial, com vistas à realização da justiça.

A propósito, Mitidiero observa que a diferença entre as tradições reside, “*principalmente, na maneira como o direito vem entendido e, bem assim, nos instrumentos jurídicos que presidem uma e outra experiência jurídica*”<sup>439-440</sup>.

---

*o direito comum continuou tendo largo curso no Brasil e, com ele, a jurisdicionalidade do direito. Tirante a Constituição Imperial de 1824, de vigência algo curta, a Constituição Republicana de 1891, de notória influência norte-americana, retoma a tradição do iustum iudicium, submetendo à revisão do Poder Judiciário todos os atos de poder do Estado. De certa forma, o judicial review posto na Constituição de 1891 retoma a linha do iustum iudicium do direito comum, não podendo ser considerado, pois, algo estranho à história do direito brasileiro”* (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 23-24).

<sup>438</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 52.

<sup>439</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 16.

<sup>440</sup> Sobre o assunto, ler também: [HEUCHLING, Luc. *État de Droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris: Dalloz, 2002], [CAENEGEN, R. C. Van. *Judges, Legislators & Professors – Chapters in European Legal History*. Cambridge: University Press, 2002] e [TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. In: *Revista de Processo*, n. 110, fev./2003. p. 141-158].



Referindo-se à tradição do “*commom law*”, Mitidiero acentua que nela “*a fonte primária do direito está nos juízes, nos precedentes judiciais, havendo uma legitimação procedimental do direito, orientado pelo senso natural do justo em concreto*”<sup>441</sup>. Nesse mesmo sentido é o magistério de Hermes Zaneti Júnior, para quem “*a tradição do ‘commom law’ apresenta-se ligada ao direito como argumento, ao controle do poder por meio do juiz*”, à jurisprudência como fonte primária do direito<sup>442</sup>. Sob essa ótica, o processo judicial assume, conforme Mitidiero, a conotação de instrumento técnico voltado à constituição do jurídico<sup>443</sup>.

Na face oposta, temos a tradição romano-canônica, a que aderiu a maioria dos países da Europa Ocidental (v.g. da Itália, da França, da Alemanha e da Espanha), que, em termos institucionais, “*tem como órgão supremo de juridicidade o Legislativo, que detém a última palavra não só na matéria política, mas também na jurídica*”, como disse Mitidiero<sup>444</sup>. Essa tradição jurídica, conforme Zaneti, coliga-se “*ao direito como demonstração, ao poder centralizado no soberano (nas democracias representativas atuais, substituído pelo legislador popular, em assembleias, ou pelo chefe do Poder Executivo, mediante o uso dos chamados ‘decretos-leis’)*”, em que “*o julgador é o juiz-burocrata, aplicador lógico do direito*”, que atua “*sem a interferência da vontade criativa na jurisprudência*”<sup>445</sup>.

Zaneti dispõe, adiante, com o propósito de caracterizar essas duas tradições jurídicas fundamentais, distinguindo-as, que ao passo que o “*common law*” visa a garantir “*a liberdade democrática pela participação direta, mediante a provocação do judiciário*” (“*judicial review*”), submetendo o Estado ao Direito (daí falar-se em “*Rule of Law*”<sup>446</sup>), a tradição romano-canônica funda-se na legalidade (daí a referência a um “*État Légal*”<sup>447-448</sup>) e “*vê na lei elaborada pelos representantes eleitos o garante da liberdade*”, num contexto em que os

<sup>441</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 17.

<sup>442</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 53.

<sup>443</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 17.

<sup>444</sup> Id. *ibid.*, p. 17.

<sup>445</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 53.

<sup>446</sup> Ipse literis: “*Estado de Direito*”.

<sup>447</sup> Ipse literis: “*Estado de Legalidade*”. A propósito, Mitidiero acentua que no “*État Legal*” a garantia da supremacia do direito repousa na garantia de legalidade do próprio Estado (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 20).

<sup>448</sup> Nesse mesmo sentido é o magistério de Cezar Saldanha Souza Junior (Cfr.: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: Tese para concurso a Professor da USP, 2002. p. 133).

Juízes se qualificam, meramente, como “*técnicos habilitados à identificação lógica e ‘racional’ desse direito, através de um raciocínio demonstrativo, subsuntivo e apodítico, que tem sua premissa maior a lei, que constitui a vontade do legislador*”<sup>449</sup>.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, cumpre-nos, então, discorrer, ainda que resumidamente, sobre como se apresentam o “*État Légal*” (característico da tradição romano-canônica) e o “*Rule of Law*” (que singulariza o “*common law*”), para, adiante, investigarmos se nosso modelo jurisprudencial se encaixa, ou se ele se aproxima, de um desses “*regimes-padrão*”.

Um “*État Légal*” assim se qualifica por amparar-se em ambiente político, filosófico e metodológico que induz a limitação da atividade jurisdicional a atos de subsunção mecânica ou que, nas palavras de Mitidiero, impõe ao Juiz “*vocalizar estritamente as palavras da lei, tendo em conta mesmo dois dos ‘postulados capitais’ da Escola da Exegese, quais sejam, a identificação de todo o direito com a lei e a assunção da exclusividade da lei como único critério jurídico possível*”<sup>450</sup>. Por tal circunstância, o “*État Legal*”, como disse Mitidiero, “*desconhece um controle de constitucionalidade da lei propriamente dita, cifrando-se à aferição da conformidade do projeto de lei à Constituição*”, atividade que, ademais, é relegada a órgão não-jurisdicional<sup>451-452</sup>. E tal se dá porque, ainda conforme Mitidiero, “*o modelo do État Légal repousa a sua tônica sobre o legislador*”<sup>453-454</sup>, contexto em que, segundo Canotilho, a força normativa da Constituição acaba neutralizada<sup>455-456</sup>.

De seu turno, o “*Rule of Law*” qualifica-se, na precisa definição de Cezar Saldanha Souza Junior, “*como forma de supremacia do Direito, própria do common law, que opera, pelo*

<sup>449</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 53-54.

<sup>450</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 20-21.

<sup>451</sup> Id. *ibid.*, p. 21.

<sup>452</sup> É o que ocorre, exemplificativamente, na França (Cfr.: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha, op. cit., p. 156).

<sup>453</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 21.

<sup>454</sup> Que, conforme Mitidiero, foi o principal artífice da ordem jurídica francesa da Idade Moderna, decorrência inexorável da ruptura histórica advinda da Revolução de 1789 (Id. *ibid.*, p. 21).

<sup>455</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 92.

<sup>456</sup> A propósito, Konrad Hesse nos ensina que “*o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional*”, e que, portanto, compete a ele (Direito Constitucional) “*realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa*” (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 27).

*Poder Judiciário, mediante a técnica e os meios do processo jurídico devido*<sup>457</sup>. E pode se manifestar, conforme Mitidiero, quer em sistemas jurídicos que não adotam codificação expressa (como ocorre nos Países tradicionalmente filiados ao “*common law*”), quer naqueles cujo direito se manifesta sob a forma de textos escritos (como ocorre nos Países de formação constitucional influenciada pelo modelo norte-americano, entre eles o Brasil)<sup>458</sup>.

No primeiro caso (no “*Rule of law*” sem codificação expressa) a supremacia do Direito (“*judicial review*”) é consequência da aplicação da cláusula do “*due process*”<sup>459</sup>; no outro (no “*Rule of Law*” codificado), o “*judicial review*” (concebido, naquele contexto, por influência do “*common law*”<sup>460</sup>) resta ainda mais acentuado, visto que “*a combinação de uma Constituição escrita [...] com a atribuição ao Judiciário, através do due process, da tarefa de velar pela supremacia final Direito, fez eclodir a técnica da supremacia da Constituição*”, à qual todos os poderes do Estado estão submetidos, inclusive no que toca à imperiosidade da observância pelos “*poderes constituídos*” das “*decisões daquele órgão a que pertence o mister de interpretá-la*”; como disse Mitidiero<sup>461</sup>.

Vê-se, pois, que o “*Rule of Law*” distingue-se do “*État Légal*” justamente em razão da implementação, naquele “*modelo*”, de um sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis, “*judicial review of legislation*”<sup>462</sup> que, conforme Mitidiero, é conferido, em sistemas jurídicos desse tipo, “*a todos os seus órgãos e, em especial, ao seu tribunal de cúpula*”<sup>463</sup>.

<sup>457</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha, op. cit., p. 104.

<sup>458</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 18.

<sup>459</sup> É bastante ilustrativa, acerca dessa vinculação da supremacia do Direito à aplicação da cláusula do “*due process*”, a seguinte passagem da obra de Cezar Saldanha Souza Junior: “[...] no *Rule of Law* não há lugar para o princípio da legalidade, o princípio rival do *due process*. Quem estuda o *common law* nada encontra sobre ele, especialmente até a primeira guerra mundial. Agora pode-se entender bem a razão. No *common law*, os *statutes* estão sujeitos ao *judicial review* e ao *rule of exclusion*. Em virtude desses poderes do juiz, a exigência de obedecer ao ato legislativo (que, no Continente, se aproximaria do princípio da legalidade) resolve-se na esfera do *due process*. Com efeito, é o *due process* que vai definir os termos em que subsiste a obrigação de obedecer a um ato legislativo. Portanto, é o *due process* o princípio primeiro e fundamental do *Rule of Law*. A legalidade – se é que existe no *common law* – subsume-se como um aspecto do princípio, amplo e configurador, do processo devido” (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha, op. cit., p. 104).

<sup>460</sup> Zaneti sustenta, quanto ao particular, que a recepção do “*judicial review*” pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro é resultado da influencia do “*common law*” na conformação da tradição constitucional brasileira (ZANETI JR. Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 03-67).

<sup>461</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 18.

<sup>462</sup> Para nos valermos da expressão consagrada por Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Processo Costituzionale*. In: Enciclopédia Del Diritto, vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987. p. 568; *apud* MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 18-19).

<sup>463</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 18-19.

Assim, caracterizam o “*Rule of law*” a inafastabilidade da jurisdição (“*judicial review*”), o emprego de um devido processo legal (“*due process of law*”) e a existência de uma Constituição escrita e rígida. Tais fatores, quando conjugados, conferem a todos os membros do Poder Judiciário a competência para proceder ao controle da validade jurídico-constitucional das opções político-normativas arquitetadas pelo Corpo Legislativo, embasando, assim, a admissibilidade de um o controle difuso de constitucionalidade das leis<sup>464-465</sup>.

Dito isso, podemos relacionar o “*Rule of Law*” à admissibilidade, dentro de um sistema jurídico, do controle difuso de constitucionalidade. Essa circunstância atesta a similitude entre nosso modelo de supremacia do Direito e o “*Rule of Law*”; e indica que o sistema jurídico brasileiro, sob esse aspecto, mais se aproxima do “*common law*” do que da tradição jurídica romano-canônica (“*civil law*”).

Tal não bastasse, sob o ponto de vista teórico, não somos, nem jamais fomos um “*État Légal*”. Quanto ao particular, Mitidiero acentua que nosso sistema constitucional, notadamente a partir da Carta de 1988, “*não submete o Juiz à legalidade estrita (embora nosso Código de Processo Civil tenha tentado fazê-lo em 1973, art. 126, numa tardia e verdadeira ‘invasão napoleônica, [...]’)*”, submetendo-o apenas à Constituição, cuja incolumidade ele deve preservar com o emprego do “*judicial review*” (art. 5º, XXXV)<sup>466</sup>. Daí a absoluta correção do posicionamento de Zaneti quanto diz que “*nunca houve na tradição constitucional brasileira uma identificação completa entre direito e lei*” e que “*os nossos juízes sempre se sentiram mais ou menos à vontade (e também compromissados) para decidir conforme a justiça*”<sup>467</sup>. E tal ocorre justamente porque, como disse Mitidiero, é da essência do constitucionalismo

---

<sup>464</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 20.

<sup>465</sup> A propósito, recobramos, com Jorge Miranda, que, diversamente do que ocorreu na França e nos Países europeus durante o Século XIX, os Estados Unidos da América “*vivem quase desde a sua formação sob o princípio da constitucionalidade, isto é, de que as leis e os outros actos do Estado devem estar conformes à Constituição e não devem ser aplicados pelos tribunais no caso de serem desconformes*”. E tal se dá mesmo inexistindo na Constituição norte-americana dispositivo constitucional que expressamente confira semelhante “*poder*” aos seus Tribunais, como bem observa o constitucionalista português, pois essa atividade de controle se fundamenta, ainda conforme Miranda, em sólidas razões jurídicas, assentadas nas circunstâncias de o Poder Legislativo ser um “*poder constituído*”, que não pode ser exercido em detrimento das disposições da Constituição, obra do “*poder constituinte*” e de os Tribunais somente poderem aplicar as leis válidas, isto é, que não se demonstram ofensivas ao texto constitucional (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo I. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 149-150).

<sup>466</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 25-26.

<sup>467</sup> ZANETI JR. Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 55.

brasileiro a admissibilidade do controle difuso de constitucionalidade, que conforma “*tanto o direito material quanto o direito processual civil, haja vista a influência que esse exerce na configuração dos institutos desses ramos, forjada pela força normativa da Constituição e pela concretização, em nossa vida social, da eficácia dos direitos fundamentais*”<sup>468-469</sup>.

Basta ver que, no Brasil, o controle difuso de constitucionalidade desde sempre decorreu de disposição normativa expressa em nosso ordenamento jurídico-positivo, diversamente do que ocorre nos Estados Unidos da América, onde não existe dispositivo constitucional a contemplá-lo taxativamente<sup>470</sup>. Quanto ao particular, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins lecionam que o controle difuso de constitucionalidade surgiu, entre nós, já com a Constituição Provisória que precedeu à Carta de 1891, e foi regulamentado pelo Decreto nº 848, de 1890<sup>471</sup>, havendo sido posteriormente incorporado ao texto da Constituição de 1891, que atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal “*para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas*”<sup>472</sup>. E acentuam, adiante, que “*a Lei de n. 221, de 20 de novembro de 1894, veio a explicitar, ainda mais, o sistema judicial de controle de constitucionalidade*”, ao dispor, no parágrafo 10º de seu artigo 13, que “*os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar ais casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição*”<sup>473</sup>.

Bem ilustra essa particularidade de nosso sistema jurídico a seguinte passagem, destacada na obra de Gilmar Mendes e Ives Gandra<sup>474</sup>, de magnífico trabalho elaborado pelo jurista Rui Barbosa no ano de 1893:

<sup>468</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 28.

<sup>469</sup> Cfr., também: CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 212.

<sup>470</sup> Cfr.: MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 149-150.

<sup>471</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*, cit., p. 35.

<sup>472</sup> Id. *ibid.*, p. 36.

<sup>473</sup> Id. *ibid.*, p. 37.

<sup>474</sup> Id. *ibid.*, p. 36-37.

“O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2ª, cujo teor reza assim: ‘O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos’.

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que

‘Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que algumas das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal’ (art. 60, *a*);

como, ainda, que

‘Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, §1º, *a*)’.

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito<sup>475</sup>.

A bem da verdade, a circunstância, dantes assentada, de o Estado Brasileiro, desde a Constituição de 1891, haver assumido o controle difuso como importante mecanismo de defesa do texto Constitucional, desqualifica-o irremediavelmente como um “*État Légal*”, modelo jurisprudencial que, como já dito, rejeita taxativamente a possibilidade de que se proceda ao controle judicial da constitucionalidade das leis<sup>476</sup>. E corrobora a conclusão, dantes externada, de que o modelo de supremacia do Direito adotado pelo Estado Democrático Constitucional Brasileiro aproxima-o do “*Rule of Law*” (e, por conseguinte, do “*common law*”), o que claramente nos desqualifica como sistema preponderantemente vinculado à tradição jurídica romano-canônica.

<sup>475</sup> BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. In: BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 54-55.

<sup>476</sup> Cfr.: MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 21.

Não desnatura essa conclusão o fato de também mantermos em nosso ordenamento jurídico-positivo o controle direto (ou concentrado) de constitucionalidade das leis, reflexo da experiência constitucional austríaca<sup>477</sup>.

Discorrendo sobre o modelo austríaco, Mauro Cappelletti adverte que aquele sistema, tal como concebido originariamente, mostrou-se insuficiente a solucionar as questões advindas da hipotética contrariedade entre o texto constitucional e disposições normativas dimanadas pelo Poder Legislativo, já que, em sua conformação originária, somente os Governos dos “*Länder*”<sup>478</sup> e o Governo Federal eram legitimados para instaurar, em via principal, o processo de controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional, respectivamente em relação às leis federais e às leis dos “*Länder*”. Daí que, para esse jurista italiano, na prática, o controle de constitucionalidade assumiu, naquele contexto, uma função importante, mas muito limitada. Isso, principalmente, porque o Governo Federal e os Governos dos “*Länder*” não tinham o dever, mas apenas uma faculdade discricionária, de instaurar o processo de controle da constitucionalidade. Assim, no plano empírico, muitas leis inconstitucionais podiam fugir ao controle da Corte Constitucional austríaca, já que, como acentua Cappelletti, vigia naquele sistema jurídico dispositivo constitucional que impunha aos Juízes a irrestrita aplicação das leis, mesmo quando manifestamente inconstitucionais, o que obstava a implementação do controle difuso de constitucionalidade e mantinha leis inconstitucionais (ou inválidas) plenamente aplicáveis<sup>479</sup>.

Ainda conforme Cappelletti, essa situação se alterou, embora parcialmente, com a reforma constitucional de 1929, que estendeu a legitimação para instaurar o processo de controle perante a Corte Constitucional austríaca a dois órgãos judiciários superiores: o “*Oberster Gerichtshof*” (Corte Suprema) e o “*Verwaltungsgerichtshof*” (Corte Administrativa). Em tal conjuntura, esses Tribunais, mesmo persistindo sem poder efetuar, eles próprios, controle algum sobre a validade constitucional das leis, passaram a ter legitimidade para provocar uma decisão da Corte Constitucional sempre que cogitassem da inconstitucionalidade de leis aplicáveis aos casos concretos submetidos ao seu julgamento. Nasce, assim, embora apenas

---

<sup>477</sup> Dissemos anteriormente que o modelo brasileiro de controle judicial da constitucionalidade das leis, em sua conformação atual, assume duas distintas modalidades de intervenção jurisdicional: o controle concentrado, exercido de forma direta e abstrata; e o controle difuso, dito incidental, recepcionado do sistema jurídico norte-americano e efetivado no curso de processos judiciais mantidos entre particulares, ou entre o particular e a Administração Pública, com a finalidade específica de promover a esmerada aplicação casuística do Direito.

<sup>478</sup> Espécie de “*partição*” territorial existente naquele País.

<sup>479</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 107.

para aqueles órgãos superiores da justiça ordinária e administrativa, o dever de deixar de aplicar leis sobre cuja constitucionalidade se discuta antes proferido julgamento vinculativo pela Corte Constitucional<sup>480</sup>.

Entretanto, tais alterações normativas, conquanto tenham atenuado esse grave defeito do originário sistema austríaco de controle da constitucionalidade das leis, não o extinguiram. Isso porque, como disse Cappelletti, entre todos os órgãos da justiça civil, penal e administrativa daquele País, apenas às duas Cortes Superiores dantes mencionadas foi reconhecida legitimação para provocar a atuação da jurisdição constitucional, de modo que todos os outros Juízes austríacos persistiram obrigados a aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Tal implica, segundo Cappelletti, no sério inconveniente de que, em um processo civil, penal ou administrativo, somente em sua fase final, e desde que o “feito” seja levado ao conhecimento do “*Oberster Gerichtshof*” ou o “*Verwaltungsgerichtshof*”, tenha-se, enfim, condições de evitar a incidência da lei inconstitucional<sup>481</sup>.

Tal deformidade não é depreendida no modelo de jurisdição constitucional adotado na Alemanha (“*Rechtsstaat*”), também concebido sob inspiração da experiência constitucional austríaca, no curso qual, conforme Cappelletti, os Juízes comuns, tal como na Áustria, são incompetentes para efetuar o controle de constitucionalidade das leis, que ali é reservado, como alhures, à competência exclusiva da Corte Constitucional daquele País. Mas, na Alemanha, diferentemente do que ocorre na Áustria, o Juiz, encontrando-se diante de lei que considere contrária à Constituição, em vez de ser passivamente obrigado a aplicá-la, tem, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão à Corte Constitucional, a fim de que ela seja decidida por aquele Tribunal, com eficácia vinculante<sup>482-483</sup>. Não é por outro motivo que Mitidiero dispõe que o “*Rechtsstaat*”, exatamente por forjar soluções diferentes em matéria de

---

<sup>480</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 107-108.

<sup>481</sup> Id. *ibid.*, p. 108.

<sup>482</sup> Id. *ibid.*, p. 109.

<sup>483</sup> Como disse o jurista italiano, adiante: “*É evidente que, deste modo, nos sistemas italiano e alemão se veio a por em prática, sob o aspecto “modal” que estamos aqui examinando, uma notável aproximação ao sistema “americano” da judicial review, porque, embora na Itália e na Alemanha não aconteça que todos os juízes sejam (como nos Estados Unidos) competentes para efetuar o controle de constitucionalidade, todos, porém, são, pelo menos, legitimados a requerer tal controle à Corte Constitucional, por ocasião dos casos concretos que eles estejam obrigados a julgar*” (Id. *ibid.*, p. 109-110).



supremacia do Direito e da Constituição, tem formação diversa tanto do “*Rule of Law*” como do “*État Legal*”<sup>484</sup>.

Cezar Saldanha Souza Junior, referindo-se às distinções existentes entre os modelos francês (“*État Légal*”) e alemão (“*Rechtsstaat*”), prescreve que a principal nota distintiva “*está em que, no État Légal, a supremacia do direito é a supremacia da lei*”, dispondo, adiante, que, no sistema francês “*a lei goza de uma supremacia fechada sobre si mesma, que não reconhece limites jurídicos superiores*”, que decorre (essa supremacia absoluta do princípio da legalidade) “*da presunção de que, sendo expressão da vontade geral, ou seja, da soberania nacional, a lei não pode errar, pois a nação – a sua vontade – é a fonte de todo o direito e de toda a justiça*”. E destaca que o “*Rechtsstaat*” trabalha, de forma diversa, “*a legalidade positiva sobre o pano de fundo de uma supra-legalidade*”, ou seja, que nele “*o direito não se esgota na legalidade*”, mas abre-se a uma supra-legalidade<sup>485</sup>, que acaba “*institucionalizada no Tribunal Constitucional, órgão a que cabe, de maneira concentrada, exercer a jurisdição constitucional*”<sup>486</sup>. Enfim, a supremacia do Direito, na Alemanha, assim como entre nós (e no “*Rule of Law*”), é uma supremacia da Constituição, assegurada pelo Tribunal Constitucional, pelo poder que têm os seus Juízes de corrigir o direito positivo<sup>487</sup>, como disse Mitidiero. Nisso consiste, precisamente, a distinção entre o “*Rechtsstaat*” e o “*État Legal*”.

De todo modo, a supremacia da Constituição, no Estado alemão, é exercida única e exclusivamente por meio do controle direto, abstrato ou concentrado de constitucionalidade das leis, o que diferencia o “*Rechtsstaat*” do “*Rule of Law*” e, por conseguinte, do modelo brasileiro de jurisdição constitucional. Isso porque, no “*Rule of Law*”, assim como entre nós, o controle da constitucionalidade das leis pode ser exercido “*incidenter tantum*”<sup>488</sup> (ao passo que no “*Rechtsstaat*” somente há o controle direto) e por todo e qualquer magistrado difuso ao

<sup>484</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 21.

<sup>485</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha, op. cit., p. 155-156.

<sup>486</sup> Id. *ibid.*, p. 172.

<sup>487</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 23.

<sup>488</sup> Nesse contexto, a inconstitucionalidade será reconhecida (ou rejeitada) de forma incidental, figurando, assim, na fundamentação das decisões proferidas em ações judiciais que comportam pedidos específicos (v.g. da condenação do Fisco a devolver a contribuinte o valor de crédito tributário indevidamente recolhido sob a alegação de que a lei que instituiu o tributo é inconstitucional), que não se confundem, portanto, com o pleito afeto à declaração da inconstitucionalidade (ou da constitucionalidade) da lei, que apenas pode ser formulado em sede de controle direto, ou concentrado. Assim, o seu acolhimento, ou a sua rejeição, pressupõe o reconhecimento incidental da constitucionalidade, ou da inconstitucionalidade, desse mesmo ato legislativo.

longo do território nacional (ao passo que no “*Rechtsstaat*” esse controle fica restrito ao Tribunal Constitucional).

Destarte, se tivéssemos que optar entre os “*padrões*” jurisdicionais adotados pelo “*État Légal*”, pelo “*Rule of Law*” e pelo “*Rechtsstaat*”<sup>489</sup>, opinaríamos pela designação de nosso modelo de supremacia da Constituição como um “*Rule of Law*”. Isso porque, sintetizando o que dissemos no decorrer da argumentação desenvolvida neste tópico, se, de um lado, a admissibilidade, entre nós, do controle da constitucionalidade das leis incompatibiliza-nos como o “*État Légal*”, de outro, a circunstância de esse controle haver sido conferido pela Constituição Brasileira a todo e qualquer Juiz difuso ao longo do território impede que sejamos qualificados como um “*Rechtsstaat*”.

Tais caracteres indicam uma aproximação de nosso sistema jurídico com o “*Rule of Law*”. Mas não necessariamente o qualificam como tal.

Mitidiero advoga a tese de que o nosso modelo de jurisdição constitucional não se confunde com “*État Légal*”, com o “*Rechtsstaat*” ou com o “*Rule of Law*”, constituindo, a bem da verdade, um regime próprio<sup>490</sup>. E tal se dá porque, como bem observou Hermes Zaneti Júnior em artigo encartado em obra publicada conjuntamente com Mitidiero, a tradição que nos foi legada é muito rica, na exata medida em que aglutina “*as humanidades do universalismo português; a tradição constitucional de jurisdição das liberdades norte-americanas; o método jurídico francês e o conceitualismo e rigor científico alemão e italiano*”<sup>491</sup>, formação híbrida que nos confere uma enorme vantagem, “*a vantagem dos mestiços, uma tônica maior na justiça como valor, e maior resistência, em razão dessa tônica, a imperativos a priori, ao direito posto em abstrato pelo legislador, em descompasso com a vida*”, como disse Zaneti em estudo mais recente<sup>492-493</sup>.

<sup>489</sup> O que apenas se justificaria se pudesse prevalecer a tese sustentada por Cezar Saldanha Souza Júnior, quanto a inexistirem modelos mistos de supremacia do direito (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha, op. cit., p. 168-187), da qual discordamos, pelos motivos que serão expostos na seqüência.

<sup>490</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 26.

<sup>491</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: relações entre Processo e Constituição*, cit., p. 17.

<sup>492</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 55.

<sup>493</sup> Darci Ribeiro também refere às imensas potencialidades desse nosso hibridismo “*constitutivo*”, como se observa da seguinte passagem da sua obra: “*Nós, brasileiros, nesse quadro, somos um povo em ser, impedido de sê-lo. Um povo mestiço na carne e no espírito, já que aqui a mestiçagem jamais foi crime ou pecado. Nela fomos feitos e ainda continuamos nos fazendo. Essa massa de nativos oriundos da mestiçagem viveu por séculos sem consciência de si, afundada na ningüedade. Assim foi até se definir como uma nova identidade étnico-nacional,*

Temos, então, um regime misto, híbrido, mas profundamente influenciado pela tradição jurídica do “*common law*”<sup>494</sup>, o que se revela a partir da presença, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, de caracteres que nos aproximam significativamente do “*Rule of Law*”<sup>495-496</sup>. Fincada essa premissa, procuraremos convencer o leitor, nos tópicos que se seguem, assim como no Capítulo de fecho deste trabalho, de que esse nosso “*regime híbrido*”, se manejado adequadamente, ostenta imenso potencial reconstutivo do direito positivo, sobretudo a par da compreensão, que será adiante explicitada, de que é caractere indelével da Pós-Modernidade a designação dos ordenamentos jurídico-positivos como sistemas abertos de regras e princípios.

#### **5.4. A designação do ordenamento jurídico-positivo brasileiro como um sistema aberto de regras e princípios.**

A idéia subjacente à designação do ordenamento jurídico-positivo brasileiro como um sistema aberto de regras e princípios nos é muito cara. Isso porque, como bem observa Canotilho, a própria existência de regras e princípios permite a descodificação da estrutura sistêmica<sup>497</sup>, corroborando, por via de consequência, a tese sustentada neste Capítulo, quanto a ser o direito

---

*a de brasileiros. Um povo, até hoje, em ser, na dura busca de seu destino. Olhando-os, ouvindo-os, é fácil perceber que são, de fato, uma nova romanidade, uma romanidade tardia mas melhor, porque lavada em sangue índio e sangue negro. [...] Na verdade das coisas, o que somos é a nova Roma. Uma Roma tardia e tropical. O Brasil já é a maior das nações neolatinas, pela magnitude populacional, e começa a sê-lo também por sua criatividade artística e cultural. Precisa agora sê-lo no domínio da tecnologia da futura civilização, para se fazer uma potência econômica, de progresso auto-sustentado. Estamos nos construindo na luta para florescer amanhã como uma nova civilização, mestiça e tropical, orgulhosa de si mesma. Mais alegre, porque mais sofrida. Melhor, porque incorpora em si mais humanidades. Mais generosa, porque aberta à convivência com todas as raças e todas as culturas e porque assentada na mais bela e luminosa província da Terra”* (RIBEIRO, Darcy, op. cit., p. 410-411).

<sup>494</sup> Nada obstante, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira considera esse nosso regime híbrido ainda mais abrangente que aquele empregado pelo sistema norte-americano, sobretudo no que toca ao controle da atividade administrativa (Cfr.: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 120-121).

<sup>495</sup> Constatação que não apenas legitima, como também impõe a utilização, neste trabalho, da doutrina de juristas e filósofos que se dedicam ao estudo do modelo jurisdicional norte-americano, como Owen Fiss, Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, assim como da obra singular de Alexy, notadamente o desenvolvimento, por esse professor alemão, das proposições apresentadas por Dworkin em sua crítica ao positivismo jurídico.

<sup>496</sup> Conforme Mitidiero, “*o modelo do Rule of Law é próprio da tradição jurídica do common law, ao passo que o État Légal e o Rechtsstaat são produtos sócio-históricos do mundo romano-canônico*” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 49).

<sup>497</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1.162.

positivo reconstruído no contexto da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes<sup>498</sup>, com vistas à sua justa aplicação.

Mas esse não é o único (e nem o principal) motivo pelo qual trazemos a questão ao corpo deste nosso estudo. Discorremos, nesta sede, sobre esse caráter aberto do sistema jurídico por consideramos temerário abordar a aplicação e interpretação do Direito sem referir à distinção entre regras e princípios. Sobretudo quando temos em vista as particularidades da aplicação do Direito no Estado Democrático Constitucional Brasileiro, cuja conformação, como dissemos, é profundamente influenciada pela tradição jurídica norte-americana, dada a adoção, entre nós, desde a Carta Política de 1891, de “*judicial review of legislation*” que autoriza a todo e qualquer magistrado difuso ao longo do território nacional a deixar de aplicar leis que considerem inconstitucionais ou, quando menos, a interpretá-las de modo a conformá-las aos princípios e valores extraídos do texto da Constituição.

Dissemos anteriormente, quando construímos o Tópico 5.1 deste Capítulo, que o Direito aplicável aos fatos da vida apenas sobressai da sua aplicação casuística, dada a compreensão de que a “*norma concreta*” (“*significação*”) resulta da interpretação do direito positivo (“*suporte físico*”) pelos seus aplicadores, que sofre clara influência das pré-compreensões desses intérpretes acerca das especificidades fáticas da contenda e dos conceitos jurídicos que compõem as normas abstratas em tese aplicáveis (“*significado*”). Explicitamos, então, que essa perspectiva é aceita e sustentada inclusive por Hans Kelsen que, como visto, adere a proposição de que o direito positivo figura como objeto da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes<sup>499</sup>, quando acentua que “*a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa*”<sup>500</sup>.

De todo modo, referimos, naquele contexto, com base em Kelsen, a uma interpretação estritamente normativa do ordenamento jurídico-positivo<sup>501</sup>, pautada em construção filosófica prevalente ao tempo da construção, pelo professor austríaco, da sua teoria pura do direito. O

---

<sup>498</sup> O que se terá a oportunidade de adiante expor e demonstrar.

<sup>499</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 05.

<sup>500</sup> Id. *ibid.*, p. 265.

<sup>501</sup> Id. *ibid.*, p. 04.

que se dá é que a obra de Kelsen, conquanto seja inovadora sob muitos aspectos, tem por premissa metodológica o paradigma normativo liberal-burguês, concebido no contexto do movimento revolucionário Francês do século XVIII, e que prescreve uma atuação jurisdicional restrita a uma aplicação mecânica dos textos legais aos casos concretos (Juiz “*boca da lei*”).

Ocorre que o Mundo Contemporâneo, a reboque dos conflitos e insurreições que marcaram o Século XX, presenciou uma verdadeira revolução no campo jurídico-filosófico, que redundou, adiante, no ocaso do paradigma normativo liberal-burguês, a que nos referimos no Tópico 5.2 deste Capítulo. Como dissemos naquela passagem, a forma com que o direito positivo passou a ser construído ao final do século passado, mediante o emprego de normas de tecitura aberta, compostas por cláusulas gerais e termos jurídicos indeterminados, é claramente incompatível com a idéia subjacente à existência de um Juiz “*boca da lei*”, exatamente porque traz para o campo da aplicação do Direito uma forte dose de indeterminação. Tal não bastasse, o direito se constitucionalizou<sup>502</sup>, contexto em que, em vista da positivação nos textos constitucionais de princípios de direito natural (v.g. dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, etc.), ganha corpo a idéia de principalização da Constituição, que passou, então, a assumir o “*status*” de elemento unificador da ordem normativa<sup>503</sup>, como disse Zaneti. Por tais circunstâncias, o Direito se tornou mais flexível (ou, talvez, mais “*suave*”, como sugere Zagrebelsky<sup>504</sup>), ensejando, assim, o desenvolvimento de tecnologia capaz de conferir maior objetividade à sua aplicação.

Semelhante desiderato é cumprido, entre nós, pelo emprego de técnicas próprias do “*common law*”, dada a incidência do controle difuso de constitucionalidade das leis, que recepcionamos do sistema norte-americano, como decorrência do “*judicial review*”, desde a Constituição de 1891<sup>505</sup>, e que abarca, como enfatizamos no Tópico 5.3 deste Capítulo, o controle da validade, da racionalidade e da justiça das proposições normativas emanadas do Corpo Legislativo. E tal se dá, quer porque, como bem observa Zaneti, as duas grandes tradições jurídicas

---

<sup>502</sup> Conforme Zaneti, “*todo o direito hoje ou é direito constitucional (conforme à constituição) ou não é direito*” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 54).

<sup>503</sup> Id. *ibid.*, p. 54.

<sup>504</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.

<sup>505</sup> Cfr.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 11.

ocidentais (a tradição romano-canônica e o “*common law*”) aproximam-se como consequência dessa constitucionalização do direito<sup>506</sup>, quer porque, conforme dissemos anteriormente, o modelo de supremacia da Constituição adotado pelo Estado Democrático Constitucional Brasileiro reveste-se de caracteres próprios do “*Rule of Law*”, o que nos aproxima da tradição jurídica do “*common law*”.

Essa influência dos “*americanos do norte*” sobre conformação atual de nosso sistema jurídico-constitucional, quando conjugada à constatação empírica de que paradigma normativo liberal-burguês caminha a passos largos para constituir-se não mais do que uma simples reminiscência histórica, leva-nos a questionar o modelo puramente normativo proposto por Hans Kelsen.

Owen Fiss, dispõe, a propósito da construção das “*normas concretas*” no âmbito da aplicação casuística do Direito, que é tarefa do Juiz conferir “*significado aos valores públicos*”<sup>507</sup>. Para esse professor norte-americano, “*os direitos operam no domínio da abstração*”, designando-se como “*uma declaração legítima e particularizada de significado que pode existir sem um remédio judicial*”, ao passo que a medida judicial representa “*um esforço da Corte para dar um significado concreto a determinado valor público*”, sendo, portanto, “*mais específica, concreta e coercitiva do que a mera declaração do direito*”, já que desvela a realização do Direito<sup>508</sup>. Daí a conclusão do jurista quanto a ser a “*adjudicação*” (compreendida, entre nós, como “*jurisdição*”, ou aplicação do Direito) “*o processo pelo qual um juiz vem a compreender e expressar o significado de um texto normativo dotado de autoridade e os valores incorporados nesse texto*”<sup>509</sup>.

Note-se, pois, que a argumentação desenvolvida por Fiss, embora siga linha de raciocínio bastante semelhante àquela que empregamos no Tópico 5.1 deste Capítulo (no sentido de que é papel do intérprete conferir “*significação*” aos enunciados normativos colhidos do direito positivo, interpretando-os partir das especificidades fáticas da contenda), dela se distingue

---

<sup>506</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 55.

<sup>507</sup> FISS, Owen. *As formas de Justiça*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 44.

<sup>508</sup> Id. *ibid.*, p. 97.

<sup>509</sup> FISS, Owen. *Objetividade e interpretação*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 272.

justamente por agregar elemento valorativo (“*valores públicos*”) ao ambiente cognitivo do Direito. É que, para Fiss, a tarefa do Juiz encarta, mais do que simples atribuição de “*significação*” às prescrições normativas abstratas, a imputação de “*significado*” aos valores públicos<sup>510</sup>. E isso porque, como expôs o doutrinador, noutro trabalho, a interpretação, em sua compreensão, “*é definida como o processo pelo qual o significado de um texto é compreendido e expressado, sendo certo que os atos de compreensão e expressão necessariamente pressupõem fortes elementos subjetivos*”<sup>511</sup>. Enfim, a interpretação, sob esse enfoque, deixa de ser cognição meramente normativa, nos moldes sustentados por Kelsen<sup>512</sup>, para agregar, também, considerações de natureza axiológica.

Semelhante ponto de vista nos recobra a lição do professor Miguel Reale, para quem “*o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação a um texto*”, representa “*um trabalho construtivo de natureza axiológica, não só por ter de captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque se deve ter presentes os da mesma espécie existentes em outras leis*”<sup>513</sup>. Para Reale, são de três ordens os sentidos da palavra Direito, “*um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)*”<sup>514</sup>. Daí que, em sua compreensão, onde quer que haja fenômeno jurídico, haverá, sempre e necessariamente, um “*fato*” subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.), um “*valor*” (que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens, no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo) e uma “*norma*” (que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, ou seja, o “*fato*” ao “*valor*”)<sup>515</sup>. Tais elementos (“*fato*”, “*valor*” e “*norma*”), conforme Reale, não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; e não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram<sup>516</sup>. O que com isso

<sup>510</sup> FISS, Owen. *As formas de Justiça*, cit., p. 44.

<sup>511</sup> FISS, Owen. *Objetividade e interpretação*, cit., p. 280.

<sup>512</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 04.

<sup>513</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 293.

<sup>514</sup> Id. *ibid.*, p. 64-65.

<sup>515</sup> Id. *ibid.*, p. 65.

<sup>516</sup> Id. *ibid.*, p. 65.

quis dizer o jurista é que “a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa”<sup>517</sup>.

Dentro dessa ótica, não se mostra suficiente (ou satisfatória) uma interpretação estritamente normativa, ainda que ela comporte, como admite Kelsen, a reconstrução do direito positivo a partir das especificidades fáticas da contenda<sup>518</sup>. E tal se dá porque, como expõe Owen Fiss, a Constituição incorpora uma moralidade pública, que confere ao intérprete a tarefa de problematizar a relação entre o direito e a moral, desiderato que, “quando aplicado a uma situação em particular, [...] dá margem a diversas leituras, algumas das quais podem entrar em conflito com outras promessas constitucionais”<sup>519</sup>. Daí que, para Fiss, a tarefa do Juiz reside precisamente em “optar entre essas leituras (e harmonizar o todo)”, escolha que se converte no “cerne do processo intelectual conhecido como interpretação”<sup>520</sup>. Semelhante escolha, no entanto, não seria possível no contexto de uma interpretação estritamente normativa, construída a par de um ordenamento jurídico-positivo composto exclusivamente por regras, algo que, como bem adverte Canotilho, “conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática”, exigindo “uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas”<sup>521</sup>.

Nisso reside a importância dos princípios jurídicos. É que eles “têm uma idoneidade irradiante que lhes permite <<ligar>> ou cimentar objectivamente todo o sistema”<sup>522</sup>, como disse Canotilho. E se qualificam, conforme Reale, como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a

<sup>517</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 293.

<sup>518</sup> Kelsen adere a proposição de que o direito positivo figura como objeto da atividade cognitiva desenvolvida pelo intérprete, qualificando-o como “ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 05), para acentuar, noutra passagem, que o fato, compreendido como evento sensorialmente perceptível, já que se processa no espaço e no tempo, transforma-se em um ato jurídico, não em razão da sua “facticidade” (ou do seu ser natural), mas do sentido objetivo que está ligado a esse ato, isto é, da “significação” que ele possui (Id.ibid., p. 04). Em vista dessas considerações, Kelsen dispõe, em arremate, que “o sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma” (Id.ibid., p. 04).

<sup>519</sup> FISS, Owen. *Convencionalismo*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 318.

<sup>520</sup> Id.ibid., p. 318.

<sup>521</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1.162.

<sup>522</sup> Id.ibid., p. 1.163.



*sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas*”<sup>523</sup>. Essa estrutura flexível dos princípios é que confere ao sistema jurídico a abertura necessária a que o direito positivo mantenha, ao longo dos anos, a capacidade de corresponder às aspirações da sociedade, apresentando-se, assim, mesmo que parte considerável de seus enunciados tenha sido aprovado e sancionado em tempos remotos, como representação de uma vontade geral contemporânea<sup>524</sup>. Daí a absoluta relevância de conhecermos distinção entre regras e princípios e, sobretudo, o modo como se processa a atuação dos intérpretes no âmbito dessa abertura.

A propósito, Samuel Meira Brasil Júnior nos recobra de que Ronald Dworkin foi um dos primeiros autores a procurar estabelecer um critério científico para a distinção entre as regras e os princípios<sup>525</sup>. O objetivo do estudo de Dworkin, segundo Humberto Bergmann Ávila, era fazer “*um ataque geral ao Positivismo (general attack on Positivism), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (principles)*”<sup>526</sup>. Ávila leciona que, conforme Dworkin, “*as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (all-or-nothing)*”, de maneira que havendo colisão entre elas, uma delas deve ser considerada inválida, ao passo que os princípios “*não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios*”<sup>527</sup>.

O professor Samuel Brasil também refere, em sua obra, ao magistério de Robert Alexy, pondo em destaque a circunstância de esse jusfilósofo alemão haver qualificado os princípios como “*mandamentos de otimização (Optimierungsgebote)*”<sup>528</sup>. Temos particular interesse pela doutrina de Alexy. A uma porque ele, “*partindo das considerações de Dworkin, precisou*

<sup>523</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 306-307.

<sup>524</sup> Que não se confunde, a toda evidência, com a “*vontade da maioria*”. Isso porque, como disse Habermas: “*o discurso prático-moral representa a ampliação ideal de nossa comunidade de comunicação a partir da perspectiva interior. Diante desse fórum, só podem encontrar assentimento fundamentado aquelas sugestões de norma que expressam um interesse comum de todos os envolvidos. Nesta medida, as normas fundamentadas discursivamente fazem valer a um só tempo duas coisas: o conhecimento daquilo que a cada momento reside no interesse geral de todos, e também uma vontade geral que apreendeu em si sem repressão a vontade de todos*” (HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 299).

<sup>525</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 86-87.

<sup>526</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 28.

<sup>527</sup> Id. *ibid.*, p. 28.

<sup>528</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 87.

*ainda mais o conceito de princípios*”, consoante leciona Humberto Ávila<sup>529</sup>. A duas porque, como teremos a oportunidade de expor adiante, a designação dos princípios como “*mandamentos de otimização*” atende perfeitamente ao reclame, dantes mencionado, de conferir maior objetividade à aplicação desse novo direito, mais flexível ou mais “*suave*”, que é característico de nosso tempo<sup>530</sup>.

É certo que, em tal conjuntura, mesmo as regras jurídicas, para serem aplicadas, encontram-se sujeitas à atividade cognitiva dos intérpretes. A propósito, Alexy leciona que se não se quer aceitar uma regra, deve-se ou declará-la inválida (e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico) ou inserir-lhe uma exceção (criando, nesse sentido, uma nova regra)<sup>531</sup>. No que toca à primeira hipótese aventada, ter-se-á a invalidade jurídico-normativa de uma regra infraconstitucional, por exemplo, quando essa se contrapuser a comando normativo extraído do texto da Constituição, o que pode ensejar ou a inaplicabilidade do preceptivo hierarquicamente inferior (se a inconstitucionalidade for reconhecida em controle difuso), ou a sua exclusão do ordenamento jurídico (se a inconstitucionalidade for reconhecida em controle concentrado). Esse será, a bem da verdade, um caso típico de contraposição entre regras de diferente hierarquia, que em tese pode ser resolvido pela aplicação dos critérios ordinários destinados à solução de antinomias entre normas infraconstitucionais<sup>532</sup>, mais especificamente pelo critério hierárquico.

É o que se dá, em hipótese, quando o legislador ordinário institui taxa com base de cálculo própria de imposto, desafiando, com isso, o que prescreve o parágrafo 2º do artigo 145 da Constituição da República<sup>533</sup>. Assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal por ocasião

<sup>529</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 28.

<sup>530</sup> Neste Capítulo, e também no Capítulo 6, que fecha as argumentações desenvolvidas no corpo deste nosso trabalho, procuraremos compatibilizar a realização do Direito no Estado Democrático Constitucional Brasileiro a especificidades das teorias de Dworkin e de Alexy, inclusive no contexto de seu desenvolvimento por Samuel Brasil e por Humberto Ávila. Não olvidamos que Dworkin e Alexy divergem sobre determinados aspectos. No entanto, não pretendemos pacificar a dissensão entre os autores, mas, a bem da verdade, aproximá-los no que for possível, para adotarmos, nos pontos de divergência, a construção teórica que melhor se amolda às particularidades de nosso ordenamento jurídico-positivo, na interpretação que lhe dão os Tribunais Brasileiros, com destaque para a atuação de nosso Supremo Tribunal Federal.

<sup>531</sup> ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 37.

<sup>532</sup> Conforme leciona Ricardo Liebel Waldman, “*antinomias podem ser resolvidas por algumas regras bem conhecidas, por exemplo: a regra posterior invalida a anterior, a regra especial invalida a geral e a regra superior invalida a inferior*” (WALDMAN, Ricardo Liebel. *A máxima proporcionalidade e sua aplicação no Direito brasileiro*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de [Org.]. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 290).

<sup>533</sup> CRFB. “Art. 145. [...] § 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”.

do julgamento do Recurso Extraordinário nº 233.332/RJ, quando reconheceu a invalidade jurídico-constitucional de lei que previa a remuneração do serviço de iluminação pública por meio de taxa, justamente por considerar que a referida exação tem por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, devendo, portanto, ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais<sup>534</sup>.

Ocorre que semelhante atividade cognitiva exige do intérprete esforço hermenêutico que transcende a simples comparação entre os dispositivos “*prima facie*” contraditórios. É que, para chegar à conclusão de que aquela taxa de fato possui base de cálculo própria de imposto, ele precisa recorrer, primeiramente, a distinção entre impostos e taxas, enquanto espécies tributárias, dispondo, a propósito, que os impostos são tributos não-vinculados, instituídos com o intuito de custear despesas gerais do Estado, ao passo que as taxas destinam-se à remuneração (contraprestação) pelo exercício do poder de polícia ou pela colocação à disposição do contribuinte de serviço público divisível, qualificando-se, portanto, como um tributo vinculado<sup>535-536</sup>. Tal não bastasse, o intérprete deverá, ainda, conhecer o modo como se processa, na prática, o serviço sob o qual hipoteticamente incidiria a regra-matriz de incidência tributária, pois, do contrário, não teria ele (intérprete) condições de qualificá-lo, como fez o Tribunal Constitucional, como um serviço indivisível e, portanto, insuscetível de apropriação individualizada por cada usuário.

Disso podemos concluir que mesmo em vista de um simples conflito entre regras a atividade do intérprete mostrar-se-á, sempre, transcendente ao direito positivo. Isso, pela razão simples de que, inclusive sob a ótica estrita da teoria pura do direito, não se pode aplicar, e tampouco comparar, enunciados normativos sem que sobre eles se exerça alguma atividade interpretativa.

---

<sup>534</sup> Eis a ementa daquele julgamento: “*TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 176 E 179 DA LEI MUNICIPAL Nº 480, DE 24.11.83, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 1.244, DE 20.12.93. Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. Recurso não conhecido, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob epígrafe, que instituíram a taxa no município*” (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo: 233332 UF: RJ - RIO DE JANEIRO Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 14-05-1999 PP-00024 EMENT VOL-01950-13 PP-02617. Relator(a) ILMAR GALVÃO).

<sup>535</sup> Cfr., a propósito: ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 130-136.

<sup>536</sup> Cfr., também: [CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 439] e [CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p. 27].

Dissídios desse tipo podem ser resolvidos, ainda que em princípio<sup>537</sup>, pela incidência daquela interpretação normativa referida por Kelsen, por ser reduzido o grau de abstração das regras jurídicas. Existirão, todavia, casos em que o conflito (ou a tensão) entre enunciados normativos exigirá do intérprete atividade cognitiva mais sofisticada. Referimo-nos, nesse ponto, aos “*casos difíceis*” (ou “*hard-cases*”).

A propósito deles, recobramos, com Dworkin, que o próprio positivismo jurídico fornece uma teoria dos “*casos difíceis*”, que se manifestam “*quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição*”<sup>538</sup>. E tal se dá porque, como disse o professor norte-americano:

“As teorias da decisão judicial tornaram-se mais sofisticadas, mas as mais conhecidas ainda colocam o julgamento à sombra da legislação. Os contornos principais dessa história são familiares. Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes”<sup>539-540</sup>.

A par dessas considerações, temos que um “*caso difícil*” será aquele que não puder ser resolvido pelas técnicas usuais de subsunção, mesmo que com recurso àquela interpretação normativa referida por Kelsen.

Mas como resolvê-los, então?

Não há, certamente, um único caminho a ser percorrido. Dworkin alude, exemplificativamente, à solução positivista, dispondo que, em hipóteses como tais, “*o juiz tem, segundo tal teoria, o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra*”, contexto em que “*sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que*

---

<sup>537</sup> Adiante demonstraremos que determinados dissídios entre regras jurídicas apenas podem ser solucionados mediante emprego da técnica da ponderação, dada a incidência casuística dos princípios constitucionais que conferem ao cidadão o direito fundamental ao amplo acesso à justiça e ao devido processo legal substancial, que conformam e estruturam a justa aplicação do Direito.

<sup>538</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 127.

<sup>539</sup> Id. *ibid.*, p. 128.

<sup>540</sup> Dworkin refere, nesse trecho, a regras do “*common law*”, destacando a sua vagueza semântica como elemento indutor da atividade criativa dos Juízes no campo da aplicação do Direito. No entanto, pelos motivos expressos no Tópico 5.2 deste Capítulo, semelhante estruturação normativa tornou-se difundida também nos sistemas jurídicos codificados, como é o caso do ordenamento jurídico-positivo brasileiro, o que torna perfeitamente aplicáveis à hipótese debatida as considerações doutrinárias formuladas pelo professor norte-americano.

*uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa*<sup>541</sup>. Sob tal perspectiva, a função do intérprete seria descobrir (ou descortinar) a vontade da lei<sup>542</sup>.

Dworkin critica esse ponto de vista, qualificando-o como ficção engendrada como fito de mascarar a constatação empírica de que os intérpretes, em hipóteses como tais, legislam novos direitos jurídicos (“*new legal rights*”) a serem aplicados ao caso concreto<sup>543</sup>, algo que, como vimos, é reconhecido inclusive por Kelsen<sup>544</sup>, ainda que com ressalvas<sup>545</sup>.

De todo modo, Dworkin rejeita a tese segundo a qual os Juízes possam atuar como legisladores complementares, notadamente para efeito de substituir opções políticas adotadas pelo Corpo Legislativo<sup>546</sup>. Ele distingue o papel de legisladores e Juízes no processo construtivo do Direito a par da diferenciação entre “*argumentos de princípio*” e “*argumentos de política*”<sup>547</sup>, dispondo, a propósito, que os “*argumentos de política*” justificam uma decisão mostrando que ela “*fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo*” (v.g. da “*opção*” por tributar pesadamente o comércio de bebidas alcoólicas e cigarros), enquanto os “*argumentos de princípio*” justificam-na “*mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo*” (v.g. de decisão hipotética que considere abusiva a tributação cogitada, por identificar nela, por exemplo, efeito de confisco, ou ofensa à liberdade do cidadão em persistir consumindo tais produtos independentemente de serem

<sup>541</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 127.

<sup>542</sup> Zagrebelsky contrapõe-se a semelhante assertiva, dispondo que a Ciência Jurídica, se tivesse por objetivo apenas e tão-somente desvendar a “*vontade legislativa*”, possuiria um papel meramente secundário, qualificando-se, então, como uma Ciência que não tem ascensão sobre a sua própria finalidade (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*, cit., p. 163-164).

<sup>543</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 127.

<sup>544</sup> É que, como dissemos, o professor austríaco afirma, em sua Teoria Pura do Direito, que “*somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 265).

<sup>545</sup> A principal delas é que a interpretação construída nesse contexto é estritamente normativa, pautando-se, assim, única e exclusivamente em elementos lógico-formais (Id. *ibid.*, p. 04).

<sup>546</sup> Nesse ponto, há divergência entre as teorias de Alexy e Dworkin. É que, conforme leciona Flávio Quinaud Pedron, “*Dworkin ainda se preocupa em distinguir princípios e políticas (policies), distinção essa que parece ter sido olvidada por Alexy*” (PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. In: Revista CEJ, n. 30, jul./set./2005. Brasília: CEJ, 2005. p. 73). Quanto ao particular, seguimos a doutrina de Dworkin, que consideramos mais consentânea com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a não ser dado ao Poder Judiciário substituir opções políticas firmadas pelo Parlamento, ou a atuar como “*legislador positivo*” (v.g. RE 149.659/SP; AG.REG.AI 142.348/MG; RE 188.951/SP; e ADI-MC 1.851/AL). Sobre o assunto, reportamo-nos à argumentação desenvolvida no Tópico 6.3.1 do Capítulo 6 deste trabalho.

<sup>547</sup> Cfr.: LUCHI, José Pedro. *Consistência jurídica do ponto de vista do juiz*, cit., p. 1.

prejudiciais à sua saúde)<sup>548</sup>. E, em vista dessas considerações, defende “*que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis [...], são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas*”<sup>549</sup>.

Assim, concluímos, com base em Dworkin, que o recurso do jurista a “*argumentos de princípio*” é técnica mais adequada à solução dos “*casos difíceis*” do que as soluções decorrentes, quer da ficção positivista (que dissimula a atividade normativa desenvolvida pelo intérprete qualificando-a como ato silogístico tendente à identificação da vontade da lei), quer da compreensão segundo a qual os Juízes estariam autorizados (ou legitimados) a substituir opções político-normativas adotadas pelo Parlamento<sup>550-551</sup>.

Fincada essa premissa, cumpre precisar como se processa, na prática, a resolução dos “*casos difíceis*” sob essa tecnologia.

Nisso reside a força e a virtude da teoria Robert Alexy. É que, como dissemos, com base em Canotilho<sup>552</sup>, a proposição de Alexy quanto a serem os princípios jurídicos “*mandamentos de otimização*”<sup>553</sup> confere a eles (princípios) a capacidade de “*cimentar*” o ordenamento jurídico-positivo. Isso porque, conforme Alexy, os princípios, diversamente das regras (que são normas que ordenam, proíbem, permitem ou autorizam algo definitivamente), não contêm um “*dever definitivo*”, mas um “*dever-prima-facie*”, de modo que a eventual colisão entre eles é resolvida mediante o emprego da ponderação<sup>554-555</sup>.

---

<sup>548</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 129.

<sup>549</sup> Id. *ibid.*, p. 132.

<sup>550</sup> Semelhante ativismo subjetivista, pautado em uma versão pessoalizada do bem comum qualifica, consoante Zaneti, a atuação do “*Juiz Hércules*” (ZANETI JR. Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 126). Confira-se, a propósito, a seguinte passagem da obra do professor gaúcho: “*Salienta-se, portanto, três momentos fundamentais na evolução do tema: o modelo liberal (juiz Pilatos ou juiz Júpiter, conforme a tônica esteja no cidadão ou na atuação da vontade estatal), o modelo social (juiz Júpiter, atuando a vontade estatal nos regimes socialistas de busca da verdade real, um bem comum determinado pela comunidade, ou ainda, o juiz Hércules, atuando em um desmedido ativismo subjetivista, considerando uma versão pessoalizada do bem comum) e o modelo participativo ou simétrico, voltado para o processo cooperativo, no qual o juiz exerce o dever-poder ao lado das partes e em colaboração (juiz Hermes)*” (ZANETI JR. Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 126).

<sup>551</sup> Retomaremos esse ponto no Tópico 6.3.1. do Capítulo 6 deste trabalho.

<sup>552</sup> Cfr.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1.163.

<sup>553</sup> Cfr.: ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 37.

<sup>554</sup> Id. *ibid.*, p. 37.

<sup>555</sup> Nesse mesmo sentido manifestou-se o professor Samuel Meira Brasil Júnior neste trecho de sua obra: “[...] o núcleo da diferença entre regras e princípios encontra-se em outra característica. Segundo Alexy, esta

Essa nossa afirmação pode ser confirmada a partir da análise de contendas cuja solução comporte a tensão entre princípios jurídicos, ou entre regras e princípios.

Um caso característico de tensão entre “*princípios*” é depreendido do seguinte exemplo apresentado pelo próprio Alexy, referindo-se, a propósito, à hipotética contraposição entre direitos fundamentais do cidadão à livre manifestação do pensamento e à preservação de sua honra, tal como positivados na Carta Constitucional Brasileira:

“O artigo 5º, IV, declara a manifestação de idéias como livre. Isso quer dizer que todas as manifestações de opinião são permitidas, também tais que violam a honra de outros e tais com conteúdo racista? Isso iria ajustar-se mal ao artigo 5º, X, que protege a honra, e ao artigo 5º, XLII, que põe sob pena práticas racistas. Em contrapartida, não pode cada manifestação de opinião, que de alguma maneira molesta um concidadão ou membro de uma determinada raça, ser proibida se a liberdade de manifestação de opinião não deve atrofiar. Isso mostra que uma fixação de barreira com auxílio de uma ponderação é necessária. A ponderação como parte de um exame de proporcionalidade, porém, é o problema nuclear da dogmática dos direitos fundamentais”<sup>556</sup>.

Note-se que o professor alemão adverte, nessa passagem, sobre a impropriedade de que se estabeleçam impedimentos absolutos à manifestação da opinião, ainda que tal opinamento esteja preordenado a atingir direitos fundamentais de terceiras pessoas, chamando-nos a atenção para o risco que se configure a atrofia de um direito fundamental a pretexto de se assegurar a fruição de garantias de semelhante envergadura. O que se dá é que, em hipóteses como tais, somente na casuística e em vista da ponderação de interesses é que se poderá aferir se, e em que medida, prevalecerá um ou outro direito fundamental, isto é, se prevalecerá o direito fundamental do “*ofensor*” à livre manifestação do pensamento ou o direito fundamental do “*ofendido*” a não ser molestado em sua honra. É o que nos ensina Canotilho na seguinte passagem de sua obra:

“Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como *exigências ou imperativos de otimização* que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fáctica. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos. A <<ponderação>> e/ou

---

*característica decorre do modo com que cada espécie normativa estabelece a “medida possível de cumprimento”. Os princípios podem ser cumpridos em diversos graus e o meio ordenado para seu cumprimento depende das possibilidades fácticas e das jurídicas (ponderação com as regras e com os princípios que orientam em sentido contrário). As regras somente possuem uma medida possível de cumprimento, com a determinação no campo do fático ou juridicamente possível. Assim, os princípios são mandamentos de otimização (“Optimierungsgebote”) enquanto as regras podem ser cumpridas ou descumpridas”* (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 89).

<sup>556</sup> ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 50-51.

harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. Müller), uma necessidade ineliminável”<sup>557</sup>.

O que se dá, no exemplo proposto, é que as disposições normativas em tese conflitantes qualificam-se como princípios jurídicos, que não são aplicados, como as regras, sob a lógica do “*tudo ou nada*”. Tanto isso é verdade que, em dissídios desse tipo, pode sobressair vencedora tese intermediária, segundo a qual, retomando as particularidades desse nosso caso hipotético, o “*ofensor*”, em vista do direito fundamental do cidadão à livre manifestação do pensamento, embora tenha a prerrogativa de externar livremente as suas opiniões, mesmo quando contrapostas ao direito fundamental do “*ofendido*” de não ser molestado em sua honra, deverá, na face oposta, arcar com as sanções impostas pelo ordenamento jurídico-positivo a realização de semelhante conduta. Essa foi, aliás, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro por ocasião do julgamento de “*leading case*” em que se discutia a viabilidade técnica de que fosse mantida a persecução criminal contra cidadão que então invocava o direito fundamental à livre manifestação do pensamento como justificativa para ofensas propaladas, através da imprensa escrita, contra a comunidade judaica<sup>558</sup>. Idêntica inclinação valorativa foi adotada por aquela Corte Suprema por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 447.584/RJ, quando reconheceu a cidadão lesado em sua honra o direito de ser indenizado por prejuízos decorrentes da manifestação do pensamento<sup>559</sup>.

<sup>557</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1.275.

<sup>558</sup> Eis, a propósito, o que consta da ementa daquele julgamento, no que interessa ao nosso ponto de análise: “*HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. [...] 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semíticas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. [...] 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [...]” (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: HC - HABEAS CORPUS. Processo: 82424 UF: RS - RIO GRANDE DO SUL Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Relator(a) MOREIRA ALVES).*

<sup>559</sup> Veja-se a emenda desse outro julgado: “*INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto.*”



Problemas desse tipo claramente não comportam solução pautada numa interpretação estritamente normativa. Isso porque a aplicação dos princípios jurídicos exige, como vimos, recurso à técnica da ponderação, pressupondo, assim, análise pautada em critérios axiológicos. A propósito, Humberto Ávila leciona que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”; e que os princípios, de seu turno, “constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido”<sup>560-561</sup>. Tal não bastasse, a ponderação, enquanto técnica interpretativa, é exercida com o fito de conferir significado e expressão a valores públicos (entre eles a igualdade, a liberdade, o devido processo legal, etc.<sup>562</sup>), atividade que é (ou tende a ser) moldada pela moralidade predominante<sup>563</sup>, como dissemos anteriormente, com base em Owen Fiss<sup>564</sup>. Disso concluímos, seguindo essa mesma linha de raciocínio, que a construção, pelos intérpretes, do Direito aplicável aos “*casos difíceis*” assume necessariamente aquela estrutura tridimensional a que se refere o professor Reale<sup>565</sup>. E que o recurso do intérprete à ponderação (algo a que ele não pode se furtar quando

---

*Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente”* (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo: 447584 UF: RJ - RIO DE JANEIRO Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-04 PP-00624 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 263-279 RDDP n. 51, 2007, p. 141-148. Relator(a) CEZAR PELUSO).

<sup>560</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 95.

<sup>561</sup> Semelhante assertiva tem fundamento de validade em Alexy (Cfr.: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 140-141). Nada obstante, como bem observa Flávio Quinaud Pedron, os princípios, em Alexy, podem ser equiparados aos valores - embora não sejam valores, já que, como normas, apontam para o que se considera devido, ao passo que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor (PEDRON, Flávio Quinaud, op. cit., p. 71), do que discordam Dworkin e Habermas (Id. ibid., p. 77-nota).

<sup>562</sup> Cfr.: FISS, Owen. *As formas de Justiça*, cit., p. 44.

<sup>563</sup> Cfr.: FISS, Owen. *Objetividade e interpretação*, cit., p. 293.

<sup>564</sup> A propósito, Fiss acentua, ainda, que o texto moral é “o prisma pelo qual o juiz compreende o texto jurídico” (Id. ibid., p. 293). Alexy, de seu turno, dispõe que quando o direito fundado em autoridade ou institucional sozinho não dá resposta adequada à questão jurídica apresentada ao intérprete, o que qualifica os “*casos difíceis*”, o único caminho possível será o da “*argumentação prática geral*”, contexto em que a orientação diretiva do decidir judicial repousa-se sobre a “*compensação correta*” e a “*distribuição correta*”, que são, nas palavras do professor alemão, questões de justiça e, por conseguinte, questões morais (ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 39-40).

<sup>565</sup> Cfr.: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 65.

se dedica à resolução de tensão entre princípios jurídicos) modifica profundamente a sistemática jurídica, que passa a agregar, ao lado dos elementos lógico-formais referidos na obra de Kelsen, componentes axiológicos ou valorativos<sup>566</sup>.

Destarte, resta-nos verificar como se processa, na prática, essa abertura da atividade interpretativa aos valores.

A propósito, Humberto Ávila observa que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturá-la a partir da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>567</sup>, que foram trazidas ao nosso ordenamento jurídico-positivo como aspectos do devido processo legal substancial<sup>568</sup>. Luís Roberto Barroso as trata como expressões correlatas, quando acentua que “o devido processo considera que o princípio da razoabilidade decorre da cláusula *due process of law* e é particular na experiência *anglo-saxã*”, tendo o mesmo fim que, “nos modelos do sistema romano-germânico, é atendido pelo princípio da proporcionalidade, qual seja impedir atentados do legislativo contra os direitos fundamentais que não estejam justificados por interesses suficientemente importantes, e pela efetiva capacidade e necessidade do ato para a proteção destes interesses”<sup>569</sup>. Ávila, todavia, as distingue, dispondo que a razoabilidade se diferencia da proporcionalidade porque “não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim”<sup>570-571</sup>.

Para o professor gaúcho, a razoabilidade é empregada:

- (a) como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral;

<sup>566</sup> Cfr.: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 293.

<sup>567</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 94-95.

<sup>568</sup> Cfr.: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

<sup>569</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Texto extraído da internet: <[www.fdir.uerj.br/sites/rqi/index.htm](http://www.fdir.uerj.br/sites/rqi/index.htm)>; acesso em 02/02/2009.

<sup>570</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 110.

<sup>571</sup> Sobre o assunto, ler também: [MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *A funcionalidade do devido processo legal: devido processo substantivo e justo processo civil na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Tese de doutorado. Porto Alegre: UFRGS, 2008] e [ÁVILA, Humberto Bergmann. *O que é "devido processo legal"?* In: *Revista de Processo*, v. 33, n. 163, set./2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008].

- (b) como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir;
- (c) como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas<sup>572</sup>.

Já a proporcionalidade está a exigir dos poderes constituídos a escolha de meios adequados, necessários e proporcionais para a realização de seus fins, sendo certo que um meio será necessário se, entre todos aqueles igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais, e que será proporcional, em sentido estrito, quando as vantagens que promove superarem as desvantagens que provoca, como disse Ávila noutra passagem de sua obra<sup>573-574</sup>.

Por deterem a razoabilidade e a proporcionalidade semelhantes contornos, Ávila as qualifica não como princípios, mas como postulados normativos<sup>575</sup>. Para o professor gaúcho, a distinção se justifica na medida em que os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele em que se encontram as normas cuja aplicação estruturam (sejam elas regras ou princípios)<sup>576</sup>. Sua função seria, então, a de estruturar (ou conformar) a aplicação das normas jurídicas<sup>577</sup>, de modo que só elipticamente os postulados normativos poderiam ser desatendidos, pois, a rigor, devem ser consideradas violadas, não esses postulados, mas as normas (regras ou princípios) que não forem escorreitamente aplicadas no contexto dessa estruturação<sup>578-579</sup>. Daí a sua designação, por Ávila, como “*metanormas, ou normas de segundo grau*”<sup>580-581</sup>.

---

<sup>572</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 103.

<sup>573</sup> Id. *ibid.*, p. 109-110.

<sup>574</sup> Confira-se, a propósito, a lição de Bonavides, para quem o princípio da proporcionalidade ganhou força como parte do direito constitucional a partir da década de 1950, por influência da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 374), e visa exatamente a impedir limitação a direito fundamental por ato estatal (inclusive pela lei) que não seja adequado, necessário, e que efetivamente leve em consideração os direitos por ela afetados (Id. *ibid.*, p. 370).

<sup>575</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 87-88.

<sup>576</sup> Id. *ibid.*, p. 88.

<sup>577</sup> Id. *ibid.*, p. 87.

<sup>578</sup> Id. *ibid.*, p. 87-88.

Bem ambienta a incidência dos postulados normativos na estruturação das normas jurídicas entre nós o seguinte exemplo, oportunamente proposto por Humberto Ávila:

“Uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte para efeito de pagamento conjunto dos tributos federais foi excluída desse mecanismo por ter infringido a condição legal de não efetuar a importação de produtos estrangeiros. De fato, a empresa efetuou uma importação. A importação, porém, foi de quatro pés de sofás, para um sofá, uma única vez. Recorrendo da decisão, a exclusão foi anulada, por violar a razoabilidade, na media em que uma *interpretação dentro do razoável* indica que a interpretação deve ser feita “*em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei*” (2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, Processo 13003.000021/99-14, sessão de 18.10.2000). Nesse caso, a regra segundo a qual é proibida a importação para a permanência no regime tributário especial incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime tributário especial), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justifica (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). Dito de outro modo: segundo a decisão, o estímulo à produção nacional não deixaria de ser promovido pela mera importação de alguns pés de sofá<sup>582</sup>.

<sup>579</sup> Semelhante proposição de Ávila, conquanto derive da teoria de Alexy, revela divergência metodológica entre os doutrinadores. É que, se, para Ávila (e, como se verá adiante, também para o STF), regras jurídicas podem deixar de ser aplicadas, na casuística, quando confrontadas com princípios estruturados pelos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (“*meta-normas*”), em Alexy, as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro formam o pressuposto fático de uma regra, que determina as consequências jurídicas do princípio prevalente, como disse Flávio Quinaud Pedron (PEDRON, Flávio Quinaud, op. cit., p. 73). Sobre o assunto, ler também: ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. In: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México, D.F.: Fontamara, 2006. p. 07-24.

<sup>580</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 88.

<sup>581</sup> Mitidiero coliga esse mecanismo de correção prática do direito positivo a uma segunda fase da constitucionalização do processo. Em suas próprias palavras: “*O relacionamento entre o direito processual civil e o direito constitucional, de seu turno, também evoluiu sensivelmente. Para além da tutela constitucional do processo (constitucionalização das normas jurídicas fundamentais de processo) e da jurisdição constitucional, importa observar a incorporação, no âmbito do direito processual civil, do modo-de-pensar constitucional, com inequívoco destaque para o incremento teórico propiciado pela nova teoria das normas e para o processo civil encarado na perspectiva dos direitos fundamentais. Com efeito, enquanto a primeira constitucionalização do processo teve por desiderato incorporar normas processuais na Constituição, a segunda, própria de nosso tempo, visa a atualizar o discurso processual civil com normas tipo-princípios e tipo-postulados, além de empregar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais para solução dos mais variegados problemas de ordem processual. [...] Em termos de metódica constitucional, o Estado Constitucional aportou para o direito em geral o modo de pensar por princípios, o “diritto per principi”, o que, inclusive, fez o direito voltar a ser encarado como “juris prudentia” e não mais tão-somente como “scientia juris”, voltando a evidenciar o seu caráter marcadamente prático, dantes sufocado pelo pensamento “more geometrico”, próprio do direito do Estado do século XIX, cujo “espelho e metáfora”, consoante já expressado com rara felicidade, fora mesmo o movimento codificatório (que encerra, de seu lado e fundamentalmente, um “diritto per regole”). Nesse espaço surge ainda uma nova proposta de classificação das normas, responsável pela boa acomodação teórica da igualdade, da ponderação, da razoabilidade e da proporcionalidade na categoria dos postulados normativos. A importância de normas desse jaez para a prática do direito contemporâneo é hoje coisa que não se coloca mais, seriamente, em discussão. O direito processual civil, evidentemente, não poderia restar infenso a essa benfazeja influência” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 42-43).*

<sup>582</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 105.

Em vista desse caso, Ávila destaca que, em seu deslinde, “*a regra geral, aplicável à generalidade dos casos, não foi considerada aplicável*” à hipótese debatida. E, a propósito, ressalta que “*nem toda norma incidente é aplicável*”, dispondo, adiante, que “*uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária*”<sup>583</sup>. Essa concepção de razoabilidade, como disse Ávila, na seqüência, “*corresponde aos ensinamentos de Aristóteles, para quem a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa, por ser geral*”<sup>584</sup>, donde se infere que, na espécie, o comando normativo determinante ao deslinde da questão foi, a bem da verdade, o princípio da igualdade, e que o recurso do intérprete ao postulado da razoabilidade apenas teve o efeito de estruturar (ou conformar) a incidência desse princípio no caso concreto.

Atividade valorativa semelhante é depreendida do julgamento do “*leading case*” em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás na presença do consumidor<sup>585</sup>. Naquela oportunidade o Excelso Pretório apontou a existência de violação ao princípio da livre iniciativa, consistente na circunstância de o referido princípio haver sido restringido de modo desnecessário e desproporcional pelo legislador<sup>586-587</sup>. Nessa hipótese, tal como no exemplo anterior, não se cogita da violação do postulado normativo (“*in casu*”, do postulado da proporcionalidade), mas do princípio por ele conformado, isto é, do princípio da livre iniciativa, o qual, como disse Ávila, referindo-se àquele mesmo julgamento, deixou de ser aplicado adequadamente “*na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor*”<sup>588</sup>.

<sup>583</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 105.

<sup>584</sup> Id. *ibid.*, p. 105,

<sup>585</sup> Também destacado, em sede doutrinária, entre outros, por Humberto Ávila (Id. *ibid.*., p. 88) e por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (Cfr.: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28).

<sup>586</sup> Cfr.: ADIn 855-2, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 1.10.1993.

<sup>587</sup> A propósito, recobre-se, com Ávila, que um meio será “*necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais*”, e será “*proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca*” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 109-110).

<sup>588</sup> Id. *ibid.*, p. 88.

A conclusão externada nesse julgamento sugere o alinhamento da jurisprudência daquela Corte Suprema com a conceituação proposta por Humberto Ávila, ora explicitada, quanto a terem as normas jurídicas (regras e princípios) a sua aplicação estruturada (ou conformada) por postulados normativos (meta-normas). Sobretudo quando a conjugamos ao desfecho dado pelo Tribunal Constitucional a casos semelhantes. Basta ver, exemplificativamente, que aquele Excelso Pretório, em outra oportunidade, afirmou a inconstitucionalidade de regra jurídica inscrita em lei do Estado do Espírito Santo que proibia o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose, invocando como fundamento a ofensa ao princípio da isonomia (dada a discriminação imotivada entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura) e a imposição restrição injustificável ao direito de propriedade, no que reside, conforme taxativamente assentado pelo Supremo Tribunal Federal na ementa daquele julgamento, violação ao postulado da proporcionalidade<sup>589</sup>. Adiante, em julgado ainda mais recente, aquele Excelso Pretório afirmou a validade de regra jurídica que previa o pagamento de compensação financeira pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental, ante a consideração de que não ocorreu, na espécie, desrespeito ao postulado da razoabilidade, pautada na compreensão, externada pelos eminentes Ministros que compunham o Tribunal naquela Sessão, de que, na espécie, a compensação ambiental cogitada revela-se como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente, precisamente por haver considerado que, no caso, não havia outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional<sup>590</sup>.

---

<sup>589</sup> Eis a ementa do julgamento: “*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. PROIBIÇÃO DE PLANTIO DE EUCALIPTO PARA FINS DE PRODUÇÃO DE CELULOSE. DISCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AOS POSTULADOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. DIREITO DE PROPRIEDADE. TEMA DE DIREITO CIVIL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. 1. Vedação de plantio de eucalipto no Estado do Espírito Santo, exclusivamente quando destinado à produção de celulose. Ausência de intenção de controle ambiental. Discriminação entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura, sem qualquer razão de ordem lógica para tanto. Afronta ao princípio da isonomia. 2. Direito de propriedade. Garantia constitucional. Restrição sem justo motivo. Desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa. Caracterizada a violação ao postulado da proporcionalidade. 3. Norma que regula direito de propriedade. Direito civil. Competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF, artigo 22, I). Precedentes. Presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Pedido cautelar deferido” (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Processo: 2623 UF: ES - ESPÍRITO SANTO Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 14-11-2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-13 PP-02472. Relator(a) MAURÍCIO CORRÊA)”.*

<sup>590</sup> Veja-se a ementa daquele julgado: “*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo*”.

Esses julgamentos, além indicarem uma tendência do Tribunal Constitucional a aderir à proposição de Ávila quanto a existirem no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro regras, princípios e postulados normativos que estruturam a sua aplicação, evidenciam, residualmente, que a ponderação é também aplicável a conflitos entre regras e princípios<sup>591</sup>, em que a contradição entre os enunciados normativos, conquanto exista (o que não se cogita na tensão entre princípios), não é frontal, ou taxativa (como se depreende no conflito entre regras). Com efeito:

- (a) o primeiro dos julgamentos citados retrata o afastamento da validade jurídica de regra que determinava a pesagem de botijões de gás na presença do consumidor por violação ao princípio da livre iniciativa, restringido de modo desnecessário e desproporcional pelo legislador (desrespeito ao postulado da proporcionalidade);
- (b) o segundo caso refere ao afastamento da validade de regra jurídica que proibia o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose, por ofensa ao princípio da isonomia, preordenada pela discriminação imotivada entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura, então qualificada como restrição injustificável ao direito de propriedade (desrespeito ao postulado da proporcionalidade);

---

*para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão "não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento", no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente" (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Processo: 3378 UF: DF - DISTRITO FEDERAL Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00242. Relator(a) CARLOS BRITTO).*

<sup>591</sup> A propósito, Hart acentua, em célebre crítica a Dworkin, inscrita no "pós-escrito" da obra "*O conceito de direito*", que "não há razões para que um sistema jurídico não deva reconhecer que uma regra válida determina o resultado nos casos em que é aplicável, exceto quando outra regra, julgada como sendo mais importante, seja também aplicável ao mesmo caso", para concluir, adiante, que "as regras não têm um caráter de tudo ou nada, uma vez que são passíveis de entrar em conflito com princípios, que as podem superar" (HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 324).

- (c) o último julgado referenciado encarta o reconhecimento da constitucionalidade de regra jurídica que previa o pagamento de compensação financeira pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental, havendo o Tribunal concluído que a compensação ambiental cogitada é instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente, afastando, assim, ante a consideração de que não existe outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional, a ocorrência de desrespeito ao postulado da razoabilidade.

Em tais hipóteses, assim como naquele primeiro exemplo proposto por Humberto Ávila<sup>592</sup>, princípios jurídicos, após escoreitamente conformados (ou estruturados) pelos intérpretes, mediante juízo de ponderação exercido sob a mediação dos postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade (“*meta-normas*”), obstaram ou confirmaram a aplicação casuística de regras de direito positivo, o que corrobora a proposição, dantes assentada, quanto à pertinência da aplicação da técnica da ponderação também em conflitos entre regras e princípios.

Posto isso, concluímos, na linha do que foi dito antes, que dissídios desse tipo, em que se depreende a contraposição entre regras e princípios, por encartarem, para seu deslinde, juízos de ponderação, também precisam ser solucionados mediante consideração daquela estrutura tridimensional referida na obra de Miguel Reale<sup>593</sup>.

Essa constatação induz, a rigor, conclusão residual no sentido de que semelhante atividade valorativa também pode ser estendida, entre nós, a dissídios estabelecidos entre regras jurídicas, dadas as particularidades desse nosso regime híbrido de jurisdição constitucional, que abarca, como dissemos<sup>594</sup>, o controle, não apenas da validade jurídica, mas, também, da racionalidade e da justiça (ou da justeza) das opções políticas de Estado, inclusive daquelas encartadas em atos legislativos<sup>595</sup>. Com efeito, se é verdade que os cidadãos brasileiros, em vista da conjugação dos princípios do amplo acesso à justiça e do devido processo legal,

---

<sup>592</sup> Cfr.: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 105.

<sup>593</sup> Cfr.: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 65.

<sup>594</sup> Vide Tópico 5.3 deste Capítulo.

<sup>595</sup> Isso porque, como dissemos, a Constituição Brasileira arrola a realização concreta da justiça entre os objetivos fundamentais da República e assimila como direito fundamental do cidadão o princípio do devido processo legal, cujo aspecto substancial impõe a realização concreta do direito material deduzido em Juízo, não mais a partir da tão-só subsunção dos fatos concretos aos textos legais, mas por meio de uma aplicação temperada do direito positivo às peculiaridades do caso e da sua análise sob a mediação dos “*standards*” da razoabilidade e da proporcionalidade.



possuem direito subjetivo fundamental a um processo justo (como sustentam, cada qual a seu modo, instrumentalistas<sup>596</sup> e formalistas-valorativos<sup>597</sup>), e se a justiça, enquanto valor, coliga-se à moral (como sustentamos anteriormente, com base em Kant, Habermas e Perelman), nada impede, mas ao contrário, tudo autoriza, que o intérprete, mesmo em casos que “*prima facie*” comportem simples conflitos entre regras jurídicas, recorra àquelas garantias procedimentais (ou seja, aos princípios do amplo acesso à justiça e do devido processo legal substancial) para, com base nelas, e estruturando-as, em juízo de ponderação, a partir da incidência dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, deixar de aplicar regras jurídicas cuja incidência casuística tenha a potencialidade de ensejar injustiças<sup>598</sup>.

Se assim proceder, estará ele, intérprete, atuando a reconstrução do direito positivo, nos moldes sustentados ao longo deste Capítulo, embora já não mais sob o enfoque estrito daquela interpretação normativa referida na obra de Kelsen. Essa sua atividade interpretativa, quanto ao particular, já que concebida no contexto da compreensão de que os ordenamentos jurídico-positivos contemporaneamente se apresentam como sistemas abertos de regras e princípios, e que, por isso, agregam ao ambiente cognitivo do Direito caractere valorativo (ou axiológico), constrói-se, verdadeiramente, com a pretensão de correção moral do direito positivo, no sentido da sua justa aplicação.

### 5.5. A interpretação como pretensão de correção moral do direito.

Assim, por tudo quanto dissemos até esse ponto, assentamos, em linha de conclusão, que a Ciência Jurídica, que outrora se inclinava ao isolamento do direito positivo da moral e da justiça<sup>599</sup>, passa a assumir uma racionalidade prática em detrimento daquela racionalidade

<sup>596</sup> Cfr.: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit.

<sup>597</sup> Cfr.: ZANETI JR. Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 44.

<sup>598</sup> Até porque, como nos ensina o professor Alvaro de Oliveira, “*no plano constitucional, o ordenamento é enfático no ressaltar, de forma explícita e taxativa, os princípios fundamentais da igualdade, contraditório e ampla defesa, impondo motivação aos pronunciamentos do Poder Judiciário e largo acesso à jurisdição*”, de maneira que, “*a aplicação inteligente e sistemática desse conjunto de elementos permite, sem dúvida, o reconhecimento da ilegitimidade de leis irrazoáveis ou caprichosas, tanto do ponto de vista material quanto processual*”, contribuindo, assim, para a superação de eventuais situações problemáticas (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 236).

<sup>599</sup> Confirma-se, ao ensejo, o seguinte exerto da obra singular de Hans Kelsen: “*Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os*

puramente teórica, pautada na aspiração dos juristas por descrever o direito, enquanto Ciência, a partir da lógica apodítica que caracteriza o estudo das Ciências Matemáticas<sup>600</sup>. Partimos, então, da “*scientia juris*” para a “*juris prudentia*”, como disse Mitidiero<sup>601-602</sup>, referindo-se à doutrina de Gustavo Zagrebelsky<sup>603</sup>.

Zagrebelsky leciona, quanto ao pormenor, que a produção do direito sob a ótica do dualismo positivista o vincula única e exclusivamente à vontade do Corpo Legislativo, contexto em que o papel da Ciência Jurídica estaria circunscrito à identificação dessa vontade pelo intérprete. Ocorre que a Ciência Jurídica, se tivesse por objetivo apenas e tão-somente desvendar essa “*vontade legislativa*” traduzida nos textos legais, possuiria, conforme Zagrebelsky, um papel meramente secundário, qualificando-se, então, como Ciência que não tem ascensão sobre a sua própria finalidade<sup>604</sup>. Daí a rejeição, pelo jurista italiano, de semelhante disciplina lógico-

---

*elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 01).

<sup>600</sup> A propósito, Zaneti apresenta as seguintes objeções a que prevaleça a tese segundo a qual a Ciência do Direito é uma Ciência dedutiva e que deve assumir o ideal lógico das Ciências Matemáticas em detrimento do raciocínio problemático que lhes é natural: “[...] a) a construção de um sistema jurídico propriamente dito implicaria resolver por meio dele todas as questões, produzindo por deduções unívocas decisões dos conflitos; b) a identificação de um preceito de significação é sempre arbitrária do ponto de vista lógico, portanto a tópica não pode ser eliminada como técnica de escolha do referido preceito para que o cálculo jurídico seja aplicado; c) o sistema jurídico não é unitário, podendo ser considerado mais uma pluralidade de sistemas, sendo que a colisão desse sistemas é resolvida pela interpretação. Logo, basta constatar que a tópica está presente no sistema jurídico através da interpretação: “o pensamento interpretativo tem que se mover dentro do estilo da tópica”. Dessa forma, o sistema fica a salvo de contradições internas, casos não previstos e lacunas, e pode ser estendido, reduzido e comparado; d) a linguagem técnica, apesar das tentativas de rigor, guarda uma perspectiva espontânea que sempre se apresenta inventiva do ponto de vista da tópica; essa “fecunda flexibilidade” decorre do fato de que os “conceitos e as proposições, que se expressavam por palavras da linguagem natural são sistematicamente inseguros”; e) o campo de atuação da tópica é “o estado das coisas”, a “recíproca aproximação” entre os fatos e o ordenamento jurídico” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 89-90).

<sup>601</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 18-19.

<sup>602</sup> Essa assertiva de Mitidiero se situa no contexto de dois tópicos construídos por Zagrebelsky no Capítulo VI (“*Il diritto per principi*”) do seu “*Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*, cit.), encartados nas páginas 163 a 173 daquela obra, e denominados, respectivamente, “*Il carattere pratico della scienza del diritto*” e “*<Jurisprudencia> contro <scientia juris>. Il pluralismo dei principi*”.

<sup>603</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*, cit., p. 163-173.

<sup>604</sup> Como bem observa o jurista italiano: “*Secondo Il dualismo positivista, la <produzione> del diritto – cioè la normazione – sarebbe determinata puramente dalla volontà che crea; al contrario, la <conoscenza> del diritto – cioè la scienza giuridica – sarebbe determinata puramente dalla ragione che riflette. In questo modo, normazione e scienza del diritto sono ricondotte a dua facoltà dello spirito umano tra le quali non sussisterebbe alcun punto di collegamento. La produzione di norme sarebbe attività a-razionale. A sua volta la riflessione scientifica, avendo come oggetto una volontà mera, trascritta in norme, potrebbe definirsi scienza solo in un senso scodário o servente. Sarebbe una scienza che non domina i propri fini. Più che scienza giuridica, si dovrebbe parlare di tecnica giuridica, al servizio d’altro e d’altri. Chi crede che essere buoni giuristi significhi essere buoni <tecnici Del diritto> si inorgoglisce di questo servizio*” (Id. *ibid.*, p. 163-164).

formal<sup>605</sup>, quando põe em destaque o contraste existente entre a “*scientia juris*” e a “*juris prudentia*” e, por conseguinte, entre as avaliações qualitativas do tipo “*verdadeiro-falso*” (ou “*tudo-nada*”) que caracterizam o pensamento positivista e a aplicação racional do Direito por meio da identificação, mediante ponderação, do que seria mais oportuno, adequado e produtivo à solução das contendas<sup>606</sup>.

O ponto de cisão entre aquele positivismo extremado, concebido no esteio dessa lógica apodítica, que descreve a aplicação do Direito tão-somente a partir de atos de subsunção mecânica do fato à norma positiva (demonstração<sup>607</sup>) e a compreensão que dele (Direito) se tem na Pós-Modernidade é exposta com singular clareza por Owen Fiss. Para o professor norte-americano “*a separação entre o direito e a moral nunca será completa*”, pois, como frisamos anteriormente, com base em Fiss, o Juiz, quando aplica a lei, sempre estará “*tentando conferir significado e expressão a valores públicos*” (v.g. da igualdade, da liberdade, da propriedade, do devido processo legal, da punição cruel e incomum, etc.), cuja compreensão é (ou tende a ser) “*necessariamente moldada pela moralidade predominante*”<sup>608</sup>. Daí a conclusão de Fiss quanto a ser o texto moral “*o prisma pelo qual o juiz compreende o texto jurídico*”<sup>609</sup>.

Por isso afirmamos que a interpretação jurídica funciona como mecanismo de correção do direito positivo. E que semelhante atividade “*corretiva*” tem por escopo a reaproximação

---

<sup>605</sup> Nas suas palavras: “*Se oggetto e metodo devono concordare, occorre respingere l’idea della trattazione scientifica Del diritto attuale alla stregua de una disciplina logico-formale. Non sarebe inverse così, se si pensare di avere a che fare con un sistema dato e compiuto, tratto da un unico fondamento e capace di svilupparsi deduttivamente secondo il principio di non contraddizione. Questa era la convinzione propria del giusnaturalismo racionalistico, ereditata poi dal positivismo legislativo di tradizione continentale. Sulla base di essa, si poteva coerentemente perseguire il compito di una scienza del diritto, contruita secondo dimonstrazioni more geometrico, a immagine e somiglianza delle discipline logico-formali*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*, cit., p. 167).

<sup>606</sup> Conforme dispôs Zagrebelsky, adiante: “*Viene qui naturale la contrapposizione, del cui profondo significato originario si e persa oggi la percezione, tra scientia juris e jurisprudenti, la prima come razionalità formale, la seconda como razionalità materiale, orientata cioè ai contenutti. Aristotelicamente, episteme contro phononesis; socolasticamente, ratio speculativa contro ratio practica. Mentre il criterio delle prime è l’opposizione qualitativa vero-falso, tutto-niente, delle seconde è una progressione quantitativa dal mero al piú adeguato e produttivo. Sono due mentalità che so confrontano in generale. Nel linguaggio oggi corrente, questa attenzione al possibile, nella realizzazione dei principî, si denomina <ragionevolezza>: una discutibile espressione per indicare ciò che classicamente si indicava come la <prudenza> nella trattazione del diritto*” (Id. ibid., p. 168).

<sup>607</sup> Ressaltamos, a propósito, que Zaneti refere à “*radical contraposição entre o argumento e a demonstração, entre a lógica discursiva (dialética) e a lógica apodítica (matemática)*”, coligando o “*argumento*” à “*lógica discursiva*” (ou dialética) e a “*demonstração*” a essa “*lógica apodítica*” (ou matemática) (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 51).

<sup>608</sup> FISS, Owen. *Objetividade e interpretação*, cit., p. 293.

<sup>609</sup> Id. ibid., p. 293.

entre o direito e a moral, possibilitando, assim, a realização da justiça no campo da aplicação do Direito.

Essa é a tese sustentada por Robert Alexy, que concebe a justa aplicação do Direito no contexto de uma teoria do discurso, por ele designada como “*uma teoria procedimental da correção prática*”, segundo a qual “*uma norma N é correta rigorosamente então, quando N pode ser o resultado do procedimento P*”<sup>610</sup>. Para Alexy, “*o que em um sistema jurídico é correto depende, essencialmente, daquilo que foi determinado fundado em autoridade ou institucionalmente*”. O que com isso quis dizer o professor alemão é que “*se lei, precedente ou dogmática, determinam, inequivocamente, a decisão e se, sob o aspecto da correção quanto ao conteúdo, não existem objeções sérias, o caso é decidido somente pelo fundado em autoridade institucional*”<sup>611-612</sup>, devendo estar claro, no entanto, que quando a lei, o precedente e a dogmática não determinam a resposta a uma questão jurídica, o que define casos difíceis, são necessárias valorações adicionais<sup>613-614</sup>. Para esse caso, isto é, para a hipótese em que o direito “*fundado em autoridade ou institucional sozinho não dá resposta*” adequada à questão jurídica apresentada ao intérprete, Alexy aponta como único caminho possível o recurso à “*argumentação prática geral*”, contexto em que a orientação diretiva do decidir judicial repousa-se sobre a “*compensação correta*” e a “*distribuição correta*” que, para Alexy, são questões de justiça e, por conseguinte, questões morais<sup>615-616</sup>.

<sup>610</sup> ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 25.

<sup>611</sup> Id. *ibid.*, p. 39.

<sup>612</sup> A propósito, Samuel Meira Brasil adverte que “*a lei é um argumento com grande poder de convencimento*”, devendo ser aplicada indistintamente a todos, já que dotada de coercitividade, pelo que “*não pode ser ignorada, como se não existisse*”. Como bem situa o professor capixaba, conquanto a lei possa deixar de ser aplicada em situações especiais, “*o juiz não pode simplesmente ‘fingir’ que não há lei, ou que é onipotente para sobrepor-se ao legislador, este o verdadeiro legitimado pela Constituição Federal para regular as condutas sociais, por intermédio de normas abstratas*” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 80).

<sup>613</sup> ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 39.

<sup>614</sup> Bem ilustra essa proposição essa outra passagem da obra do professor Samuel Meira Brasil Júnior: “*Alexy sustenta que o ato de promulgar uma norma jurídica implica afirmar a crença de correção moral da norma jurídica então enunciada. O ato de prescrever uma conduta consiste necessariamente no ato de crer na correção moral dessa conduta. Assim, se a prescrição legal ou judicial não contiver essa correção moral, haverá uma contradição performativa, de natureza pragmática. Essa crença na correção moral das normas jurídicas enunciadas reflete a pretensão de correção, e é um elemento necessário ao conceito do direito, que estabelece a correção, e é um elemento necessário ao conceito do direito, que estabelece a conexão entre a moral e o direito. Nessa linha de raciocínio, se a norma jurídica não formula ou não satisfaz à pretensão de correção, por existir uma contradição performativa entre a norma enunciada e a correção moral (justiça) da prescrição, então a norma será juridicamente deficiente (inválida). Logo, será possível reconhecer a deficiência (invalidade) da norma, para construir outra mais justa (moralmente correta), que satisfaça a pretensão de correção do Estado*” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 71-72).

<sup>615</sup> ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 39-40.

Tais considerações, quando conjugadas à compreensão, que nos parece inafastável, de que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro, quer por imposição da conformação desse novo direito característico da Pós-Modernidade, quer em vista das particularidades próprias de nosso modelo de supremacia do Direito, apresenta-se como um sistema aberto de normas e princípios, permite-nos concluir, a partir de Alexy, que a atividade intelectual desenvolvida pelos intérpretes com vistas à “*densificação*”<sup>617</sup> dos enunciados normativos que compõem o direito positivo apresenta-se não apenas como instrumento de correção normativa, nos moldes sustentados por Kelsen<sup>618</sup>, mas como autêntica pretensão de correção moral do direito.

---

<sup>616</sup> Até porque, como leciona Flávio Quinaud Pedron: “[...] *em um caso concreto somente se pode afirmar a possibilidade da correção de uma decisão se restar demonstrada uma consonância da aplicação dos princípios com uma teoria moral. A correção dos princípios jurídicos não resultaria do próprio Direito, mas de uma correção emprestada da moral. Logo, o Direito não apresentaria uma autonomia como elemento de uma ordem social. Ou seja, o Direito pode ser compreendido como subordinado à moral, seja em razão da necessidade de se completar o discurso jurídico com regras de uma teoria da argumentação moral, seja porque os princípios jurídicos guardam em si uma dimensão de moralidade*” (PEDRON, Flávio Quinaud, op. cit., p. 72).

<sup>617</sup> Conforme Canotilho, densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito normativo especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1201).

<sup>618</sup> Cumpre registrar, a título de exemplo, que Eugene Bulygin, com base na teoria de Kelsen, coliga essa atividade intelectual dos intérpretes a uma suposta pretensão de correção normativa do direito, pautada em critérios semelhantes àqueles referidos no Tópico 5.1 deste Capítulo (Cfr.: BULYGIN, Eugene. *Los jueces crean derecho?* In: Isonomia, n° 18, abril de 2003. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2003).

## 6. O PROCESSO COMO MEDIADOR ADEQUADO ENTRE O DIREITO E A JUSTIÇA.

Sustentamos no Capítulo anterior que a atividade interpretativa desenvolvida no corpo do processo judicial ostenta autêntica feição normativa, visto que concebida no contexto da reconstrução do direito positivo pelos intérpretes, algo que é admitido inclusive por Hans Kelsen, em sua teoria pura do direito<sup>619</sup>. E que em vista do ocaso do paradigma normativo liberal-burguês e da circunstância de a jurisdição constitucional também compreender, entre nós, o controle da racionalidade e da justiça de atos dimanados pelo Poder Legislativo (o que qualifica o ordenamento jurídico-positivo brasileiro como um sistema aberto de regras e princípios), essa atividade intelectual torna nosso sistema jurídico permeável à incidência dos valores, componente axiológico que confere à interpretação desenvolvida nesse contexto uma pretensão de correção moral do direito. Por tais razões é que sustentamos, neste trabalho, que as construções jurídicas que resultam dessa atividade interpretativa, já que desenvolvidas com a pretensão de designar-se como proposições valorativas válidas inclusive sob o ponto de vista moral, têm a potencialidade de se apresentar como a justa aplicação do Direito.

Ocorre que, como também enfatizamos, ainda que pontualmente, ao longo deste nosso estudo, a realização dessa expectativa demanda, invariavelmente, a aceitabilidade da decisão pelos contendores, algo que somente será possível quanto a decisão proferida pelo órgão julgador tiver consideração as proposições apresentadas por todas as partes interessadas na formação do juízo, tal como propõe por Jürgen Habermas em sua teoria do agir comunicativo<sup>620</sup>. A propósito, recobramos que Habermas, como Kant, afirma que “*a exigência da correção das afirmações normativas as apóia na validez presuntiva de uma norma estabelecida sobre fundamentos*”, num contexto em que apenas “*mandamentos morais (e normas do direito que, como por exemplo, os direitos do homem, são por si só justificados moralmente) exigem validez absoluta como asserções, isto é, reconhecimento universal*”<sup>621</sup>. O que distingue as teorias de um e outro filósofo é exatamente o procedimento adotado para a fundamentação da “*razão prática*”, já que, para Kant, ela é aferida “*a priori*”, num processo de justificação que se opera em âmbito interno, isto é, através de um diálogo que o agente mantém consigo

---

<sup>619</sup> Cfr.: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 04-05 e 301.

<sup>620</sup> À qual nos referimos no Capítulo 4 desta obra, dedicado à identificação um critério de justiça passível de ser realizado no processo judicial.

<sup>621</sup> HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*, cit., p. 63.

mesmo<sup>622</sup>, ao passo que, para Habermas, ela é apropriada em um ambiente comunicativo, num contexto em são consideradas as opiniões de todos aqueles interessados na formação do juízo<sup>623</sup>. O que Habermas acentua, nesse contexto, é que “*de um teste de universalização levado a efeito de maneira egocêntrica, não se segue ainda que uma máxima seja aceita por todos como fio de prumo moral de seu agir*”, ilação que apenas estaria correta se a valoração pessoal do agente fosse “*a fortiori*” congruente com a valoração de todos os outros indivíduos envolvidos no processo decisório, pois, nas suas palavras, “*aquilo que de minha perspectiva é igualmente bom para todos residiria de fato no interesse igual de todos apenas se minha identidade e meu projeto de vida refletissem uma forma de vida universalmente válida*”<sup>624</sup>. Seguindo essa linha de raciocínio, Habermas<sup>625</sup>, e também Chaïm Perelman<sup>626</sup>, sustentam que a justiça sobressai da opinião abalizada de um “*auditório universal*”, composto por membros da comunidade aptos a justificar racionalmente, por meio do discurso, tomadas de posição no nível do agir moral, modelo que tencionamos transportar para o âmbito do processo civil brasileiro<sup>627</sup>, como norte teórico capaz de orientar a realização da justiça no ambiente processual.

Posto isso, procuraremos convencer o leitor, neste Capítulo, como fecho à argumentação desenvolvida ao longo deste nosso estudo, de que a justiça pode, sim, ser realizada no processo, por obra da reconstrução do direito positivo pelos intérpretes, desde que ele (processo) seja encarado pelos operadores do Direito, especialmente pelos Juízes, como um micro-sistema desse ambiente comunicativo referido na obra de Jürgen Habermas.

---

<sup>622</sup> KANT, Immanuel, op. cit.

<sup>623</sup> HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 296.

<sup>624</sup> Id. *ibid.*, p. 296.

<sup>625</sup> Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade - Vol. I*, cit., p. 38-39.

<sup>626</sup> Cfr.: PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 202.

<sup>627</sup> Semelhante proposição teórica também é encontrada na obra do professor Samuel Meira Brasil Júnior, que, referindo a doutrina de Perelman, dispõe que o Poder Judiciário é o representante do “*auditório*”, devendo, portanto, “*fundamentar sua decisão em razões suficientes para convencer por um argumento técnico (em termos jurídicos) e um cultural (em termos de justiça ou valores culturais)*” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 76).

### 6.1. A designação do processo como micro-sistema do ambiente comunicativo descrito por Habermas.

Retomando as discussões travadas por Habermas acerca da relação entre o direito, a justiça e a moral, percebemos que, a par delas, o filósofo aborda a existência de uma certa relação de complementaridade entre a moral racional e o direito positivo. Com efeito, partindo da consideração de que o direito deve sempre ter em vista a moral e, por conseguinte, o que é justo (ou “*bom para todos*”), Habermas argumenta que a representação textual do Direito (por ele descrita como a sua “*facticidade*”) tente a ser reconstruída conforme a avaliação da “*validade*” dos seus enunciados normativos pela comunidade (essa compreendida como aceitabilidade geral das normas), relacionando a formação legítima do direito positivo ao ambiente comunicativo em que ele é produzido. O que Habermas sugere é que as normas jurídicas consideradas injustas (e, portanto, inválidas, ou inaceitáveis) tendem a ser substituídas, num processo de constante aperfeiçoamento do direito positivo<sup>628</sup>.

Habermas reconhece ser factível, sob o ponto de vista do indivíduo, um agir com base na “*simples conformidade de uma ação com a lei*”, isto é, fora do contexto da avaliação da sua “*validade*”, acentuando que os sujeitos devem poder obedecer à lei por razões não apenas morais, como se dá, por exemplo, quando percebem que o descumprimento da norma atrairá sobre eles sanções estatais. E, nesse contexto, adverte que, em certa medida, “*razões analíticas impedem que um agir por dever, isto é, a obediência ao direito por motivos morais, possa ser imposto com o uso da coerção*”<sup>629</sup>. Para Habermas, coerção e liberdade são componentes fundamentais da efetividade do direito em âmbito individual<sup>630</sup>, já que o homem deve saber-se, de um lado, livre para cumprir ou deixar de cumprir o direito positivo e, de outro, sujeito às sanções decorrentes do hipotético descumprimento de um comando normativo. Assim, no dizer do filósofo, “*ao variar a perspectiva escolhida, a norma jurídica forma um outro tipo de componente da situação: para o que age estrategicamente, ela se encontra no nível de fatos sociais que limitam externamente o seu espaço de opções; para que age comunicativamente, porém, ela se situa no nível de expectativas obrigatórias de*

---

<sup>628</sup> Que se opera, em concepção original, exclusivamente em âmbito político-parlamentar.

<sup>629</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade – Vol. I*, cit., p. 49.

<sup>630</sup> Id. *ibid.*, p. 50.



*comportamento, em relação às quais se supõe um acordo racionalmente motivado entre parceiros jurídicos*<sup>631</sup>.

Porém, para Habermas, essa contingência não se estende ao âmbito “macro” das relações sociais, pois, nas suas palavras, “*a integração social, ou seja, a ‘associação’ do arbítrio de cada um com o arbítrio de todos os outros, só é possível sob o ponto de vista moral e na base em regras normativamente válidas, merecedoras do reconhecimento não coagido e racionalmente motivado de seus destinatários – segundo uma lei geral da liberdade*”<sup>632</sup>. O que com isso quis dizer o filósofo é que pretensões de direito embora ligadas a autorizações de coerção, também podem ser seguidas por respeito a lei, ou seja, tendo-se em consideração a sua pretensão de validade normativa<sup>633-634</sup>. É que “*a validade jurídica de uma norma significa apenas que está garantida, de um lado, a legalidade do comportamento em geral, no sentido de uma obediência à norma, a qual pode, em certas circunstâncias, ser imposta por meio de sanções e, de outro lado, a legitimidade da própria regra, que torna possível em qualquer momento uma obediência à norma por respeito à lei*”<sup>635</sup>, como disse Habermas, na seqüência.

Recobramos, ao ensejo, que nem mesmo Hans Kelsen, celebrizado como idealizador da teoria pura do direito<sup>636</sup>, rejeita a tese de que “*uma tal legitimação do direito positivo pode, apesar de sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços*”<sup>637</sup>. Esse é exatamente o ambiente em que se inserem as observações de Habermas acerca da tensão entre a “*facticidade*” e a “*validade*” do Direito. Com efeito, o filósofo, quando acentua a importância da aceitabilidade social do direito positivo no processo da sua reconstrução política, atua no plano da Filosofia do Direito, ao qual não são estranhas, nem mesmo sob o ponto de vista estrito da teoria pura, as discussões acerca da validade das normas jurídicas.

---

<sup>631</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade – Vol. I*, cit., p. 51-52.

<sup>632</sup> Id. *ibid.*, p. 49.

<sup>633</sup> Id. *ibid.*, cit., p. 49.

<sup>634</sup> Mais adiante Habermas conclui, com base em Kant, que “*o paradoxo das regras de ação, que exigem apenas um comportamento objetivamente conforme a normas, sem levar em conta a possibilidade de seu reconhecimento moral, se resolve com o auxílio do conceito Kantiano da legalidade: normas do direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade*” (Id. *ibid.*, p. 49).

<sup>635</sup> Id. *ibid.*, p. 51-52.

<sup>636</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit.

<sup>637</sup> Id. *ibid.*, p. 78.

Feitas essas considerações, cumpre indagar como se processa essa reconstrução corretiva do direito positivo no âmbito político, gestada e gerida, conforme Habermas, no conflito entre a sua “*facticidade*” (retratada nos enunciados normativos que compõem o direito positivo) e a sua “*validade*” (designada como a aceitabilidade social desses enunciados).

Bem ilustram esse processo reconstrutivo, tal como divisado por Habermas em sua obra, as observações tecidas pelo professor José Pedro Luchi, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, que assevera, com base em Habermas, que “*o direito positivo aparece [...] como uma instância de integração social adequada à nova situação social*”, pois, “*de um lado [...] substitui a coesão baseada em convicções autoritativas internalizadas pela sanção externa diante de infrações às normas e portanto instaura uma delimitação substitutiva*” e, de outro, “*institucionaliza o dissenso e assim promove o consenso por uma elevação da possibilidade de dissenso*”<sup>638</sup>. Como disse Luchi, “*cada cidadão deve poder considerar legítima a lei, como se ele a tivesse dado a si mesmo, e por isso deve ter possibilidade de apresentar objeções que, se aceitas, possam provocar a própria mudança da lei, que só com tal salvaguarda discursiva pode manter legitimidade a longo prazo*”<sup>639</sup>. Esse dissenso entre os “atores” sociais acerca da aceitabilidade dos enunciados normativos (ou a potencialidade de que ele ocorra) culmina por orientar a formação política da vontade, num processo constante de aperfeiçoamento do direito positivo. E tal se dá porque, como disse Habermas, “*a facticidade da imposição do direito pelo Estado interliga-se com a força de um processo de normatização do direito, que tem a pretensão de ser racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade*”<sup>640-641</sup>.

---

<sup>638</sup> LUCHI, José Pedro. *Propedêutica habermasiana ao direito*, cit., p. 181.

<sup>639</sup> Id. *ibid.*, p. 181.

<sup>640</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade - Vol. I*, cit., p. 48.

<sup>641</sup> É de se ver, contudo, que essa tal pretensão de racionalidade inerente ao âmbito construtivo do direito positivo nem sempre se convola em valorações racionais externadas a partir da fundamentação da “*razão prática*” no nível do agir moral, convertendo-se, assim, em normas jurídicas capazes de representar escolhas pautadas em algo que possa ser considerado “*bom para todos*”. O que se dá é que o processo construtivo do direito positivo no âmbito político-parlamentar não está imune a influências éticas e pragmáticas, embasando-se, por vezes, em escolhas consideradas boas ou úteis para determinada parcela da comunidade, a qual, no momento da produção da norma, reunia as condições necessárias para influenciar o processo legislativo. Até porque, como disse Habermas, “*o princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, éticos-políticos e morais - e não apenas com o auxílio de argumentos morais*” (Id. *ibid.*, p. 143). Para Habermas, embora seja certo que uma ordem jurídica somente pode ser considerada legítima quando não contraria princípios morais, pois se “*através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral [...], essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral*”, como se houvesse uma relação hierárquica, já que “*a moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca*” (Id. *ibid.*, p. 140-141). Isso porque, no dizer do

Nossa proposição, neste trabalho, transcende a compreensão, que, neste tópico, externamos com base na obra Habermas, de que o direito positivo tende a ser reconstruído, no âmbito político, a partir da tensão entre a sua “*facticidade*” e a sua “*validade*”, ínsita, como dissemos, ao campo da Filosofia do Direito. O que propomos é que os reflexos dessa tensão entre a “*facticidade*” e a “*validade*” do Direito e, sobretudo, as potencialidades legitimadoras do ambiente comunicativo em que ela se processa sejam transportados para o âmbito de sua aplicação casuística. Por isso afirmamos que o processo judicial, para transformar-se em um instrumento de realização da justiça<sup>642</sup>, precisa ser estruturado como mediador adequado entre o lícito (ou legal) e o justo, de modo a funcionar como um micro-sistema desse ambiente comunicativo referido por Jürgen Habermas.

Ressaltamos, oportunamente, que não desconhecemos as reservas de Habermas à tese da reconstrução do direito positivo no âmbito de sua aplicação, pautadas, sobretudo, no suposto caráter antidemocrático da idéia subjacente à criação do Direito pelos Juízes. Aliás, creditamos essa relutância de Habermas a assentir com a proposição segundo a qual o direito positivo é reconstruído pelos intérpretes no contexto de sua aplicação casuística à circunstância de não se cogitar, no direito alemão, do exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis, em que se ampliam consideravelmente as potencialidades criativas dessa atividade interpretativa levada a cabo pelos juristas. Por isso, ousamos divergir do filósofo, quanto ao particular, pois, como teremos a oportunidade de expor na seqüência, a cognição desenvolvida com esse desígnio, conquanto ostente feição normativa, não assume caractere legislativo, a ensejar afronta ao princípio democrático.

---

filósofo, “*as formas de comunicação da formação política da vontade no Estado de direito, da legislação e da jurisprudência, aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas pressionadas pelos imperativos sistêmicos*” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade – Vol. I*, cit., p. 22).

<sup>642</sup> E assim o designamos porque, como dissemos, a atividade reconstrutiva empreendida pelos intérpretes em ambiente processual, por ser fundada exclusivamente em “*argumentos de princípio*” (Cfr.: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 129-132) e porque assume, a par dessa compreensão, a pretensão de correção moral do direito (Cfr.: ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 25-39), não se preordena, tal como aquela outra desenvolvida no ambiente político-parlamentar, à realização de opções éticas ou pragmáticas, notadamente porque consagrada, em vista desses limites, à tarefa de promover a reaproximação entre o direito e a justiça.

## 6.2. Juízes legisladores?

Dissemos anteriormente que a atividade cognitiva desenvolvida pelos Juízes no processo judicial é resultado do esforço de reconstrução normativa empreendido pelos intérpretes a propósito da compreensão e da subsequente aplicação dos enunciados que compõem o direito positivo. E que essa atividade, visto que exercida no contexto de um sistema aberto de regras e princípios, agrega ao ambiente cognitivo do Direito elementos axiológicos (ou valorativos), abrindo campo para a prolação de decisões judiciais pautadas numa pretensão de correção moral do direito e, assim, preordenadas à sua justa aplicação.

De todo modo, temos a consciência de que essa é uma questão controvertida<sup>643</sup>. E que, por isso, não comporta uma única solução possível.

O professor Hermes Zaneti Júnior propõe que o jurista, para respondê-la, deve se questionar se, em sua compreensão, “*a sentença resulta em simplesmente ato lógico, dedução silogística*”, ou se “*seria possível vê-la também como ato de vontade do juiz, exercício de poder*”, recobrando, adiante, que “*para os defensores da sentença como ato de inteligência, mera subsunção do fato à lei, o juiz é a boca da lei*”, conforme previa a “*doutrina de Montesquieu, que repercutiu no Código de Napoleão*”<sup>644</sup>. Esse dilema orientou a construção, por Mauro Cappelletti, de obra dedicada ao estudo do problema da “*criatividade*” da atividade jurisdicional (ou da produção do direito por obra dos Juízes), da qual tomamos por empréstimo o título deste tópico, no curso da qual esse processualista italiano taxativamente ressaltava a necessidade se “*verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, lato sensu, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito*”<sup>645</sup>.

Pessoalmente, temos que o jurista, se estiver disposto a posicionar-se com responsabilidade frente a esse relevante problema teórico, também deve se perguntar qual caminho considera mais adequado à solução das naturais dificuldades que se impõem à sua atividade no que concerne à aplicação e interpretação do Direito nesta fase atual do desenvolvimento da

---

<sup>643</sup> A propósito, Cappelletti acentua que “*embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século*” (CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE. 1999. p. 31).

<sup>644</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 187.

<sup>645</sup> CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, cit., p. 13.

Ciência Jurídica. E tal se dá porque, a bem da verdade, a opção por um ou outro enfrentamento coliga-se, irremediavelmente, ao modo como cada um de nós enxerga o relacionamento entre direito e a justiça.

Sustentarmos ser correta a compreensão de que a sentença é ato criativo<sup>646</sup> exatamente por considerarmos que semelhante posicionamento é o mais consentâneo com a consecução da aspiração teórica assumida pelos processualistas contemporâneos quanto à realização da justiça no processo, que orienta a construção deste nosso trabalho. Isso porque semelhante abordagem do fenômeno jurídico permite a prolação de decisões influenciadas pela conformação social do julgador, pelo seu conhecimento da matéria e pelas peculiaridades do caso que lhe é apresentado<sup>647</sup>, como disse Zaneti; sem as quais a concretização do ideal de justiça estaria a depender da justeza das proposições normativas colhidas dos textos legais e da sua aplicação a todo e qualquer caso concreto ou hipotético.

Semelhante compreensão induziu, adiante, a nossa conclusão no sentido de que, de fato, os Juízes exercem atividade normativa no processo, procedendo, como intérpretes, à reconstrução dos enunciados normativos positivados dos textos legais. Sobretudo quando procedem ao controle da validade, da racionalidade e da justiça dessas proposições normativas dimanadas pelo Parlamento, atividade que tem por premissa teórica a idéia de supremacia da Constituição, gestada e gerida no corpo dos estudos que embasaram a construção da Constituição dos Estados Unidos da América, colhidos, em primeira mão, da obra “*O federalista*”, de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay<sup>648</sup> e, bem assim, a partir do julgamento, pela Suprema Corte daquele País, do célebre caso “*Marbury v. Madison*”, relatado pelo Juiz Marshall<sup>649</sup>, no curso do qual, pela primeira vez na História, reconheceu-se ser próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei, de maneira a que, havendo contrariedade entre ela e a Constituição, cumpre ao julgador aplicar a Lei

---

<sup>646</sup> Alinhando-nos, assim, ao magistério de Zaneti, Alvaro de Oliveira e Mitidiero, bem como de tantos outros doutrinadores citados neste trabalho.

<sup>647</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 187-188.

<sup>648</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2003.

<sup>649</sup> Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*o controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, sob uma Constituição que não o prevê. Todavia, pôde Marshall, em decisão célebre, deduzir de seu sistema esse controle e reconhecer pertencer ao Judiciário, incumbido de aplicar a lei contenciosamente*” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 40).

Maior<sup>650-651</sup>. Daí a absoluta correção da compreensão, ulteriormente firmada, inclusive no campo da dogmática jurídica, de que a jurisdição constitucional tem por escopo de sua atuação a preservação da Constituição, a defesa de seu texto e, outrossim, do seu “*espírito*”, contra os golpes porventura desferidos contra a sua eficácia, partam essas agressões do Executivo, do Legislativo ou da própria sociedade.

Mas essa não é a única função da jurisdição constitucional. Sobretudo no Estado Democrático Constitucional Brasileiro que, como dissemos, qualifica-se como um sistema aberto de regras e princípios, em que ela (a jurisdição constitucional), justamente por ostentar a feição normativa a que dantes referimos e porque é exercida, entre nós, com vistas à correção da validade, da racionalidade e da justeza das proposições normativas dimanadas pelo Parlamento, também tem por escopo a estruturação e a conformação do Direito, com vistas à sua justa aplicação.

No entanto, essa atividade reconstrutiva não se reveste do caractere legislativo. E, assim, não se contrapõe ao princípio democrático. Esse esclarecimento faz-se pertinente, a essa altura, porque ainda se questiona, em sede acadêmica, a legitimidade democrática dos Juízes para deixar de aplicar (ou, quando menos, para conformar) a incidência das normas gerais e abstratas construídas pelo Parlamento, onde se reúnem, pelo menos hipoteticamente, os legítimos representantes do povo.

Quanto ao particular, cumpre recuperar as objeções opostas, em tal conjuntura, por Jürgen Habermas, para quem “*se o legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei*”, de outra parte, o

---

<sup>650</sup> Cfr.: [MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 541; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op.cit., p. 40] e [BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 639-640].

<sup>651</sup> Confira-se, a propósito, a seguinte passagem da obra de Pontes de Miranda: “*Os conceitos de Constituição rígida e de Constituição flexível são assaz conhecidos. Quando não é tão fácil alterá-la quanto alterar a lei, diz-se que a Constituição é rígida. Junto a isso, trabalham de ordinário aparelhos e expedientes de defesa, como a declaração da inconstitucionalidade das leis pelos juízes. É interessante saber-se que levaram à descoberta técnica que consiste na rigidez das Constituições e à descoberta da decretação de inconstitucionalidade, por parte dos fundadores dos Estados Unidos da América, os seguintes atos, acumulados ao longo do tempo: a Magna Carta de 1215 e os outros estatutos ingleses; a existência de Constituições outorgadas pela Inglaterra, para as suas colônias; a compreensão cívica dos Direitos da pessoa, ditos na França “Direito do Homem”, como direito naturais; a necessidade de se manter a superioridade de tais textos em relação aos que saíssem do Congresso, depois da Independência, uma vez que se retirava a irreformabilidade pelas ex-colônias. Junto a isso, a necessidade de prevalecer o direito federal, ou dos Estados Federados, nos seus âmbitos*” (MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 43-44).

controle das normas gerais e abstratas deveria ser função indiscutível do legislador, sem o que se abririam as portas para os Tribunais Constitucionais criarem o direito, função reservada, segundo a lógica da divisão de Poderes, ao legislador democrático<sup>652</sup>. O que Habermas afirma, nessa passagem, é que, numa democracia, a Corte Constitucional deveria se limitar a uma compreensão procedimental da Constituição e “*entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais*”<sup>653</sup>. Para o filósofo, a função da Corte Constitucional cinge-se, então, a zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos estabelecidos para uma formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar do papel de legislador político<sup>654-655</sup>.

Em sentido análogo é a crítica dirigida por Roberto Gargarella ao controle judicial de constitucionalidade das leis. O que o professor da Universidad Torcuato di Tella acentua é que os “*Federalistas*” desconsideraram as possíveis implicações antidemocráticas do controle da constitucionalidade das leis quando afirmaram, em resposta a semelhante inquietude, que a decisão que torna sem efeito uma lei não macula a vontade popular, mas a confirma, pois, na espécie, o Poder Judiciário apenas estaria a ratificar a supremacia da Constituição, que é o documento que mais fielmente reflete a vontade do povo<sup>656</sup>. A semelhante compreensão teórica Gargarella objeta que a Constituição (que, enquanto norma “*fundante*”, é elaborada

---

<sup>652</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Vol. II, cit., p. 186.

<sup>653</sup> HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*, Madrid: Trotta, 1997, p. 99; *apud* VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann, op. cit., p. 29.

<sup>654</sup> Id. *ibid.*, p. 99.

<sup>655</sup> Tais considerações denotam a dissensão entre as teorias de Habermas e Alexy quanto ao pormenor da atividade criativa dos Juízes. Além desse aspecto, os filósofos também divergem quanto à possibilidade de aplicação da norma fora da perspectiva de um caso concreto: para Alexy isso é possível; para Habermas, não (Cfr.: PEDRON, Flávio Quinaud, *id. ibid.*, p. 76). Não obstante a isso, procuramos aproximá-los, neste trabalho, quando dizemos que a justiça pode ser realizada no processo por meio da reconstrução do direito positivo pelos intérpretes, no contexto de uma teoria do discurso (Alexy), desde que tal atividade intelectual seja empreendida em um ambiente dialético, ou comunicativo, que induz a consideração, na decisão, das proposições apresentadas por todos aqueles interessados na solução do problema (Habermas). Quanto a esse particular, não parece haver conflito entre as doutrinas de um e outro filósofo, com bem acentua Marcelo Cattoni de Oliveira, quando dispõe que, para Alexy, a racionalidade de um discurso prático pode ser mantida se forem satisfeitas as condições expressas por um sistema de regras ou procedimentos (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 77-78). Sobre o assunto, ler também: [ALEXY, Robert. *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. In: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México, D.F.: Fontamara, 2006. p. 32] e [PEDRON, Flávio Quinaud, op. cit., p. 77-nota]).

<sup>656</sup> GARGARELLA, Roberto. *Le dificultad de defender el control judicial de las leyes*. In: Revista Isonomia, n. 6, abril de 1997. p. 56.

para perdurar no tempo) pode não mais representar a vontade popular (argumento histórico<sup>657</sup>), que estaria inscrita, então, na “*lex posteriori*”, ou seja, exatamente na vontade legislativa externada no ato normativo cuja validade é discutida em face da Carta Política (argumento intertemporal<sup>658</sup>).

Tais objeções encerram, conforme Alexy, o principal problema da dimensão metodológica da jurisdição constitucional, que reside precisamente em investigar se “*a competência jurídica de um tribunal constitucional, de deixar sem validade atos do parlamento, pode ser justificada*”<sup>659</sup>. E que é descrito, adiante, por esse professor alemão como o eterno problema da relação entre a jurisdição constitucional e a democracia<sup>660</sup>.

Não há dúvidas de que, entre nós, a questão resta pacificada no plano empírico<sup>661</sup>, notadamente em sede pretoriana, onde resta assente o entendimento segundo o qual a legitimação democrática do Poder Judiciário para proceder ao controle da constitucionalidade das leis lhe é conferida pela própria Constituição que, enquanto “*norma fundante*”, encontra-se plenamente autorizada a estabelecer os contornos da atuação de cada um dos Poderes da República, concebendo, nesse contexto, mecanismos que impeçam a edição de leis que a contradigam, entre os quais se insere o controle judicial da constitucionalidade das leis. Assim não fosse, não estaria o Supremo Tribunal Federal, dia após dia, a exercê-lo, quer de forma indireta (controle difuso), quando processa recursos extraordinários interpostos no corpo de ações judiciais havidas entre particulares, ou entre eles e a Administração Pública<sup>662</sup>, quer de forma direta, ou abstratamente (controle concentrado), quando aprecia ações declaratórias da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis.

De todo modo, consideramos absolutamente relevante o seu enfrentamento nesta sede acadêmica. Não apenas com vistas a pacificá-la (essa “*quaestio*” afeta à suposta ilegitimidade

---

<sup>657</sup> GARGARELLA, Roberto, op. cit., p. 57.

<sup>658</sup> Id. ibid., p. 58.

<sup>659</sup> ALEXY, Robert. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*, cit., p. 162.

<sup>660</sup> Id. ibid., p. 162.

<sup>661</sup> A propósito, confira-se, por todos, a lição de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, que acentuam que o Judiciário deve ser encarado como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo “*checks and balances*” e da garantia individual e cidadã (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann, op. cit., p. 24).

<sup>662</sup> Assim como as ações e os recursos submetidos à sua competência originária.



democrática da idéia subjacente ao controle judicial das leis) também neste âmbito, mas, sobretudo, porque ela serve de “*mote*” para redefinirmos o conceito de democracia.

Foi Carl Schmitt quem disse que “*a crença no sistema parlamentar, numa government by discussion, pertence ao mundo intelectual do liberalismo*” e não à democracia, enfatizando, adiante, que “*o liberalismo e a democracia devem ser separados, para que se reconheça a imagem heterogeneamente montada que constituiu a moderna democracia de massas*”<sup>663</sup>. Essa compreensão é deveras importante, pois a circunstância, realçada na crítica de Habermas e Gargarella, de a democracia ter como suporte ineliminável o princípio majoritário, não significa que o princípio democrático admite o absolutismo (ou o domínio) da maioria<sup>664</sup>, como disse Canotilho. Daí que, como bem adverte o constitucionalista português, “*a maioria não pode dispor de toda <<legalidade>>, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tomar disponível o que é indisponível*”, o que implica reconhecer que o direito da maioria sempre estará em concorrência com o direito das minorias, notadamente no que se refere aos direitos, liberdades e garantias e, em geral, a toda a disciplina constitucionalmente fixada, contexto em que “*o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio majoritário*”<sup>665</sup>.

Exatamente por esse motivo é não se pode ter por absoluta a separação entre os Poderes, contexto em que o Parlamento assume o papel do Legislativo, mas com limitações<sup>666</sup>, o que torna relativo o racionalismo situado na base da idéia do balanceamento (próprio da teoria republicana) e diferencia esse sistema daquele racionalismo absoluto do Iluminismo (próprio da teoria liberal)<sup>667</sup>, como disse Carl Schmitt. Canotilho, de seu turno, pontua a distinção entre essas duas abordagens teóricas na seguinte passagem de sua obra:

“A teoria liberal assenta nos seguintes postulados: (1) a política é um meio para a prossecução de fins, estando estes fins radicados numa esfera de liberdade social preexistente à própria política; (2) o processo democrático serve para colocar o

<sup>663</sup> SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996. p. 10.

<sup>664</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 329.

<sup>665</sup> Id. ibid., p. 329.

<sup>666</sup> A propósito, confira-se, também, essa outra passagem da obra de Canotilho: “*Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial*” (Id. ibid., p. 559).

<sup>667</sup> SCHMITT, Carl, op. cit., p. 38-39.

estado ao serviço da sociedade, reduzindo-se este estado a um aparelho administrativo e estruturando-se a sociedade como um sistema económico baseado no comércio entre pessoas privadas; (3) a política deve orientar-se no sentido de prosseguir estes interesses privados perante um aparelho administrativo que se transformou em poder especializado de prossecução de fins colectivos.

[...]

Segundo a teoria republicana a política é uma dimensão constitutiva da formação da vontade democrática e por isso: (1) assume a forma de um compromisso ético-político referente a uma identidade colectiva no seio da comunidade; (2) não existe espaço social fora do espaço político traduzindo-se a política numa forma de reflexão do bem comum; (3) a democracia é, desta forma, a auto-organização política da comunidade no seu conjunto”<sup>668</sup>.

Dentro dessa ótica republicana, que é característica de nosso sistema jurídico, a separação entre os poderes torna-se essencial para a busca da justiça, que vai aqui entendida como um ideal objetivo, desvinculado do sentimento popular, pois “*supõe-se que as Cortes fazem o que é certo, e não o que é popular*”<sup>669</sup>, como disse Owen Fiss<sup>670</sup>. Essa forma de independência, argumenta o professor norte-americano, “*também permite que o Judiciário, ao se manter em consonância com a doutrina de separação de poderes, aja como uma força em contrapeso no Estado, verificando a ocorrência de abusos de poder por parte do Legislativo e Executivo*”<sup>671</sup>. Essa é, pois, a conformação e a missão do sistema de “*freios e contrapesos*” que, nas palavras de Paulo Bonavides, “*constitui a primeira correção essencial que se impôs*” ao princípio democrático, “*como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional*”<sup>672</sup>.

O que se dá é que, como frisamos anteriormente, a Pós-Modernidade agregou maior complexidade ao campo da aplicação do Direito. A substancial alteração do modo com vinham sendo construídos os textos jurídicos, pela via do emprego de normas de tecitura aberta, assim como a positivação de princípios jurídicos nas Cartas Constitucionais, vão de encontro à lógica liberal que procurava restringir a atividade jurisdicional a uma aplicação mecânica do direito positivo, pautada única e exclusivamente na subsunção do fato à lei. Em tal conjuntura, a própria circunstância de o legislador haver abandonado o paradigma

<sup>668</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1.414-1.415.

<sup>669</sup> FISS, Owen. *O correto grau de independência*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 155.

<sup>670</sup> Até porque, conforme leciona Raffaele De Giorgi, “*a idéia de representação parlamentar exprime publicamente os temas da política, organizando as decisões de modo a produzir consenso, não obstante o dissenso sobre os princípios*” (DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 41).

<sup>671</sup> FISS, Owen. *O correto grau de independência*, cit., p. 155.

<sup>672</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, cit., p. 74.

normativo-liberal burguês impõe aos intérpretes um esforço de concretização das proposições normativas abstratas que, como dissemos, redundam na reconstrução casuística do direito positivo, algo que, se for empreendido dentro de um processo dialético, em que sejam consideradas as opiniões de todos aqueles interessados na prolação do juízo, longe de opor-se ao princípio de democrático, revigora-o, no contexto de uma acepção renovada de democracia<sup>673</sup>.

Canotilho alude, em sua obra, a diversas dimensões do princípio democrático, dispondo, adiante, que somente a partir delas é que “*se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em ratio e ethos da democracia*”<sup>674</sup>. Em tal conjuntura, o professor português refere à “*democracia representativa*”, que ele qualifica, entre outros fatores, pela existência de órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes; e à “*democracia participativa*”, que ele coliga à “*estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões*”<sup>675</sup>.

Noutra passagem, após discorrer sobre as particularidades da aplicação do Direito nesta nossa Era Contemporânea, refere à “*democracia deliberativa*”, cujos contornos principais seriam a existência de uma política deliberativa assente na idéia de “*virtude cívica*”, assim como a possibilidade de que se promova a igualdade entre os participantes no processo político, o consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática e os direitos de participação dos cidadãos na vida pública, pela via do controle dos seus representantes<sup>676</sup>. E também à “*democracia discursiva*”, cuja concepção Canotilho atribui a Habermas, e que, em sua opinião, distingue-se do “*republicanismo liberal*” norte-americano por não se assentar “*em direitos universais do homem (ou direitos preexistentes na perspectiva liberal) nem na moral social de uma comunidade determinada (como sustenta a visão republicana), mas em regras de discussão, formas de argumentar, institucionalização de processos [...], cujo fim é*

---

<sup>673</sup> Daí a absoluta pertinência da observação de Raffaele De Giorgi quando disse que “*a democracia é a manutenção da complexidade*”, ou a “*estrutura seletiva que reproduz complexidade baseada na permanente ativação de operações de tomada de decisões*”, designando-se, também, como a oportunidade que tem a “*comunidade de intérpretes*” “*de reproduzir sempre novos horizontes de decisão sob as condições de autocontrole fixadas no sistema da política*” (DE GIORGI, Raffaele, op. cit., p. 57).

<sup>674</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 288.

<sup>675</sup> Id. ibid., p. 288.

<sup>676</sup> Id. ibid., p. 1.416.

*proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade*”<sup>677</sup>.

Pessoalmente, as compreendemos, a “*democracia deliberativa*” e a “*democracia discursiva*”, como uma mesma acepção de democracia, que designamos simplesmente como “*democracia deliberativa*”<sup>678</sup>. Justificamos essa nossa opção teórica a par da constatação de que Habermas, em seus escritos, refere reiteradamente a uma “*política deliberativa*”, por ele qualificada como o âmago do processo democrático, e que ele procura distinguir da concepção do Estado tido como protetor de uma sociedade econômica e do conceito republicano de uma comunidade ética institucionalizada na forma de Estado<sup>679</sup>. Tal não bastasse, mesmo Alexy, celebrizado pelo desenvolvimento da teoria do discurso, designa essa dimensão do princípio democrático como “*democracia deliberativa*”, dispondo taxativamente que “*o princípio do discurso exige a democracia deliberativa*”<sup>680-681</sup>.

Acerca dessa acepção de democracia, André Ramos Tavares acentua que “*uma das obras contemporâneas que mais influenciou o debate sobre o assunto, considerada como referencial obrigatório, é a de Amy Gutmann e Dennis Thompson*”<sup>682</sup>, para quem “*a democracia deliberativa afirma a necessidade de justificar decisões tomadas por cidadãos e seus representantes*”, num contexto em que se espera “*que ambos justifiquem as leis que eles*

<sup>677</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1.416-1.417.

<sup>678</sup> Nesse mesmo sentido se posiciona André Ramos Tavares que, mesmo ressaltando que Canotilho distingue a democracia participativa discursiva da deliberativa, admite que dessas opções terminológicas possam “*ocasionar confusões conceituais de correntes de armadilhas da linguagem*” (TAVARES, André Ramos. *Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 79-Nota de rodapé) e a elas refere como sendo uma só categoria, quando, adiante, observa que a “*democracia deliberativa é também conhecida como dialógica, consensual, inclusiva ou discursiva*” (Id.ibid., p. 79).

<sup>679</sup> É o que depreende da seguinte passagem da obra do jusfilósofo alemão: “*De acordo com o resultado de nossas considerações sobre a teoria do direito, o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático. E esse modo de interpretar a democracia tem conseqüências para o conceito de uma sociedade centrada no Estado, do qual procedem os modelos de democracia tradicionais. No entanto, há diferenças, não somente em relação à concepção do Estado tido como protetor de uma sociedade econômica, como também em relação ao conceito republicano de uma comunidade ética institucionalizada na forma de Estado*” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, Vol. II*, cit., p. 18).

<sup>680</sup> ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 35.

<sup>681</sup> Para Alexy, “*a democracia deliberativa é mais do que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura ou guerra civil*”, pois, “*nela, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta*” (Id.ibid., p. 35).

<sup>682</sup> TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 81.

*imporiam um ao outro*”<sup>683-684</sup>. De seu turno, Claudio Pereira de Souza Neto, que é, seguramente, um dos juristas mais influentes entre os doutrinadores brasileiros que abordam a teoria deliberativa<sup>685</sup>, ensina que “*a democracia deliberativa surge, nas duas últimas décadas do século XX, como alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduzem a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de elites governantes*”<sup>686-687</sup>. Conforme Souza Neto, a “*democracia deliberativa*” contrapõe-se a essas teorias “*agregativas*”, e assume como premissa a compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes (já que a experiência histórica demonstra que democracia assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada), devendo, portanto, “*envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas*”<sup>688</sup>.

Sob essa ótica, os Juízes, quanto procedem à reconstrução do direito positivo, e inclusive quando o fazem atuando a jurisdição constitucional, não contrariam (ou ofendem) o princípio

---

<sup>683</sup> GUTMAN, Amy e THOMPSON, Dennis. *O que significa democracia deliberativa*. Tradução de Bruno Oliveira Maciel. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 19.

<sup>684</sup> Esse texto, publicado no primeiro número da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, editado sob a coordenação de André Ramos Tavares e Pedro Buck, compõe o primeiro capítulo da obra “*Why Deliberative Democracy?*” (GUTMAN, Amy e THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004).

<sup>685</sup> A propósito do que recomendamos a leitura das seguintes obras: [SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar: 2006]; [SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 104-143]; [TAVARES, André Ramos. *Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 79-103]; [GUTMAN, Amy e THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004]; [GUTMAN, Amy e THOMPSON, Dennis. *O que significa democracia deliberativa*. Tradução de Bruno Oliveira Maciel. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 17-78]; e [BOBBIO, Luigi. *As arenas deliberativas*. Tradução de Sílvia do Prado Aragão. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 144-170].

<sup>686</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, cit., p. 104.

<sup>687</sup> Bem retrata a concretização de semelhante expediente entre nós as seguintes advertências apresentadas pelo historiador Sérgio Buarque de Holanda: “[...] *a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e nos discursos*” (HOLANDA, Sérgio Buarque de, op. cit., p. 146).

<sup>688</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, cit., p. 104.

democrático, mas o confirmam<sup>689</sup>. Até porque, como disse Cláudio Pereira de Souza Neto, “*não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais*”<sup>690-691</sup>.

Mas, para tanto, devem ser observados os postulados da teoria deliberativa, quando menos para que todos aqueles interessados na formação do juízo sejam ouvidos no processo decisório, cuja solução, exatamente pela potencialidade de encartar a inaplicabilidade (ou a reestruturação) de proposições normativas dimanadas pelo Parlamento, deverá, sempre, ter em consideração as razões por apresentadas pelos contendores. E tal se dá, porque, como disse André Ramos Tavares, nessa síntese de como se processa a teoria deliberativa:

“[...] a abertura de um espaço deliberativo na formação das leis ou decisões que vincularão os participantes já oferece uma (convicente) razão para que estes sujeitos se sintam obrigados a seguir essas leis (BOHMAN, 1996, p. 4; nesse mesmo sentido, tratando das políticas públicas, parece posicionar-se BOBBIO, 2004, p. 26).

Uma das vantagens apontadas pelos teóricos da democracia deliberativa estaria numa espécie de *capacidade pacificadora* deste modelo, na medida em que as escolhas mais difíceis seriam mais aceitáveis por todos se as afirmações e as reivindicações de cada um tivessem sido avaliadas adequadamente para se chegar àquela solução (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 10).

A democracia deliberativa exige, essencialmente, que os participantes dialoguem entre si e estejam abertos aos argumentos contrários aos seus pontos de vista, recebendo-os para aceitá-los ou refutá-los de maneira racional e convincente. Isso exige que se levem a sério os argumentos dos adversários (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 11) e que haja um certo ‘policiamento’ quanto aos argumentos próprios que serão apresentados. ‘A democracia deliberativa representa, desse modo, uma aplicação da ética do discurso no campo da política’ (SOUZA NETO, 2006, p.145).

Os modelos dialógicos comunicativos concebidos teoricamente (e praticados em alguns setores públicos e sociais) insistem na necessidade de que os diversos atores envolvidos cheguem a um ponto comum, a uma posição aceita por todos, por meio do convencimento racional, ainda que isso não signifique um consenso. Esse

<sup>689</sup> Souza Neto observa, ao ensejo, que as Cortes Constitucionais, quando garantem a fruição de direitos fundamentais contra a vontade da maioria ou diante da sua inércia, “*não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para sua plena realização*” (SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, cit., p. 105).

<sup>690</sup> Id. *ibid.*, p. 105.

<sup>691</sup> Confira-se, a propósito, a seguinte passagem da obra de Alexy: “*Tudo isso explica porque em todos os estados, dotados com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional, sobre a interpretação dos direitos fundamentais, não só é refletido com calma, mas também litigado na arena política. Pode falar-se de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais. Juiz arbitral nessa luta, porém, não é o povo, mas o tribunal constitucional respectivo. Isso é compatível com o princípio democrático, cujo núcleo, no artigo 1º, parágrafo único, da constituição brasileira, assim como no artigo 20 alínea 2, proposição 1, da lei fundamental, é expressado com a formulação clássica: “Todo poder estatal provém do povo”? Os direitos do homem parecem converter-se em um problema para a democracia quando eles são levados a sério e de um mero ideal transformados, por institucionalização, em algo real. É exata essa impressão? É o ideal, do qual se trata no preâmbulo da declaração dos direitos do homem universal, uma quimera que leva ao arrebatamento uma contradição entre direitos fundamentais e democracia?*” (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*, cit., p. 51-52).

modelo, portanto, trabalha com o pressuposto de que, numa discussão adequada, o diálogo poderá ser capaz de transformar posições inicialmente adotadas pelos participantes desse processo, ampliando o conhecimento daqueles que deliberam, por meio do que se poderia chamar *diálogo responsável*<sup>692</sup>.

Observados esses cuidados, que decorrem, como teremos a oportunidade de expor na seqüência, da própria estruturação do processo civil brasileiro, essa atividade reconstrutiva empreendida pelos intérpretes no sentido da justa aplicação do Direito não será antidemocrática, mas absolutamente democrática.

Tal não bastasse, a atividade intelectual a que ora nos referimos também é democrática porque, nem em hipótese, ela se reveste do caractere legislativo, de modo a importar invasão ao feixe de competências conferido pela Constituição ao Parlamento. Tal circunstância é magistralmente sublinhada por Cappelletti na seguinte passagem de sua obra:

“Devemos inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo.

Na sua “Holdsworth Lecture” de 1965, Lord Diplock disse que ‘em razão de sua própria função, os tribunais estão constringidos a agir como legisladores’. Desde logo, não estou absolutamente de acordo com essa assertiva: os argumentos desenvolvidos nos parágrafos precedentes e os resultados aí obtidos evidenciam que os juízes estão constringidos a ser *criadores do direito*, “*law-makers*”. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente [...] essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional”<sup>693</sup>.

A propósito dessa distinção entre os processos legislativo e jurisdicional, Cappelletti acentua, adiante, “*que o judicial process, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado ex officio pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja actio constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional*”. E que tais “*virtudes passivas*” ou “*limites processuais*” é que “*diferenciam o processo jurisdicional dos de natureza ‘política*”<sup>694</sup>.

Reforçam essa conclusão de Cappelletti, quanto a serem as decisões judiciais atos normativos, mas não legislativos, as observações apresentadas por Ronald Dworkin na obra “*Talking*

<sup>692</sup> TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 82-83.

<sup>693</sup> CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, cit., p. 73-74.

<sup>694</sup> Id. *ibid.*, p. 75-76.

*Rights Seriously*”<sup>695</sup>, publicada, entre nós, sob o título “*Levando os direitos a sério*”<sup>696</sup>. Dworkin observa, naquela sede, que o ideal seria se os Juízes pudessem “*aplicar o direito criado por outras instituições*”, ao invés de “*criar um novo direito*”. Mas reconhece que, por razões diversas, tal “*não pode ser plenamente concretizado na prática*”, já que alguns casos “*colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes*”<sup>697</sup>.

De todo modo, como Cappelletti, Dworkin rejeita a tese segundo a qual os Juízes atuam como legisladores complementares, distinguindo o papel de legisladores e juizes com base na distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, como bem observa o professor José Pedro Luchi<sup>698</sup>. Dworkin os diferencia pela circunstância de os primeiros (os “*argumentos de política*”) justificarem uma decisão mostrando que ela “*fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo*” (v.g. da “*opção*” por tributar pesadamente o comércio de bebidas alcoólicas e cigarros), ao passo que os outros (os “*argumentos de princípio*”) justificam-na “*mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo*” (v.g. da decisão hipotética que considere abusiva a tributação cogitada, por identificar nela, por exemplo, efeito de confisco, ou ofensa à liberdade do cidadão em persistir consumindo tais produtos independentemente de serem prejudiciais à sua saúde)<sup>699</sup>. E, assim, observa que se não foge “*à competência do Poder Legislativo aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos*”, na fase oposta “*as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas por argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política*”<sup>700</sup>.

Por isso Dworkin defende “*que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis [...], são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas*”<sup>701</sup>, como enfatizamos anteriormente; estabelecendo, assim, a par da afirmação de Cappelletti no sentido de que distinguem a atividade normativa dos Juízes e a atividade

<sup>695</sup> DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Barcelona: Ariel, 1989.

<sup>696</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit.

<sup>697</sup> Id. *ibid.*, p. 128.

<sup>698</sup> LUCHI, José Pedro. *Consistência jurídica do ponto de vista do juiz*, cit., p. 1.

<sup>699</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 129.

<sup>700</sup> Id. *ibid.*, p. 130-131.

<sup>701</sup> Id. *ibid.*, p. 132.



legislativa as “*virtudes passivas*” ou “*limites processuais*” cogentes ao processo judicial<sup>702</sup>, que os Juízes não são legisladores também porque, embora estejam autorizados a exarar valorações racionais transcendentais ao direito positivo, quando o fazem, recorrem a “*argumentos de princípios*”, e não aos “*argumentos de política*” que designam e qualificam o exercício político-parlamentar como atividade legislativa.

Tais considerações são suficientes a refutar a argumentação atinente ao pretenso caráter antidemocrático da idéia subjacente à criação do direito pelos Juízes, externada, neste tópico, a partir das objeções levantadas por Jürgen Habermas e Roberto Gargarella. E corroboram a conclusão a que chegamos no Capítulo 5 deste trabalho, quanto a ser normativa (o que não significa dizê-la legislativa) a atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes dentro do processo judicial. Essa compreensão, quando conjugada à tese de que nos ocupamos neste último Capítulo de nosso estudo, no sentido de que o diálogo mantido entre as partes no processo (ambiente comunicativo) culmina por legitimar essa atividade criativa dos intérpretes, permite designá-lo (o processo) como espaço privilegiado para a reconstrução do direito positivo no sentido da efetiva realização da justiça.

### **6.3. O processo civil brasileiro como espaço privilegiado para a reconstrução do direito positivo no sentido da efetiva realização da justiça.**

Por tudo quanto até aqui dissemos, consideramos viável a construção, no ambiente processual, de decisões capazes de serem aceitas pelos contendores como justas, por encerrarem algo que na conceituação filosófica kantiana e habermasiana pode ser designado como valorações interpretativas potencialmente “*boas para todos*”, justificadas no nível do agir moral<sup>703</sup>. Semelhante compreensão decorre, dentro da construção teórica a que nos propomos, da circunstância de vislumbrarmos no processo judicial um micro-sistema do ambiente comunicativo identificado por Habermas no contexto da justificação da vontade política no ambiente construtivo do direito positivo em âmbito parlamentar<sup>704</sup>. Em nossa modesta opinião, o funcionamento adequado desse processo dialético (ou comunicativo) reúne as condições necessárias para induzir (e suportar) a realização de uma justiça em certa

---

<sup>702</sup> CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, cit., p. 75-76.

<sup>703</sup> Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 290.

<sup>704</sup> Id. *ibid.*, p. 296.

medida universal, deduzida a partir de juízos racionais construídos mediante a consideração necessária e indeclinável das proposições valorativas apresentadas por todos aqueles envolvidos no processo decisório.

Ao início deste trabalho afirmamos que o processo civil brasileiro sofre uma revolução silenciosa, relacionada à idéia de instrumentalidade substancial, concebida na esteira da identificação dos escopos sociais e políticos do processo, que inaugura (ou, quando menos, renova) a preocupação teórica com seus resultados, com a sua capacidade não apenas de propiciar aos litigantes a atuação concreta do direito material (escopo jurídico), mas também, de servir de instrumento de pacificação social (escopo social) e garantidor da participação dos indivíduos nos destinos da sociedade (escopo político)<sup>705</sup>. E que, em tal conjuntura, o processo passou a ser encarado não mais como simples elo de ligação (interface) entre o direito abstrato desatendido (direito positivo) e o direito concreto realizado (direito subjetivo), assumindo uma dimensão ampliada, de instrumento voltado para fora do sistema, que tem por objetivo primordial a entrega de uma prestação jurisdicional adequada, que se preordene à realização do ideal de justiça<sup>706</sup>.

No entanto, destacamos, adiante, à luz da teoria do formalismo-valorativo, a insuficiência da tecnologia empregada pelos instrumentalistas brasileiros com vistas à consecução de semelhante aspiração teórica, dispondo, ao ensejo, que a realização da justiça no processo transcende a construção do processo justo, ante a consideração de que a flexibilização do formalismo processual em favor a efetiva realização de um direito material pré-existente, embora possa produzir bons resultados (como, por exemplo, tornar efetivo o direito positivo), não garante, por si só, a justa aplicação do Direito. Essa compreensão repousa-se na idéia de que o direito material é construído pelos interpretes, mormente no corpo do processo judicial, pela via aplicação temperada do direito positivo, ou seja, pela estruturação das regras e princípios extraídas dos textos legais (normas) a partir dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (meta-normas). Semelhante construção teórica, colhida do desenvolvimento, da problematização e, sobretudo, da confrontação entre as premissas metodológicas adotadas pelo instrumentalismo e pelo formalismo-valorativo, coliga-se

---

<sup>705</sup> Cfr., por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit.

<sup>706</sup> Bem ilustra essa nossa afirmação a seguinte passagem da obra de Bedaque: “[...] a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mais que não consiga atingir os resultados a que se propõem. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 17).

irremediavelmente à conformação singular de nosso modelo de jurisdição constitucional, notadamente da circunstância dele abarcar, tal como o sistema norte-americano, o controle difuso de constitucionalidade das leis, que é efetivado no curso de processos judiciais mantidos entre particulares, ou entre eles e a Administração Pública, com a finalidade específica de promover a escorreita aplicação casuística do Direito<sup>707</sup>.

Preferimos o formalismo-valorativo ao instrumentalismo<sup>708</sup> porque o consideramos, enquanto teoria, o modelo que melhor se ajusta às discussões jurídicas e filosóficas atinentes à idéia de justiça, assim como à compreensão que temos de que a justa aplicação do Direito só pode ser alcançada no contexto do relacionamento entre o direito, a justiça e a moral. E tal se dá porque, como sustentamos, apenas sob a lógica apodítica subjacente à orientação, característica do positivismo, segundo a qual a aplicação do Direito pressupõe a tão-só conformação do caso concreto pela norma abstrata, mediante atos de subsunção, é que seria aceitável a proposição instrumentalista segundo a qual a justiça pode ser realizada no processo pela via da atribuição à jurisdição de uma posição central na Teoria. Essa perspectiva metodológica não se sustenta<sup>709</sup>, no entanto, quando consideramos que o Direito é criado pelos intérpretes, pela via da aplicação de “*catálogos tópicos*” compostos não apenas pelas normas abstratas que compõem o direito material positivo, mas, também, pelos princípios constitucionais, pelas especificidades do problema e, principalmente, pelo posicionamento anterior dos Tribunais a respeito do tema em discussão<sup>710</sup>.

Por isso afirmamos, com base na doutrina do formalismo-valorativo, que o processo (e não a jurisdição) deve ser colocado ao centro da Teoria. A premissa de que nos valem, em tal conjuntura, é a de que as garantias procedimentais estabelecidas pelo ordenamento-jurídico positivo em favor dos jurisdicionados, notadamente aquelas extraídas da Carta Política,

---

<sup>707</sup> E que nos aproxima da tradição jurídica do “*common law*”, em que a criação do Direito pela jurisprudência é uma realidade.

<sup>708</sup> E aqui não vai nenhum demérito à teoria da instrumentalidade do processo, ou à excelência da produção científica de seu idealizador, o professor Cândido Rangel Dinamarco, jurista pelo qual temos o maior respeito e admiração. O que se dá é que as premissas metodológicas adotadas por essa singular teoria desenvolvida no seio da escola processual paulista foram desenvolvidas em contexto em que prevalecia a noção segundo a qual o direito aplicado aos casos concretos é resultado da sua subsunção aos enunciados normativos colhidos do ordenamento jurídico-positivo ou, quando menos, daquela interpretação normativa referida na obra de Kelsen, compreensão teórica que, como demonstramos no Capítulo 5 deste trabalho, sofreu duros golpes no Século passado, notadamente a partir do seu último quadrante, entrando em declínio.

<sup>709</sup> Notadamente no contexto da legitimação democrática da atuação do Poder Judiciário a que nos referimos no Tópico 6.2 deste Capítulo.

<sup>710</sup> Cfr.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 88.

funcionam como mecanismo de controle da atividade exercida pelos “controladores”<sup>711</sup>. E qualificam o processo civil brasileiro como espaço privilegiado para a reconstrução do direito positivo, no sentido da efetiva realização da justiça.

Semelhante compreensão teórica encontra amplo respaldo no Direito pátrio, principalmente quando temos em vista a evolução de nosso ordenamento jurídico-positivo no sentido da adoção da teoria dos precedentes<sup>712</sup>, que confirma a feição normativa das decisões judiciais proferidas no processo civil do Estado Democrático Constitucional Brasileiro. E que, quando conjugada a efetiva conformação do contraditório em nosso sistema jurídico (sem a qual semelhante atividade normativa não se legitimaria sob o ponto de vista democrático) e, notadamente, às repercussões dessa garantia procedimental sobre o dever de motivação das decisões judiciais e sobre a atividade recursal desenvolvida em nosso processo civil<sup>713</sup>, reforça a idéia, dantes externada<sup>714</sup>, de que, entre nós, o Direito aplicável aos casos concretos é, de fato, resultado da opinião abalizada daquele “*auditório universal*” referido nas obras de Jürgen Habermas<sup>715</sup> e Chaïm Perelman<sup>716-717</sup>.

Nada obstante, nossos Juízes, mormente amparados nas proposições teóricas que despontam da teoria da instrumentalidade do processo<sup>718</sup>, nem sempre se preordenam, em seu cotidiano, a

---

<sup>711</sup> Em tal conjuntura, “*a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil*”, o que revela “*uma visão um tanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional hodierno*”, como disse Mitidiero (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 44).

<sup>712</sup> A que nos referimos no Tópico 5.3.2 do Capítulo 5 deste trabalho, a propósito de apresentar o modelo brasileiro de controle judicial da constitucionalidade das leis, em sua conformação atual.

<sup>713</sup> O relacionamento entre tais peculiaridades de nosso sistema processual e a idéia subjacente à designação do Direito aplicado aos casos concretos como resultado de valorações racionais construídas em função do “*auditório universal*”, e com o intuito de convencê-lo, será explicitado, na seqüência, ao cabo da argumentação desenvolvida neste Capítulo.

<sup>714</sup> Vide Capítulo 4 deste trabalho.

<sup>715</sup> Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade - Vol. I*, cit., p. 38-39.

<sup>716</sup> Cfr.: PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 202.

<sup>717</sup> Compreensão teórica que, neste trabalho, buscamos transportar para o âmbito do processo, com respaldo na doutrina do professor Samuel Meira Brasil Júnior (Cfr.: BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira, op. cit., p. 76).

<sup>718</sup> Não fossem as premissas metodológicas adotadas pelo instrumentalismo, notadamente a compreensão, da qual discordamos, de que a jurisdição está ao centro da Teoria do Processo, que redundna na concepção, que também rejeitamos, de que cumpre ao Juiz, e apenas a ele, tomar para si as rédeas do processo e resolver, ele próprio, consigo mesmo, os litígios submetidos à sua apreciação, teríamos de creditar o procedimento de alguns de nossos Juízes, quando afirmam, do alto de sua autoridade, que não precisam apreciar os argumentos das partes, a uma indefensável compreensão metafísica de sua pessoa como oráculo do direito e da justiça, algo que eles certamente não são, por serem humanos e, portanto, falíveis. Quando procedem desse modo, esses Juízes se esquecem, em sua retumbante arrogância, de que, como simples observadores do fenômeno jurídico, externam,

atuar, sob esse modelo dialético, a justa aplicação do Direito<sup>719</sup>. É o que ocorre, exemplificativamente, quando o magistrado, imbuído do espírito “*liberal*” que orienta a compreensão de que é tarefa do intérprete realização de um direito material pré-existente, oculta-se por detrás das proposições normativas abstratas (como se elas fossem sempre justas ou como se justa fosse a sua aplicação a toda e qualquer contenda), esquivando-se, assim, de atuar a reconstrução normativa do direito codificado nos textos legais. Ou quando ele se arvora da condição de senhor do procedimento e das razões que devam ser consideradas para o deslinde das controvérsias a si submetidas, fruto da designação da jurisdição como elemento central da Teoria do Processo, para negligenciar os argumentos apresentados pelos contendores, e julga a causa, a partir de um diálogo mantido consigo mesmo, exclusivamente com lastro em seu convencimento pessoal. Confirmam a influência dessas premissas instrumentalistas sobre a atuação dos Juízes brasileiros os entendimentos segundo os quais o Poder Judiciário não pode atuar como “*legislador positivo*” e não estaria obrigado a apreciar todas as questões deduzidas pelas partes no processo, ambos há muito assentados em sede pretoriana.

Deles nos ocuparemos nos tópicos que se seguem, nos quais procuraremos conformá-los às exigências do processo civil contemporâneo, que se preordena, conforme sustentamos, com base em instrumentalistas e formalistas-valorativos, à realização do ideal de justiça. Para tanto, discorreremos sobre a existência de limites à atividade criativa desenvolvida pelos intérpretes no contexto da aplicação casuística do Direito, sobre o relacionamento entre o dever de motivação das decisões judiciais e contraditório, assim como sobre a relação entre essa garantia processual e a nossa sistemática recursal, donde colheremos subsídios para identificar a teoria dos precedentes como definitivo elo de ligação entre a idéia subjacente à criação do Direito como função do “*auditório*” e o direito processual civil brasileiro.

---

frente à contenda, uma percepção apenas parcial do Direito, que encarta não mais do que um dos diversos pontos de vista existentes sobre o que seria a justiça do caso concreto.

<sup>719</sup> Como leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “*o excesso de formalismo no contexto do direito brasileiro decorre, em princípio, mais da cegueira do aplicador da lei ou dos demais operadores coadjuvantes*”, visto que “*desatentos aos valores do processo, pouco afeitos ao manejo das possibilidades reparadoras contidas no ordenamento ou ansiosos por facilitar o seu trabalho*”, do que propriamente do ordenamento jurídico-positivo, o que também é influenciado pela “*a excessiva valorização do rito, com afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com o sentimento de justiça*” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 239).

### **6.3.1. Limites impostos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à atividade criativa exercida pelos intérpretes a pretexto de promover a reconstrução do direito positivo.**

O primeiro dos posicionamentos pretorianos dantes referenciados foi objeto de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>720</sup>. E induz<sup>721</sup>, cotidianamente, a atuação de magistrados que se recusam julgar adequadamente litígios trazidos à sua cognição, em hipóteses em que, dizendo-se inabilitados a atuarem como “*legisladores positivos*”, exoneram-se de exercer a reconstrução do direito positivo nos moldes aventados no Capítulo 5 deste trabalho.

Ocorre que semelhante omissão jurisdicional perde por completo o seu sentido quando temos em vista que a atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes, embora normativa, não assume feição legislativa, ou seja, que o julgador, conquanto não possa se valer, em sua atuação, daqueles “*argumentos de política*” referidos na obra de Dworkin<sup>722</sup>, poderá, sim, recorrer a opções políticas externadas pelo Parlamento em outros contextos, operando, a partir delas, pela via da aplicação de “*argumentos de princípio*”, a reconstrução do direito positivo<sup>723</sup>.

De todo modo, deve estar claro que essa sua atividade (do Juiz) apenas comporta o manejo de “*argumentos de princípios*”, que lhe autorizam, conforme o caso, a afastar opções políticas contrárias ao Direito. Inclusive aquelas firmadas em âmbito legislativo, embora exclusivamente quando tais escolhas legislativas contrapõem-se a regras e princípios devidamente estruturados a partir dos postulados da razoabilidade e/ou da proporcionalidade<sup>724</sup>.

Quando assim decide, o magistrado reabilita opção política anterior, seja ela atinente à regulação da matéria sob parâmetros distintos daqueles afirmados na lei invalidada (v.g. da fixação de alíquota tributária em parâmetros menos incisivos), seja ela consistente na opção

<sup>720</sup> Cfr., exemplificativamente: RE n° 149.659/SP (Fonte DJ 31-03-1995 PP-07776 EMENT VOL-01781-02 PP-00286. Relator(a) PAULO BROSSARD), AG.REG.AI n° 142.348/MG (Fonte DJ 24-03-1995, PP-06807, Relator(a) CELSO DE MELLO), RE n° 188.951/SP (Fonte DJ 15-09-1995, PP-29585, Relator(a) MAURICIO CORRÊA) e ADI-MC n° 1.851/AL (Fonte DJ 23-10-1998 PP-00002, Relator(a) ILMAR GALVÃO).

<sup>721</sup> Embora não justifique.

<sup>722</sup> Cfr.: DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, cit., p. 130-132.

<sup>723</sup> Vide argumentação apresentada no Tópico 5.4 do Capítulo 5 deste trabalho.

<sup>724</sup> A propósito, confira-se a argumentação construída no Tópico 5.4 do Capítulo 5 deste trabalho.

do Parlamento por não legislar sobre a questão, ou na sua omissão em fazê-lo (v.g. da não-inclusão de determinado fato da vida entre as hipóteses de incidência de um dado tributo). Sob essa ótica, o Poder Judiciário, de fato, atua como “*legislador negativo*”<sup>725-726</sup>.

Mas tal não induz conclusão no sentido de que os Juízes não estão autorizados a “*por*” norma no sistema. Isso porque, como assentamos, inclusive com base na jurisprudência do Excelso Pretório<sup>727</sup>, eles atuam, como intérpretes, a reconstrução normativa (lógico-formal) e valorativa (axiológica) do direito positivo no campo da sua aplicação casuística.

Destarte, as fronteiras da atuação jurisdicional exercida a pretexto dessa reconstrução do direito positivo pelos intérpretes situam-se, precisamente, na ilegitimidade dos Juízes para construir, por si só, novas opções políticas, ou para substituir, sem recurso a parâmetros fixados em texto legislativo, escolhas firmadas pelo Parlamento, que se pautam, como dissemos, em “*argumentos de política*”. Afora isso, persiste válida a conclusão dantes externada quanto a ser normativa (embora não legislativa) essa sua atividade intelectual.

### **6.3.2. O dever de motivação das decisões judiciais à luz de uma acepção renovada do contraditório.**

A compreensão segundo a qual os Juízes exercem atividade normativa, ainda que dentro dos limites dantes expostos, impõe a ampliação do espectro da incidência da garantia do contraditório, que deixa de ser instrumento direcionado exclusivamente a oportunizar aos contendores a apresentação, no processo, das razões em que sustentam a sua pretensão (ou a sua resistência à pretensão de seu adversário), para também abranger a necessidade de que tais razões sejam efetivamente consideradas na formação do juízo. A propósito, Mitidiero acentua, sob a ótica do formalismo-valorativo, que contraditório “*não se cinge mais a garantir tão-somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial*”<sup>728</sup>. Assim, para o professor gaúcho, o contraditório é mais do que uma simples

---

<sup>725</sup> Cfr.: Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

<sup>726</sup> Cfr., também: Ávila, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>727</sup> Vide Tópico 5.4 do Capítulo 5 deste trabalho.

<sup>728</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37.

“norma” de igualdade formal, pois assume “*papel central na experiência do processo, cujo resultado não pode ser outro que não um ‘ato de três pessoas’, como um autêntico ambiente democrático e cooperativo*”<sup>729-730</sup>. Conforme Mitidiero essa acepção renovada do contraditório é resultado da consolidação da “*dimensão ativa do caráter fortemente problemático do direito contemporâneo, constatação hoje igualmente corrente e da complexidade do ordenamento jurídico atual*”<sup>731</sup>; e induz a conclusão de que a tarefa dos Juízes, quanto ao particular, não se exaure na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando, também (e principalmente), a imposição a que eles, Juízes, na motivação de suas decisões, efetivamente considerem e valorem os argumentos apresentados<sup>732</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio, temos que a extensão e a profundidade da motivação construída pelo magistrado para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório<sup>733-734</sup>. É que o contraditório, sob tal perspectiva, apresenta-se como eficiente mecanismo de controle da atividade jurisdicional e como fator de legitimação democrática do processo, assim como das decisões nele proferidas.

---

<sup>729</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37-38.

<sup>730</sup> Semelhante ponto de vista é compartilhado por Eduardo Talamini, para quem o contraditório precisa ser “*entendido não só como embate dialético entre autor e réu, mas também como ‘dever de diálogo’ do juiz com as partes*” (TALAMINI, Eduardo. Tutela Relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 46 e 461-A; CDC, art. 84). 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003. p. 393-394).

<sup>731</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37.

<sup>732</sup> Sobre o assunto, ler também: [PICARDI, Nicola. *Audiatur et Altera Pars: As Matrizes Histórico-Culturais do Contraditório*. In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizado e Revisto por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2008] e [OLIVEIRA, Carlos Alvaro de. *A garantia do contraditório*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 15, 1998. p. 07-20].

<sup>733</sup> Até porque, como expôs Mitidiero, noutro contexto: “*Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo. Esse dever de debate encontra a sua expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático*” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 135).

<sup>734</sup> Ver, ainda: TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.



Gerson Lira acentua, citando Calamandrei<sup>735</sup>, que a motivação é meio de prestação de contas das razões de fato e de direito que levaram o Poder Judiciário a uma determinada conclusão, constituindo-se, portanto, como “*trâmite indispensável para introduzir o leitor dentro do pensamento do juiz, para dar-lhe a possibilidade de controlar se, na estrada de seus raciocínios, ocorreu algum desvio do caminho certo, ou seja, se chegou a uma conclusão diversa daquela mais justa*”<sup>736-737</sup>. E apresenta, adiante, os níveis de deficiência que são comumente depreendidos na fundamentação das decisões judiciais, referindo, ao ensejo, à “*falta de motivação*”; à “*motivação contraditória e perplexa*”, que se verifica quando a conclusão do Juiz está em flagrante divergência com a exposição da contenda pelas partes; à “*motivação per relationem*”, que ocorre quando a fundamentação da sentença se limita à adoção das razões apresentadas por uma das partes, ou de elementos estranhos ao processo<sup>738</sup>; e à “*motivação insuficiente*”, qualificada pela circunstância de a decisão omitir ponto fundamental da demanda, deixando, assim, de examinar satisfatoriamente as questões suscitadas<sup>739</sup>. Todas essas decisões mencionadas por Lira mostram-se ofensivas à determinação colhida do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, que estabelece, taxativamente, que os julgamentos proferidos pelos órgãos judiciais sejam públicos, e que devem ser fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade<sup>740</sup>.

<sup>735</sup> CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. In: *Opere Giuridiche*, v. 1. Napoli: Morano, 1965, p. 665; apud LIRA, Gerson. *A motivação na apreciação do direito*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de [Org.]. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 264.

<sup>736</sup> LIRA, Gerson. *A motivação na apreciação do direito*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de [Org.]. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 264.

<sup>737</sup> É igualmente exemplar, no que toca à delimitação do espectro da incidência do dever de motivação das decisões judiciais, assim como de sua profundidade, a lição do professor Alvaro de Oliveira, exposta nos termos seguintes: “*O princípio compreende não só o enunciado das escolhas do juiz em relação à individualização das normas aplicáveis ao caso concreto e às correspondentes conseqüências jurídicas, como os nexos de implicação e coerências entre esses enunciados, com vistas a possibilitar o controle do pronunciamento judicial pelas partes e pela sociedade. Ainda aqui, o problema não deve ser visualizado através do prisma exclusivamente técnico. Devendo ser exercitado pelos jurisdicionados in genere, tal controle constitui inestimável fator de coerção social e da solidez das instituições, apresentando-se, assim, como garantia política inerente ao próprio Estado de Direito. Cuida-se, ao fim e ao cabo, de balizar o poder do órgão judicial, bem capaz de se tornar exacerbado, principalmente em termos de apreciação dos fatos da causa, em vista do princípio do livre convencimento, largamente adotado nos sistemas processuais do século XX*” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 106).

<sup>738</sup> Conforme Lira: “*A motivação da sentença, que se reporta simplesmente às razões de outra sentença que decidiu caso idêntico, deixa sem resposta as argumentações invocadas pelas partes. O mesmo ocorre se o Tribunal, no acórdão, referir-se às razões da sentença, mantendo-a por ‘seus fundamentos’*” (LIRA, Gerson, op. cit., p. 276).

<sup>739</sup> Id. *ibid.*, p. 275-276.

<sup>740</sup> CRFB. “*Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em*

Tal não impediu, todavia, que o Superior Tribunal de Justiça viesse a decidir, em julgamento recente, que “*ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide*”, e que ele “*não está obrigado a julgar a questão de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso*”<sup>741</sup>; incorrendo, destarte, naquela “*motivação insuficiente*” referida por Gerson Lira<sup>742</sup>.

Esse posicionamento, entretanto, conquanto se demonstre consolidado naquela Corte Superior de Justiça<sup>743</sup>, não é adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo menos hodiernamente. Basta ver, a título exemplificativo, que aquele Tribunal Constitucional, por ocasião do julgamento Recurso Extraordinário nº 163.301/AM, relatado pelo eminente ministro Sepúlveda Pertence, afirmou peremptoriamente que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa implicam o direito do jurisdicionado à consideração das razões deduzidas em Juízo<sup>744</sup>.

---

*determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.*

<sup>741</sup> Cfr.: EDRESP nº 507.730/PR; Primeira Seção; data da decisão: 13/12/2006; DJ DATA: 12/02/2007, p. 00229; Relator Ministro José Delgado.

<sup>742</sup> Cfr.: LIRA, Gerson, op. cit., p. 275-276.

<sup>743</sup> Nesse mesmo sentido posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça por ocasião da prolação desse outro julgamento: “*PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica cerceamento de defesa, visto que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se de fatos, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Inexiste violação do artigo 535 do CPC, quando o magistrado decide todas as questões postas na apelação, mesmo que contrárias à sua pretensão. Agravo regimental desprovido”.* (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 494902. Processo: 200300186501 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data da decisão: 15/09/2005 Documento: STJ000247885. Fonte DJ DATA:17/10/2005 PG:00328. Relator(a) JOSÉ ARNALDO DA FONSECA).

<sup>744</sup> Eis a ementa do julgado: “*I. Tribunal de Contas: aposentadoria de servidores de sua secretaria: anulação admissível - antes da submissão do ato ao julgamento de legalidade do próprio Tribunal (CF, art. 71, III) -, conforme a Súmula 473, que é corolário do princípio constitucional da legalidade da administração (CF, art. 37), violado, no caso, a pretexto de salvaguarda de direitos adquiridos, obviamente inoponíveis à desconstituição, pela administração mesma, de seus atos ilegais. II. Tribunal de Contas: registro da concessão inicial de aposentadoria (CF, art. 71, III): natureza administrativa da decisão, susceptível de revisão pelo próprio Tribunal – como subjacente à Súmula 6 -, garantidos o contraditório e a ampla defesa do interessado. III. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal (CF, art. 5º, LV e LIV): violação, nas peculiaridades do caso, por acórdão que confunde e trata promiscuamente mandados de segurança distintos, julgando questões diferentes como se fossem uma só, de modo a negar à entidade pública as garantias constitucionais de defesa, que implicam o direito à consideração das razões deduzidas em juízo, compreendido na “pretensão à tutela jurídica”*” (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo: 163301 UF: AM – AMAZONAS. Fonte DJ 28-11-1997 PP-62230 EMENT VOL-01893-03 PP-00575. Relator(a) SEPÚLVEDA PERTENCE).

A propósito, Henry Gonçalves Lummertz afirma, com pesar, que a jurisprudência daquela Corte Constitucional “*só muito timidamente [...] identifica o contraditório com a possibilidade efetiva de as partes influírem no desenvolvimento e no resultado do processo*”, dispondo, adiante, que é excepcional no contexto da jurisprudência do Tribunal Constitucional o entendimento firmado por ocasião do julgamento desse Recurso Extraordinário nº 163.301/AM<sup>745</sup>. Não partilhamos dessa conclusão. E fundamos essa nossa opinião na circunstância de não havermos encontrado, em nossa pesquisa, julgamentos recentes do Excelso Pretório que reafirmassem a tese segundo a qual o Poder Judiciário está dispensado de apreciar as questões deduzidas pelas partes no processo e, sobretudo, por havermos identificado novas decisões em que aquela Corte Constitucional, ainda que implicitamente, ratifica o posicionamento sustentado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 163.301/AM.

Quanto ao particular, referimos, exemplificativamente, aos julgamentos dos Agravos Regimentais em Agravo de Instrumento (AI-AgR) nº 469.525/RS, 477.815/RS, 504.553/RS, 472.659/GO e 439.037/SP, todos relatados pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, em que o Supremo Tribunal Federal reputou atendida a garantia do contraditório por ocasião da formação dos acórdãos então recorridos dada a circunstância de haverem sido apreciadas, nos processos a eles correspondentes, “*as questões que lhe foram postas*”<sup>746</sup>. Demais disso, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 73.949/RJ, relatado pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, o Tribunal decidiu pela ilegitimidade de “*acórdão que exauriu, de modo satisfatório, o exame do pedido articulado no recurso de apelação, referente à autoria e á materialidade do delito, mas que não apreciou as demais questões suscitadas no apelo*”<sup>747</sup>.

<sup>745</sup> LUMMERTZ, Henry Gonçalves. *O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de [Org.]. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 83.

<sup>746</sup> Cfr.: AI-AgR’s nº 469.525/RS (DJ 02-12-2005 PP-00027 EMENT VOL-02216-03 PP-00560); 477815/RS (DJ 28-04-2006 PP-00032 EMENT VOL-02230-06 PP-01147); 504.553/RS (DJ 28-04-2006 PP-00034 EMENT VOL-02230-07 PP-01258); 472.659/GO (DJ 26-05-2006 PP-00029 EMENT VOL-02234-06 PP-01124); 439037/SP (DJ 22-09-2006 PP-00048 EMENT VOL-02248-04 PP-00732), todos relatados pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa.

<sup>747</sup> Eis a ementa desse julgamento: “*HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO: RECEPÇÃO CULPOSA. RÉU PRIMÁRIO. DECISÃO "CITRA PETITA". 1. A primariedade, por si só, não faz por prevalecer a regra contida no § 3º do art. 180 do Código Penal, que prevê a hipótese da não aplicação da pena para receptação culposa, nem gera o direito subjetivo a aplicação da pena em seu grau mínimo. 2. Configura-se "citra petita", por isso devendo ser complementado, o julgamento que deixou de apreciar todas as teses aduzidas no recurso de apelação interposto em relação à totalidade da sentença. 3. Tem-se como incompleto o acórdão que exauriu, de modo satisfatório, o exame do pedido articulado no recurso de apelação, referente à autoria e á materialidade do delito, mas que não apreciou as demais questões suscitadas no apelo: redução da pena-base para o mínimo legal, conversão da pena em multa e concessão do "sursis". 4. "Habeas Corpus"*

Tal não bastasse, em julgamento ainda mais recente, relatado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, o Excelso Pretório, em suas razões de decidir, vinculou o atendimento a essa garantia não apenas aos direitos de ter informação sobre os atos produzidos no processo e de manifestação sobre seu conteúdo, como, também, à imposição a que tais argumentos sejam devidamente considerados pela autoridade julgadora<sup>748-749</sup>.

Por esse motivo, e porque, dada a clara feição constitucional da questão afeta à definição dos contornos (e dos limites) do instituto do contraditório, compete ao Supremo Tribunal Federal, com precedência sobre o Superior Tribunal de Justiça, “*fechar questão*” sobre o tema, defendemos a necessidade da reformulação da jurisprudência daquela Corte Superior de Justiça, de modo a que seja reabilitado o seu posicionamento anterior, retratado, exemplificativamente, no julgamento do Recurso Especial nº 13.471/MG, quanto a ser nula, justamente porque não fundamentada, a sentença que for omissa a respeito de ponto relevante da defesa<sup>750</sup>. Do contrário, não se confirmaria a dialeticidade do processo que, como

---

*indeferido, nos termos em que formulado; de ofício, concedido o "habeas corpus" para que o Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro prossiga no julgamento da apelação do paciente, examinando as questões que foram objeto de sua apelação e não dirimidas no acórdão*” (STF. HC nº 73949/RJ; DJ 01-06-2001, p. 00076; Relator Ministro Maurício Corrêa).

<sup>748</sup> Ipse literis: “*Mandado de Segurança. 2. Decisão do Presidente da República que, em processo administrativo, indeferiu recurso hierárquico e, por conseqüência, manteve decisão que declarou a caducidade da concessão outorgada à Transbrasil S.A Linhas Aéreas para a prestação de serviço de transporte aéreo. 3. Alegada violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como a dispositivos da Lei nº 9.784/99, pois a impetrante não teria sido comunicada da instauração do processo administrativo ou de qualquer ato nele praticado, não lhe tendo sido concedida oportunidade de proferir defesa de forma adequada. 4. Os documentos juntados aos autos pela própria impetrante, porém, demonstram cabalmente que lhe foram asseguradas todas as garantias da ampla defesa e do contraditório, como os direitos de informação sobre os atos produzidos no processo, de manifestação sobre seu conteúdo e de ter seus argumentos devidamente considerados pela autoridade administrativa. 5. Mandado de Segurança indeferido*” (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA. Processo: 25787 UF: DF - DISTRITO FEDERAL. Fonte DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 217-254. Relator(a) GILMAR MENDES).

<sup>749</sup> Esse último julgado é também referenciado por Mitidiero a pretexto de explicitar os contornos do princípio do contraditório (Cfr.: MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 91 e 138).

<sup>750</sup> Confira-se a ementa daquele julgamento: “*PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA. NULIDADE. C.P.C., ART. 458, II. INOBSERVANCIA. I - E NULA A SENTENÇA NÃO FUNDAMENTADA, SENDO TIDA COMO TAL A QUE E OMISSA A RESPEITO DE PONTO RELEVANTE DA DEFESA. NO CASO, AO PROCLAMAR A PRESCRIÇÃO PREVISTA NO ART. 1. DO DECRETO N. 20.910, DE 1932, A SENTENÇA OMITIU-SE QUANTO AOS MOTIVOS PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DA CAUSA DE SUSPENSÃO DO PRAZO EXTINTIVO, PREVISTA NO ART. 169, I, DO CODIGO CIVIL, OPORTUNAMENTE ARGUIDA PELO AUTOR. II - A INOBSERVANCIA DO REQUISITO DO ART. 458, II, DO C.P.C. NÃO PODE SER SANADA, PELO TRIBUNAL DE APELAÇÃO, PORQUE NÃO ALCANÇADA PELA REGRA DO ART. 515 DO CITADO CODIGO. III - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO*” (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 13471. Processo: 199100159921 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data da decisão: 31/03/1993 Documento: STJ000021809. Fonte DJ DATA:26/04/1993 PG:07187. Relator(a) ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO).

dissemos, legitima a atividade intelectual empreendida pelos intérpretes no sentido da justa aplicação do Direito<sup>751</sup>.

Tais constatações empíricas, ao tempo que renovam a nossa confiança nos Juízes brasileiros, impelem-nos a exortá-los a nunca se esquecerem que a sua especial serventia nesse mundo conturbado e complexo em que vivemos é, seguramente, levar luz onde antes existiam trevas, descortinando o Direito aplicável a cada uma das contendas que lhe são submetidas a partir da consideração da “*norma*” (abstrata) que em tese lhe é aplicável, do “*fato*” que lhe é subjacente e dos “*valores*” que orientam a sua justa aplicação<sup>752</sup>. Os Juízes existem porque o direito positivo, a despeito do “*sonho dourado*” dos liberais franceses do Século XVIII e de seus seguidores de primeira hora, não dá conta da complexidade das relações que se estabelecem no mundo fenomênico; e precisa, assim, dia após dia, ser reconstruído e transformado em texto vivo, capaz de reproduzir e pacificar as tensões sociais que cotidianamente geram as contendas judiciais.

Assim, será sempre ruinosa e ultrajante uma tentativa sua (dos Juízes), ainda que inconsciente e inadvertida, de valer-se da luz que alumia essa sua dignificante atividade profissional para ofuscar as razões apresentadas pelos contendores, o que ocorre quando eles (Juízes) negligenciam propositalmente os argumentos apresentados pelas partes, recusando-se a deles conhecer e a valorá-los. Com efeito, apenas porque as partes existem, e porque elas divergem entre si, ainda que momentaneamente, sobre determinadas questões práticas de sua vida, é que conferimos a nossos semelhantes o poder julgar, convertendo-os, assim, em Juízes. Esse poder, no entanto, como o do Parlamento, emana do povo, do princípio democrático, embora aqui articulado sob uma acepção renovada de democracia<sup>753</sup>. Desse modo, o magistrado, quando julga uma contenda sem considerar as razões apresentadas pelas partes, transforma-se num “*tirano*”, deixando, destarte, de ser digno de sua função e da confiança que lhe foi depositada pela sociedade.

---

<sup>751</sup> Até porque, como disse o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “*o juiz e as partes nunca estão sós no processo*”, que não é um monólogo, mas é um diálogo, ou “*uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques*”, o que confere ao contraditório a dupla função de “*garantir a igualdade entre as partes*” e de “*satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e a realização da justiça*” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 132).

<sup>752</sup> Cfr.: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 65.

<sup>753</sup> A que nos referimos no Tópico 6.2 deste Capítulo.

A função do Juiz em uma contenda judicial é precisamente dizer quem tem razão; é dispor, como sujeito imparcial, sobre qual a solução mais adequada para a divergência estabelecida entre as partes, algo que, lucidamente, ele só pode pretender realizar se ouvir, considerar e valorar os motivos pelos quais os litigantes divergem entre si. Daí a absoluta necessidade de que os Juízes tenham a consciência de que precisam se submeter à dialeticidade do processo, o que implica (notadamente sob essa acepção renovada de contraditório, cuja aplicação defendemos, com base na doutrina do formalismo-valorativo), não apenas que se confira às partes a prerrogativa de expor suas razões no processo, mas, sobretudo, a real possibilidade de que tais razões venham a influir na solução da contenda.

### **6.3.3. A designação de nossa sistemática recursal como aspecto do contraditório.**

Quando tal não ocorrer, cumpre aos litigantes manejar os mecanismos que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro lhes confere para impor os magistrados a consideração e valoração de suas razões, colhidos, em especial, de nossa sistemática recursal.

O mais contundente desses instrumentos talvez seja a previsão, extraída do artigo 535 do Código de Processo Civil, quanto ao cabimento do recurso de embargos de declaração quando houver obscuridade ou contradição no “*decisum*”, ou quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz ou o Tribunal<sup>754-755</sup>. Esse recurso é dirigido ao mesmo órgão jurisdicional que proferiu a decisão lacunosa<sup>756</sup> e, por isso, tem o duplo efeito de, por um lado, permitir a correção de eventuais impropriedades no julgamento e, por outro, sinalizar para o Juiz que a sua atividade valorativa não é imune ao controle das partes, induzindo-o, assim, desde preordenado à escorreita aplicação do Direito, a um maior cuidado na construção das suas decisões, notadamente no que toca à preservação da dialeticidade do processo.

---

<sup>754</sup> CPC. “Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

<sup>755</sup> Como bem adverte Mitidiero, quando o órgão jurisdicional não considera seriamente os fundamentos deduzidos pelas partes, omitindo-se, assim, em apreciar as razões constantes de seus arrazoados, “há evidente esvaziamento do direito fundamental à tutela jurisdicional”, o que recomenda o manejo, pela parte prejudicada, do recurso “de embargos de declaração (art. 535, inciso II, CPC), sede em que a parte tem direito [...] obter comentário sobre todos os pontos levantados no recurso” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 139-140).

<sup>756</sup> CPC. “Art. 536. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo, não estando sujeitos a preparo”.

De todo modo, também a asseguram (essa dialeticidade do processo) ou, quando menos, têm a potencialidade de a preordenarem, as demais espécies recursais admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, na eventualidade de o magistrado prolator da decisão lacunosa vir a recusar-se a corrigi-la por meio de embargos declaratórios (valendo-se, como é bastante comum, da tese segundo a qual ele não estaria obrigado a apreciar todos os argumentos formulados pelas partes), o prejudicado ainda poderá buscar amparo nas instâncias judiciais superiores, valendo-se, para tanto, de um dos demais<sup>757</sup> recursos especificados nos incisos do artigo 496 do Código de Processo Civil, isto é, da apelação (CPC, art. 496, I), do agravo (CPC, art. 496, II), dos embargos infringentes (CPC, art. 496, III), do recurso ordinário (CPC, art. 496, V), do recurso especial (CPC, art. 496, VI), do recurso extraordinário (CPC, art. 496, VII) e dos embargos de divergência opostos no corpo de recursos especial e extraordinário (CPC, art. 496, VIII)<sup>758</sup>.

O professor Flávio Cheim Jorge, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo leciona, citando Renzo Provinciali<sup>759</sup>, que se a finalidade do processo é a obtenção de uma sentença justa, “*os meios de impugnação são as formas existentes nos sistemas processuais que possibilitam que as partes prossigam na perseguição desse objetivo*”<sup>760</sup>. E tal se dá porque, como bem adverte o processualista capixaba, os recursos encontram-se “*diretamente ligados à função exercida pelo Estado, concernente na prestação da tutela jurisdicional justa e adequada*”, de modo que “*o controle feito pelos tribunais acerca das decisões proferidas pelos juízes de instância inferior contribui para a eficiência e, sobretudo, segurança das normas jurídicas existentes*”<sup>761</sup>.

Em vista disso, Cheim coliga a nossa sistemática recursal à idéia de contraditório, dispondo, a propósito, que, entre nós, os recursos possibilitam “*que as partes, mediante contraditório regular, obtenham uma nova apreciação da questão posta e discutida em juízo*”<sup>762</sup>.

---

<sup>757</sup> O recurso de embargos de declaração, dantes referido, resta identificado no inciso IV do artigo 496 do CPC.

<sup>758</sup> CPC. “Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo; III - embargos infringentes; [...] V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário”.

<sup>759</sup> PROVINCIALI, Renzo. *Delle Impugnazioni in Generali*. Napoli: Morano Editore, 1962. p. 12; *apud* JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 01.

<sup>760</sup> JORGE, Flávio Cheim, *op. cit.*, p. 01.

<sup>761</sup> *Id. ibid.*, p. 11.

<sup>762</sup> *Id. ibid.*, p. 13.

### 6.3.4. *A teoria dos precedentes como decisivo elo de ligação entre a idéia subjacente à criação do Direito como função do “auditório” e o direito processual civil brasileiro.*

Semelhante compreensão é absolutamente compatível com a idéia subjacente à construção de proposições jurídicas justas sob a mediação daquele “*auditório universal*” referido nas obras de Habermas<sup>763</sup> e Perelman<sup>764-765</sup>, pois a simples possibilidade de o contendor vir a recorrer a outros órgãos julgadores para fazer com que seus argumentos sejam efetivamente apreciados pelo Poder Judiciário amplia o âmbito da cognição exercida no processo, na exata medida em que abre campo para a uniformização do posicionamento pretoriano sobre determinadas questões jurídicas que, assim, estariam indubitavelmente submetidas à “*comunidade de intérpretes*”. Corroborar essa conclusão a circunstância de o direito processual civil brasileiro haver concebido espécies recursais que, por própria sua natureza, destinam-se ao aperfeiçoamento da aplicação das leis, de modo a que prevaleça a melhor interpretação da norma controvertida, como disse Flávio Cheim Jorge, referindo-se ao recurso especial, ao recurso extraordinário e aos embargos de divergência opostos no curso destes dois recursos excepcionais<sup>766</sup>.

Com vistas a melhor explicitar essa sua observação, o professor Flávio Cheim nos recobra de que é bastante comum no ambiente jurídico a formação interpretações diferentes sobre um mesmo enunciado normativo, aludindo, a propósito, a ações que encartam litígios mantidos por servidores públicos com vistas à percepção de diferenças salariais que alegadamente deveriam ter sido incorporadas às suas remunerações<sup>767</sup>. Em hipótese como tais, observa Cheim, “*é comum juízes concederem a incorporação dos benefícios e tantos outros não concederem, para servidores detentores da mesma realidade fático-jurídica*”, impondo a eles a situação inusitada de “*uns recebem determinado salário para desempenhar uma função e outros outro salário, apesar de encontrarem-se disciplinados e regidos pela mesma legislação*”<sup>768</sup>. Daí que, como bem adverte o processualista, “*somente através da introdução*

<sup>763</sup> Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade - Vol. I*, cit., p. 38-39.

<sup>764</sup> Cfr.: PERELMAN, Chaim, op. cit., p. 202.

<sup>765</sup> Recobramos, a propósito, das discussões mantidas no Tópico 4.1 do Capítulo 4 deste trabalho, contexto em que sustentamos que a justa aplicação do Direito sobressai da opinião abalizada de um “*auditório universal*”, composto por membros da comunidade aptos a justificar racionalmente, por meio do discurso, tomadas de posição no nível do agir moral.

<sup>766</sup> JORGE, Flávio Cheim, op. cit., p. 12.

<sup>767</sup> Id. ibid., p. 12.

<sup>768</sup> Id. ibid., p. 12.



*de meios (recursos) com a finalidade propícia de verificar a interpretação dada à lei federal é que situações como essas poderão deixar de existir”, pois “no julgamento dos recursos é que se permitirá encontrar a real e correta interpretação a ser dada à norma, de modo a que todos estejam sujeitos a ela de forma idêntica”*<sup>769</sup>.

Assim dispondo, o professor capixaba, ainda que implicitamente, coliga nossa sistemática recursal e, a reboque dela, a própria noção de contraditório<sup>770</sup>, à teoria dos precedentes, que, como dissemos no Tópico 5.3.2 do Capítulo 5 deste trabalho, ganha corpo, entre nós, a partir:

- (a) da existência de previsão constitucional no sentido de que os efeitos da decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade seja estendido a partes não identificadas no litígio judicial que lhe deu origem, colhida do inciso X do artigo 52 da Carta Política, que atribui competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal<sup>771</sup>;
- (b) da alteração promovida pela Lei nº 9.756/98 no artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza ao Relator, mediante simples decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no seu próprio Tribunal ou nos Tribunais Superiores<sup>772</sup>;
- (c) da inserção, no sistema daquele código processual, por esse mesmo diploma normativo, do parágrafo 1º-A de seu artigo 557 que, de seu turno, permite ao Relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com

---

<sup>769</sup> JORGE, Flávio Cheim, op. cit., p. 12-13.

<sup>770</sup> Já que, sob a proposição teórica defendida neste trabalho, com base na doutrina desse professor capixaba, os recursos também integram a garantia do contraditório.

<sup>771</sup> CRFB. “Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

<sup>772</sup> CPC. “Art. 557. *O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*”.

súmula ou com jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça<sup>773</sup>;

- (d) da previsão, colhida da Lei nº 11.276/06, no sentido de que se a sentença recorrida estiver em conformidade com esses mesmos precedentes vinculantes, sequer se cogita do recebimento do recurso de apelação, nos moldes prescritos pelo novel parágrafo 1º do artigo 518 do “*codex*” processual<sup>774</sup>;
- (e) da iniciativa do legislador constitucional, no contexto da edição da Emenda nº 45, de vincular as decisões da Suprema Corte em controle difuso à demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, dispositivo que foi regulamentado pela Lei nº 11.418/2006, que integrou ao texto do Código de Processo Civil o novel artigo 543-A, do qual se extrai, entre outras coisas, que a repercussão geral estará caracterizada sempre que o recurso impugnar decisão contrária a Súmula ou Jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional<sup>775</sup>; que, se uma das Turmas da Corte Constitucional decidir pela existência da repercussão geral, o recurso nem sequer será a remetido ao Plenário<sup>776</sup>; e que se for rejeitada a existência da repercussão geral, essa decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente<sup>777</sup>;
- (f) da circunstância de a Lei nº 11.418/2006 também haver inserido no sistema do Código de Processo Civil o artigo 543-B, que prevê a análise da repercussão geral quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia<sup>778</sup>, em hipótese em que cumpre ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos

<sup>773</sup> CPC. “Art. 557 [...] § 1º-A - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

<sup>774</sup> CPC. “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º - O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>775</sup> CPC. “Art. 543-A. [...] § 3º - Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

<sup>776</sup> CPC. “Art. 543-A. [...] § 4º - Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”.

<sup>777</sup> CPC. “Art. 543-A. [...] § 5º - Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>778</sup> CPC. “Art. 543-B - Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo”.

representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando o julgamento dos demais até o pronunciamento definitivo daquela Corte Constitucional<sup>779</sup>, de modo que, havendo o julgamento do mérito do “*recurso paradigma*”, aqueles recursos extraordinários retornem aos Tribunais de origem para julgamento, cumprindo àquelas Cortes declará-los prejudicados ou retratar-se<sup>780</sup>, devendo estar claro que, quando tal não ocorrer, poderá o Supremo Tribunal Federal cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada<sup>781</sup>, e que, de forma diversa, se o Tribunal Constitucional rejeitar a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão considerados automaticamente não-admitidos<sup>782</sup>;

- (g) da prescrição, colhida da Lei nº 11.672/2008, que traz para o corpo de nosso código processual o novel artigo 543-C e parágrafos, que prescreve que quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado mediante a aplicação de dinâmica semelhante àquela estabelecida pela Lei nº 11.418/2006 para o trâmite dos recursos extraordinários<sup>783</sup>;

<sup>779</sup> CPC. “Art. 543-B [...] § 1º - Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte”.

<sup>780</sup> CPC. “Art. 543-B [...] § 3º - Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”.

<sup>781</sup> CPC. “Art. 543-B [...] § 4º - Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”.

<sup>782</sup> CPC. “Art. 543-B [...] § 2º - Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”.

<sup>783</sup> CPC. “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º - Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º - Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º - O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º - O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º - Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º - Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 7º - Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º - Na hipótese prevista no inciso

- (h) da positivação de regra jurídica, colhida do artigo 285-A do Código de Processo Civil, que tem redação dada pela Lei nº 11.277/2006, a autorizar a prolação da chamada sentença de improcedência liminar, a ser proferida quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no Juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, hipótese em que poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada<sup>784</sup>;
- (i) da consagração, entre nós, de previsão normativa, integrada ao texto da mesma Emenda Constitucional nº 45 e que redundou na inserção do novel artigo 103-A no texto da Constituição da República, dispositivo que autoriza o Supremo Tribunal Federal a aprovar súmula que, a partir de sua publicação na Imprensa Oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>785</sup>; sendo certo que, quanto ao particular, o Poder Constituinte reformador teve o cuidado de destacar, no corpo daquela Emenda Constitucional, que do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Excelso Pretório que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação do verbete<sup>786</sup>.

Tais prescrições normativas desvelam opção do Parlamento brasileiro por dotar o direito pátrio de mecanismos habilitam seus operadores a ampliar a eficácia dos precedentes judiciais, tornando-os “vinculantes” ou, quando menos, sumamente importantes para aplicação do

---

*II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º - O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”.*

<sup>784</sup> CPC. “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

<sup>785</sup> CRFB. “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

<sup>786</sup> CRFB. “Art. 103-A [...] § 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

Direito<sup>787-788</sup>. E induzem, como sustentamos, com base na doutrina do professor Hermes Zaneti Júnior, a recepção da teoria do “*stare decisis*” pelo nosso ordenamento jurídico-positivo<sup>789</sup>.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira lecionam que essa singular teoria, que é característica da tradição do “*common law*”, assenta-se na compreensão de que “*o precedente judicial, sobretudo aquele emanado de Corte Superior, é dotado de eficácia vinculante não só para a própria Corte como para os juízos que lhe são hierarquicamente inferiores*”<sup>790</sup>. E aludem, na seqüência de sua obra, à “*indiscutível força persuasiva que têm os precedentes judiciais na solução de casos concretos*”, notadamente em vista da “*crescente força vinculativa que lhes vem dando o legislador brasileiro*”<sup>791</sup>.

Por isso, entre nós, o Direito aplicado aos casos concretos, assim como a atividade intelectual que o concebe, sofrem decisiva influência dos precedentes judiciais. Essa circunstância, no entanto, não “*engessa*” a criação do Direito pelos intérpretes, de modo a afastar (ou a mitigar) a compreensão de que o Direito é construído como função do “*auditório*”.

É que, como bem observa José Rogério Cruz e Tucci, o precedente é composto pelas “*circunstâncias de fato que embasam a controvérsia*” e pela tese ou princípio jurídico assentado na motivação (“*ratio decidendi*”) do provimento decisório<sup>792</sup>, sendo que a submissão do intérprete ao precedente, “*comumente referida pela expressão stare decisis, indica o dever jurídico de conformar-se às rationes dos precedentes (stare rationibus decidendi)*”<sup>793</sup>. Conforme Didier, Braga e Oliveira, essa “*ratio decidendi*”<sup>794</sup> está nos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, e que, portanto, carregam a opção

<sup>787</sup> Cfr.: DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 348-349.

<sup>788</sup> Sobre a recepção da teoria dos precedentes no pelo ordenamento jurídico-positivo brasileiro, ler também: MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>789</sup> Cfr.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 50.

<sup>790</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 348.

<sup>791</sup> Id. *ibid.*, p. 348-349.

<sup>792</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

<sup>793</sup> Id. *ibid.* p. 175-176.

<sup>794</sup> Ou “*holding*”, como a designam os norte-americanos (Cfr. DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 350).

hermenêutica adotada no julgamento do caso paradigma<sup>795</sup>. E constitui-se, na precisa definição de Cruz e Tucci, como “*a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto*”, ou como a regra de direito (“*rule of law*”) que vincula os julgamentos<sup>796</sup>.

Destarte, a decisão do caso concreto apenas aproveita “*ratio decidendi*” do caso paradigma, não sendo afetada pelos fatos que conformaram o seu julgamento, ou por argumentos “*expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão*”, os quais, como anotam Didier, Braga e Oliveira, caracterizam o “*obiter dictum*”<sup>797</sup>. A distinção se faz importante, pois, se no que toca à coisa julgada as partes tornam-se vinculadas ao dispositivo da decisão, “*quando se estuda a força vinculativa dos precedentes judiciais (enunciados da súmula da jurisprudência predominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar*” os seus fundamentos, isto é, a sua “*ratio decidendi*”<sup>798</sup>, como disseram os mesmos processualistas. Isso porque a vinculação cogitada repousa-se exclusivamente sobre os fundamentos da decisão paradigma, dos quais o intérprete extrai, por indução, a regra geral (“*rule of law*”) que pode ser aplicada a outras situações semelhantes<sup>799</sup>.

O processo construtivo da decisão judicial no contexto dessa teoria dos precedentes é descrito, nos termos seguintes, por Didier, Braga e Oliveira:

“Nos casos em que o magistrado está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores”<sup>800</sup>.

Do que se vê, também é possível que se verifique, na casuística, a inaplicabilidade do precedente<sup>801</sup>. Nessa hipótese, ter-se-á um “*distinguishing*” (ou “*distinguish*”), que ocorre

<sup>795</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 350.

<sup>796</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e, op. cit. p. 175.

<sup>797</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 350.

<sup>798</sup> Id. ibid., p. 351.

<sup>799</sup> Id. ibid., p. 351.

<sup>800</sup> Id. ibid., p. 352.

<sup>801</sup> Até porque, como assevera Cruz e Tucci, a própria “*ratio decidendi não é pontuada ou individualizada pelo órgão julgador que profere a decisão*” paradigma, cabendo “*aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-*

quando há “*distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente*”<sup>802-803</sup>, como disseram Didier, Braga e Oliveira<sup>804</sup>.

Essa inaplicabilidade precedente pode ser total ou parcial, como referem, adiante, Didier, Braga e Oliveira:

“Muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Sendo assim, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada.

Notando o magistrado que há *distinção (distinguishing)* entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*)”<sup>805</sup>.

Por tal circunstância, e por considerar que, sob a égide da teoria dos precedentes, o órgão jurisdicional tem a prerrogativa de estender um princípio para mais além dos limites de um caso antecedente, se entender que assim estará promovendo a justiça, ou de estreitar (ou restringir) a sua incidência, ou ainda de aplicar precedente diverso, caso a sua aplicação tenha a potencialidade de produzir resultado indesejável, Cruz e Tucci observa que “*não existe submissão ‘cega’ a anteriores decisões*”; e que o “*stare decisis não é apenas uma teoria que historicamente resguardou a estabilidade e a uniformidade, visto que suas restrições e*

---

*na como precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraído-se do caso) que poderá ou não incidir sobre a situação concreta*” (TUCCI, José Rogério Cruz e, op. cit., p. 175).

<sup>802</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 353.

<sup>803</sup> De seu turno, Cruz e Tucci acentua que o “*distinguish*” é o método “*pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma*” (TUCCI, José Rogério Cruz e, op. cit., p. 174).

<sup>804</sup> Além dos institutos da “*ratio decidendi*” (que designa os fundamentos da decisão paradigma que vinculam os julgamentos posteriores), do “*obter dictum*” (que se refere aos fundamentos secundários, ou acidentais, que não ostentam eficácia vinculante) e do “*distinguish*” (que ocorre quando há distinção entre o caso concreto e o paradigma), a doutrina também refere ao “*overruling*”, designado com a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por um outro precedente (DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 354) e ao “*overriding*”, que se refere à situação em que o Tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal, ou seja, em que não há a superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial (Id. ibid., p. 355).

<sup>805</sup> Id. ibid., p. 353.

*ampliações inerentes, bem como os fatores que determinam a inaplicabilidade de precedentes judiciais, permitem inafastável flexibilidade ao ordenamento*”<sup>806</sup>.

Daí que essa influencia dos precedentes judiciais na construção do Direito aplicável aos casos concretos não “engessa” a atividade criativa desenvolvida no processo, de modo a afastar ou a mitigar a compreensão de que o Direito é concebido como função do “*auditório*”, também porque transporta para o ambiente processual valorações racionais empreendidas por ocasião da discussão anterior de casos análogos, ampliando ainda mais o espectro da incidência da cognição estabelecida a propósito da resolução dos casos concretos, qualificando-a, verdadeiramente, como resultado do esforço intelectual de uma “*comunidade de intérpretes*”, que é concebida, a par da compreensão teórica adotada neste estudo, como representação corpórea do “*auditório universal*”.

#### **6.4. Direito, processo e justiça – O processo como mediador adequado entre o direito e a justiça.**

Como dissemos<sup>807</sup>, o recurso a um “*auditório*” hipotético como “*foro*” a que são dirigidos os argumentos dissidentes sobre uma determinada questão, quando conjugada a noção de que tais argumentos, para serem acolhidos, precisam demonstrar-se fundados na “*razão prática*” concebida no nível do agir moral (ou seja, no que é justo, isto é, no que é “*bom para todos*”), redunda num critério absolutamente democrático de apreensão do que é a justiça. O que se dá é que, conforme expomos, racionalidade (discurso) e comunicação (debate), assim como os “*valores*” e o “*formalismo*”, longe de se incompatibilizarem mutuamente, constituem a gênese da justa aplicação do Direito, que demanda, de um lado, que os enunciados normativos colhidos dos textos legais sejam aplicados pelos intérpretes no contexto de uma reconstrução normativa (lógico-formal) e valorativa (axiológica) do direito positivo (discurso) e, de outro, que tal interpretação seja instrumentalizada no corpo de um procedimento devidamente estruturado, dotado de “*formalidades*” que assegurem a consideração das razões apresentadas por todos aqueles envolvidos na formação do juízo (debate).

---

<sup>806</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e, op. cit., p. 171-172.

<sup>807</sup> Vide Tópico 4.2 do Capítulo 4 deste trabalho.



A idéia que está na base de semelhante proposição teórica, e que nos acompanhou ao longo do desenvolvimento deste nosso estudo, é que será justo aquilo que puder ser aceito pelo “*auditório*” (comunicação) como valoração racional tendente à justa aplicação do Direito (discurso). Essa compreensão recomenda a substituição, nas mentes dos juristas, da lógica do instrumentalismo por aquela professada pelos adeptos do formalismo-valorativo, no contexto da qual a compreensão de que o processo é ambiente de construção do Direito (algo que, em vista da sua designação como um direito fundamental do cidadão, qualifica-o como instrumento da justiça<sup>808</sup>) confere a ele (processo) uma posição central na Teoria<sup>809</sup>.

E tal se dá porque os contendores, sobretudo quando sucumbentes, jamais admitiriam como justa uma decisão judicial fundada única e exclusivamente no arbítrio do Juiz. E nem seriam convencidos de que seu ponto de vista não está correto, se o magistrado não se dignasse a refutar todos os seus argumentos. Ou se ele não os valorasse consentaneamente com os posicionamentos consolidados em sede pretoriana. Daí a absoluta correção da afirmação de Mitidiero quando adverte que o debate judicial, além de ampliar o quadro de análise, constranger ao cotejo de argumentos diversos, atenuar o perigo de opiniões pré-concebidas e favorecer a formação de uma decisão mais aberta e ponderada (funcionando, assim, como instrumento de democratização do processo), “*conspira para reforçar a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera, legitimamente, que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo*”<sup>810</sup>.

Posto isso, a justiça, conquanto possa se apresentar como resultado de valorações racionais transcendentais ao direito positivo, exaradas com a pretensão de correção moral das prescrições legislativas abstratas, somente se manifestará em âmbito processual (algo que, como assentamos, pressupõe a aceitabilidade da decisão como justa, ou justificável à luz da contenda) quando as proposições normativas concretas que sobressaírem dessa atividade intelectual forem concebidas e construídas em um ambiente dialógico (ou comunicativo, como prefere Habermas<sup>811</sup>). Isso porque, como assentamos, não é exclusiva dos Juízes a

---

<sup>808</sup> Vide argumentação apresentada no Tópico 5.4 do Capítulo 5.

<sup>809</sup> Até porque, como demonstramos, a prevalência da jurisdição, sustentada pelos instrumentalistas como “*pedra de toque*” de sua teoria, mina as possibilidades de controle sobre a atividade dos controladores e amplia a potencialidade de se instituir o arbítrio.

<sup>810</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., p. 137.

<sup>811</sup> Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, cit., p. 296.

prerrogativa de aplicar o direito<sup>812</sup>, e menos ainda a de reconstruí-lo, com vistas à sua justa aplicação.

Essa atividade, para legitimar-se democraticamente, precisa ser compartilhada (ou socializada) com a “*comunidade de intérpretes*”, representação corpórea do “*auditório universal*” referido nas obras de Habermas<sup>813</sup> e Perelman<sup>814</sup>, que compreende, dentro do processo judicial (esse seu âmbito microscópico), além do Juiz, as partes envolvidas no litígio, cujas razões, por isso mesmo, não podem ser desconsideradas. E que agrega, em âmbito macroscópico, como elementos valorativos obrigatórios (ou “*catálogos tópicos*”, para nos valermos da expressão consagrada por Zaneti<sup>815</sup>), os posicionamentos da jurisprudência firmada sobre casos semelhantes<sup>816</sup>, cuja construção, conforme referimos, com base na doutrina do professor Samuel Meira Brasil Júnior<sup>817</sup>, também abarca a consideração de argumentos técnicos e culturais, que impõem ao julgador, seja no âmbito da formação dos precedentes judiciais, seja no contexto da sua aplicação aos casos concretos, a consideração dos posicionamentos da doutrina e da percepção do homem médio<sup>818</sup>, que se assomam aos precedentes judiciais como elementos integrativos daquilo que, para cada caso, poderá ser admitido pela “*comunidade de intérpretes*” (ou pelo “*auditório universal*”) como a justa aplicação do Direito.

Observados esses cuidados, consideramos viável a realização da justiça no processo civil do Estado Democrático Constitucional Brasileiro que, sob essa ótica, estará capacitado a funcionar mediador adequado entre o direito e a justiça.

---

<sup>812</sup> Como sugerem os instrumentalistas brasileiros.

<sup>813</sup> Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade - Vol. I*, cit., p. 38-39.

<sup>814</sup> Cfr.: PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 202.

<sup>815</sup> Cfr.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 88.

<sup>816</sup> Id. ibid., p. 88.

<sup>817</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel, op. cit., p. 75-76.

<sup>818</sup> A propósito, recobre-se, com Samuel Brasil, que se “*o processo define-se, também, por seu escopo, que é o resultado mais justo na solução das controvérsias*”, e se, nesse contexto, “*a aceitação do resultado não advém, apenas, de informações técnicas ou da aptidão para tratar essas informações*”, também decorrendo “*do aspecto cultural de um respectivo grupo social*”, o conceito de “*auditório universal*” deve ser “*ampliado para incluir também o homem médio, capaz de discernir sobre o argumento mais justo*”, com vistas a que a motivação das decisões judiciais também seja “*capaz de convencer o homem médio por seu conteúdo social ou moral (axiológico)*” (Id. ibid., p. 76).

## CONCLUSÕES

1. Este estudo teve por objetivo examinar se (e como) a aspiração dos processualistas contemporâneos quanto à realização da justiça no processo pode ser alcançada entre nós, dadas as particularidades do ordenamento jurídico-positivo que sobressai do Estado Democrático Constitucional Brasileiro. Procuramos realizá-lo tomando como ponto de partida as doutrinas do instrumentalismo e do formalismo-valorativo, concebidas, respectivamente, no seio das escolas processuais paulista e gaúcha.

2. Nossa pesquisa revelou que o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, conquanto se aproximem por abordarem o processo pela ótica de seus resultados e por assumirem orientação finalística no sentido da realização da justiça no ambiente processual, procuram atingir esse resultado por meio da aplicação de técnicas claramente distintas, exatamente porque partem de compreensões igualmente dessemelhantes sobre qual seria o verdadeiro papel da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes no campo da aplicação do Direito.

3. Dissemos que o instrumentalismo inaugurou entre nós a preocupação teórica dos juristas com os resultados do processo, que passou, então, a ser encarado não mais como simples elo de ligação (interface) entre o direito abstrato desatendido (direito positivo) e o direito concreto realizado (direito subjetivo), assumindo uma dimensão ampliada, de instrumento voltado para fora do sistema, que tem por objetivo primordial a entrega de uma prestação jurisdicional adequada, tendente à realização do ideal de justiça. E assentamos que a tecnologia empregada pelo instrumentalismo para atingir semelhante objetivo consiste, basicamente, em atribuir à jurisdição uma posição central na Teoria do Processo (Dinamarca), de modo a que os Juízes tenham condições de conformar o processo às exigências do direito positivado nos textos legais (relativização do binômio direito-processo), isto é, de promover a flexibilização do formalismo processual com vistas à efetiva realização do direito material deduzido em Juízo.

4. Na seqüência, constatamos que a opção teórico-valorativa por atribuir à jurisdição essa posição central na Teoria do Processo (caractere fundamental do instrumentalismo) é objeto de crítica contundente dirigida à teoria da instrumentalidade, pautada na afirmação de que, sob tal premissa, não existiriam mecanismos adequados ao controle da atividade jurisdicional, o que abre campo, de um lado, para a prolação de decisões judiciais arbitrárias e, de outro, para que a parte sucumbente prossiga questionando a justiça da decisão proferida mesmo após o encerramento das discussões no ambiente processual (Alvaro de Oliveira). A crítica também

se repousa sobre a circunstância de o instrumentalismo identificar como tarefa do intérprete a realização, no processo, de um direito material pré-existente, aderindo, assim, ainda que em hipótese, a acepção de justiça característica do positivismo jurídico (Calmon de Passos).

**5.** Por isso relacionamos o instrumentalismo à construção do processo justo (ou à aplicação justa do direito positivo), e não propriamente à justa aplicação do Direito (ou à aplicação de um Direito justo), a que se preordena o formalismo-valorativo, como também revelou a nossa pesquisa. É que, conforme assentamos, essa singular construção teórica distingue-se do instrumentalismo:

- (a) por qualificar a realização da justiça no âmbito processual como um direito fundamental do jurisdicionado, compreensão apenas em parte é compartilhada pelo instrumentalismo, já que restrita, sob a tecnologia instrumentalista, ao campo da flexibilização do formalismo processual em favor da realização de um direito material pré-existente;
- (b) por encarar o processo como ambiente de criação do Direito, assumindo, assim, acepção de justiça potencialmente distinta daquela adotada pela teoria da instrumentalidade do processo; e
- (c) por atribuir ao processo uma posição central na Teoria, quando se sabe que o instrumentalismo confere semelhante “*status*” à jurisdição.

**6.** Tais distinções metodológicas evidenciam que o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, conquanto se dediquem, cada qual a seu modo, à realização da justiça no processo, adotam acepções díspares sobre como atender a essa aspiração teórica.

Para os instrumentalistas, essa atividade (que, sob o enfoque adotado por aquela teoria, é centralizada na pessoa do Juiz) consiste, precisamente, na flexibilização do formalismo processual em favor da realização do direito material deduzido em Juízo, preordenando-se, assim, à construção de um processo justo, que se dedica ao esclarecimento da matéria fática que permeia a lide, de modo a que não haja embaraços à efetivação dos direitos positivados nos textos legais. Em vista disso, assentamos que o instrumentalismo não proporciona a realização da justiça no processo, ocupando-se, a bem da verdade, a tornar efetivo o direito positivo. Isso porque, como expusemos, efetividade e justiça não necessariamente andam juntas, tal como ocorreu, para citarmos um exemplo bastante contundente, no sistema jurídico

nazista, que era muito efetivo, mas nada justo, pelo que apenas se fossem justas todas as leis editadas pelo Parlamento e, ainda assim, se justa fosse a sua aplicação a todas as contendas que emergem das relações sociais e culturais que compõem o mundo da vida, é que poder-se-ia cogitar da realização da justiça sob semelhante tecnologia.

Já os adeptos do formalismo-valorativo, conquanto também desejem a construção de um processo justo (por eles qualificados como direito fundamental do cidadão) e defendam a necessidade da flexibilização do formalismo processual (notadamente daquele formalismo excessivo referido na obra de Alvaro de Oliveira), consideram que a realização da justiça no processo transcende essa compreensão, para também abarcar a reconstrução do direito positivo pelos intérpretes, com vistas à sua justa aplicação. Assim, se o instrumentalismo apregoa a flexibilização do direito processual como técnica adequada à realização, no processo, de um direito material pré-existente (medida de efetividade), para o formalismo-valorativo mesmo o direito material deve ser flexibilizado, no sentido da sua justa aplicação.

**7.** Por isso afirmamos, na seqüência, que a concretização da aspiração dos processualistas contemporâneos quanto à realização do ideal de justiça no processo demanda mais do que a construção de um processo justo, a justa aplicação do Direito. O que sustentamos, então, é que para que a justiça se realize concretamente é preciso que os contendores vislumbrem na sentença a justa aplicação do Direito, e que, portanto, preordenem-se, em vista dela, ou de sua justeza, a atender o comando dispositivo exarado, não por temor à lei (facticidade do Direito), mas porque a consideram adequada à solução da contenda (validade do Direito). Fora dessa ótica, teríamos que designar a justiça como mera ficção jurídica, como fazem os adeptos de versão extremista do positivismo jurídico, que coligam o justo ao que consta dos textos legais (Bobbio); ou desqualificá-la como elemento construtivo do Direito, como fez Kelsen, em sua teoria pura, quando propôs como princípio metodológico fundamental da Ciência Jurídica a sua libertação de todos os elementos estranhos do direito positivo.

**8.** Semelhante compreensão teórica orientou a construção, neste trabalho, de um critério objetivo para a realização, no processo, de algo que possa ser aceito pelos contendores como a justa aplicação do Direito, que fomos buscar nas reflexões filosóficas, mais precisamente no desenvolvimento da obra de Kant por Habermas e Perelmam. Nesse contexto, procuramos relacionar a justiça à moral, isto é, a opções valorativas que possam ser consideradas “*boas para todos*”, construídas não mais sob uma perspectiva introspectiva, em que o intérprete procura aferi-la num processo de justificação que se opera em âmbito interno, através de um

diálogo mantido consigo mesmo (Kant), mas sob a perspectiva de um ambiente comunicativo, ou dialético, destacado nas obras de Habermas e Perelman, para quem a justiça sobressai da opinião abalizada de um “*auditório universal*”, composto por membros da comunidade aptos a justificar racionalmente, por meio do discurso, tomadas de posição no nível do agir moral.

**9.** Seguindo esse raciocínio, acreditamos haver convencido o leitor de que a justiça se revela enquanto resultado de valorações racionais transcendentais ao direito positivo. E que a atividade interpretativa desenvolvida no processo judicial é concebida no contexto da reconstrução do direito positivo pelos intérpretes, algo que, como constatamos, é admitido inclusive por Hans Kelsen, em sua teoria pura do direito.

**10.** Essa nossa “*opção*” teórica, que implica assumir que o justo não necessariamente se coliga ao que resta prescrito nos textos legais, conduziu-nos, adiante, ao enfrentamento da questão relativa ao caráter normativo da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes no processo judicial. Nesse contexto, partindo das considerações de Kelsen, que refere à criação de normas concretas pelos intérpretes a partir de uma interpretação normativa do ordenamento jurídico-positivo, sustentarmos, em vista do ocaso do paradigma normativo liberal-burguês, preordenado pela paulatina adoção em ambiente legislativo de normas de tecitura aberta, pela constitucionalização dos direitos e pela compreensão de que os ordenamentos jurídico-positivos, em especial aquele que estrutura o Estado Brasileiro, qualificam-se como sistemas abertos de regras e princípios (Canotilho), que a interpretação jurídica, entre nós, é exercida com a pretensão de correção moral do direito (Alexy), tendendo, portanto, à sua justa aplicação.

**11.** Confirma essa premissa a constatação teórica de que o sistema jurídico brasileiro estende o controle da validade constitucional dos atos administrativos e normativos para além da sua simples conformidade aos textos jurídicos, impondo, a bem da verdade, ao Poder Judiciário, o controle da justiça (ou da justeza) das escolhas assumidas pelo Poder Público, inclusive daquelas estabelecidas em âmbito legislativo. Enfim, a Constituição, quando determina aos magistrados a verificação da racionalidade e da justiça dessas opções políticas, orienta a construção, no processo, de valorações racionais tendentes à justa aplicação do Direito.

**12.** Também corrobora a premissa segundo a qual o direito positivo é reconstruído pelos intérpretes no contexto de sua aplicação a constatação, externada na seqüência deste nosso trabalho, de que o nosso modelo de controle judicial da constitucionalidade das leis aproxima-

nos da tradição jurídica norte-americana, justamente por assumir, em sua conformação atual, duas distintas modalidades de intervenção jurisdicional (o controle concentrado, reflexo da experiência constitucional austríaca; e o controle difuso, dito incidental, recepcionado da tradição jurídica norte-americana); e por suportar, notadamente a partir das recentes modificações promovidas em nosso direito processual, a clara opção do legislador brasileiro pela aplicação da teoria dos precedentes. Tais fatores desvelam, conforme assentamos, a recepção do princípio do “*stare decisis*” pelo nosso sistema jurídico (Zaneti). E realçam a ascensão, entre nós, de caractere típico do “*common law*”, segundo o qual o Direito aplicável na resolução das contendas judiciais é criado em ambiente processual.

**13.** Essa influência dos “*americanos do norte*” sobre conformação atual de nosso Estado Constitucional, quando conjugada à constatação empírica de que paradigma normativo liberal-burguês caminha a passos largos para constituir-se não mais do que uma simples reminiscência histórica, levou-nos a questionar a aplicabilidade do modelo puramente normativo proposto por Kelsen ao sistema jurídico brasileiro.

Dissemos que a Constituição incorpora uma moralidade pública, que confere ao intérprete a tarefa de problematizar a relação entre o direito e a moral, notadamente quando precisa optar entre as diversas leituras que podem resultar das promessas constitucionais (Fiss). E que os princípios que dela decorrem (da Constituição), compreendidos neste estudo como “*mandamentos de otimização*” (Alexy), possuem idoneidade irradiante que lhes permite ligar (ou cimentar) objetivamente todo o ordenamento (Canotilho). Isso porque, como assentamos, a sua aplicação casuística pressupõe o recurso à técnica da ponderação e, assim, análise pautada em critérios axiológicos.

Aliás, a pesquisa revelou que, entre nós, a técnica da ponderação tem aplicação não apenas aos conflitos entre princípios jurídicos, mas também àqueles estabelecidos entre regras e princípios e, bem assim, a dissídios estabelecidos entre regras jurídicas. Com efeito, se é verdade que os cidadãos brasileiros, em vista da conjugação dos princípios do amplo acesso à justiça e do devido processo legal, possuem direito subjetivo fundamental a um processo justo (como sustentam, cada qual a seu modo, instrumentalistas e formalistas-valorativos), e se a justiça, enquanto valor, coliga-se à moral (como sustentamos, com base em Kant, Habermas e Perelman), nada impede, mas ao contrário, tudo autoriza, que o intérprete, mesmo em casos que “*prima facie*” comportem simples contraposição entre regras jurídicas, recorra àquelas garantias procedimentais (ou seja, aos princípios do amplo acesso à justiça e do devido

processo legal substancial) para, com base nelas, e estruturando-as, em juízo de ponderação, a partir da incidência dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (Ávila), deixar de aplicar regras jurídicas cuja incidência casuística tenha a potencialidade de ensejar injustiças.

**14.** Seguindo essa linha de raciocínio, asseveramos que semelhante atividade intelectual (que se pauta, como dissemos, na constatação empírica e teórica de que a incidência dos princípios jurídicos impõe ao intérprete a apreensão do Direito aplicável ao caso por meio da técnica da ponderação) torna o nosso sistema jurídico permeável à incidência dos valores. Daí que a aplicação do Direito, quando os tem em consideração, assume estrutura tridimensional, o que impõe a consideração, pelo intérprete, não apenas dos fatos que animam a contenta e da norma abstrata que em tese lhe é aplicável, mas também os valores que estruturam o sistema jurídico (elemento axiológico), em especial o valor justiça (Reale). Por isso o Direito que resulta dessa atividade intelectual exercida pelos intérpretes, já que construído com a ambição de designar-se como proposição jurídica válida inclusive sob o ponto de vista moral, tende a apresentar-se como algo justo.

**15.** Ocorre que, como também assentamos, a realização dessa expectativa demanda, invariavelmente, a aceitabilidade da decisão pelos contendores, algo que somente será possível quanto a decisão proferida pelo órgão julgador tiver consideração as proposições apresentadas por todas as partes interessadas na formação do juízo (Habermas), isto é, quando a solução apresentada pelo intérprete puder ser sustentada perante o “*auditório universal*” (Habermas e Perelman), modelo que procuramos transportar para o âmbito do processo civil brasileiro, como norte teórico capaz de orientar a realização da justiça no ambiente processual.

A par desse modelo teórico, procuramos disseminar a compreensão de que a justiça pode ser realizada no processo, por obra da reconstrução do direito positivo pelos intérpretes, desde que ele (processo) seja encarado pelos operadores do Direito, especialmente pelos Juízes, como um micro-sistema do ambiente comunicativo descrito por Habermas quando qualificou a moral (e a justiça) como resultado da opinião abalizada de um “*auditório*” hipotético, composto por membros da comunidade aptos a justificar racionalmente, por meio do discurso, tomadas de posição no nível do agir moral.

**16.** Articulamos, ainda, que essa atividade reconstrutiva não se reveste do caractere legislativo, não se opondo, assim, ao princípio democrático.



A uma porque a própria circunstância de o legislador haver abandonado o paradigma normativo-liberal burguês impõe aos intérpretes um esforço de concretização das proposições normativas abstratas que, como descrevemos, redundam na reconstrução casuística do direito positivo, algo que, se for empreendido dentro de um processo dialético, em que sejam consideradas as opiniões de todos aqueles interessados na formação do juízo, longe de opor-se ao princípio de democrático, revigora-o, no contexto de uma acepção renovada de democracia.

A duas porque distinguem a atividade normativa dos Juízes e a atividade legislativa as “*virtudes passivas*” (ou “*limites processuais*”) cogentes ao processo judicial, que decorrem da circunstância dele (processo) impor atitude passiva aos órgãos jurisdicionais (Cappelletti).

A três porque os Juízes, embora estejam autorizados a exarar valorações racionais transcendentais ao direito positivo, quando o fazem, recorrem a “*argumentos de princípios*” (que justificam - ou rejeitam - determinada opção política, mostrando que tal escolha respeita - ou ofende - direitos de indivíduo ou de grupo, a exemplo do que ocorre quando da prolação de decisão judicial que considera abusiva a tributação incidente sobre determinados produtos, por identificar nela efeito de confisco, ou ofensa à liberdade do cidadão em persistir consumindo tais produtos independentemente de serem prejudiciais à sua saúde), e não aos “*argumentos de política*” (que fomentam ou protegem algum objetivo da comunidade, como seria, para recorrermos ao mesmo exemplo, a “*opção*” por tributar pesadamente o comércio de bebidas alcoólicas e cigarros), os quais designam e qualificam o exercício político-parlamentar como atividade legislativa (Dworkin).

**17.** Concluimos, então, pela viabilidade da construção, no ambiente processual, de decisões capazes de serem aceitas pelos contendores como justas, precisamente porque divisamos que o funcionamento adequado desse processo dialético (ou comunicativo) reúne as condições necessárias para induzir (e suportar) a realização de uma justiça em certa medida universal, deduzida a partir de juízos racionais construídos mediante a consideração necessária e indeclinável das proposições valorativas apresentadas por todos aqueles envolvidos no processo decisório.

Mas apenas quando essa atividade intelectual constitui-se de “*argumentos de princípios*” (Dworkin), que, como dissemos, autorizam o intérprete, conforme o caso, a afastar opções políticas contrárias ao Direito. Inclusive aquelas firmadas em âmbito legislativo, embora

exclusivamente quando tais escolhas legislativas contrapõem-se a regras e princípios devidamente estruturados a partir dos postulados da razoabilidade e/ou da proporcionalidade (Ávila).

Nesse ponto, a pesquisa revelou que os Juízes, quando assim se posicionam, reabilitam opção política anterior, seja ela atinente à regulação da matéria sob parâmetros distintos daqueles afirmados na lei invalidada (v.g. da fixação de alíquota tributária em parâmetros menos incisivos), seja ela consistente na opção do Parlamento por não legislar sobre a questão, ou na sua omissão em fazê-lo (v.g. da não-inclusão de determinado fato da vida entre as hipóteses de incidência de um dado tributo), situações em que, de fato, os magistrados atuam como “*legisladores negativos*”.

Aduzimos, entretanto, que tal não induz conclusão no sentido de que os Juízes não podem “*legislar*” positivamente ou, quando menos, de que eles não estão autorizados a “*por*” norma no sistema, já que, como assentamos, eles atuam, como intérpretes, a reconstrução do direito positivo no campo da sua aplicação casuística, contexto em que, cumpre-lhes, até mesmo, substituir opção política consagrada no enunciado normativo considerado inválido (inconstitucional) ou inaplicável por outras “*escolhas*” firmadas, ainda que em contexto distinto, pelo Parlamento.

Com essas considerações rematamos que as fronteiras da atuação jurisdicional exercida a pretexto da reconstrução do direito positivo pelos intérpretes situam-se, precisamente, na ilegitimidade dos Juízes para construir, por si só, novas opções políticas, ou para substituir, sem recurso a parâmetros fixados em texto legislativo, “*escolhas*” firmadas pelo Parlamento, que pautam, como dissemos, em “*argumentos de política*” (Dworkin). E que, observados esses limites, persiste válida a conclusão dantes externada quanto a ser normativa (embora não legislativa) essa sua atividade intelectual.

**18.** Na seqüência, assentamos que essa compreensão segundo a qual os Juízes exercem atividade normativa no processo, ainda que dentro dos limites anteriormente explicitados, impõe a ampliação do espectro da incidência da garantia do contraditório, que deixa de ser instrumento direcionado exclusivamente a oportunizar aos contendores a apresentação, no processo, das razões em que sustentam a sua pretensão (ou a sua resistência à pretensão de seu adversário), para também abranger a necessidade de que tais razões sejam efetivamente consideradas na formação do juízo.

Seguindo essa linha de raciocínio, articulamos que a extensão e a profundidade da motivação construída pelo magistrado para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório. E que o contraditório, sob tal perspectiva, apresenta-se como eficiente mecanismo de controle da atividade jurisdicional e como fator de legitimação democrática do processo, assim como das decisões nele proferidas.

**19.** Posto isso, sustentamos que os Juízes devem conscientizar-se de que precisam submeter-se à dialeticidade do processo, o que impõe (notadamente sob essa acepção renovada de contraditório, cuja aplicação defendemos, com base na doutrina do formalismo-valorativo) que se confira às partes não apenas a prerrogativa de expor suas razões no processo, mas, sobretudo, a real possibilidade de que tais razões venham a influir na solução da contenda. E que, quando tal não ocorrer, cumpre aos litigantes manejar os mecanismos que o ordenamento jurídico-positivo lhes confere para impor os magistrados a consideração e valoração de suas razões, colhidos, em especial, de nossa sistemática recursal, instrumentos que, conforme verificamos, coligam-na (a nossa sistemática recursal) à idéia de contraditório (Cheim).

**20.** Adiante, evidenciamos que essa compreensão é absolutamente compatível com a idéia subjacente à construção de proposições jurídicas justas sob a mediação de um “*auditório universal*”, já que a simples possibilidade de o contendor vir a recorrer a outros órgãos julgadores para fazer com que seus argumentos sejam efetivamente apreciados pelo Poder Judiciário amplia o âmbito da cognição exercida no processo, na exata medida em que abre campo para a uniformização do posicionamento pretoriano sobre determinadas questões jurídicas que, assim, estariam verdadeiramente submetidas a uma “*comunidade de intérpretes*”. Corroboramos essa nossa conclusão a circunstância de o direito processual civil brasileiro haver concebido espécies recursais que, por própria sua natureza, destinam-se ao aperfeiçoamento da aplicação das leis, de modo a que prevaleça a melhor interpretação da norma controvertida (Cheim), o que atrela a nossa sistemática recursal (e, a reboque dela, a própria noção de contraditório) à teoria dos precedentes.

**21.** Quanto ao particular, a pesquisa revelou que diversas prescrições normativas colhidas do ordenamento jurídico-positivo brasileiro desvelam opção legislativa por dotar o direito pátrio de mecanismos habilitam seus operadores a ampliar a eficácia dos precedentes judiciais, tornando-os “*vinculantes*” ou, quando menos, sumamente importantes para aplicação do Direito (Didier, Braga e Oliveira).

Dissemos que essa circunstância não “*engessa*” a criação do Direito pelos intérpretes, de modo a afastar (ou a mitigar) a compreensão de que, entre nós, o Direito é construído como função do “*auditório*”. Isso porque é possível que se verifique, na casuística, a inaplicabilidade do precedente, o que se dá quando ocorre um “*distinguish*”, preordenado pela distinção entre o caso julgado e o caso paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à fundamentação do julgado (ou à sua “*ratio decidendi*”), seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento tem o condão de afastar ou de modular a aplicação do precedente (Didier, Braga e Oliveira).

Por esse motivo, e também porque, sob a égide da teoria dos precedentes, o órgão jurisdicional tem a prerrogativa de estender um princípio para mais além dos limites de um caso antecedente, se entender que assim estará promovendo a justiça, ou de estreitar (ou restringir) a sua incidência, ou ainda de aplicar precedente diverso, caso a sua aplicação tenha a potencialidade de produzir resultado indesejável, concluímos que não existe submissão “*cega*” às decisões anteriores, e que, por isso, o “*stare decisis*” permite inafastável flexibilidade ao ordenamento (Cruz e Tucci).

Assim, rematamos que essa influencia dos precedentes judiciais na construção do Direito aplicável aos casos concretos não “*engessa*” a atividade criativa desenvolvida no processo (de modo a afastar, ou a mitigar, a compreensão de que o Direito é concebido como função do “*auditório*”) também porque a idéia subjacente à inclusão dos precedentes judiciais entre os elementos valorativos que orientam a construção do Direito pelos intérpretes, na medida em transporta para o ambiente processual valorações racionais empreendidas por ocasião da discussão anterior de casos análogos, amplia ainda mais o espectro da incidência da cognição estabelecida a propósito da resolução dos casos concretos, qualificando-a, verdadeiramente, como resultado do esforço intelectual da “*comunidade de intérpretes*”, que é concebida, a par da compreensão teórica adotada neste estudo, como representação corpórea do “*auditório universal*”.

**22.** Seguindo essa linha de raciocínio, assentamos que racionalidade (discurso) e comunicação (debate), assim como os “*valores*” e o “*formalismo*”, longe de se incompatibilizarem mutuamente, constituem a gênese da justa aplicação do Direito, que demanda, de um lado, que os enunciados normativos colhidos dos textos legais sejam aplicados pelos intérpretes no contexto de uma reconstrução normativa (lógico-formal) e valorativa (axiológica) do direito

positivo (discurso) e, de outro, que tal interpretação seja instrumentalizada no corpo de um procedimento devidamente estruturado, dotado de “*formalidades*” que assegurem a consideração das razões apresentadas por todos aqueles envolvidos na formação do juízo (debate). A idéia que está na base de semelhante proposição teórica é que será justo aquilo que puder ser aceito pelo “*auditório*” (comunicação) como valoração racional tendente à justa aplicação do Direito (discurso).

**23.** Por isso designamos a justiça, especialmente aquela que se pretende realizar no processo judicial, objeto de nossa análise neste estudo, como resultado de proposições normativas concretas decorrentes de valorações racionais transcendentais ao direito positivo, exaradas com a pretensão de correção moral das prescrições legislativas abstratas (Alexy), o que pressupõe o recurso do intérprete a argumentos técnicos e culturais (Samuel Brasil), e que possam, assim, ser consideradas “*boas para todos*” (Kant e Habermas), visto que concebidas e construídas como função do “*auditório*” (Habermas e Perelman), isto é, em um ambiente dialógico (ou comunicativo) em que tenham sido consideradas as razões apresentadas por todos aqueles interessados na solução da contenda (Habermas), que se assomam aos precedentes judiciais como elementos integrativos daquilo que, para cada caso, poderá ser admitido pela “*comunidade de intérpretes*” (ou pelo “*auditório universal*”) como a justa aplicação do Direito.

**24.** Semelhante configuração teórica, embora pressuponha, como ressaltamos, a reformulação de alguns conceitos hoje muito caros à dogmática jurídica (contexto em que se destaca a necessidade da substituição da lógica do instrumentalismo por aquela professada pelos adeptos do formalismo-valorativo), qualifica o processo como ambiente dialógico e democrático por excelência, e confere a ele (processo) a qualidade de mediador adequado entre o direito e a justiça.

**25.** Temos a consciência de que algumas das teses sustentadas neste trabalho são decididamente polêmicas. Sobretudo quando analisadas à luz do modo como se processa o Direito sob o enfoque da dogmática jurídica. Mas não precisamos e, segundo acreditamos, nem devemos, nesta sede acadêmica, restringir nossas atenções à tarefa de observar e descrever o direito positivo, ou o modo como ele se realiza na prática. Isso, pela razão simples de que, como nos revela a própria história da humanidade, o “*objeto cognoscente*” daquele que se dedica ao estudo do Direito sempre esteve sujeito a alterações de forma (“*suporte físico*”) e de figura (“*significação*”).

Nesse sentido, o jurista, quando se dedica, em suas construções teóricas, a repetir fórmulas prontas, ou quando se limita a buscar fundar em argumentos técnicos a lógica que momentaneamente impera sob mundo da vida, impede a progressão do Direito enquanto Ciência ou, quando menos, deixa de contribuir para o seu aperfeiçoamento.

Por esse motivo é que, mesmo correndo o risco de sermos incompreendidos, ou de termos este nosso estudo qualificado como construção científica estranha à pesquisa jurídica, decidimos trilhar novos caminhos, que redundaram, adiante, como consequência residual, no abandono daquela nossa orientação positivista (ou puramente dogmática) mencionada no intróito deste nosso estudo. E assim procedemos também porque desejamos para nossos filhos um mundo melhor, em que o diálogo e a convivência harmônica entre as pessoas prevaleçam sobre os “*atos de autoridade*”.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 19-40.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Derecho y razón práctica*. 2<sup>a</sup> ed. México: Fontamara, 2006.

\_\_\_\_\_. *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. In: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México, D.F.: Fontamara, 2006. p. 25-41.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. Tradução de Luís Afonso Heck. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 41-104.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105-154.

\_\_\_\_\_. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 155-165.

\_\_\_\_\_. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. In: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México, D.F.: Fontamara, 2006. p. 07-24.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentation jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Francisco. *A equidade no código civil brasileiro*. In: Revista do CEJ, n. 25, abril/junho de 2004. Brasília: CEJ, 2004. p. 17-23.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica em torno da ação de direito material*. In: Revista de processo e constituição, n. 2, maio/2005. Porto Alegre: UFRGS, 2005. p. 83-100.

AQUINO, Tomás de. *Summa Teologia*. Madrid: BAC, 1995.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *O que é "devido processo legal"?* In: Revista de Processo, v. 33, n. 163, set./2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. ????

\_\_\_\_\_. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1989.

BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. In: BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

\_\_\_\_\_. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Texto extraído da internet: <[www.fdir.uerj.br/sites/rqi/index.htm](http://www.fdir.uerj.br/sites/rqi/index.htm)>; acesso em 02/02/2009.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *Uma análise fenomenológica do processo: crítica à teoria da instrumentalidade*. In: Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 01-20.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



BOBBIO, Luigi. *As arenas deliberativas*. Tradução de Silvia do Prado Aragão. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 144-170.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BULYGIN, Eugene. *Los jueces crean derecho?* In: Isonomia, nº 18, abril de 2003. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2003. p. 07-25.

CAENEGEN, R. C. Van. *Judges, Legislators & Professors – Chapters in European Legal History*. Cambridge: University Press, 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Processo e Democrazia*. In: *Opere Giuridiche*, v. 1. Napoli: Morano, 1965.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neopositivismo*. In: FUX, Luiz & NERY Jr., Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE. 1999.

\_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pelegriani; & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo Reis [Coord.]. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

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

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. 2ª ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Talking Rights Seriously*. Barcelona: Ariel, 1989.

FAGUNDES FILHO, Henrique. *A equidade e o processo justo*. In: FUX, Luiz & NERY Jr., Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 707-723.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1975.

FISS, Owen. *As formas de Justiça*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25-104.

\_\_\_\_\_. *Convencionalismo*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 309-339.

\_\_\_\_\_. *Objetividade e interpretação*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 272-308.

\_\_\_\_\_. *O correto grau de independência*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 153-162.

\_\_\_\_\_. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FUX, Luiz & NERY Jr., Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, v. 1. Tradução Flávio Paulo Meurer e revisão de Ênio Paulo Giachini. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000,.

GARGARELLA, Roberto. *Le dificultad de defender el control judicial de las leyes*. In: Revista Isonomia, n. 6, abril de 1997. p. 55-70.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUTMAN, Amy e THOMPSON, Dennis. *O que significa democracia deliberativa*. Tradução de Bruno Oliveira Maciel. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 17-78.

\_\_\_\_\_. *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução de Lúcia Aragão Cipolla. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Más Allá del Estado Nacional*, Madrid: Trotta, 1997.

\_\_\_\_\_. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*. In: STEIN, E. & BONI, Luiz A. de. *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 288-304.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2003.

HART, Herbet L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HEUCHLING, Luc. *État de Droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris: Dalloz, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *O que é Justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA NETO, Francisco Vieira e MADUREIRA, Claudio Penedo. *O instrumentalismo e a perspectiva de um processo socialmente adequado*. In: ZANETI JR., Hermes [Org]. *Teoria geral do processo civil constitucionalizado – Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES – v. 2*. Cachoeiro de Itapemirim: HELIOGRAF, 2008. p. 169-192.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIRA, Gerson. *A motivação na apreciação do direito*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de [Org.]. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 259-282.

LOCKE, John. *Carta da tolerância: segundo tratado sobre o Governo*. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LUCHI, José Pedro. *Consistência jurídica do ponto de vista do juiz. Um estudo em Dworkin*. Texto inédito.

\_\_\_\_\_. *Propedêutica habermasiana ao direito*. In: Sofia: Revista de Filosofia, nº. 07. Vitória: UFES, 2001. p. 175-200.

LUCHI, José Pedro [Coord.]. *Linguagem e sociedade*. Vitória: EDUFES, 2005.

LUMMERTZ, Henry Gonçalves. *O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de [Org.]. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47-94.

MAFFETONE, Sebastiano & VECA, Salvatore. Tradução de Karina Jannini. *A idéia de Justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MALLET, Estevão. *A antecipação de tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *A funcionalidade do devido processo legal: devido processo substantivo e justo processo civil na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Tese de doutorado. Porto Alegre: UFRGS, 2008.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Código Civil de 2002 e o Judiciário: Apontamentos na aplicação das Cláusulas Gerais*. In: DIDIER JR., Fredie e MAZZEI, Rodrigo Reis [Coord.]. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 23-72.

MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. In: FUX, Luiz & NERY Jr., Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684-706.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução de Eduardo L. Suarez. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1989.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. Campinas: Bookseller, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tratado das ações - Tomo I*. Campinas: Bookseller, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, tomo I*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado. Porto Alegre: UFRGS, 2007. Disponível na internet: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>>, acesso em 12/03/2009.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil. Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004.

\_\_\_\_\_. *Entre o passado e o futuro: Uma breve introdução às incertas dimensões de presente em direito processual civil*. In: MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil. Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 11-22.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual. Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 01-13.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual. Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alvaro Alvaro de. *A garantia do contraditório*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 15, 1998. p. 07-20.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. In: ZANETTI JR., Hermes [Org]. *Teoria geral do processo civil constitucionalizado – Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES – v. 2*. Cachoeiro de Itapemirim: HELIOGRAF, 2008. p. 13-42.

\_\_\_\_\_. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 01-15.

\_\_\_\_\_. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível na internet: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=215](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215)>, acesso em 05/03/2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de [Org.]. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Capture. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.



PASSOS, J.J. Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. In: Revista de Processo – REPRO, n. 102, ano 26, abril/junho 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 55-67.

PEDRON, Flávio Quinado. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. In: Revista CEJ, n. 30, jul./set./2005. Brasília: CEJ, 2005. p. 70-80.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PICARDI, Nicola. *Auditor ECT Altera Paras: As Matrizes Histórico-Culturais do Contraditório*. In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizado e Revisto por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Grupo General, 2008.

PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PROVINCIALI, Renzo. *Delle Impugnazioni in Generali*. Napoli: Morano Editore, 1962.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – Teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia e Teoria Política - Ensaios*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito processual civil*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SANTOS, Bento Silva. *Direito e Justiça em S. Tomás de Aquino*. In: LUCHI, José Pedro [Coord.]. *Linguagem e sociedade*. Vitória: EDUFES, 2005. p. 99-120.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manoel Leitão; e PEDROZO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, ano 11, nº 30, fev. 1996. p. 29-62.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de lingüística geral*. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenquian, 2000.

SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: Tese para concurso a Professor da USP, 2002.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 104-143.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar: 2006.

SPOTA, Alberto G.. *O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência*. Tradução de Jorge Trindade. Porto Alegre: SAFE, 1987.

STEIN, E. & BONI, Luiz A. de. *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 46 e 461-A; CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

\_\_\_\_\_. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. In: Revista de Processo, n. 110, fev./2003. p. 141-158.

TAVARES, André Ramos. *Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 79-103.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008.

WALDMAN, Ricardo Liebel. *A máxima proporcionalidade e sua aplicação no Direito brasileiro*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de [Org.]. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 283-302.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.

\_\_\_\_\_. *Processo Costituzionale*. In: Enciclopédia Del Diritto, vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil do Estado Democrático Constitucional*. Tese de doutorado. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Disponível na internet: <<http://www.biblioteca.ufrgs.br/bibliotecadigital/>>, acesso em 20/07/2007.

\_\_\_\_\_. *Direito material e direito processual: relações e perspectivas*. In: Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional. Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004. p. 245-278.

\_\_\_\_\_. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional: relações entre processo e constituição*. In: MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil - Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 23-62.

ZANETI JR., Hermes [Org]. *Teoria geral do processo civil constitucionalizado – Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES – v. 2*. Cachoeiro de Itapemirim: HELIOGRAF, 2008.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)