

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**DIREITO EM REDE E A JURISDIÇÃO  
DEMOCRATIZADA: a necessidade de se alcançar  
respostas corretas para litígios envolvendo direitos  
transindividuais**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**Danielli Gadenz**

**Santa Maria, RS, Brasil  
2014**

**DIREITO EM REDE E A JURISDIÇÃO DEMOCRATIZADA: a  
necessidade de se alcançar respostas corretas para litígios  
envolvendo direitos transindividuais**

**Danielli Gadenz**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de  
Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração Direitos Emergentes na  
Sociedade Global, com ênfase na Linha de Pesquisa Direitos na Sociedade em  
Rede, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), como requisito parcial  
à obtenção do grau de  
**Mestre em Direito**

**Orientador: Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia**

**Santa Maria, RS, Brasil  
2014**



Ficha catalográfica elaborada por  
Nome do(a) bibliotecário(a) e número do CRB  
Biblioteca Central da UFSM

---

© 2014

Todos os direitos autorais reservados a Danielli Gadenz. A reprodução de partes ou do todo deste trabalho só poderá ser feita mediante a citação da fonte.

Endereço: Rua Visconde de Pelotas, nº301, Apto. 101, Bairro Nossa Senhora do Rosário, Santa Maria, RS. CEP 97010-440;

Fone (0xx)55 91459499; E-mail: [dani gadenz@gmail.com](mailto:dani gadenz@gmail.com)

**Universidade Federal de Santa Maria  
Centro de Ciências Sociais e Humanas  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado em Direito**

**A Comissão Examinadora, abaixo assinada,  
aprova a Dissertação**

**DIREITO EM REDE E A JURISDIÇÃO DEMOCRATIZADA: a  
necessidade de se alcançar respostas corretas para litígios envolvendo  
direitos transindividuais**

elaborada por  
**Danielli Gadenz**

como requisito parcial para obtenção do grau de  
**Mestre em Direito**

**COMISSÃO EXAMINADORA**

**Cristiano Becker Isaia, Dr.**  
(Presidente/Orientador)

**Valéria Ribas do Nascimento, Dr<sup>a</sup>.** (UFSM)

**Darci Guimarães Ribeiro, Pós Dr.** (UNISINOS)

Santa Maria, 15 de dezembro de 2014.

## AGRADECIMENTOS

Um trabalho, especialmente uma dissertação, não se constrói sozinho. Por trás de cada palavra, há um ensinamento, uma leitura, um questionamento, uma inquietação. E é com a união de todos esses tijolos, a dissertação vai sendo construída.

Ainda na planta, a ideia para a futura pesquisa precisa ser aprovada e o construtor “contratado”. Na seleção do mestrado o projeto é aceito, mas até começar a ser construído, todo o material precisa ser avaliado e reunido.

As primeiras aulas propiciam discussões que vão mudando a planta e conforme as leituras vão sendo realizadas, mais arestas são aparadas, somam-se andares, refazem-se detalhes, até que (assim pensa o construtor) é só por a mão na massa e começar a erguer as paredes.

No entanto, a última grande avaliação para autorizar o início da obra é na qualificação do projeto, oportunidade em que outros engenheiros são chamados a analisar a planta. Novamente, são modificados os últimos detalhes e, só então, a construção pode começar.

Agora, chegou a hora da inauguração. A obra está pronta e precisa apenas de uma última vistoria. Chegou o momento de avaliar o esforço de dois anos de pesquisas, dúvidas e modificação de ideias, até chegar à conclusão da obra.

Também é chegada a hora de agradecer. Agradecer a todos aqueles que auxiliaram na construção.

Primeiramente, é preciso agradecer à família, pois sem ela, sequer haveria a possibilidade de o construtor chegar lá. Por isso, agradeço aos meus amados pais, Marilda e Gilberto, que jamais deixaram faltar amor, carinho e incentivo para os estudos.

Ao meu noivo, Andrius, por estar sempre presente, mesmo longe. Pelo auxílio para a finalização desse trabalho e por todo o apoio durante os anos de faculdade e de mestrado.

Ao meu irmão, Lucas, por ser um exemplo de esforço e dedicação, com quem sei que posso contar a qualquer momento.

À minha avó, Estela, e minha tia, Maristela, pelo acolhimento, atenção e incentivo em uma nova etapa da minha vida.

Às colegas e amigas, Letícia e Alexsandra, por jamais me permitirem desanimar, acompanhando todos os momentos da construção desse trabalho. E muito mais, pois são pessoas com quem sei que posso sempre contar.

Agradeço ainda aos professores do Programa de Pós-Graduação, pelas aulas e palestras ministradas, contribuindo para alimentar uma visão crítica ao direito, que é tão necessária nos dias de hoje.

E especialmente ao Professor Cristiano Becker Isaia, pela orientação, desde a graduação, oportunidade em que me apresentou a novas diretrizes no direito. Agradeço a oportunidade de contar com seu conhecimento também durante o mestrado.

Aos Professores Darci Guimarães Ribeiro e Valéria Ribas do Nascimento, pela gentileza de terem aceitado o convite para participar da avaliação desse trabalho e contribuído muito com críticas e novas visões para a melhoria da pesquisa.

Ainda, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, professores, servidor e colegas, sempre dispostos a ajudar.

## **RESUMO**

Dissertação de Mestrado  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Universidade Federal de Santa Maria

### **DIREITO EM REDE E A JURISDIÇÃO DEMOCRATIZADA: a necessidade de se alcançar respostas corretas para litígios envolvendo direitos transindividuais**

AUTORA: DANIELLI GADENZ

ORIENTADOR: CRISTIANO BECKER ISAIA

Data e Local de Defesa: Santa Maria, 15 de dezembro de 2014.

Diante do dinamismo do mundo atual - sociedade em rede - temos a emergência de litígios envolvendo direitos transindividuais, que não estão recebendo a devida prestação jurisdicional em um Estado que se diz (ou pretende) Democrático de Direito. A problemática instaura-se a partir do apego ao paradigma racionalista, de um lado, e a busca pela implementação de direitos, sem atenção à Constituição, tornando o juiz o protagonista, de outro. O fato é que a jurisdição atual não está de acordo com o que se espera em um Estado Democrático de Direito. Faz-se necessária uma mudança de paradigma e de cultura jurisdicional para que se alcance o modelo democratizado. Isso é defendido a partir da perspectiva do Direito em rede, um modelo construído a partir de noções de coerência e integridade das decisões judiciais e amparado na devida fundamentação (não motivação) das decisões a partir de princípios constitucionais, objetivando o alcance de respostas corretas para os litígios envolvendo direitos transindividuais. Assim, é possível falar em jurisdição democratizada, alinhada ao paradigma do Estado Democrático de Direito e capaz de prestar uma tutela jurisdicional justa aos cidadãos.

**Palavras-Chave:** Jurisdição. Direitos transindividuais. Democratização.

## **ABSTRACT**

Master's Dissertation  
Law Postgraduate Program  
Federal University of Santa Maria

**NETWORK LAW AND THE DEMOCRATIZED JURISDICTION: the need to find correct answers to litigations involving transindividual rights**

AUTHOR: DANIELLI GADENZ

SUPERVISOR: CRISTIANO BECKER ISAIA

Date and Place of Defense: Santa Maria, December 15, 2014.

Given the dynamism of the current world - network society – it's emerging disputes involving transindividual rights, which are not getting the proper judicial assistance from a state that says (or intend to be) Democratic of Law. The issue introduces itself from the attachment to the rationalist paradigm, on one hand, and the search for implementing rights, without regarding the Constitution, becoming the judge the protagonist of the process, on the other hand. The fact is that the current jurisdiction does not comply with what is expected of it in a Democratic State. So, it is necessary a paradigm and judicial culture change in order to achieve a democratized model of jurisdiction. This is defended from the perspective of network law, a model built from notions of coherence and integrity of the court decisions and sustained by the proper reasoning (not motivation) of decisions in the constitutional principles, aiming to achieve correct answers to disputes involving transindividual rights. Only so will be possible to speak of democratized jurisdiction, aligned to the paradigm of Democratic State of Law and capable of providing a fair judicial protection to their citizens.

**Keywords:** Jurisdiction. Transindividual rights. Democratization.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 OS VÍNCULOS ENTRE O ESTADO DA MODERNIDADE E A JURISDIÇÃO PROCESSUAL: a nova configuração estatal e a antiga concepção de jurisdição</b> .....	14
<b>1.1 O Estado Liberal: o paradigma jurisdicional racionalista e o “juiz boca da lei”</b> .....	18
<b>1.2 O Estado Social: a ineficiência do Executivo e a judicialização da política</b> .....	36
<b>1.3 O Estado Democrático de Direito: a necessária democratização da jurisdição e o alinhamento ao ideário constitucional</b> .....	50
<b>2 DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE: os direitos transindividuais</b> .....	57
<b>2.1 A Sociedade em Rede e os direitos transindividuais: a proteção para além do indivíduo</b> .....	59
<b>2.2 Os direitos da Sociedade em Rede: em busca de uma tutela constitucional democrática</b> .....	70
<b>3 A JURISDIÇÃO PROCESSUAL CIVIL E A SOCIEDADE EM REDE: a lente constitucional redefinindo a tutela dos direitos transindividuais</b> .....	78
<b>3.1 A superação do paradigma racionalista de jurisdição, o rompimento do protagonismo judicial e a abertura democrática: o papel dos princípios na fundamentação das decisões como garantia de coerência e integridade na prestação jurisdicional</b> .....	81
<b>3.2 A Constituição como norteadora da prestação jurisdicional do Estado: o direito em rede como condição de possibilidade para a busca de respostas corretas para os litígios envolvendo direitos transindividuais</b> .....	95
<b>CONCLUSÃO</b> .....	113
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	117

## INTRODUÇÃO

A sociedade atual encontra-se imersa em uma gama de inovações tecnológicas imbricadas nas tarefas mais simples do dia a dia. Essas inovações, assim como tudo que envolve relações humanas, trazem também consequências ao direito. Entre essas consequências, além dos litígios envolvendo os direitos individuais, encontra-se uma nova e crescente esfera de direitos, os transindividuais.

O direito, como ciência social e humana, não pode ficar alheio a tais modificações, que fazem parte do cotidiano dos indivíduos. Do mesmo modo, o campo do processo civil precisa estar em consonância com esse fenômeno. E mais, não se trata apenas da necessidade de o processo, como procedimento, estar preparado para enfrentar questões cuja titularidade dos direitos é indeterminada. O fato é que a jurisdição como um todo, o aparato estatal e a cultura jurídica do país estejam prontos a enfrentar tais litígios.

A relação processual hoje vai além do sistema “autor-réu”, contando com a participação de uma infinidade de atores e interessados que, muitas vezes, sofrem as consequências da decisão, sem sequer saber da existência da demanda. Isto decorre da nova dimensão dos direitos fundamentais, que se entrelaçam e atingem uma infinidade de indivíduos, os quais, às vezes, não podem ser precisados. Assim, quando uma lide envolve tais direitos, o magistrado precisa estar preparado para proferir uma decisão abrangente, que englobe a infinidade de pessoas que dela sofrerão as consequências, fazendo com que a prestação jurisdicional se dê em consonância com os princípios constitucionais.

Isto ocorre porque, no que tange à jurisdição, fica claro que, ao passo que o modelo liberal a restringe, reduzindo o papel do magistrado, o modelo social aumenta sua abrangência, indo além do que está constitucionalmente reservado ao Judiciário. O equilíbrio entre os poderes é cláusula pétrea, devendo ser respeitado, bem como ao ideário democratizador trazido pela Constituição Federal de 1988.

Ocorre que o modelo jurisdicional que temos hoje tem dificuldades de prestar uma tutela adequada (ágil, de acordo com os ditames constitucionais e satisfatória aos envolvidos) às tantas situações que emergem da nova dinâmica mundial, de uma sociedade em rede. O processo civil ordinário, moroso, de cariz liberal, forjado para prestar soluções para litígios envolvendo direitos individuais, está totalmente desadaptado às novas realidades sociais.

Por isso, é seguro afirmar que o campo do processo civil encontra-se em face de um dilema: a busca pela efetividade e a necessidade de readequar-se para tutelar os novos direitos. E isto somente pode ser feito a partir de uma releitura das origens do processo e da

atual concepção de jurisdição, de modo a revisitar suas bases principiológicas, adequando o processo à realidade social, a fim de torná-lo um instrumento capaz de efetivar mudanças na sociedade, fugindo do paradigma racionalista em rumo a uma prestação jurisdicional constitucionalizada e democrática. Além disso, insiste-se que a mudança de paradigma não deve ater-se apenas ao processo. É necessário que ela seja ampla e acolha também a cultura jurídica e jurisdicional como um todo.

E essa mudança se faz necessária porque a jurisdição é expressão da cultura de um povo e influencia na tomada de decisões e na estruturação do sistema de Estado. Assim, deve estar em constante modificação, como ocorre com a sociedade. Especialmente num ambiente de sociedade em rede, não é possível aceitar que o direito, o processo e, sobretudo, a jurisdição não sejam capazes de tutelar as questões emergentes da sociedade.

Vislumbra-se, portanto, a necessidade de superação do atual paradigma jurisdicional, fazendo com que haja um verdadeiro rompante na compreensão da jurisdição processual civil, possibilitando uma visão (e aplicação) constitucionalizada do processo, garantindo uma tutela adequada e eficiente às lides decorrentes da nova dimensão dos direitos fundamentais, inerentes à sociedade informacional, os transindividuais. Traça-se, então, o ideal de jurisdição democratizada.

Para melhor compreensão da proposta do presente trabalho é essencial o entendimento de que processo e jurisdição são faces de uma mesma moeda. Falar de democratização da jurisdição implica também em democratizar o processo. No entanto, como esse trabalho não tem por objetivo buscar novas formas de instrumentalizar o processo, possíveis inovações legislativas não serão o foco. A mudança que se defende está no âmbito da cultura jurisdicional brasileira, ainda indecisa entre os modelos liberal e social.

Para tanto, busca-se, a partir da conjunção entre doutrinas com influências teóricas distintas (Transconstitucionalismo, com Marcelo Neves e outras, de cariz filosófico, com as contribuições de Lênio Streck, Ovídio Baptista da Silva, Ronald Dworkin, entre outros), a defesa da possibilidade de conversação interjurisdicional, bem como da demonstração de que tal fenômeno não configura ativismo judicial. Pelo contrário, pretende-se demonstrar, a partir do fenômeno do Transconstitucionalismo, idealizado por Marcelo Neves, especialmente para o cenário do direito internacional dos direitos humanos, que a construção de pontes de transição entre ordenamentos tem o condão de impedir arbitrariedades judiciais, estruturando a prestação jurisdicional com coerência e integridade (Dworkin).

Trata-se, primeiramente, da possibilidade de “conversação” entre as diferentes ordens jurídicas, falando-se em “Direito em rede”, como a possibilidade de trocas e

complementaridade das relações também atinentes a tribunais, numa verdadeira relação em rede, possibilitada em grande parte pelas tecnologias da informação, como já preconizado por François Ost. Pretende-se adaptar a “conversação” para o âmbito nacional, no que tange aos litígios acerca de direitos transindividuais levados ao Judiciário brasileiro.

Quanto ao enfrentamento da problemática que assola a jurisdição nos dias atuais, parte-se da ideia de que a necessária refutação do protagonismo judicial tem na fundamentação a chave para garantir coerência e integridade das decisões judiciais e, assim, alcançar a prestação jurisdicional adequada. Para tanto, utiliza-se a denominação “redes de fundamentação” para identificar o fenômeno proposto como vetor fundamental a ser observado nas decisões judiciais, de modo que elas estejam devidamente aparadas por princípios constitucionais, prestando-se a garantir respostas corretas/adequadas à lide.

Ainda, apontam-se, de oportuno, alguns pontos essenciais para a compreensão do objetivo deste trabalho:

Primeiramente, não se pretende tratar das demandas que “incham” o Poder Judiciário, numa perspectiva mercadológica da prestação jurisdicional. Isto porque, ainda hoje, grande parte dos litígios levados ao Judiciário envolvem direitos individuais, que não são foco deste estudo. O objetivo central são as dificuldades que a jurisdição processual civil enfrenta, dado o seu apego ao paradigma racionalista, quando chamada a tutelar litígios envolvendo direitos transindividuais. Assim, é imprescindível advertir que a proposta aqui delineada não pretende por fim ao procedimento ordinário que temos hoje, uma vez que este é eficiente para a tutela de direitos individuais, direitos fundamentais de primeira geração. O escopo aqui traçado é de adequar o pensamento/cultura jurisdicional à tutela dos novos direitos oriundos da sociedade de informação, direitos transindividuais.

Em segundo lugar, é necessário que, assim como em uma obra literária, o leitor situe-se no cenário da história a ser contada. Aqui, vamos tratar de demandas envolvendo direitos transindividuais, em um ambiente denominado de “sociedade em rede”, eis que se adota a concepção de Manuel Castells. Não se trata apenas de questões envolvendo a internet, mas de violações de direitos nos mais diversos pontos do Brasil e do mundo que possam, eventualmente, surtir efeito em relação a outro grupo ou outro indivíduo não envolvido diretamente com a situação que gerou a demanda.

Também é necessário negar que se esteja defendendo precedentes.

O objetivo do trabalho é exigir do juiz uma prestação jurisdicional atenta à constituição e à democratização do ambiente processual. Não se está buscando a inserção de novos modelos de procedimentos ou de atores, pois isto exigiria inovação legislativa, que,

novamente insiste-se, não é o foco da pesquisa. O que se pretende é demonstrar que a realidade do Estado Democrático de Direito, preconizada desde 1988, somente poderá se ver efetivada no que tange à prestação jurisdicional quando estiver sincronizada com os princípios constitucionais. É isso que se pretende ao falar de coerência e integridade. E mais, desde já não é demais elucidar que a coerência deve atuar em dois sentidos: sempre em relação à Constituição, mas também quanto à fundamentação das decisões. A fundamentação exige coerência do julgador e dos julgadores entre si. Nesse ponto é traçada a noção de direito em rede, trazido ao âmbito interno do estado para defender que as decisões, além de amparadas em princípios constitucionais, somente trariam a resposta correta para os casos envolvendo direitos transindividuais quando, tratando-se de uma titularidade impossível de delimitar, estejam de acordo, principiologicamente, umas com as outras. Está-se indo além da teoria dos precedentes, de vinculação hierárquica dentro do sistema jurisdicional do Estado. Está-se criando um amarrado principiológico, constitucional e efetivamente democrático de modo a modificar a cultura de prestação jurisdicional, tornando-a efetiva relativamente a direitos transindividuais.

Por fim, é imprescindível também atentar para o fato de que, embora a pesquisa se dê no campo teórico, a presença de exemplificações é de essencial importância para o enfrentamento crítico da realidade jurisdicional do país e da relação que se pretende defender. Todavia, o foco desta dissertação está no âmbito da teoria da decisão, buscando realizar uma análise de diversos expoentes da cultura jurídica brasileira e estrangeira, de modo a moldar um modelo de jurisdição democratizado e atento aos ditames constitucionais.

A presente pesquisa busca identificar a problemática da jurisdição processual civil atual, de modo a repensar o moderno conceito de jurisdição à luz de uma filosofia *no* processo, discorrendo, a partir da análise de diversas teorias processuais, acerca de um novo modelo de jurisdição capaz de garantir um eficiente enfrentamento às questões decorrentes da sociedade em rede, em especial as envolvendo direitos transindividuais, permitindo que haja uma real constitucionalização do processo civil.

Para tanto, foi dividida em três capítulos. No primeiro, serão analisados os aspectos históricos e filosóficos da formação da jurisdição processual civil tal qual temos hoje, as influências recebidas das doutrinas estrangeiras e os reflexos disso na formação da cultura jurídica brasileira, de modo a verificar os pilares do atual conceito de jurisdição brasileiro. No segundo capítulo, será aprofundada a relação da sociedade contemporânea, sociedade em rede, com os litígios envolvendo direitos transindividuais e as dificuldades na tutela desses direitos pelo modelo atual de jurisdição. Por fim, no capítulo final, será esboçado um modelo

de jurisdição democratizado, atento ao paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, investigando-se o que significa a democratização da jurisdição e como ela pode ser alcançada/efetivada na realidade brasileira.

# **1 OS VÍNCULOS ENTRE O ESTADO DA MODERNIDADE E A JURISDIÇÃO PROCESSUAL: a nova configuração estatal e a antiga concepção de jurisdição**

*“No paradigma no Estado Democrático de Direito, a jurisdição só pode ser compreendida autenticamente ao se compreender que a historicidade do Direito não lhe pode ser sonogada. Dito de outro modo, a jurisdição tradicional, que sonoga a força da história, construída sob a égide da filosofia da consciência, não mais encontra lugar num mundo permeado de desafios, complexidades, conflitos macrossociais, novos ambientes de regulação e decisão, imediatismos e tecnicismos” (HOMMERDING, 2007, p. 135).*

O estudo dos aspectos históricos, políticos, filosóficos e jurídicos da evolução do Estado estão intimamente ligados à construção das concepções de direito material e processual que temos hoje. Como o objeto do estudo é a superação do paradigma racionalista da jurisdição processual civil para a consecução dos direitos transindividuais decorrentes de uma sociedade em rede, impossível não iniciá-lo diante de uma perspectiva histórica.

Importante também é fazer a ressalva quanto aos conceitos a serem aprofundados no decorrer do trabalho. Para a melhor compreensão do que se pretende demonstrar neste capítulo inicial, no que tange ao estabelecimento de um modelo de jurisdição atual, demonstrando suas problemáticas e a respeito da construção de uma nova concepção de jurisdição, própria de um Estado Democrático de Direito, é essencial delimitar o que se entende por jurisdição.

Tendo sempre em mente que a evolução do Estado como um construto histórico da humanidade não significa a sua melhoria ou capacidade de atendimento aos anseios das classes mais necessitadas, busca-se delinear os aspectos que conduziram a formação da jurisdição processual civil atual. Dada a importância da investigação histórica da formação estatal que temos hoje, Castanheira Neves (1993, p. 47), entendendo o direito como um construto cultural da humanidade, refere que o homem cria o direito a fim de possibilitar dar respostas às questões do cotidiano, aos problemas da realidade do sujeito, em um espaço histórico-social.

No estudo do direito, adentramos no campo da jurisdição, delineando diferentes perspectivas a fim de identificar as origens da atual concepção do instituto.

Para Chiovenda (1998, p. 58), jurisdição é o poder exclusivo do Estado de “atuar a vontade da lei no caso concreto”, com a instituição de órgãos próprios (jurisdicionais), ou seja, a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros

órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva” (CHIOVENDA, 2000, p. 8). Chiovenda (1998, p. 60) explica que a função jurisdicional é a *atuação* da vontade da lei e não sua *criação*, a partir da interpretação da norma pelo magistrado. De acordo com o autor (1998, p. 62-63, grifo do autor), “cabe ao juiz, com auxílio de critérios gramaticais, lógicos e históricos, fixar o verdadeiro *pensamento* da lei”. Assim, para buscar a verdadeira vontade da lei, o magistrado deve interpretá-la, porém deve ater-se aos objetivos do legislador ao formulá-la, para evitar que tome decisões arbitrárias. Refere Mitidiero (2005, p. 76) que o conceito proposto por Chiovenda não serve para explicar a atividade jurisdicional, pois o ordenamento jurídico jamais será pleno de modo a restar ao juiz apenas o dever de subsumir a norma ao caso concreto.

Calamandrei (1999, p. 96-99) explica que a jurisdição sofre variações a depender da mentalidade dos envolvidos, no decorrer do tempo e a depender dos povos, tendo sido, primeiramente, considerada a partir do ponto de vista do litigante e, posteriormente, encarada como poder do juiz, administrado pelo Estado. Prossegue, aduzindo que quando o juiz é chamado para solucionar uma controvérsia entre direitos de indivíduos, dificilmente encontrará uma norma pré-constituída da qual poderá deduzir logicamente a solução. Não encontrando os critérios necessários na lei, o magistrado necessitará procurá-los em sua consciência, não significando, segundo o doutrinador, que o juiz possa decidir de acordo com seu capricho individual, apenas que ao juiz é atribuído o dever de procurar, a melhor solução para cada caso, que corresponda às concepções morais e econômicas da sociedade. Calamandrei atribui ao juiz a função de criação do direito, que é uma atividade essencialmente política.

Mitidiero (2005, p. 75) traça um panorama da doutrina brasileira, tendenciosa a entender a jurisdição como “uma atividade substitutiva do juiz, cujo objeto é a eliminação de uma lide com força de coisa julgada em uma atividade plenamente vinculada à lei”. Lembra o autor (2005, p. 79) que o conceito tradicional de jurisdição faz dela “uma atividade plenamente vinculada à lei, entendida essa última como a expressão da vontade geral, integrada em um ordenamento jurídico pleno”. Essa noção está atrelada ao paradigma racionalista e não encontra assento na realidade social, política e jurídica do Brasil, o que se deve ao fato de estar o direito constitucional brasileiro ligado ao sistema norte-americano do *judicial review*, dando um papel muito maior à jurisdição do que os demais países de tradição romano-canônica (MITIDIERO, 2005, p. 79-80). Assim, Mitidiero (2005, p. 80) é contundente ao afirmar que é necessário abandonar o tradicional conceito de jurisdição, pois:



[...] não se pode mais aceitar a ideia de que a lei traduz a “expressão tranquila da vontade geral”, bem ao sabor do abstratamente planejado Estado liberal que viu nascer a “ciência” processual, porquanto a complexidade da sociedade contemporânea impede essa perspectiva, ao que se soma a fragilidade da cidadania brasileira [...] muitas vezes carente de uma efetiva representação política.

Hommerding (2007, p. 166) traça um panorama para a compreensão hermenêutica do processo civil e traz algumas anotações sobre o que se deve entender por jurisdição. Para ele, ao contrário do lecionado por Chiovenda, a jurisdição não é uma atividade secundária do Estado, e sim primária, juntamente com a legislativa e administrativa: “A jurisdição “participa” da ordem social ao criar normas a partir de seus julgamentos, uma vez que a norma é sempre resultado de uma aplicação”, assim, o juiz cria, interpreta e participa do direito.

Nesse sentido, toma-se a definição de Baptista da Silva (1997, p. 25, grifo do autor), que explica a jurisdição como “o verdadeiro *paradigma* que demarca e condiciona os demais conceitos e institutos com que a ciência processual moderna elabora suas categorias”.

Neste sentido, se pode afirmar que o processo não é apenas um instrumento da jurisdição. A partir de uma visão constitucionalizada da jurisdição e do processo, afirma que o processo deve permitir uma tomada democrática de decisão, dando maior importância ao processo, também como uma possibilidade de a decisão ser construída com influência dos cidadãos (NUNES, 2009, p. 39).

No direito romano, apenas quando havia declaração de direito (*actio*) falava-se em jurisdição, que era, então, delimitada por um procedimento ordinário. Os demais institutos, como os interditos e outros de natureza administrativa, prestados pelo pretor, não estavam compreendidos no campo da jurisdição, uma vez que eles não coadunavam com o caráter declaratório de direitos exigidos pela *iurisdictio*, por tratarem de atos de vontade do pretor (SILVA, 1997, p. 25-27). No entanto, tais conceitos sofreram profundas modificações, especialmente quando o direito moderno procurou recuperá-los<sup>1</sup>.

Assim, deve-se notar que a jurisdição, também por ser um reflexo cultural de uma sociedade, abrange outros institutos, como o processo em si. Portanto, situa-se a pesquisa no campo e na análise da evolução do conceito de jurisdição e das concepções do processo, que, em uma perspectiva democrática, deve ser encarado como um “instituto fomentador do jogo democrático” (NUNES, 2009, p. 40).

Pretende-se demonstrar que a jurisdição atual está aprisionada ao paradigma liberal-

---

<sup>1</sup> Não será aprofundado o estudo dos institutos do direito romano no presente trabalho. Sobre a influência do direito romano na formação do direito moderno, vide SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

individualista, “procedimentalizada”, incapaz de enfrentar os novos desafios e racionalidades da sociedade contemporânea. Os conceitos modernos de jurisdição – Chiovenda, Carnellutti, entre outros – não atentam para a jurisdição constitucionalizada, primando por “aplicar a vontade da lei” (HOMMERDING, 2007, p. 141-144). Todavia, na atualidade, o paradigma do Estado Democrático de Direito se impõe, o que exige que se reflita também sobre o modelo jurisdicional, de modo a ultrapassar o modelo racionalista:

No paradigma do Estado Democrático de Direito, todos esses conceitos e ideias de jurisdição não mais podem ser acatados, ao menos em sua totalidade. A jurisdição que efetivamente se quer é outra. Contemporaneamente, a jurisdição deve ser vista como jurisdição constitucionalizada, isto é, como verdadeira “jurisdição de Estado Democrático de Direito”. Isso implica uma nova compreensão da jurisdição, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, há um vínculo indissociável entre Constituição e justiça constitucional (HOMMERDING, 2007, p. 146).

Para investigar a construção ideológica do que hoje se entende por jurisdição no Brasil, a concepção liberal de jurisdição é o ponto de partida deste trabalho, pois a partir dela é possível perceber algumas incongruências entre a evolução da sociedade e o (não) acompanhamento pelo poder jurisdicional. Pretende-se, ao fim desse capítulo inicial, demonstrar a necessidade de uma releitura constitucional da jurisdição, que ainda sofre profunda influência da sua formação liberal.

O direito material e o direito processual são, como todas as ciências sociais e humanas, reflexo da sociedade e de suas ideologias. Portanto, este trabalho não pode deixar de atender para a construção e evolução histórica de alguns conceitos, intimamente ligados à temática abordada, tais como liberalismo, racionalismo, globalização, geração de direitos, entre outros tantos. Por estas razões, optou-se por traçar um breve pano de fundo histórico-político-jurídico da realidade de formação da tradição processual tal qual temos hoje no Brasil.

Assim, o primeiro capítulo dessa dissertação será dedicado a analisar os aspectos históricos e filosóficos da formação da jurisdição processual civil. Pretende-se expor a configuração atual do processo civil, sua origem e limitações, retomando as origens racionalistas do processo, em uma incursão histórica ao Estado Liberal e posteriormente ao Estado Social, analisando o modelo processual civil então vigente e o que ainda existe de influência no processualismo atual, de modo a identificar a problemática do processo civil atual. Para o fechamento deste capítulo introdutório, o terceiro subtítulo vem delinear os valores e concepções que devem ser buscadas para a instauração de um modelo processual do Estado Democrático de Direito.

## 1.1 O Estado Liberal: o paradigma jurisdicional racionalista e o “juiz boca da lei”

*“Para o sistema, a norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido unívoco ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la”, mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade” (SILVA, 2004, p. 17).*

A modernidade, período histórico que pode ser relacionado às grandes navegações, ao crescimento do comércio e ao florescer tecnológico do ocidente, após uma época obscura da história, de estrito cumprimento dos dogmas religiosos – feudalismo –, permitiu um salto de desenvolvimento à sociedade europeia, influenciando todo o globo, em especial, posteriormente, países de tradição romano-germânica, como os do continente americano. Com o Brasil não foi diferente, seu descobrimento em 1500 é resultado do impulso de dominação europeu e, desde sua colonização até os dias atuais recebe profunda influência do pensamento do Velho Mundo.

O Estado Absolutista surge a partir do grande desenvolvimento do capitalismo, que se encontrava encurralado no modelo medieval. As principais distinções entre o modelo feudal e a modernidade, instaurada pelo Estado Absolutista, podem ser observadas pelas características do novo modelo estatal, como a autonomia, a separação entre Estado e sociedade civil e a centralização do poder nas mãos do monarca, que se identificava com a figura do Estado<sup>2</sup>:

A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade. A segunda é que a distinção entre o Estado e sociedade civil que vai evidenciar-se no séc. XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. O Estado medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo o que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o estado e o monarca, o qual representa a soberania estatal (STRECK; MORAIS, 2008, p. 40).

Na construção principiológica do Estado Liberal, a burguesia teve terreno fértil para sua ascensão, pois amparada pela teoria da separação dos poderes, a classe sofria pouca influência dos demais poderes do Estado, podendo exercer sua atividade em segurança e em consonância com os ditames da lei. Em busca do fim do Regime Absolutista, a filosofia

---

<sup>2</sup> Aprofundando a transição entre medievo e modernidade, alguns estudiosos apontam para a figura do “Estado Estamental”, formado pela alta e baixa nobreza, clero e burguesia incipiente. Seria “o Estado fundado nos pactos elaborados e subscritos pelos membros de múltiplas classes, que juram lealdade entre si e obediência aos seus príncipes e reis”, que, na realidade tratava-se de “um conglomerado de direitos adquiridos e privilégios e não uma Constituição, o que dava forma jurídica a este protoestado medieval, que, ao concluir seu processo de desenvolvimento histórico, constituiria o Estado nacional típico do mundo mediterrâneo europeu ocidental” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 42).

liberal, bandeira da classe burguesa, contava, inicialmente, com o apoio dos camponeses, defendendo que o modo de produção capitalista necessitava da segurança fornecida pela lei para poder se desenvolver, de modo que o soberano não tivesse ingerência sobre os negócios realizados (SANTOS, 2009, p. 84).

A expansão da atividade comercial, que ultrapassou os muros das fortalezas feudais e passou a contribuir para o crescimento das cidades e para a melhoria de vida de uma parte da população (especialmente a classe dos comerciantes) não era compatível com o modelo feudal, de produção controlada pelo senhor. O fim do modelo feudal representou a decadência da dominação carismática diante da dominação legal-racional: “Ou seja, o homem do medievo passa de servo da gleba, praticamente propriedade do senhor feudal, para súdito do Rei” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 46). No entanto, a efetiva transição do modelo estatal somente pode ser realizada com a transferência da titularidade de poder do senhor feudal para o rei, onde ele permaneceu centralizado.

Para a fundação do Estado Absolutista, a burguesia permitiu que, em troca do poder econômico, o Rei ficasse com o poder político. Porém, com o desenvolvimento de sua atividade e cada vez mais interessada no poder político, a classe burguesa insurgiu-se. Com a Revolução Francesa, em 1789, “a burguesia inaugura o seu poder político como classe”, apoiada por uma multidão de camponeses e proletários que contribuíram para a Queda da Bastilha (STRECK; MORAIS, 2008, p. 54). No entanto, após a consolidação do poder do capital, as palavras de ordem da revolução não foram mais motivo de preocupação para a classe burguesa. Pelo menos não como eram pregadas até então:

[...] apesar de, no início, o liberalismo assumir uma forma revolucionária marcada pela “liberdade, igualdade e fraternidade”, que favorecia tanto os interesses individuais da classe burguesa enriquecida, quanto os dos seus aliados economicamente explorados, mais tarde, contudo, quando o capitalismo começa a passar à fase industrial, a burguesia, assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa a aplicar, na prática, somente os aspectos da teoria liberal que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo (SANTOS, 2009, p. 84).

O posicionamento adotado pela classe burguesa, após a Revolução Francesa, em relação aos direitos até então defendidos – liberdade, igualdade e fraternidade – mudou radicalmente. Nunes (2010, p. 28), explica que, após ter tomado o poder, a burguesia, que conduziu o povo para a batalha, prometendo-lhe uma sociedade próspera, utilizou dos ideais em prol dos homens para criar a ideologia de uma única classe social, inaugurando a tão conhecida “igualdade formal”:

A burguesia, a princípio classe dominada, passou, em seguida, a ser classe

dominante, formulando os princípios filosóficos de sua revolta social. Porém, no momento em que apodera do controle político-social, não mais se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios liberais, como garantia de todos os homens. “Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”.

Refere Bonavides (1972, p. 67) que o ideal de igualdade trazido durante a Revolução era mais bem aproveitado pela classe burguesa, então detentora do poder econômico e político, que “enfeixava todos os poderes e se justificava socialmente como se fora o denominador comum de todas as classes, por cuja liberdade – uma liberdade que de modo concreto, só a ela aproveitava em grande parte – havia terçado armas com o despotismo vencido”.

De acordo com Isaia (2012, p. 99), as teses contratualistas de Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu, foram responsáveis pela criação de um Estado a partir do elemento volitivo (consentimento) dos indivíduos. Pode-se considerar o *Leviatã* de Hobbes, como responsável pelo rompimento com a tradição teológica aprofundada durante a Idade Média, ao passo que sua teoria contratualista retirava de Deus o poder sobre os homens, passando-o ao indivíduo que, por seu livre consentimento, transfere direitos ao Estado, construindo uma ordem social racional. Era a transferência do poder divino ao poder do indivíduo, que consentia (razão) ao Estado a possibilidade de interferir.

Para o teórico contratualista, os homens partem de um estado de guerra e que por isso necessitam de um poder maior, que evite a guerra. Assim, baseou-se na “lei da natureza”, segundo a qual o homem não pode agir de modo a destruir sua vida. Para Hobbes (1979, p. 78), “uma lei de natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la”. A lei da natureza dos homens é, para Hobbes, a procura pela paz, evitando o estado de guerra<sup>3</sup>. Os homens, em busca de paz e segurança, acabam por entrar em um consenso, atribuindo a cada um a mesma porção de liberdade:

---

<sup>3</sup> E dado que a condição do homem [...] é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. Consequentemente é um preceito ou regra geral da razão, Que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de conseguí-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra. A primeira parte desta regra encerra a lei primeira e fundamental de natureza, isto é, procurara paz, e segui-la. A segunda encerra a soma do direito de natureza, isto é, por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos (HOBBS, 1979, p. 79).

Desta lei fundamental de natureza, mediante a qual se ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. Porque enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira todos os homens se encontrarão numa condição de guerra. Mas se os outros homens não renunciarem a seu direito, assim como ele próprio, nesse caso não há razão para que alguém se prive do seu, pois isso equivaleria a oferecer-se como presa (coisa a que ninguém é obrigado), e não a dispor-se para a paz (HOBBS, 1979, p. 79).

Esse consenso, pacto social, precisa de um poder de coerção para manter os indivíduos atrelados ao pactuado, um Estado civil<sup>4</sup>: “[...] a natureza da justiça consiste no cumprimento dos pactos válidos, mas a verdade dos pactos só começa na instituição de um poder civil suficiente para obrigar os homens a cumpri-lo” (HOBBS, 1979, p. 86). Daí inicia-se a formação do Estado Liberal: a partir da transferência do poder do homem a uma instituição capaz de tutelar a todos os homens de forma igual.

Nessa discussão, interessante a referência que Santos (2009, p. 81) faz acerca do uso do termo “liberalismo”, explicando que “liberal” se opõe a “despótico”, conotando positivamente a palavra “para designar toda a atitude favorável à defesa das liberdades individuais e políticas”. Assim, a ideologia liberal surge como uma “cosmovisão, constituída pelos valores, crenças e interesses da burguesia na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático fundiário”, expressando “uma ética individualista guiada pela noção de liberdade total, presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, etc.”, fazendo com que a liberdade individual seja visto como o mais importante dos direitos (SANTOS, 2009, p. 81).

Locke, aperfeiçoando a teoria contratualista, preocupa-se em evitar os abusos da monarquia, iniciando o movimento liberal e traçando as bases para a teoria da separação de poderes, posteriormente trazida por Montesquieu (ISAIA, p. 101-102). Para Locke (1978, p. 35), o estado de natureza é aquele no qual os homens encontram-se em “um estado de perfeita

---

<sup>4</sup> Quando se faz um pacto em que ninguém cumpre imediatamente sua parte, e uns confiam nos outros, na condição de simples natureza (que é uma condição de guerra de todos os homens contra todos os homens), a menor suspeita razoável torna nulo esse pacto. Mas se houver um poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor seu cumprimento, ele não é nulo. Pois aquele que cumpre primeiro não tem qualquer garantia de que o outro também cumprirá depois, porque os vínculos das palavras são demasiado fracos para refrear a ambição, a avareza, a cólera e outras paixões dos homens, se não houver o medo de algum poder coercitivo. O qual na condição de simples natureza, onde os homens são todos iguais, e juízes do acerto de seus próprios temores, é impossível ser suposto. Portanto aquele que cumpre primeiro não faz mais do que entregar-se a seu inimigo, contrariamente ao direito (que jamais pode abandonar) de defender sua vida e seus meios de vida. Mas num Estado civil, onde foi estabelecido um poder para coagir aqueles que de outra maneira violariam sua fé, esse temor deixa de ser razoável. Por esse motivo, aquele que segundo o pacto deve cumprir primeiro é obrigado a fazê-lo (HOBBS, 1979, p. 84).

liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem”. No entanto, adverte que “apesar de ter o homem naquele estado liberdade incontável de dispor da própria pessoa e posses, não tem a de destruir-se a si mesmo ou a qualquer criatura que esteja em sua posse, senão quando uso mais nobre do que a simples conservação o exija” (LOCKE, 1978, p. 35). Prossegue, explicando que há a necessidade do consentimento dos indivíduos para deixarem o estado de natureza, inaugurando uma nova forma de sociedade: “não é toda convenção que põe fim ao estado de natureza entre os homens, mas apenas aquela pela qual todos se obrigam juntos e mutuamente a formar uma comunidade única e constituir um único corpo político” (LOCKE, 1978, p. 39).

Para Locke (1978, p. 39), diferentemente do estado de natureza, o estado de guerra ocorre quando um homem não respeita a liberdade do outro:

Aquele que no estado de natureza retirasse a liberdade que pertence a qualquer um naquele estado, necessariamente se supõe que tem intenção de retirar tudo o mais, pois a liberdade é a base de todo o resto; assim como aquele que no estado de sociedade retirasse a liberdade pertencente aos membros daquela sociedade ou da comunidade política, seria suspeito de tencionar retirar deles tudo o mais, e portanto seria tratado como em estado de guerra.

Assim, para evitar que a humanidade entre em permanente estado de guerra, os indivíduos consentem em formar uma sociedade, a partir de um pacto para criação de um governo civil: “Evitar este estado de guerra [...] é uma das razões principais porque os homens abandonaram o estado de natureza e se reuniram em sociedade. Pois onde há uma autoridade, [...] está excluída a continuidade do estado de guerra e a controvérsia é decidida por aquele poder” (LOCKE, 1978, p. 40). Os homens, então, passam a formar um único corpo político, a partir do momento em que assumem “a obrigação para com todos os membros dessa sociedade a submeter-se à resolução da maioria” (LOCKE, 1978, p.71).

A tese contratualista de Rousseau também foi de fundamental importância para o movimento constitucionalista que se instaurou durante a Revolução Francesa, especialmente por pregar que o contrato social estaria na Constituição, solidificando o acordo moral entre os homens. O pacto social foi defendido por Rousseau (1991, p. 23) como o meio capaz de superar os obstáculos à conservação do estado natural dos homens, pois “não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, a soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo”.

Para Rousseau (1991, p. 24), o pacto social cria um corpo moral coletivo, uma forma

de associação, que defende e protege de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, estando cada um unido a todos os outros, mas obedecendo à si mesmo, permanecendo tão livre quanto era anteriormente. Assim, o contrato social significa que: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU, 1991, p. 25-26).

A partir de uma decisão livre e racional dos homens, o contrato social é firmado, trazendo uma nova noção de liberdade (ISAIA, 2012, p. 103). A formação do Estado, assim denominado pela primeira vez por Maquiavel, passou da personificação do poder absoluto na pessoa do monarca para a necessidade de representação dos indivíduos. E, com a divisão dos poderes, a questão da limitação da soberania foi resolvida (BONAVIDES, 1972, p. 8), ao menos em tese. A este respeito, Isaia (2011, p. 33, grifo do autor) destaca:

*Limite* foi sua palavra-chave, o que garantiria que o Estado jamais poderia afrontar a liberdade individual dos integrantes do povo. Por isso é que se no Estado absolutista a vontade do monarca teria ultrapassado os interesses do povo a ponto de transgredir ao bem público, no modelo liberal o espectro foi assemelhante. Este, ao contrário, fundou-se na obsessão (justificável, ante os abusos do monarca) em limitar a emanção do poder, o fazendo através de uma política de obediência às normas jurídicas, cuja finalidade foi impor limites ao poder e permitir o controle do poder pelos seus destinatários.

Considerando-se o Estado Liberal como um estado mínimo, era seu dever garantir aos indivíduos ampla liberdade para suas iniciativas, devendo atuar apenas quanto à manutenção da ordem e da segurança, a garantia das liberdades civis, pessoais e de contratar, e para que eventuais disputas fossem resolvidas por um juízo imparcial. Refere Nunes (2010, p. 26), que “o poder que foi delegado à autoridade pública no momento da fundação do Estado sustentou-se na condição humana de independência e nas necessidades de ordem coletiva, não ficando o homem devedor do Estado em nenhuma instância”. Sintetizando, é possível afirmar que: “O papel do Estado é negativo, no sentido da proteção dos indivíduos. Toda intervenção do Estado que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e a iniciativa individuais. Há uma dependência entre o crescimento do Estado e o espaço da(s) liberdade(s) individual(is)” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 61).

Dentro da ideologia liberal, outro ponto que merece destaque é a concepção do indivíduo. Os indivíduos na modernidade não são mais vistos como cristãos, como na época feudal. A figura do indivíduo, essencial para a construção política da modernidade, é um construto ideológico egoísta, não solidário, exigência do modo capitalista de produção (CAPELLA, 2002, p. 105). Para a filosofia liberal, “o homem passou a se enxergar como



centro do Universo, na medida que se considerou capaz de racionalizar regras próprias de convivência em sociedade, como forma de promover um corte epistemológico em relação ao absolutismo”. Em suma, “abandonou-se o apego à fé e privilegiou-se a razão” (NUNES, 2010, p. 26).

Quanto à esfera de direitos dos indivíduos no Estado Liberal, foi-lhes atribuído um “caráter abstrato e universal”, delimitados e definidos “como pertencentes a todos os homens, independentemente de sua condição social ou política”, como à “liberdade de consciência e expressão, segurança – entendida como liberdade da pessoa física – e propriedade”, (NUNES, 2010, p. 27). Assim, a igualdade, preconizada pelo ideário liberal, era apenas formal:

Para ser cidadãos os seres humanos já despojados de qualidades se revestem de iguais direitos todos eles. Deste modo se apresentam como *iguais* pois perderam por uma parte as qualidades que lhes diferenciavam como particulares, na esfera privada, e agora, na pública, todos estão igualmente revestidos dos mesmos direitos (CAPELLA, 2002, p. 111).

Aduz Capella (2002, p. 107) que havia alguns “direitos naturais de razão”, garantidos aos indivíduos e intocáveis pelo Estado, pois são “condição natural de humanidade e o estado se institui para mantê-los”, como o direito à vida, à propriedade e à capacidade contratual, que foram “naturalizados”. Trata-se dos direitos fundamentais de primeira geração, de prestação negativa pelo Estado, ou seja, não permitindo a intervenção estatal.

Quanto aos direitos preconizados pela ideologia liberal, Lucas (2005, p. 177-178) explica o apego à legalidade, visando limitar o poder do Estado ao “garantir um conjunto de direitos individuais que não podem ser usurpados nem mesmo pela ação estatal, direitos e garantias que representam o próprio projeto liberal assumido pelo Estado”, conduzindo à predominância do Poder Legislativo sobre os demais poderes, relegando ao Judiciário o dever de “cumprir mecanicamente as disposições normativas elaboradas pelo Poder Legislativo”. Assim, a tarefa jurisdicional “foi afastada da política e conduzida a um isolamento das questões sociais importantes”. Prossegue:

A Jurisdição do período liberal preocupava-se exclusivamente com a solução dos litígios individuais, uma vez que o direito deveria consubstanciar-se num instrumento institucional estável, capaz de responder de forma segura e previsível apenas sobre o núcleo jurídico central do Estado liberal, que era constituído justamente pelos direitos individuais. Isso não quer dizer que o Estado liberal não tenha enfrentado problemas sociais de ordem coletiva, mas apenas que o projeto estatal liberal não considerou jurídicos tais problemas, principalmente porque também não os considerava como problemas políticos próprios do Estado (LUCAS, 2005, p. 177-178).

A este respeito, Morais (1996, p. 72) explica que o Estado Liberal enfrentava uma

“limitação jurídico-legal negativa”, garantindo aos indivíduos proteção perante qualquer atuação do Estado que viesse a impedir ou constranger sua atividade cotidiana. O dever do Estado era, nada mais que estabelecer “instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais”.

O Estado Liberal, segundo Santos (2009, p. 81), ampara-se em duas figuras: “a eficácia da racionalidade instrumental e a emergência do sujeito humano como liberdade e como criação. Racionalização e subjetivação aparecem ao mesmo tempo”. O sujeito foi libertado, é capaz de exercer controle sobre suas ações.

O conceito fundamental da modernidade é a “razão”, influência da inclinação das ciências ao campo matemático, responsável por explicar os fenômenos da natureza em substituição à fé, pilar da ideologia feudal<sup>5</sup>. Assim, o desenvolvimento tecnológico da modernidade se deu graças a seu apego à razão. Como reflexo disso, passou-se a valorizar as ciências exatas, únicas capazes de permitir o desenvolvimento econômico:

Por recurso à razão, isto é, à ciência e à tecnologia, a época moderna desenvolveu culturalmente, socialmente, uma espécie de fantasia escatológica de onipotência. Fantasmagoria que se apoia em que a ciência e a tecnologia, aplicadas à produção de bens materiais, permitiriam um crescimento econômico acelerado sem precedentes na história – certamente só no centro do sistema, para uma décima parte da humanidade (CAPELLA, 2002, p. 103).

Picardi (2008, p. 48) refere que à época, a matemática sintetizava as diversas formas de conhecimento: “Daí a tentativa de fixar as regras que tivessem o mesmo rigor e a mesma exatidão das matemáticas e em geral de cunho científico”. Estas amarras também atingiram a atuação jurisdicional, transformando o processo em uma fórmula matemática de resolução de problemas: “Antes de Savigny ‘geometrizar’ o Direito, criando um ‘mundo jurídico’, distante das inimagináveis diversidades’ do caso concreto e, portanto, da realidade social, Leibniz, dissera, que não apenas o Direito, mas a própria moral, seriam ciências tão demonstráveis, quanto qualquer problema matemático (SILVA, 2004, p. 115).”

O Estado Liberal era, então, projetado como uma organização racional voltada para certos objetivos e valores (liberdade, segurança, propriedade, convivência pacífica, execução

---

<sup>5</sup> Na modernidade, a razão substitui à fé. Neste mundo novo mais complexo, com insipiente produção industrial, com introdução incoativa da ciência no processo produtivo, as “verdades de razão” produzem um deslumbramento [...] que converte a capacidade de pensamento abstrato e a dedutividade em autoridade intelectual e *moral* suprema. Durante algum tempo, o cometa da razão calculista que promete um mundo feliz recorrerá o firmamento de ideias: um mundo crescentemente próspero e iluminado, um mundo de *progresso* (ainda que essa ideia só chega a exacerbar-se na época contemporânea); um mundo que se supõe organizado *racionalmente*. Ante o altar da *razão* – nunca ficará de todo claro que se trata só de *uma* razão, da *razão burguesa*, abstrata e calculista; da *lógica* da produção capitalista – tudo será sacrificado: de uma parte, as crenças do passado, os mitos da etapa *infantil* da humanidade; de outra, tudo o que signifique uma pedra nas botas de sete léguas do capitalismo moderno (CAPELLA, 2002, p. 101, grifo do autor).

dos serviços públicos, etc), dotada de uma estrutura vertical ou hierárquica, construída por relações de supra e subordinação. A expressão da racionalidade pode ser apontada nas leis abstratas, preferencialmente compiladas em sistemas de códigos; na divisão dos poderes como garantia da liberdade, diversificando e integrando o trabalho estatal; e em uma organização burocrática da Administração Pública. A sociedade, por outro lado, era considerada uma ordenação espontânea dotada de racionalidade, baseada em leis econômicas e de outra natureza, ainda mais poderosas que as leis jurídicas. Era uma racionalidade horizontal, fundada sobre a competição de relações. Em suma, a ideologia liberal pregava que o Estado, como organização artificial, não deveria, nem poderia modificar a ordem social natural, devendo-se limitar a assegurar condições ambientais mínimas para seu espontâneo funcionamento. O Estado e sociedade eram dois sistemas distintos, com influências mínimas entre si: o primeiro deveria agir de modo a eliminar qualquer dificuldade à auto-regulação da sociedade (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 9-10).

Mínimo por essência, o Estado Liberal possui três funções principais, apontadas por Capella (2002, p. 126-127): A primeira é a de “prover ou subministrar as condições necessárias para que possa desenvolver-se a atividade produtiva cuja existência ou manutenção continuados não ficam assegurados pelas atividades dos distintos sujeitos econômicos da esfera privada”; a segunda função é a de “reprimir as ameaças ao modo de produção dominante procedentes das classes subalternas ou de certos setores das classes dominantes mesmas, para manter a existência social do capital”; e, por fim, a terceira função do estado moderno é “integrar as classes subalternas na aceitação do sistema sociopolítico”. Assim, o direito liberal pretende garantir aos indivíduos a “capacidade de auto-regular juridicamente as relações” entre eles, dedicando-se a “estabelecer o marco jurídico geral da esfera privada, suas condições jurídicas mais básicas”.

A partir destas constatações, pretende-se demonstrar as influências sofridas pelo Direito e pelo Processo do campo das ciências exatas, a herança do racionalismo, até hoje presentes na construção principiológica e no dia-a-dia do operador, de modo a buscar elementos para a construção de um novo paradigma de jurisdição.

Em realidade, como a verdadeira vitoriosa da Revolução Francesa, a burguesia, no controle do Legislativo, pôde desenvolver-se econômica e politicamente com segurança jurídica. Assim, o Poder Judiciário, reduzido a um poder subordinado, tinha por função apenas a reprodução da vontade da lei. Silva (2004, p. 40, grifo do autor) atenta para a busca da segurança como pilar fundamental do Estado Liberal, decorrência da naturalização do Direito, pois com a matematização era possível sistematizar o caso concreto a regras gerais:

O aparente mistério que se oculta sob essa “naturalização” do Direito, a que se torna possível aplicar o método das ciências de medir, pesar e contar, decorre de fato de serem, ao parecerista, irrelevantes as questões probatórias. Ele as recebe já resolvidas na consulta, de modo que sua tarefa resume-se a uma simples de operação lógica dedutiva, análoga ao raciocínio matemático. Através desse artifício, é que se tornou possível não só generalizar do *caso* para a *regra*, como tornar abstrato e formal o raciocínio jurídico.

O objetivo da burguesia ascendente era romper com a tradição da nobreza, primando pela neutralidade do Estado, defendendo a existência de “normas genuinamente universais, abstratas e independentes de qualquer tradição” (SANTOS, 2009, p. 89). Nesse mesmo sentido, Capella (2002, p. 130) explica que o direito moderno “apesar de tomar muitas de suas categorias do direito romano [...], difere radicalmente de todo o direito anterior por um projeto de sistematização, de exatidão, de fiabilidade”, buscando “a construção de uma juridicidade omnívora, que trata de qualificar juridicamente qualquer coisa sequer imaginável”. Prossegue Santos (2009, p. 89). para explicar a tradição do pensamento liberal e suas concepções de racionalidade aplicadas ao direito:

Entretanto, os pontos de partida da teorização liberal não são nunca neutros no que se refere às concepções de bem humano; eles são sempre pontos de partida liberais. Apesar de ser a neutralidade axiológica, quanto a uma concepção própria de bem, uma de suas pretensões fundamentais, o liberalismo não fornece uma base neutra independente da tradição, a partir da qual um veredito possa ser pronunciado sobre asserções opostas de tradições conflitantes, no que se refere à racionalidade prática e à justiça, mas acaba por revelar-se, como já dito, apenas como mais uma tradição com suas concepções de racionalidade prática e justiça.

Santos (2009, p. 100) faz referência aos estudos de Locke, no sentido de que o consentimento para a criação do Estado reside, precipuamente, no Poder Legislativo, pois esse poder é fruto de parte da autonomia dos indivíduos, entregue ao Estado: “O poder político legislativo só existe com o seu consentimento”. De acordo com Silva (2004, p. 38), a “geometrização do direito” teve grande influência do pensamento de Locke, tendo por bases a doutrina da separação dos poderes. Na relação entre os três poderes, o Legislativo devia se sobrepôr aos demais, justamente por sua carga de importância, ao refletir o consentimento dos indivíduos, devendo o poder daquele que define as leis ser superior ao daquele responsável por sua execução (LOCKE, 1978, p. 71):

Como a forma de governo depende da atribuição do poder supremo, ou seja, do legislativo, é impossível conceber que um poder inferior possa prescrever a um superior, ou que um outro além do poder supremo faça as leis, a maneira de dispor o poder de fazer as leis determina a forma da comunidade civil. [...] a primeira lei positiva fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo; como a primeira lei natural fundamental, que deve reger até mesmo o próprio legislativo, é a preservação da sociedade e (na medida em que assim o autorize o poder público) de todas as pessoas que nela se encontram. O

legislativo não é o único poder supremo da comunidade social, mas ele permanece sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade um dia o colocou; nenhum edito, seja de quem for sua autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou (LOCKE, 1978, p. 71).

No que tange à relação desta modalidade estatal com a jurisdição, impõe ressaltar que cabia ao juiz nada além da reprodução da vontade da lei, dispensando-o da realização de qualquer ato interpretativo. Neste contexto, o processo civil afastou-se das ciências da compreensão, aproximando-se das ciências da demonstração, funcionando como uma equação matemática. Ao magistrado, em um rito ordinário, fase a fase, cabia aplicar a lei ao caso concreto: ou seja, apontar a solução para o litígio como uma verdade matemática (ISAIA, 2012, p. 19-20)

O direito processual civil, forjado à luz do racionalismo, refém de um modelo matematizado, representava a busca incessante pela exatidão e certeza, tão ansiadas pela sociedade liberal. O processo foi adaptado à realidade social da época e também aos objetivos da classe dominante – burguesia – para que ela tivesse seus anseios atendidos e suas ações amparadas na legislação vigente, amarrando a teoria da separação dos poderes ao valorizar os ideais de segurança e certeza:

[...] o processo de conhecimento, como processo declaratório, e, além disso, por natureza ordinário - em que a verdade é proclamada, depois de um amplo debate judicial, como resultado de um juízo de certeza, obtido pelo magistrado através da utilização integral dos meios de ataque e defesa pelos litigantes – será indiscutivelmente o instrumento capaz de abrigar essa espécie de filosofia política que tem, na ideologia da ‘separação de poderes’, sua base de sustentação (SILVA, 1997, p. 117).

A burguesia, detendo a feitura das leis no Parlamento e com o Judiciário sob controle, pôde, facilmente, expandir sua influência e ditar as regras do jogo. O Executivo, pouco efetivo, não atuava junto à população, daí a identificação do Estado Liberal como um Estado Mínimo.

É claro que a influência da organização político-jurídica da época também chegou ao processo. O ideário racionalista pode ser identificado pela estrutura procedimental formada em prol da busca pela certeza e segurança, vetores intimamente ligados ao modelo burguês de Estado e que garantia à classe a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento do modo de produção capitalista. Em busca de segurança jurídica para prosseguir exercendo sua atividade, a burguesia conta com alguns instrumentos, como aponta Capella (2002, p. 134, grifo do autor):

A segurança jurídica se instrumenta, em suma, mediante diversos artifícios:

a) a codificação, ou a sistematização das leis, é um; o outro é b) um *sistema* de tribunais estável; e um terceiro c) um *extrato doutrinal hermenêutico* aceito pelos operadores jurídicos, isto é: um conjunto de *regras de interpretação* da lei (ou canônica hermenêutica), de interpretações *modelos* e uma série de *normas jurisprudenciais de direito*, menores, verbalizadas em forma de “princípios”, “valores” ou “regras”.

Pode-se afirmar, então, que o direito processual civil, tal qual temos hoje, uma ciência formal e abstrata, moldada pelos ideais racionalistas, teve sua formação estruturada em prol dos interesses burgueses:

O autoritarismo que se oculta sob o dogmatismo, foi sem dúvida o principal ingrediente na formação do Direito Processual Civil, como ciência formal e abstrata. Assim como as verdades matemáticas são absolutas, enquanto categorias intemporais, do mesmo modo pretendeu-se *absolutizar* as instituições processuais, desligando-as de seus compromissos históricos, o que as *relativizaria*, situação que o industrialismo nascente – com sua exigência de segurança jurídica – não poderia tolerar (SILVA, 2004, p. 65-66).

Silva (2004, p. 97, grifo do autor) muito bem identifica o caráter cartesiano do Judiciário no Estado Liberal, justificado pela busca por certeza e segurança: “O núcleo da resistência oferecida pelo sistema, a ideia de que o Direito seja uma ciência da *compreensão*, apoia-se no mesmo *paradigma* racionalista, em sua luta contra os juízos de *verossimilhança* que, como dissera Descartes, haverão de ter-se liminarmente como falsos”. E segue o autor (2004, p. 97), questionando: “Se na norma pudesse comportar duas ou mais interpretações válidas e legítimas, como obter segurança procurada pelo nascente Estado Industrial?”.

Com o predomínio do Legislativo no Estado Liberal, longe do ideário da separação dos poderes e freios e contrapesos de Montesquieu, o Executivo e Judiciário ficaram em segundo plano, coadjuvantes da lei, essa sim, a grande estrela.

Assim, seguindo o ritmo ditado pela classe burguesa, as primeiras codificações (especialmente o Código Napoleônico) foram permeadas pela busca da certeza matemática no caso concreto, ou seja, a aplicação da lei como verdade matemática, afastando os magistrados da tarefa interpretativa. Explica Capella (2002, p. 135, grifo do autor) que as codificações atendem aos anseios burgueses ao passo que o código “é o arquétipo da norma *permanente*, não destinada a trocar facilmente dado seu caráter geral e *estruturante* de âmbitos normativos completos”. No mesmo sentido, Picardi (2008, p. 3-4):

Segundo uma concepção que remonta à Revolução Francesa, paralelamente ao desaparecimento dos privilégios de classe e de casta, no século XIX foi se afirmando não só a ideia de uma jurisdição tendencialmente única para a solução de todas as controvérsias, mas também uma vinculada a um tipo único de processo: o processo ordinário, regulado pelo código de rito.

No entanto, afastando-se dos ideais trazidos na revolução, a lei, entendida como norma geral e abstrata, que devia defender os cidadãos dos privilégios e abusos típicos do Estado absolutista, bem como garantir a imparcialidade do Estado e a estabilidade da ordem jurídica, apenas se prestava para a manutenção dos interesses capitalistas, salvaguardando a burguesia. Neste ambiente, os juízes não poderiam se valer de elementos interpretativos, fazendo com que o positivismo tomasse a cena (ESPÍNDOLA; CUNHA, 2011, p. 86). Silva (2004, p. 97) sintetiza a atuação do magistrado: “se a lei contém de fato ‘uma’ vontade, restará ao julgador à exclusiva tarefa de descobri-la, como quem resolve um problema algébrico”. Prossegue:

Compreende-se, portanto, a partir da assimilação do Direito às matemáticas, que se tivesse como intuitiva a proibição, imposta depois aos magistrados, de interpretar a lei do Estado. As “verdades claras e distintas” de Descartes, como qualquer verdade matemática, dispensam interpretação. Nem se pode cogitar, neste campo, de alguma coisa que ao menos se aproxime da compreensão hermenêutica (SILVA, 2004, p. 86).

O jurista gaúcho aprofunda o estudo da construção racional do processo civil, a busca pela verdade/vontade da lei e o papel do juiz em revelá-la, diante de sua “natureza meramente “intelectiva”, enquanto pura cognição, da função jurisdicional, e o princípio de que a atividade do juiz deve-se a revelar a “vontade concreta da lei”. A missão judicial seria apenas verbalizar a “vontade da lei” ou a vontade do legislador”, assim “a “vontade da lei” [...] já estava “concretizada” ao instaurar-se o processo” (SILVA, 2004, p. 93).

No mesmo sentido, outro ensinamento de Silva (1997, p. 104) acerca da obsessão em garantir o controle da atividade judicial e impedir que, sob qualquer hipótese, pudesse o magistrado distanciar-se da letra da lei, fazendo com que a prestação jurisdicional fosse “perfeitamente determinável e previsível”:

Com o objetivo de impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia à pura aplicação do texto legal. Uma indeterminação do sentido da lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em última análise em julgador, afigurava-se contraditória com a doutrina da divisão dos poderes.

Posteriormente, será abordado o efeito que tal doutrina teve nos julgadores do chamado “Estado Social”, que passaram a, para efetivar os direitos garantidos pelas Cartas Constitucionais e não efetivados pelo Executivo, criar mecanismos para garanti-los, muitas vezes atuando como verdadeiros “legisladores” e “gestores públicos”.

A influência da ideologia do liberalismo legou ao Judiciário um papel passivo, sem contato direto com as partes (de modo a garantir sua imparcialidade), apresentando-se somente no momento de proferir a decisão, sempre de acordo com os autos. Claramente, para

garantir a segurança desejada, o modelo liberal objetiva impedir o arbítrio judicial, evitando que o juiz se tornasse um criador de direitos. Assim, usando do método da subsunção, o juiz declara a vontade/verdade da lei.

Capella (2002, p. 142) trata do sistema de tribunais próprio da modernidade, explicando que eles se preocupavam em manterem-se neutros, sem influenciar na sociedade, garantindo, assim, que o Estado mantivesse seu caráter mínimo, sem prestar atendimento privilegiado – em tese – para qualquer ordem social, pois todos eram formalmente iguais: “O sistema de tribunais trata de afirmar a *neutralidade* estatal na vida social. O qual é uma petição de princípio, pois dá por suposto que a própria legislação que aplicam é socialmente neutra”. Ademais, a desejada neutralidade dos magistrados pode ser relacionada à neutralidade do Estado:

Na verdade, a neutralidade do juiz é mais uma consequência, ou um reflexo, da neutralidade do Estado, como um dispositivo “técnico” capaz de servir a todas as possíveis ideologias e, em virtude da tolerância que uma tal concepção pressupunha, abrigar em seu seio as mais variadas e contraditórias correntes de opinião (SILVA, 1997, p. 111).

Ao magistrado, como parte do sistema de poder, restava a função de dizer o direito: “Inicialmente se impôs uma concepção da atividade dos magistrados teorizada por Montesquieu segundo a qual os tribunais não incorporam nada ao direito: sua função é limitar-se a ser – segundo a expressão consagrada – a mera *boca da lei*.” (CAPELLA, 2002, p. 142, grifo do autor). Assim, a lei era feita para evitar que os magistrados tivessem qualquer atividade criativa, a lei era moldada para que fosse perfeita ao caso concreto, como ressalta Silva (2004, p. 93):

Torna-se fácil compreender as razões que, no século XIX, fizeram com que os autores dos Códigos procurassem impedir que eles fossem interpretados. Reproduziu-se no século XIX a tentativa de Justiniano. A intenção que sustentou esse propósito foi a mesma que, no início da Era Moderna, procurou-se eliminar a *Retórica*, enquanto ciência argumentativa, do campo do Direito, basicamente do campo do Processo. A ideia de perfeição do direito criado, que se oculta sob essa conduta, foi denunciada por Agnes Heller, ao mostrar o *pathos* tirânico, consequentemente antidemocrático, desse modo de compreender o direito. O Direito “perfeito” elimina qualquer tentativa de questionamento. É o direito do tirano.

Com isso, a atuação do Judiciário devia ser pautada pela mera aplicação da lei no caso concreto, dando origem ao que se denomina de silogismo judicial, segundo o qual a sentença é “resultado de um raciocínio lógico de tipo silogístico cuja premissa maior, universal, esteja constituída pelo enunciado da lei; a premissa menor, particular, pelo enunciado dos fatos, do que se infere como conclusão um enunciado que aplica ao descrito na premissa menor a qualificação jurídica contida na maior” (CAPELLA, 2002, p. 143).



Assim, com a amarração do caso concreto à lei, o ideário liberal garantia a segurança, obsessão burguesa, e a certeza, satisfazendo o apego à verdade matemática, através da atuação do magistrado longe de qualquer tipo de realização do direito material. A influência, presente até hoje, do Estado Liberal é facilmente notada no apego exacerbado aos textos legais, como se as regras previssem todas as hipóteses aplicativas, desprezando o processo interpretativo por parte dos magistrados:

A sede do iluminismo-racionalista pelo método (próprio das ciências lógicas) acabou por pretender descobrir um direito em fases (cindindo-se os processos de interpretação-compreensão-aplicação), de forma que contivesse a exatidão de uma equação algébrica, contribuindo ao predomínio do valor segurança (certeza), que por sua vez é o elemento preponderante na formação do conceito moderno de direito (ISAIA, 2012, p. 338).

Silva (2007, p. 103, grifo do autor), sintetiza a relação entre o modelo liberal de jurisdição e o aparato legal construído para atender aos anseios da classe burguesa, culminando no controle das decisões judiciais, que ainda temos hoje:

[...] A busca de *certeza do direito*, como ideal do racionalismo, exacerbada pela desconfiança com a Revolução Europeia encarava a magistratura, em virtude dos seus compromissos com o *Ancièn Régime*, que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu, acabaram criando um *sistema burocrático* de organização judiciária que, por sua vez, contribuiu igualmente para a assimilação da função judicial à carreira de funcionário público comum, rigorosamente submetido ao controle tanto das cortes judiciárias superiores quanto, especialmente, dos órgãos do Governo.

García-Pelayo (2009, p. 9) explica a realidade da ordem política liberal como de “oposição entre Estado e sociedade”, o que culmina na “inibição do Estado em relação aos problemas econômicos e sociais”. A jurisdição liberal ignorou importantes questões sociais, limitando-se a reproduzir a racionalidade legislativa, a fim de garantir a todo custo a segurança jurídica, orientando sua atuação apenas para viabilizar direitos e liberdades individuais (de alguns) contra a intervenção estatal. Ela excluiu do debate qualquer matéria não contemplada previamente pelo ordenamento jurídico. Num Estado mínimo, a lógica do Judiciário nega a complexidade, valorizando exageradamente as formalidades e a igualdade formal, mascarando os conflitos sociais e econômicos pela adoção de fórmulas e conceitos reducionistas relacionados a uma cultura de conservação do projeto liberal-individualista. Assim, a jurisdição de cunho racionalista é alicerçada em atenção apenas a litígios envolvendo direitos individuais (relacionados a direitos humanos de primeira geração). À função jurisdicional, portanto, resta uma prática burocrático-repetitiva, “dizendo os direitos” de acordo com os ditames delineados pelo legislativo. Em resumo, “a força lógica do silogismo se afiançava na ideia de que atividade de julgar não é obstáculo para a realização

dos ideais de certeza e segurança jurídica” (CAPELLA, 2002, p. 143).

A missão do Judiciário era, a partir da busca pela certeza, alcançável graças à matematização do processo, a mera reprodução da lei. O Poder Judiciário não passava de um poder subordinado, sem qualquer compromisso ético ou interpretativo dos juízes ao dizer o direito (ISAIA, 2012, p. 95). Nesta realidade, os magistrados, como diz Silva (2004, p. 147, grifo do autor), “nem mesmo “decidem”; não possuem “poder decisório”. O sistema conserva-se preso à ideia de que a função jurisdicional seja uma atividade meramente *declaratória*, [...] ao dizer que a missão dos juízes limitava-se a revelar a “vontade a lei”, proclamando-se, conseqüentemente, sua “univocidade” de sentido”.

Na denominação traçada por Ost (1993, p. 170), o juiz do modelo liberal “Júpiter” profere suas decisões desde cima, a partir da filiação irrestrita ao direito positivo, tudo para limitar o poder do Estado, que deve ser mínimo. Júpiter decide tendo em mãos os códigos que lhe dão substrato decisório e devem ser sempre analisados dentro de seu panorama hierárquico: “Cada norma é analisada como aplicação ou individualização da norma superior e habilitação para o órgão criador da norma inferior” (OST, 1993, p. 173).

No contexto do Estado Liberal, a teoria da tripartição dos poderes, cominava na neutralidade da atividade jurisdicional, refletindo nas instituições processuais, pois relegava o Judiciário a uma instância politicamente neutra, preso à missão de cumprir mecanicamente as disposições normativas elaboradas pelo Legislativo (subsunção do fato à norma), tornando o juiz irresponsável por suas decisões:

O sistema obriga-nos – mesmo quando estamos cientes de que o direito processual civil não é destinado à descoberta de verdades necessárias – a pensá-lo como um instrumento conceitual. O sistema pressupõe que o Direito seja produzido pelo Poder Legislativo. Conseqüentemente, sua estrutura é formada a partir desse pressuposto. O resultado inevitável é tornar os juízes e, de um modo geral, os juristas, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do Poder (SILVA, 2004, p. 2).

A grande problemática que se pretende apontar reside no fato de que o processo, ainda hoje, quatro séculos depois ainda encontra-se amarrado ao ideário racionalista. O processo civil, concebido como ciência, ainda se aplica na atualidade:

O que realmente interessa [...] é mostrar como a ciência do Direito Processual Civil nasceu comprometida com o ideal racionalista, que acabou transformando o Direito numa ciência em busca da verdade, análoga à matemática, sem qualquer compromisso com a justiça concreta, como desejavam, justamente, os filósofos racionalistas que forjaram o mundo moderno (SILVA, 1997, p. 132).

Santos (2009, p. 26), em obra acerca da felicidade – a qual entende ser o aspecto impulsionador da busca social por melhorias e, conseqüentemente, grande contribuidora do

constitucionalismo –, explica que o caráter liberal tinha por preocupação essencial a proteção dos indivíduos contra os abusos daqueles detentores do poder, culminando na criação de sistemas presidencialistas, parlamentaristas, separação dos poderes, freios e contrapesos, etc. Para ele (2009, p. 27, grifo do autor), “o projeto de felicidade liberal-individualista pode ser caracterizado como um projeto absenteísta”, impondo “negações de ação para o Estado e *erga omnes*, em relação ao titular do direito fundamental”. Em suma, “construiu-se um conjunto teórico adequado, de cariz racional-individualista-positivista-normativista, que deu sustentação ao processo de consolidação de uma cultura político-jurídica liberal-iluminista”. No entanto, esta cultura ainda está presente no ideário dos operadores do direito, o que dificulta a superação do cartesianismo processual:

Tal cultura ainda permanece fortemente incrustada no imaginário jurídico da maior parte dos operadores, funcionando como pré-juízos inautênticos que não se confirmam na reelaboração de uma teoria jurídica que se pretende conformada ao Estado Democrático de Direito, impedindo, assim, a concretização, pela via jurídica, de boa parte de uma série de novos direitos fundamentais positivados no novo paradigma constitucional (SANTOS, 2009, p. 27).

A posição trazida acima pode ser verificada no entendimento hoje ainda difundido tanto nas universidades, como pelos operadores do direito, de que este é uma ciência e que se busca definir qual decisão é “certa” ou “errada”, “como se o conflito discutido em um processo judicial fosse um cálculo matemático, não pode mais ser aceita, diante da indiscutível evolução do direito”. (FERNANDES, 2010, p. 48). Existe um abismo entre o discurso teórico e a prática forense, pois o pensamento jurídico da atualidade encontra-se minado pelo paradigma da racionalidade, o que muito se deve ao ensino jurídico no país:

O Direito, tanto na Universidade quanto na prática, continua sendo ciência demonstrativa, não uma ciência da compreensão, construída dialeticamente. A retórica, enquanto ciência da argumentação forense, ainda não teve o seu reingresso autorizado na Universidade brasileira. O ensino do Direito, em nosso país, tenta normatizar os *factos* dando-lhes o sentido de uma *norma*, mesmo que o processo tenha como objeto a *lide*, que é um pedaço da história humana. Nossa metodologia universitária cuida dessa parcela da história como se estivesse a tratar de um problema geométrico, como preconizara Savigny. O estudante não tem acesso aos “factos”, apenas às regras (SILVA, 2004, p. 36-37).

Nunes (2010, p. 40), tratando precisamente da influência do liberalismo na construção jurídica brasileira, lembra que “os primeiros bacharéis em Direito no Brasil [...] estudavam na Faculdade de Direito de Coimbra [...] e manifestavam comportamento nitidamente influenciado pelo liberalismo econômico e político”, o que lhe permite afirmar que a “formação dos intelectuais brasileiros foi determinante para que o liberalismo fosse adotado nas atividades relacionadas ao processo de organização da cultura e da atividade política”.

Silva (1997, p. 36, grifo do autor) conseguiu, de um modo direto, expor a dificuldade enfrentada pela prestação jurisdicional atual em prestar uma tutela eficiente e ágil. Constatando a problemática da jurisdição de cunho racionalista, amparada no “*paradigma ordinário* que até hoje sustenta o *Processo de Conhecimento*, com sua orgânica e essencial *ordinariedade*”, leciona:

A identificação que a doutrina faz entre *decidir* e *julgar* é talvez o testemunho mais eloquente de que a jurisdição, tal como ela é concebida por nosso direito, resume-se numa pura declaração. Com efeito, julgar, enquanto ato intelectual, é apenas o antecedente lógico, ou o pressuposto, para a *decisão*, que é ato de vontade. A não ser que se parta, portanto, da premissa de que o magistrado não possui vontade própria, sendo apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei” (Montesquieu) - e que, para ele, *decidir* confunde-se exclusivamente com a “pronúncia” das palavras contidas na lei-, seria impossível equiparar *decisão* a *juízo*.

Em suma, cabe constatar que a influência da racionalidade na concepção moderna de jurisdição valorou em maior grau a *segurança* em detrimento da *justiça*. Tal influência pode ser notada até os dias atuais<sup>6</sup>:

Referimo-nos ao predomínio absoluto do valor *segurança*, em detrimento do valor *justiça*, enquanto polaridades antagônicas, na constituição da ideia de Direito, e à formação do espírito científico moderno, em sua avassaladora conquista de todos os territórios culturais do Ocidente, de que resultou a completa submissão do pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas, como a matemática (SILVA, 1997, p. 104-105, grifo do autor).

<sup>6</sup> A busca pela certeza e segurança até os dias atuais é uma preocupação que pode ser encontrada na jurisprudência dos tribunais, como nos casos abaixo:

RECURSOS DE APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. COISAS. BENS IMÓVEIS. AÇÃO DE USUCAPIÃO E DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. **CONTEÚDO PROBATÓRIO COLIGIDO QUE NÃO DEMONSTRA, COM CERTEZA E SEGURANÇA, O EXERCÍCIO DE POSSE QUALIFICADA PELA AUTORA SOBRE O IMÓVEL OBJETO DAS AÇÕES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.** APELOS NÃO PROVIDOS. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70043888833, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Julgado em 20/06/2012, grifo nosso).

RECURSO INOMINADO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. ANIMOSIDADE ENTRE VIZINHOS. DISCUSSÃO E OFENSAS. DANO MATERIAL NÃO COMPROVADO CABALMENTE. LESÃO EXTRAPATRIMONIAL NÃO DEMONSTRADA. **IMPOSSIBILIDADE DE AUFERIR UM JUÍZO DE CERTEZA E SEGURANÇA NO QUE DIZ RESPEITO A QUEM COMEÇOU OS DESENTENDIMENTOS QUE CONDUZ À IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL BEM COMO DO PEDIDO CONTRAPOSTO.** SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DA RÉ PREJUDICADO. (Recurso Cível Nº 71003739836, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 25/10/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS. COISA JULGADA. - **A coisa julgada é um instituto assegurado constitucionalmente, a partir do qual as sentenças tornam-se imutáveis e indiscutíveis. Essa força incidente reflete a ideia de certeza e segurança jurídicas, necessárias para a existência e a harmonia das relações jurídicas atingidas pelos efeitos da decisão.** - Conforme análise da sentença, transitada em julgado, que julgou procedentes os embargos de declaração apresentados pelo INSS, fls. 38/39, verifico que os juros moratórios foram excluídos relativamente à atualização a ser efetuada sobre a dívida fixada. Qualquer inovação a respeito constitui ofensa ao instituto da coisa julgada. Agravo de Instrumento provido. (TRF5, Agravo de Instrumento AGTR 65595 RN 2005.05.00.040945-5, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Cesar Carvalho, Julgado em 08/03/2007, grifo nosso).

Podemos relacionar esse fato também com a dificuldade do processo civil brasileiro em autorizar decisões com base na verossimilhança, buscando sempre o ideal de segurança e certeza, próprio das ciências matemáticas.

Como visto, o ideário racionalista racionalizou a prestação jurisdicional, dando ao Judiciário a tarefa de “proteger o passado legislado e defendê-lo das interferências da política, dos valores, dos conteúdos que determinam as reais desigualdades desafiadoras de qualquer tipo de ordem”. A realidade liberal é calcada em um “afazer burocrático [...] marcado pela racionalização dos conflitos de ordem individualista e pela incapacidade de juridicizar os conflitos coletivos, que são aceitos somente como problemas políticos, econômicos, culturais, históricos, etc.”. (LUCAS, 2005, p. 179).

Para Capella (2002, p. 131), o direito da modernidade é constituído de dois momentos: o primeiro, aquele “correspondente à primeira industrialização e às revoluções políticas burguesas (século XIX, em geral)”, momento em que “se põe as bases do individualismo jurídico”. O segundo momento do direito da modernidade é o correspondente “à produção massiva e ao estado intervencionista que se afiança em meados do século XX, a intervenção pública nas relações privadas para garantir a sobrevivência do sistema que impulsiona a modernidade do direito público”. Este segundo momento, caracterizado como Estado Social, será aprofundado no subtítulo que segue.

## **1.2 O Estado Social: a ineficiência do Executivo e a judicialização da política**

*“[...] nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais” (CAPPELLETTI, 1999, p. 42).*

Mesmo que não se possa falar em um total absentismo do Estado durante os primeiros séculos da modernidade, os efeitos sociais da sua não intervenção em aspectos como o econômico, não puderam ser ignorados. As consequências do liberalismo podem ser apontadas sem dificuldade, especialmente quanto à formação de uma massa proletária da sociedade, sem garantias de condições mínimas de trabalho, em razão da postura individualista adotada até então. Fica claro que o modelo político liberal não é suficiente para organizar uma sociedade marcada pelas diferenças sociais oriundas da radicalização do processo de produção industrial (LUCAS, 2005, p. 180).

Assim, como assinala Bonavides (1972, p. 211), “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”. Neste compasso, em meados do século XIX, o Estado já tem entre suas atribuições prestações

positivas com seus cidadãos.

O descontentamento de grande parcela da sociedade com a falta de condições mínimas de trabalho, saúde, educação, entre outras, exigiu uma mudança no papel do Estado, uma vez que “ao lado do desenvolvimento econômico e técnico-científico, viu-se o agigantamento dos centros urbanos e o surgimento do proletariado urbano, fruto do desenvolvimento industrial e da consequente destruição de modos de vida antigos e tradicionais” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 69). Capella (2002, p. 159) aponta para a modificação também da atuação da classe trabalhadora, que, ainda no século XIX, já estava unida em sindicatos e associações: “Os grandes movimentos de 1848 assinalaram um ponto de inflexão histórico: os trabalhadores deixaram de ser “massa de manobra” da luta da burguesia para conquistar a hegemonia social e começaram a perseguir seus próprios objetivos”.

Morais e Nascimento (2010, p. 51-52) destacam que a transição para o Estado Social deu ensejo a um modelo estatal que adotou uma postura de “maior intervenção “no” e/ou “sobre” o domínio econômico”, fazendo com que a noção propriedade privada fosse acompanhada da função social da propriedade; a liberdade contratual passou a dirigismo contratual; “da centralidade exclusiva da liberdade (individual), à igualdade (social)”.

Como reflexo, introduz-se no meio político uma questão social, responsável pela idealização de um Estado que se responsabilizasse pelo social, primando pela intervenção e pela preocupação em assegurar aos cidadãos condições mínimas de dignidade (PORTO, 2006, p. 56). Para Capella (2002, p. 159), esta questão social era a “exploração humana reproduzida socialmente e levada a extremos insuportáveis – passou por esta luta ao primeiro plano da consciência pública como o principal dos problemas coletivos”. Assim, o Estado passa a exercer a função de “garantidor de condições mínimas de existência para os indivíduos” ao dar atenção às questões sociais e, passa a oferecer uma “garantia regulatória para o próprio mercado, já que [...] passa a funcionar como um agente financiador, consumidor, sócio, produtor, etc., em relação à economia” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 70).

Para Santos (2009, p. 27), o Estado Social é uma construção do “último quarto do século XIX e [...] início do século XX, em decorrência, no campo fático-social, de um processo de lutas perpetuado pelos proletários, e no campo teórico, pelas inspirações socialistas”, cujo fundamento estava na proposta de um “bem-estar calcado em satisfações de necessidades materiais, cuja responsabilidade, em sua maior medida, tocava ao Estado”. Com isso, “surgia a ideia de um Estado atuante, compromissado e dirigente” (SANTOS, 2009, p. 27). Explica:

Não há dúvida, pois, de que o funcionamento do Estado Social, através da realização de direitos de caráter não-individual, supõe uma crise de fato de todos os princípios que estruturam juridicamente o Estado Liberal de Direito. Aos espaços regulados por um Direito integrado pelas clássicas leis que adotam a forma de regras muito determinadas e preparadas para sua aplicação por meio da interpretação, acrescentam-se outros elementos, em que a regulação jurídica adota a estrutura de normas indeterminadas, informais e flexíveis, pensadas para reconhecer uma ampla discricionariedade às agências administrativas. Os sistemas jurídicos atuais movem-se em meio a essa complexidade, com uma diversidade de formas normativas, umas respeitadas dos princípios formais e materiais do Liberalismo, outras com flexibilidade da atuação pública.

Isso tem levado à constituição de correntes teóricas por caminhos diferentes: a) umas, com nítida vinculação liberal, aferram-se à imagem clássica da lei em sentido formal e insistem em subordinar a proteção dos cidadãos à existência de uma estrutura jurídica que proporcione autonomia frente ao poder; b) outras optam por traduzir às categorias de uma dogmática jurídica renovada as mudanças já consolidadas na estrutura da lei, no princípio da legalidade ou no controle da atuação da administração pública (SANTOS, 2009, p. 161).

Refere Morais (1996, p. 73, grifo do autor) que “a adjetivação pelo *social* pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas”. Com isso, o Estado Social passa a buscar “criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana” (MORAIS, 1996, p. 73). Acerca do objetivo do Estado Social, Bonavides (1972, p. 228) conclui:

O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios a sua vontade, de prover certas necessidades essenciais mínimas.

Essa mudança de paradigma ocorrida na transição do Estado Liberal ao Social se deu quanto aos direitos protegidos pelo Estado – passando-se aos de segunda geração. Enquanto que a liberdade defendida pelo liberalismo era exigência da dignidade da pessoa humana, com o Estado Social, inverte-se a lógica: a dignidade da pessoa humana passa a ser condição garantidora do direito de liberdade dos indivíduos (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 14). Essa revisão dos preceitos que informavam a ordem liberal possibilitou dar conteúdo material aos direitos fundamentais de segunda geração, passando ao Estado o dever de atuar de forma positiva para a efetivação dos direitos, ultrapassando a visão liberal, que pregava sua atuação negativa, apenas para sancionar atos atentatórios aos direitos, sem qualquer preocupação em promovê-los ou efetivá-los (ISAIA, 2012, p. 143).

A formação do Estado Social no século XX sofreu dois impulsos: primeiramente, em contraposição ao absentismo liberal, consolidando direitos; por segundo, buscando efetivá-los, através de uma atuação interventiva. Com efeito:

Primeiro, um impulso inicial em direção à consolidação dos direitos e liberdades básicas, e de alargamento do âmbito da mediação jurídica; ao final do período esta

orientação se transforma em um impulso em sentido contrário em terrenos específicos. Segundo, um processo de intervencionismo estatal, encaminhado à constituição de um setor público econômico forte; ao finalizar o período, *sem que o estado deixe de intervir na economia*, o intervencionismo trocará de signo, para privatizar os benefícios da ação coletiva e socializar custos privados. Terceiro, um impulso simultâneo ao anterior em direção à redistribuição de bens para os menos favorecidos, traduzindo em uma “segunda geração” de direitos básicos e na constituição funcional e orgânica do estado assistencial propriamente dito; ao concluir o período se mercantilizarão certas funções assistenciais (CAPELLA, 2002, p. 171, grifo do autor).

Bonavides (1972, p. 228) salienta que o caráter intervencionista do Estado Social depende da atuação específica do poder político nas esferas sociais, ensejando uma maior dependência do indivíduo em relação ao Estado. Assim, do Estado, bem como da jurisdição, permitiu-se exigir um viés ativo, de promoção de direitos sociais. Com este compromisso social, durante o período pós-guerra, os Estados europeus criaram novas constituições buscando a renovação democrática. Os documentos de maior expoente neste aspecto foram as Constituições Mexicana, de 1917 e de Weimar, de 1919<sup>7</sup>.

A transição do Estado Liberal ao Estado Social é reflexo da busca pela implementação de obrigações positivas ao Estado, alterando a “visão de Estado meramente garantidor de liberdades individuais, para a concepção de um Estado obrigado a prestações sociais tendentes à obtenção de uma maior igualdade social” (PORTO, 2006, p. 58)<sup>8</sup>. Para Lucas

---

<sup>7</sup> No entanto, há grande discussão acerca da existência de um Estado Social no Brasil. Para Nunes (2009, p. 135), o Estado Social é experiência europeia, já que no Brasil jamais foi implementado. No mesmo sentido, Streck e Moraes (2008, p. 81-82): “As peculiaridades do desenvolvimento dos países da América Latina – processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica – não permitiram a gestação e o florescimento de um Estado de Bem-Estar Social ou algo que a ele se assimilasse. O intervencionismo estatal confunde-se historicamente com a prática autoritária/ditatorial, construindo-se o avesso da ideia de Estado Providência, aumentando as distâncias sociais e o processo de empobrecimento das populações. Assim, a tese de que em países periféricos, de desenvolvimento tardio, o papel do Estado deveria ser o de intervenção para a correção das desigualdades, não encontrou terreno fértil em terras latino-americanas. Ao contrário, a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo. Isso é perfeitamente aplicável ao caso brasileiro, onde o intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado, serviu tão-somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população. De todo modo, embora o Estado intervencionista represente uma espécie de amálgama capitalista, como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa, tornou-se, na verdade, o embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito. E isso não ocorreu no Brasil”.

<sup>8</sup> Garcia-Pelayo (2009, p. 14-15) aponta as principais diferenças em relação ao Estado Liberal: “[...] enquanto o Estado tradicional se apoiava na justiça comutativa, o Estado Social se sustenta na justiça distributiva; enquanto o primeiro atribuía direitos sem fazer menção ao seu conteúdo, o segundo distribui bens jurídicos dotados de conteúdo material; enquanto aquele era fundamentalmente um Estado legislador, este é, basicamente, um Estado gestor, cujas condições devem submeter as várias modalidades de legislação (predomínio dos decretos-lei, leis-medida, etc.); enquanto um se limitava a assegurar a justiça legal de caráter formal, o outro amplia seu raio de ação até a justiça legal-material. Enquanto o adversário dos valores burgueses clássicos era a expansão da ação estatal, para limitação da qual foram instituídos os mecanismos adequados – direitos individuais, princípio da legalidade, divisão de poderes, etc. –, o único caminho para assegurar a vigência dos valores sociais é a ação do Estado, para a qual também deve se desenvolver os mecanismos institucionais adequados. Ali se tratava de proteger a sociedade do Estado; aqui se trata de proteger a sociedade através da ação do Estado. Ali se tratava de um Estado cuja ideia se realizava pela inibição; aqui se trata de um Estado que se realiza por meio da sua própria



(2005, p. 180), a realidade social exigiu um novo comportamento estatal, de intervenção e promoção social, “garantindo um conjunto de direitos claramente voltados para a satisfação de necessidades coletivas materiais das classes menos favorecidas”. Salienta Morais (2011, p. 39, grifo do autor) outro aspecto de fundamental importância para a concepção dos direitos na realidade do Estado Social, referindo que “desaparece o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços e estes passam a ser vistos como *direitos* próprios da cidadania, inerentes ao pressuposto da dignidade da pessoa humana”. Os direitos sociais passam a ser vistos como “patrimônio do cidadão”.

Nesse sentido, Julios-Campuzano (2009, p. 31) explica que o Estado Social fez com que o “catálogo de direitos” presente nas cartas constitucionais fosse ampliado, trazendo, por inspiração do novo modo de valorização da igualdade (material), a previsão de direitos econômicos, sociais e culturais. Tal previsão exige “uma atuação positiva do Estado como direitos-prestações com a conquista de objetivos de caráter social que requerem do Estado o desenvolvimento de determinadas políticas”. A dimensão social do Estado, ao incorporar novos direitos, reflete na construção de normas constitucionais programáticas, ou seja, que “contemplam fins de caráter social e estabelecem as linhas fundamentais de ação política que deve desenvolver o Estado em seu projeto de reforma da sociedade”. Acerca das normas programáticas, elucida o autor (2009, p. 31) que elas correspondem a “concretos objetivos de política social que se condensam em direitos prestacionais – que implicam, portanto, em uma obrigação de fazer por parte do Estado para garantir determinados serviços ou tutelar situações concretas”, distinguindo-as dos princípios, que seriam “orientações axiológicas gerais que concernem a coerência interna do ordenamento”. À estas normas, então, cabe o dever de “acelerar o processo político”, contribuindo para estabelecer “os limites do debate político, a definir os parâmetros de ação do governo e a concretizar os objetivos sociais que devem ser perseguidos”, orientando os legisladores acerca de quais projetos sociais devem buscar concretizar (JULIOS CAMPUZANO, 2009, p. 31-32).

As normas, criadas pelo legislativo, a fim de permitir concretizar os direitos assinalados constitucionalmente, devem ser aplicadas pelo Executivo. Diante dessa necessidade, “no Estado social a prevalência do Poder Executivo sobre os demais Poderes é uma condição para efetivar políticas públicas por meio da capacidade de intervenção na economia” (LUCAS, 2005, p. 181). Também Morais e Nascimento (2010, p. 52) destacam o “crescimento das atribuições do Poder Executivo e uma reconfiguração daquelas próprias do

---

ação, que se concretize através de prestações sociais, da direção econômica e da distribuição do produto nacional”.

Poder Legislativo” no Estado Social, em razão da “necessidade de imediatidade de medidas econômicas para regular o mercado e de implementação das garantias sociais e demais conteúdos emergentes das políticas de bem-estar e assecuratórias”. No entanto, afirmam (2010, p. 52) que isto não significa “um apequenamento desta função estatal, mas, isto sim, um verdadeiro deslocamento na centralidade da função estatal”. A respeito do aumento de tarefas assumido pelo Executivo, Morais (2011, p. 38) atenta para o conseqüente aumento da burocracia para concretização dos serviços: “e, como sabido, democracia e burocracia andam em caminhos com sentidos opostos”.

Apesar da mudança de orientação estatal, “o alicerce básico do Estado Liberal se manteve com a permanência da separação entre trabalhadores e os meios de produção, o que gerava mais-valia com a apropriação privada dos resultados do trabalho/produção pelos detentores do capital”. Quer dizer: “os fundamentos econômicos do liberalismo – como capitalismo – permaneceram inalterados, mesmo que matizados” (MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 52). No mesmo sentido, Garcia-Pelayo (2009, p. 14) explica que o Estado Social orienta-se pelos mesmos valores do Estado Liberal – liberdade, propriedade individual, igualdade, segurança jurídica e sufrágio. A diferença é que o Estado Social busca “torná-los mais efetivos na medida em que lhes dá uma base e um conteúdo material”. Para tornar isso possível, “parte do pressuposto de que indivíduo e sociedade não são categorias isoladas e contraditórias, mas dois termos em implicação recíproca, de tal modo que um não pode se realizar sem o outro”. Nesse sentido, “não há possibilidade de se atualizar a liberdade se seu estabelecimento e garantias formais não forem acompanhados de condições existenciais mínimas que tornem possível seu exercício real”. É importante ter em mente que não se deixou de lado, no Estado Social, os interesses das classes dominantes, especialmente a burguesia, mas, em razão das pressões das demandas populares e das tensões sociais, o Estado teve que rearranjar-se, como autoridade pública e ativa (MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 52-53).

O modo pelo qual o Estado, em seu viés social, passa a atender os anseios sociais, além do aumento da atuação do Executivo, é o que Picardi (2008, p. 5) denomina de “inflação legislativa”, que “não consiste só na multiplicação das leis, mas também na desvalorização da lei”. Explica Santos (2009, p. 159) que, enquanto que no Estado Liberal se fazia necessário o domínio da lei, como norma geral e abstrata, devendo determinar o conteúdo do caso concreto para que pudesse ser aplicada, o Estado Social, ao prever direitos de participação e não apenas liberdades, exige que seus conteúdos sejam continuamente regulamentados, necessitando de modulação e diferenciação de acordo com o caso concreto. A diferença em

relação ao ideário liberal é que no Estado Social “a lei passa a ser utilizada não mais, apenas, como ordem geral e abstrata – a generalidade da lei era considerada fulcro do Estado de Direito – mas, sim, como instrumento de ação, muitas vezes com caráter específico e concreto, atendendo critérios circunstanciais” (MORAIS, 1996, p. 73-74).

Diferentemente da perspectiva oposta em que se encontravam Estado e sociedade no Estado Liberal, o Estado Social “parte da experiência de que a sociedade, deixada, total ou parcialmente, a seus mecanismos auto-reguladores, conduz à pura irracionalidade”. Portanto, “apenas a ação do Estado [...] pode neutralizar os esforços disfuncionais de um desenvolvimento econômico e social não controlado”. O Estado, em seu viés social, “deve ser o regulador decisivo do sistema social; precisa enfrentar a tarefa de estruturar a sociedade através de medidas diretas e indiretas” (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 11).

Visando a melhoria das condições de vida dos trabalhadores, o Estado passa a ter uma postura assistencialista, a partir da “implementação da mais variável gama de políticas públicas de ordem social” (ISAIA, 2012, p. 144).

Para tanto, havia a necessidade de reorganizar o ordenamento jurídico, pois com a dependência das políticas de administração e reorganização social do texto legal, o direito passa a ser um “instrumento de intervenção e assistencialismo, resultando na politização do jurídico” (LUCAS, 2005, p. 181):

Um dos mecanismos utilizados para reorganizar o quadro social e garantir esta atuação promotora do Estado foi o ordenamento jurídico que, com as mudanças orgânicas e funcionais promovidas pelo Estado intervencionista, altera sua orientação política e passa a representar um instrumento de interferência estatal para a promoção de políticas sociais.

Retomando a ideia de inflação legislativa e da desvalorização da lei ocorrida no Estado Social, Picardi (2008, p. 5, *sic.*) trata da atividade jurisdicional, explicando que “com a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social de direito, as tarefas do magistrado e dos aparelhos administrativos se multiplicaram. Mas a ampliação desses aparelhos determinou, para além e contra as intenções, um incremento dos poderes do juiz”. Prossegue o autor (2008, p. 6) referindo que “a pluralidade das regulações normativa, termina pois, por provocar uma redução da efetividade”, uma vez que “o aumento do número de regras comporta, assim, um desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinações”, o que “termina por transferir para a jurisprudência tarefas consideradas próprias da legislação: da determinação dos efeitos da lei no tempo à própria organização das fontes do direito”.

Diante da multiplicação das previsões legais e da ineficiência do Poder Executivo em atendê-las, Picardi (2008, p. 6, *sic.*) explica que uma consequência da inatividade legislativa

(qualitativamente falando) é o deslocamento de poder para o judiciário: “Trata-se do fenômeno pela qual a magistratura assume tarefas originariamente atribuídas a outros órgãos do Estado, substituindo-os”. Assim, o direito supera sua “esclerose funcional” e passa a ser um “ator ativista”, aproximando o Estado da sociedade (separados pelo liberalismo), dando ao Judiciário, diante da inefetividade do Executivo, a perspectiva de promover os direitos (ISAIA, 2012, p. 149).

A multiplicação dos direitos sociais não atendidos pelo Poder Executivo acarretou na massificação das demandas perante o Poder Judiciário. Isto fez com que o direito passasse a ser um instrumento de intervenção e de assistencialismo. O Judiciário, que antes não se preocupava com os reflexos de suas decisões na coletividade, passou a ter no princípio da dignidade da pessoa humana o norteador de toda sua atuação, que, de vigilante e repressiva tornou-se ativa e diretiva. Assim, diante da inefetividade do Executivo na realização de políticas públicas de cunho social, coube ao Judiciário “intervir em espaços tradicionalmente reservados ao Executivo para garantir direitos sociais e a se manifestar sobre um novo campo de litigiosidade, marcadamente coletivo e de orientação fortemente política” (LUCAS, 2005, p. 181-183).

Com isso, foram impostas novas obrigações aos juízes em face de uma legislação social que se limitava, no mais das vezes, a definir a realidade e os princípios gerais dos direitos sociais, sem que estes fossem autoexecutáveis, cabendo aos juízes lhes fornecerem conteúdo, “o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar” (CAPELLETTI, 1999, p. 41-42).

O Judiciário passa a (ter de, por força constitucional) adotar uma postura ativista, de aproximação com a sociedade, o que exige uma atuação mais presente do magistrado, redefinindo os papéis da atividade jurisdicional, que deve atender à aplicação de um direito mais amparado em uma base principiológica, o que, para Lucas (2005, p. 183), implica em uma “necessária discricionariedade<sup>9</sup> para interpretar e aplicar os ideais constitucionais apresentados em forma de princípios constitucionais semanticamente abertos”.

Nessa realidade, o juiz tem seus poderes elevados, o que contribui para a transição de um processo liberal, eminentemente escrito e apegado à formalidade da lei, protagonizado pelas partes, para um processo socializado, caracterizado como uma instituição estatal de

---

<sup>9</sup> Posteriormente, será aprofundada a questão da discricionariedade judicial. Adianta-se que o posicionamento adotado no presente trabalho é no sentido de que a discricionariedade judicial não encontra respaldo na Constituição.

bem-estar social, cujo protagonista é o juiz (ISAIA, 2012, p. 151). Este protagonismo judicial se dá muito em razão da oralidade e também em decorrência do “delineamento de um ativismo judicial no trâmite processual”, denominado de “princípio autoritário” (NUNES, 2009, p. 46). Neste ambiente político, o juiz não é mais considerado um meio que o Estado põe à disposição das partes para dirimir os seus conflitos de direito privado, mas sim, o representante soberano da lei, tendo por objetivo assegurar a paz social (ISAIA, 2012, p. 151).

O juiz, no Estado Social, acaba por agregar uma postura política, diante de sua capacidade de viabilizar o cumprimento das demandas sociais, o que pode ser vislumbrado na realidade jurisdicional atual, em que, a exemplo das ações de saúde<sup>10</sup>, o Estado, ineficiente, não presta o devido atendimento aos cidadãos, provocando-se o Judiciário a suprir sua falta de atuação<sup>11</sup>. Nesse sentido, Lucas (2005, p. 183) aponta para a judicialização da política, ou seja, a introdução do Judiciário na esfera política do Estado, diante da adoção de um perfil

---

<sup>10</sup> Apenas do Estado do Rio Grande do Sul, até junho de 2014, havia um total de 113.953 ações em tramitação envolvendo prestações referentes ao direito à saúde (RELATÓRIOS, 2014). Ainda, segundo informações do Conselho Nacional de Justiça, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 94% das 18 mil ações de saúde protocoladas, foram deferidas entre os anos de 2002 e 2009 (VASCONCELLOS, 2013).

<sup>11</sup> O julgado a seguir demonstra a preocupação do juiz em concretizar os direitos sociais inefetivados pelo Estado: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. OCLUSÃO DE ACD + ESTENDES SEVERAS EM ADA E ACX (CID 10 I 25.1) E VE COM SERVERA DISFUNÇÃO (CID 10 I 50.1). FORNECIMENTO DE CONSULTA COM ESPECIALISTA EM CARDIOLOGIA. PRELIMINAR. 1. A concretização da pretensão veiculada na inicial em razão da antecipação dos efeitos da tutela não enseja a extinção da ação por perda do objeto, sendo necessário o regular prosseguimento do feito e consequente resolução do mérito. Preliminar afastada. 2. A assistência à saúde é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o poder público custear os medicamentos e tratamentos aos necessitados. Inteligência do art. 196 da Constituição Federal. 3. Em razão da responsabilidade solidária estabelecida entre os Entes Federados para o atendimento integral à saúde, qualquer um deles possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que busca o acesso à saúde assegurado pela Constituição. 4. Tratando-se de demanda que visa o fornecimento de atendimento médico inacessível e imprescindível à preservação da vida e da saúde da parte requerente, é suficiente a demonstração da existência da moléstia com o encaminhamento ao especialista, e a ausência de recursos financeiros da parte autora para custear o tratamento. **5. Não há falar em limitação do Ente Público em fornecer apenas os tratamentos que constam na estrutura do Sistema Público de Saúde, sob pena de afronta direta a direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.** 6. A repartição de competências no Sistema Único de Saúde não tem o condão de afastar a responsabilidade do ente público demandado, de modo que o recorrente deve responder na presente demanda pelo fornecimento do tratamento pleiteado. 7. A ausência de previsão orçamentária não constitui óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna. 8. A alegação de escassez de recursos para se eximir de fornecer o tratamento solicitado pelo autor sobrepõe o interesse financeiro da administração ao direito à vida e à saúde daquele que necessita ser assistido. 9. Os argumentos invocados pelo ente público apelante estão estampados na Carta Constitucional da mesma forma que os direitos do apelado se consubstanciam em preceitos constitucionais, impondo-se, desse modo, a realização de uma ponderação de princípios quando ambos direitos forem constitucionalmente previstos. 10. Pelo princípio da causalidade, a verba honorária é devida ao procurador da parte vencedora na demanda, e constitui impositivo legal que integra os consectários da condenação, previstos no regime da sucumbência instituído no caput do artigo 20 do CPC. 11. Deve o Município pagar honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez em confusão entre credor e devedor, previsto no art. 381, do CPC. PRELIMINAR AFASTADA. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70061702148, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 04/11/2014)

promovedor:

Enquanto no Estado liberal o direito pretendia afastar o Estado do cidadão, com o Estado social o direito assume uma função positiva, marcada pelo poder de aproximar positivamente o Estado da sociedade civil e pela capacidade de se exigir judicialmente o cumprimento dos direitos sociais. Assim, com o desenvolvimento do Estado social e de sua agenda de igualdade, o Judiciário foi introduzido no espaço da política para viabilizar a vontade coletiva consagrada na legislação protetora dos direitos fundamentais.

Nunes (2009, p. 179) também trata do fenômeno da “judicialização da política”, explicando tratar-se da “tendência de transferir poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário”, que “exerce um poder de veto aos interesses dominantes do Executivo e do Legislativo, mediante a manifestação dos interesses de grupos minoritários”. O que ocorre, segundo o autor (2009, p. 179-180) é a participação do Judiciário na tomada de decisões políticas, fruto do agigantamento do Estado (para Cappelletti) ou do seu enfraquecimento em razão das pressões do mercado (para Garapon). Em suma, a judicialização da política<sup>12</sup>:

[...] corporifica um “coroamento” de um movimento de reforço do papel do Judiciário que perpassou toda a fase autonomista do estudo do Direito Processual, devido à incapacidade das instituições estatais majoritárias de dar provimento às demandas sociais e à consequente busca destas perante o “Estado-juiz” (NUNES, 2009, p. 181).

Lucas (2005, p. 183) sintetiza a importância do direito para o Estado Social, uma vez que “ao mesmo tempo em que o Estado se comprometeu com uma pauta social composta de direitos coletivos, o direito adquiriu uma virtude reivindicatória, definida pela capacidade de se recorrer ao Judiciário para exigir o cumprimento de tais direitos positivos”. Ocorre que esta democratização de acesso à jurisdição pode dar ao juiz um poder político para consecução dos direitos sociais ignorados pelo Estado, desrespeitando a separação dos poderes de forma muitas vezes perigosa, pois pode envolver um grau de discricionariedade do magistrado, que não lhe cabe dentro de um ideário constitucional. Esta postura discricionária do juiz torna-se um problema quando o juiz assume um caráter político, extrapolando sua jurisdição. Cappelletti (1999, p. 42) denomina de “juiz criativo” o juiz próprio deste modelo estatal, em razão da carga de discricionariedade e das tentativas de implementação de políticas público-promocionais, a fim de executar a justiça social. Para o autor (1999, p. 42), “é manifesto o

---

<sup>12</sup> No entanto, cabe frisar que o entendimento adotado neste trabalho é no sentido de que a judicialização da política não se coaduna com o ideário do Estado Democrático de Direito. A atuação política do Judiciário, está usurpando poder constitucionalmente dado ao Executivo (mesmo que por ineficiência desse). Ocorre que esta postura do magistrado não pode ser considerada democrática. Muito pelo contrário, pode levar a práticas totalitárias.

caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais”. Reitera, porém, que a diferença entre o papel do juiz criativo e o papel tradicional (dizer a lei – Estado Liberal) é apenas de grau e não de conteúdo, pois entende que toda interpretação é criativa, sendo, algumas vezes, inevitável certo grau de discricionariedade na atividade jurisdicional. Continua:

[...] nessas novas áreas abertas à atividade haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes (CAPELLETTI, 1999, p. 42).

Assim, durante o Estado Social, os juízes passaram a tomar suas decisões como forma de “implementar os valores que dão sustentáculo à constitucionalização da questão social a partir do uso do monopólio da jurisdição” (ISAIA, 2012, p. 153). Picardi (2008, p. 3-4) trata do aumento dos poderes do juiz nesta fase, explicando que, enquanto no século XIX havia a busca por uma jurisdição única para a solução de todas as controvérsias e amparada no procedimento ordinário, no século XX, a partir do fenômeno da “decodificação”, foram criados diversos procedimentos especiais, que colocaram o ordinário de lado. Atenta para o fato de que “a pluralidade de normas processuais e, por isso, de ritos diferenciados, já de si só, favorece a possibilidade de soluções diversificadas e, em última instância, aumenta a taxa de discricionariedade das decisões do juiz”. Ademais, “o aumento dos poderes do juiz se detecta, depois, também com referência às escolhas e às adaptações do procedimento e das técnicas de resolução das controvérsias” (PICARDI, 2008, p. 4).

Este aumento dos poderes do juiz teve relação direta com a oralidade<sup>13</sup> do processo, que permitiu ao magistrado se tornar um sujeito efetivamente ativo dentro do processo, tomando as rédeas da instrução e do resto do andamento processual. Explica Isaia (2012, p. 151-152) que a oralidade processual foi pano de fundo para o aumento dos poderes do juiz:

A partir dela é que ele se transformaria (de inerte espectador) em sujeito ativo do processo, autorizado a dirigir utilmente toda a instrução e todo o andamento processual. Suas principais características foram focadas: 1º) no prevaletimento da palavra como meio de pressão moderada pelo uso da escrita de preparação e documentação; 2º) na imediatidade e na identidade física do juiz e das pessoas cujas declarações deve avaliar; 3º) na concentração do trato da causa num único período (debate) a ser feito em uma ou em poucas audiências próximas; 4º) na

---

<sup>13</sup> Interessante colocação de Nunes (2009, p. 169) a respeito da dificuldade enfrentada pelos magistrados em aplicar o modelo oral e social de processo e seu apego ao ideário liberal de processo, apontando “um problema de difícil resolução, qual seja, a dificuldade de todos os “operadores” em lidar com o modelo oral e social de direito, uma vez que apesar de, no plano legislativo, existir um processo oral e social, as práticas dos “operadores” ainda se encontram secularmente ligadas ao liberalismo e ao processo escrito.

irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Essa fase autonomista do processo tinha na oralidade o caminho para alcançar uma “aceleração prática dos atos processuais, mediante o aumento da ingerência do Estado-juiz, com a adoção de sua direção durante todo o *iter*, conjugada com a aplicação técnica dos princípios da imediatidade, identidade física do juiz e da concentração” (NUNES, 2009, p. 55). Refere Nunes (2009, p. 46):

Essa visão permitiu um fortalecimento dos poderes judiciais, na grande maioria dos sistemas processuais, com a atribuição da direção do processo por parte do juiz, entendida não somente no aspecto formal de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos do processo, mas também em seu aspecto material, ofertando ao órgão judicial controle e iniciativa oficiosa no recolhimento do material que formará o objeto do juízo sobre o mérito.

Refere Picardi (2008, p. 5) que a expansão do âmbito da intervenção jurisdicional vai além do plano processual, alcançando o direito material: “A verdade é que hoje o juiz é chamado a desenvolver funções que, ontem, pareciam reservadas à outras instituições. Registra-se, de fato, um considerável aumento dos poderes do juiz, tanto no confronto da legislação quanto da administração”<sup>14</sup>.

Ost (1993, p. 177) denomina o juiz próprio do Estado Social de Hércules, pois ele está presente em todas as frentes, indo além do juiz Júpiter (Estado Liberal) ao realizar outros trabalhos, não só aplicando a norma. Enquanto Júpiter era um “homem de lei”, Hércules é um “engenheiro social”. O protagonismo judicial característico da perspectiva da socialização do processo também foi acompanhado pela criação de novos instrumentos, como a ação direta de constitucionalidade, o mandado de injunção, a ação por descumprimento de preceito fundamental, etc. Assim, “essa verdadeira democratização de acesso à jurisdição acaba por levar o judiciário a invadir o território da política, evidenciando seu espectro instrumental na consecução dos direitos sociais, em especial o das políticas públicas” (ISAIA, 2012, p. 152).

Lucas (2005, p. 184) refere que “a invasão do direito pela política estabelece uma nova

---

<sup>14</sup> Este aumento do âmbito da atuação do Judiciário, buscando suprir a inefetividade do Poder Executivo na condução de políticas públicas pode ser facilmente observado na decisão que segue: Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. **Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento AI 809018 AgR/SC. Primeira Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 25/09/2012, grifo nosso).**



relação entre a sociedade e o Estado, pois evidencia o caráter operacional do direito para a consecução das políticas sociais que, até então, estiveram presentes apenas no embate travado no campo político”. Assim, o juiz Hércules acaba assumindo certo grau de discricionariedade na tomada de decisões, mesmo que em prol da sociedade. Instaura-se, neste ponto, a problemática (inconcebível no Estado Democrático de Direito) das arbitrariedades interpretativas por parte dos juízes em razão de sua postura criativo-ativista.

Para Isaia (2012, p. 153), o juiz criativo (Cappelletti) é uma antítese do juiz clássico (de Justiniano a Montesquieu ou o juiz Júpiter de Ost) que tinha como dever apenas declarar a vontade da lei. Ao ser “criativo” o juiz afronta a vontade da lei, atribuindo-lhe valores que dão sustento à constitucionalização da questão social a partir do monopólio da jurisdição. Para o autor (2012, p. 153), o problema é que “a atividade jurisdicional foi além do simples controle na promoção e efetivação das políticas públicas sociais”, tornando o juiz um “terceiro gigante”, um “criativo-ativista”, apoiando-se na sua discricionariedade para efetivar os direitos sociais. Assim, o juiz criativo, “ao sobrelevar o poder discricionário dos juízes, corre o risco de se tornar decisionista, arbitrário, deixando ao juiz e a sua consciência a tarefa de solucionar os casos que não encontram previsão direta no âmbito jurídico positivado, o que retroalimentaria o próprio positivismo jurídico”<sup>15</sup> (ISAIA, 2012, p. 157).

Enfrenta-se, após a superação do juiz Júpiter próprio do Estado Liberal, o solipsismo judicial no Estado Social, devendo-se superar estas figuras para a construção de um processo digno do ideário democrático. A falta de compromisso com parâmetros para as decisões podem levar a decisionismos<sup>16</sup>.

Considerando seu viés mutante, o Estado está sempre recebendo influência da

---

<sup>15</sup> O ideário do protagonismo judicial está presente na ideologia dos magistrados, que se consideram “senhores do processo”, autorizando, assim, a prática discricionária, como se observa no julgado: RESPONSABILIDADE CIVIL. VÍCIO REDIBITÓRIO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. Agravo retido. **Em sendo o julgador o senhor do processo, a prova a ser produzida nos autos tem a finalidade de formar a sua convicção.** O indeferimento de prova pericial não importa em cerceamento de defesa. Não pode ficar isento de responsabilidade revendedora de automóveis que vende veículo usado em deficiente estado de conservação do motor capaz de causar dano ao consumidor. Quando o consumidor adquire automóvel em loja especializada tem por princípio a idéia que o fornecedor vende produto revisado e bem cuidado. Segurança e certeza na aquisição do bem. Danos materiais (prejuízo emergente) e morais reconhecidos em razão da gravidade do acontecido ao motorista da caminhonete. Ausente sistema de tarifamento, o montante compensatório é fixado pelo arbítrio do juiz, observados os balizadores indicados pela doutrina e pela jurisprudência, bem assim os precedentes que digam com circunstância de fato e de direito assemelhados. Quantum reduzido. A ausência efetiva de prova dos alegados prejuízos induz a negativa ao pedido de ressarcimento por dano material (lucro cessante). Agravo desprovido, apelo provido em parte, desprovido o adesivo. Decisão unânime. (Apelação Cível Nº 70023024904, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 18/12/2008, grifo nosso).

<sup>16</sup> Contra esta discricionariedade, os principais expoentes teóricos são Ronald Dworkin e, no Brasil, Ovídio Baptista da Silva, como será aprofundado no decorrer do trabalho.

realidade social. Quanto à evolução do modelo estatal – de liberal para social -, Morais (1996, p. 74, grifo do autor) explica que a transformação foi além do “conteúdo finalístico” do Estado, exigindo a “reconceitualização de seu mecanismo básico de atuação, a lei”. No entanto, durante o Estado Liberal, seu conteúdo “não abre perspectiva a que se concretize uma cabal reformulação dos poderes vigentes à época do modelo clássico”. Também no Estado Social, “a questão da igualdade não obtém solução, embora sobrepuje a sua percepção puramente formal, sem base material”.

Em outra obra, o professor Morais (2011, p. 40) explica que o Estado Social não foi constituído definitivamente e, a realidade social hoje posta, exige “uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como afiançador/promovedor da qualidade de vida do indivíduo, das coletividades e dos grupos, para além de qualquer vínculo peculiar que o(s) conecte ao ente estatal”. Assim, o autor (1996, p. 74) justifica a necessidade de se desenvolver um novo conceito de Estado – democrático:

É por essas, entre outras, razões que se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como um aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a *transformação do status quo*.

Para Santos (2009, p. 158), o Direito brasileiro está sofrendo uma crise de paradigma, em razão “do atraso na construção de uma sólida teoria jurídica com bases na filosofia e na ciência política”, identificando a crise como “o resultado inexorável das tensões existentes entre a racionalidade formal do Direito Liberal e a material do Direito Social”. Diante deste conflito entre os paradigmas típicos de cada corrente de pensamento, os pensamentos jurídico, filosófico e econômico, acabam por chegar a diferentes conclusões quanto às possibilidades de solução de um caso concreto. Fica clara a dificuldade que a tradição jurídica nacional tem de tratar as questões levadas ao Judiciário, impossibilitando a garantia de uma prestação jurisdicional democrática. Segundo o autor (2009, p. 161), o grande desafio ao direito brasileiro está em “realizar as promessas constitucionais do bem-estar social prometido pela modernidade [...] com a concretização da Constituição em todos os níveis e instâncias do Poder Judiciário e pelos diferentes segmentos ativos da sociedade civil”.

Para Isaia (2012, p. 157-159), diante da atividade criativa do juiz, é necessária a imposição de limites à sua liberdade interpretativa, uma vez que a finalidade da jurisdição é de concretizar a Constituição, somente possível com o amparo das decisões em valores, princípios e regras contidos no ordenamento jurídico, separando-se as atividades de julgar e legislar.

Nesse sentido, o modelo estatal que se busca é o Democrático de Direito, que, no tópico seguinte, passa a ser enfrentado com atenção, a fim de se permita moldar um modelo de jurisdição democrático, diante dos desafios do século XXI.

### **1.3 O Estado Democrático de Direito: a necessária democratização da jurisdição e o alinhamento ao ideário constitucional**

*“[...] é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do welfare state (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um plus normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora de direitos fundamentais-sociais e da própria democracia” (STRECK, 2012, p. 67-68).*

O Estado Social, redistribuidor por excelência, não é capaz de conduzir à mudança social ao desequilibrar a balança dos poderes, cláusula pétrea do Estado. Faz-se necessário um Estado intervencionista, transformador da realidade através de políticas públicas, um Estado que efetivamente insira a democracia na sociedade. Este Estado preconizado é o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, onde o Estado Social nunca foi realidade e “as promessas da modernidade ainda não se realizaram”, o Estado deveria ser o agente capaz de promover uma mudança da política social, mas o que se vê é que a realidade brasileira encontra-se diante de um dilema: “quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!”. A situação atual do Estado brasileiro, em termos de políticas públicas sociais, “acontece na contramão do que do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 84-85).

Também Lucas (2005, p. 184-185) expõe a fragilidade do sistema estatal brasileiro, evidenciando que a previsão constitucional de direitos sociais não gerou alterações substanciais na realidade social:

É importante referir que a realidade brasileira, assim como a dos países periféricos – que sequer estabeleceram um Estado de Bem-Estar-Social, que enfrentaram longos períodos de ditadura militar e que sempre apresentaram uma crise financeira e uma dependência externa –, apresenta-se de modo especialmente paradoxal, pois a constitucionalização dos direitos sociais não foi capaz de alterar substancialmente a pauta política e de gerar uma atuação estatal de promoção dos direitos sociais. Isto é,

apesar de constitucionalmente obrigado, o Estado ainda não se livrou das históricas amarras políticas e econômicas que produziram o déficit social que massacra o Brasil e que fragiliza o seu projeto constitucional.

A realidade judiciária brasileira está, como explica Lucas (2005, p. 185), distante das expectativas trazidas pela Constituição, transformando o Judiciário em um “espaço de reivindicação”, representando, perante a sociedade, “um poder ativo na realização da promessas constitucionais e na afirmação da democracia”. Mesmo após as mudanças da Constituição de 1988, “os Estados e as sociedades como um todo permanecem enfrentando diversas crises: as diferenças sociais aumentaram, permanecendo a exclusão, a violência, a discriminação, dentre outras questões próprias ao pressuposto da dignidade da pessoa humana” (MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 55).

Santos (2009, p. 27) refere que no período pós-guerra, diante dos avanços tecnológicos e da reorganização da geopolítica mundial, os modelos constitucionais ligados ao Estado Democrático de Direito começaram a apontar uma redefinição da concepção de direitos fundamentais. A concepção, ligada ao exercício da autonomia individual do sujeito, própria do Estado Liberal, exigindo a abstenção do Estado, foi substituída por uma “compreensão coletiva de qualidade de vida que passou a demandar a satisfação de necessidades materiais” (SANTOS, 2009, p. 27-28).

Porto (2006, p.72) esclarece que “se o Estado Social é uma evolução do Estado Liberal, o Estado Democrático de Direito também é uma evolução em relação ao Estado Social”, pois tem como pilar o princípio democrático, que faz dele um paradigma correspondente “a um modelo de busca de legitimidade do poder no Direito e do Direito na sociedade”. No mesmo sentido, Santos (2009, p. 27) afirma que o Estado Democrático de Direito não significa “simplesmente agregações de gerações de direitos, mas rearticulações conceituais fundamentais como a ideia de democracia, de cidadania, de dignidade, etc.”.

Assim, “no Estado Democrático de Direito, o Direito serve a propósitos de transformação positiva da sociedade civil, na direção de uma maior igualdade de oportunidades e de realizações individuais e coletivas” (PORTO, 2006, p. 72). Outra implicação do Estado Democrático de Direito deve ser o entendimento de que a cidadania não está mais “restrita a direitos de participação política ou ao âmbito dos direitos individuais de origem burguesa”, devendo ser orientada “por uma concepção mais substancialista, onde a educação passou a assumir papel fundamental na formação do indivíduo, na estabilidade social e no equilíbrio das instituições” (SANTOS, 2009, p. 28).

O Estado com teor democrático tem como característica o desprendimento do

“rearranjo ‘conservador’ de pressupostos intransponíveis do liberalismo e, particularmente, de sua economia capitalista”, perfil do Estado Social, de modo que pode-se dizer que ele apresenta “um conteúdo de transformação da realidade” (MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 55). Para Streck (2009, p. 66), esta faceta transformadora é o *plus* normativo do Estado Democrático de Direito em relação ao Estado Liberal, de faceta ordenadora e o Estado Social, de faceta promotora. No Estado Democrático de Direito, “o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro”.

A realidade do Estado Democrático de Direito faz com que seu conteúdo ultrapasse o “aspecto material de concretização de vida digna do homem”, passando a “agir simbolicamente como fomentador da participação pública na reconstrução da sociedade” (MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 55). Neste sentido, Isaia (2011, p. 43) afirma que o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito é fruto da superação de uma série de conquistas:

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

O Estado Democrático de Direito tem, por essência, o condão de ser transformador da realidade, não se restringindo apenas a reparar as condições de existência, como o Estado Social. Morais (2011, p. 41, grifos do autor) explica que o surgimento do modelo democrático de Estado se dá “como um aprofundamento/transformação da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare State*”: seu caráter transformador é o destaque que permite ao modelo se aprimorar e complexificar, ao impor à ordem jurídica e à atividade estatal “um conteúdo utópico de transformação do *status quo*”. Sem dúvidas, o Estado Democrático de Direito traz consigo “um novo modelo democrático”, como sintetiza Santos (2009, p. 28):

Hodiernamente, nos projetos de felicidade constitucionalizados, denominados democráticos e sociais de Direito, a diferença, juntamente com a solidariedade, assumem lugares até então nunca ocupados nos projetos do Estado social do século passado. Talvez nos tempos atuais a grande democratização que se busque seja a da diferença, juntamente com outros direitos não-individuais, como fator imprescindível para a concretização de todas as demais demandas para uma vida boa.

Quanto à atuação da Constituição para a formação de uma realidade verdadeiramente democrática, Julios-Campuzano (2009, p. 36-37, grifo do autor), explica que as Constituições altamente flexíveis e de fácil modificação, “dominadas pela supremacia do princípio da legalidade”, acabaram por reduzir seu papel, tornando o Estado maior que a Constituição e “outorgando ao legislador a condição de *senhor do direito*”.

As Constituições surgidas no período pós-guerra, preocupadas em resistir “aos devaneios reformadores do mutante poder legislador” e às “pretensões sempre insaciáveis do poder de adaptar o conteúdo da norma fundamental a seus próprios interesses e conveniências”, têm por característica a rigidez, dificultando a modificação de seus textos. Para Julios-Campuzano (2009, p. 37), “o caráter rígido da Constituição não faz senão reforçar sua normatividade e proteger a dimensão substantiva que o novo constitucionalismo integra em seu texto”, a partir de “princípios e disposições programáticas que indicam a direção política a seguir, incorporando critérios axiológicos substantivos de legitimidade constitucional”.

Na busca pela realização dos ideários preconizados pelo Estado Democrático de Direito é essencial que se atente para a realidade social a ele intrínseca. Na visão de Santos (2009, p. 166), a Constituição de 1988 ainda não é de todo compreendida pelos operadores do direito, uma vez que representa uma “gama de possibilidades hermenêuticas [...], especialmente se forem tomados, como ponto inicial de análise, os dispositivos concernentes à ordem econômica [...], particularmente no que tange à realização dos direitos sociais”, sem esquecer de considerar “uma série de vicissitudes que ainda maculam historicamente o pensamento jurídico brasileiro”. Apesar destas dificuldades, o autor aponta para uma certeza: “a Carta Magna de 1988 não mais consagra, diferentemente das Constituições anteriores, o Liberalismo infenso à justiça social, mas sim, na pior das hipóteses, um social-Liberalismo, segundo o qual o Estado também atua como agente normativo e regulador da atividade econômica” (SANTOS, 2009, p. 166).

Ou seja, a Constituição, no Estado Democrático de Direito, precisa ser uma “autêntica norma jurídica, subtraindo da maioria o controle absoluto do direito”, capaz de redefinir “o esquema de relações entre política e direito, invertendo a supremacia que o modelo positivista havia outorgado a política que fica, agora, limitada pela norma suprema do ordenamento jurídico” (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 38).

Para que alcance este objetivo, a Constituição precisa estar munida de instrumentos que dificultem a sua perda de conteúdo, motivo pelo qual, seguindo a tendência do

constitucionalismo pós-guerra, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo mecanismos que dificultam sua modificação. Essa proteção da Constituição é essencial para deixá-la a salvo de modificações por conveniência política ou econômica. Com isso, “o constitucionalismo contemporâneo, ao optar por modelos rígidos, está *colocando em valores* o conteúdo material da Constituição e realçando sua força normativa” e esta opção significa “uma autêntica mudança no paradigma constitucional”, que deve refletir na sociedade e no Estado como um todo, inclusive na prestação jurisdicional (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 38-39, grifo do autor).

A rigidez da Constituição é, portanto, uma conquista da democracia, como evidencia Alfonso de Julios-Campuzano (2009, p. 39, grifo do autor):

A rigidez constitucional é a manifestação mais incontestável da vontade do constitucionalismo contemporâneo de fazer da Constituição a norma fundamental por excelência, reivindicando seu protagonismo como verdadeira norma jurídica e vértice do ordenamento. A concepção da Constituição como “*mero sistema simbólico de princípios ideológicos e de formulações políticas*” é definitivamente superada. Em seu lugar, proclama-se agora já sem paliativas, a supremacia da Constituição.

Deste aspecto democratizador, sobrevém a necessidade da releitura e adaptação da jurisdição processual civil aos princípios constitucionalmente postos pelo Estado Democrático de Direito. Para Silva (2004, p. 02), “a prática de uma democracia verdadeiramente participativa não pode prescindir de um Poder Judiciário forte, responsável e politicamente legitimado”.

Streck (2007) defende a que os textos processuais infraconstitucionais devem ser revistos e reinterpretados, na medida em que o processo jurisdicional vem a ser um obstáculo à realização do direito material, mas antes condição de possibilidade para a realização dos direitos previstos na ordem jurídica. A mudança de paradigma (a ser) realizada com o Estado Democrático de Direito, deve ter “reflexos imediatos em relação às funções do Estado, que não mais apenas devia garantir espaços de segurança e certeza que permitissem o mais amplo gozo de direitos individuais, mas devia agir para, por exemplo, proporcionar a educação a seus cidadãos” (SANTOS, 2009, p. 28).

Morais (2011, p. 62) explica que há uma contradição entre o que se espera de um Estado Democrático de Direito, com abertura democrática, facilitador do acesso ao sistema, e a realidade atual, de negação de promessas constitucionais. Isto faz com que o Judiciário seja apontado como a salvação dos problemas não atendidos pelo Estado:

Experimenta-se, assim, um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo – da construção legislativa de promessas à disputa

por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta, hoje, em projetos de reforma, desconstrução, fragilização e, até mesmo, eventualmente, retomada do Estado e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição –, em busca das promessas perdidas, submetida, agora, à exaustão de suas fórmulas.

Para o autor (2011, p. 63-65), enfrentamos uma crise conceitual no constitucionalismo brasileiro. No momento em que, com o qualitativo de democrático, um novo modelo estatal visa superar o Estado Liberal e Social a partir da transformação social, os velhos pilares do estado – povo, território e soberania – parecem frágeis diante do contexto globalizado de hoje. Assim, defende que esses conceitos não podem ser entendidos em suas versões clássicas, apontando para o “desfazimento de certas ideias iluministas, modernas, institucionais, apontando para a fragmentação do lócus tradicional do que se convencionou chamar de Estado Nacional, da sua política e de suas estratégias de atuação”. E mais, nesse trabalho, podemos afirmar que essa atitude deve também ser tomada no campo do aparato jurisdicional do Estado, para que ele esteja apto a tutelar os novos litígios decorrentes da sociedade em rede, como será aprofundado.

Neste sentido, Streck (2009, p. 72) traça o panorama da jurisdição no Estado Democrático de Direito, diante do perfil dirigente e compromissário da Constituição Federal, explicando que a jurisdição constitucional atua está longe de alcançá-lo. É necessário “*compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade*, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito”. Nesse ponto, o autor atenta para o fato de o Judiciário não ter, ainda, entendido o seu papel, pois ainda se mostra comprometido com o paradigma liberal-individualista:

É preciso, assim, admitir a existência de um novo paradigma, no interior do qual o fenômeno do constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo) proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de Constituições compromissárias e sociais (ou dirigentes) (STRECK, 2009, p. 72).

Para Streck (2009, p. 73), o Judiciário deve ter uma postura intervencionista, mas não no sentido da judicialização da política. Defende um “intervencionismo substancialista”, capaz de “garantir o cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988”.

Intrínsecas ao novo paradigma estatal, estão as modificações na estrutura das relações sociais ocorridas no final do século XX e início do século XXI, que merecem ser analisadas com atenção. Elas são responsáveis pela formação de um ambiente dinâmico, multicultural, que deve ser bem compreendido pelo direito processual, para que este possa garantir uma



prestação jurisdicional adequada aos litígios que o desafiam. Tendo em vista todas as dificuldades que a jurisdição processual civil vem enfrentando na realidade atual, demonstradas no decorrer deste primeiro capítulo, fica claro que uma perspectiva crítica do direito é essencial para o redesenho da jurisdição, para que esta seja posta à disposição da sociedade como um instrumento capaz de prestar uma tutela ágil e eficiente para questões envolvendo direitos dos mais diversos, inclusive transindividuais, cada vez mais comuns na realidade da sociedade em rede. Para isso, o processo, instrumentalizador da prestação jurisdicional do Estado, também precisa ser embebido de novos horizontes, efetivando o que, já em 1988, fora preconizado pela Constituição, mas que, ainda hoje, não se efetiva na realidade social, política e jurídica do país.

Sem dúvidas, o fator fundamental para a verdadeira revolução social da atualidade é a internet. Por meio dela, a configuração da sociedade foi dinamizada, modificando as relações entre pessoas e outros sujeitos, como empresas e organismos internacionais. O grande teórico dessa nova configuração social é Castells, que se dedica ao estudo dos movimentos sociais e suas implicações na era da virtualização. O avanço tecnológico operou uma transformação: a sociedade passou da era industrial para a era da informação, que tem por característica essencial tratar-se de um sistema social no qual a riqueza econômica e a concentração de poder cultural, militar ou político têm por pressuposto o controle e o processamento da informação. Por estas razões, Castells (1999, p. 82), denomina este momento histórico como Sociedade Informacional ou Sociedade em rede.

Para alcançar o objetivo proposto no presente trabalho, é essencial o aprofundamento do estudo da Sociedade em Rede e de seus reflexos no direito, em especial no direito processual civil. Assim, o capítulo que segue vem no intuito de traçar um panorama da dita Sociedade em Rede e dos litígios postos perante a tutela estatal, aos quais a jurisdição não tem oferecido uma resposta satisfatória.

## **2 DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE: os direitos transindividuais**

*“Com o crescimento de importância das questões envolvendo interesses difusos aprofunda-se, ainda mais, a incompatibilidade destes com uma teoria jurídica tradicional acostumada a reconhecer e atrelar a todo o direito um titular visível e palpável. Os interesses difusos significam uma indeterminação subjetiva de sua titularidade, embora pressuponham, da mesma forma que os interesses coletivos, um reforço da sociedade civil organizada, como único instrumento capaz de colocá-los em prática” (MORAIS, 1996, p. 138).*

Na sociedade atual temos uma gama de inovações tecnológicas que se tornaram indispensáveis para as nas tarefas mais simples do dia a dia., trazendo também consequências ao direito. Entre estas consequências encontra-se uma nova e crescente esfera de direitos, os transindividuais, “novas matérias jurídicas”, próprias da nossa época, destacando-se, de acordo com Capella (2002, p. 278) “o direito ecológico, o direito relacionado com a nova tecnologia informática e audiovisual e a binomia jurídica, o direito relativo aos corpos humanos em geral”.

Entre as matérias atinentes à realidade fática do final do século XX e o início do século XXI, destaca-se a revolução da comunicação. As mudanças oriundas do surgimento e expansão da internet moldaram uma nova sociedade. Empresas, governos, pessoas e grupos utilizam a internet como difusora de informações, como fonte de pesquisa, como meio de adquirir bens ou, simplesmente, para entrar em contato com outros indivíduos, estejam perto ou longe geograficamente.

O dinamismo do mundo atual, em que as noções de tempo e velocidade possuem uma conotação bastante distinta daquela própria da realidade em que o atual processo civil foi moldado, não é levado em consideração pelo modelo jurisdicional do país. Isto se deve ao paradigma racionalista que dificulta a devida solução dos litígios envolvendo direitos transindividuais, aos moldes do que se espera do Estado Democrático de Direito, preconizado pela Constituição Federal. Esse fato traz à tona a necessidade de reformular a estrutura da jurisdição processual civil, concebida a partir de ideologias de mais de 400 anos.

Tais direitos, denominados de difusos, uma vez que não se pode determinar sua titularidade, são direitos transindividuais por excelência, que acabam por exigir um novo tipo de ator social e, conseqüentemente, processual. Isto ocorre porque, o modelo processual estava acostumado com dois tipos de atores: “o público, que exercita a ação pública, e os sujeitos privados, que defendem seus interesses ou seus direitos como tais sujeitos particulares” (CAPELLA, 2002, p. 279-280). Hoje, a relação processual envolve novos atores, como as organizações não governamentais, os movimentos sociais, as associações

cívicas, entre outros, cujas particularidades no envolvimento e engajamento social serão aprofundadas neste capítulo, a partir dos estudos de Castells.

Assim, a partir da inserção nesta nova realidade fático-social, a jurisdição processual civil, tal qual temos hoje, não tem condições de dar conta de tantas situações novas que emergem da nova dinâmica mundial, decorrente da disseminação de novas tecnologias. O processo civil ordinário, moroso, de cariz liberal, forjado para prestar soluções para litígios envolvendo direitos individuais, está totalmente desadaptado às novas realidades sociais.

Também Morais (1996, p. 84) anota que o liberalismo sustenta, “com intuito de dispersar ou absorver as contradições decorrentes da diversidade socioeconômica, pondo à mostra o falacioso princípio da isonomia (formal) diante da lei”, a noção de que o ordenamento jurídico é “completo, isento de antinomias e hierarquizado”. Assim, para permitir a manutenção da dominação vigente, exige a aceitação acrítica do sistema, “calibrando expectativas e induzindo à obediência no sentido de uma vigorosa prontidão generalizada de todos os cidadãos para a aceitação passiva de normas gerais e impessoais – ou seja, das prescrições legais ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto” (MORAIS, 1996, p. 84).

Nota-se, diante da digressão teórica trazida no capítulo anterior, acerca da formação do Estado e do modelo de jurisdição brasileiro, que existe um abismo entre o modelo processual – “pintado com as cores do individualismo” - e as tutelas coletivas, “capazes de darem guarida àqueles direitos de natureza transindividual e coletiva que surgem, acentuadamente, na sociedade de relações massificadas e pasteurizadas da contemporaneidade, sobretudo as que nascem nos grandes centros urbanos” (SALDANHA, 2009, p. 52-53).

Delineando a dificultosa tutela processual coletiva, Saldanha (2009, p. 53) é categórica ao apontar as incompatibilidades entre o modelo jurisdicional e a modalidade de direitos que exige respostas na realidade atual: “Insiste-se, portanto, em manter os instrumentos processuais a serviço desse individualismo, embora a sufocante e áspera realidade dos conflitos sociais aponte na direção inversa, isso é, na necessidade de que o processo saiba tratar coletiva e democraticamente as demandas da cidadania”.

Nos itens a seguir, será feita uma abordagem acerca da sociedade em rede, dos direitos inerentes à ela e das dificuldades, herdadas do paradigma racionalista, que o direito processual civil e, conseqüentemente, a jurisdição, enfrentam ao tratar de demandas oriundas das novas situações trazidas na realidade de uma sociedade em que a informação e o tempo reconfiguraram as relações entre as pessoas.

## 2.1 A Sociedade em Rede e os direitos transindividuais: a proteção para além do indivíduo

*E assim, das profundezas do desespero, por toda parte, surgiram um sonho e um projeto: reinventar a democracia, encontrar maneiras que possibilitem aos seres humanos administrar coletivamente suas vidas de acordo com os princípios amplamente compartilhados em suas mentes e em geral negligenciados em sua experiência diária. Esses movimentos sociais em rede são os novos tipos de movimento democrático – de movimentos que estão reconstruindo a esfera pública no espaço de autonomia constituído em torno da interação entre localidades e redes da internet, fazendo experiências com as tomadas de decisão com base em assembleias e reconstituindo a confiança como alicerce da interação humana. [...] Eles enfatizam as contradições entre uma democracia baseada no cidadão e uma cidade à venda pelo lance mais alto. Afirmando seu direito de começar tudo de novo. Começar do começo, após chegar ao limite da autodestruição graças a nossas instituições atuais. Ou assim acreditam os atores desses movimentos, cujas palavras apenas tomei por empréstimo. O legado dos movimentos sociais em rede terá sido afirmar a possibilidade de reaprender a conviver. Na verdadeira democracia. (CASTELLS, 2013, p. 176-177).*

A sociedade em rede é uma forma de sociedade resultado das influências da globalização e da identidade no mundo atual, como explica Castells (2008, p. 17): “A revolução da tecnologia da informação e a reestruturação do capitalismo introduziram uma nova forma de sociedade, a sociedade em rede”. As características mais destacáveis dessa nova forma de organização social são a globalização das atividades econômicas, a flexibilidade e instabilidade do emprego e a individualização da mão-de-obra. Outra denominação comum da sociedade em rede é sociedade informacional ou sociedade da informação:

Sociedade da Informação é o termo cunhado no final do século XX para substituir o conceito de “sociedade pós-industrial”. Esta sociedade, que Castells (2000) chama de sociedade informacional, é diretamente vinculada a reestruturação e expansão do capitalismo na década de 1980, sendo caracterizada pelas novas tecnologias e destacadamente pela flexibilidade que permite a realização, de forma eficiente e rápida, dos processos de privatização, desregulamentação e ruptura da relação entre capital e trabalho que marca o capitalismo industrial. (WINCK, 2012, p. 13-14)

Entendendo que a globalização sofre maior influência do campo econômico, Capella (2002, p. 268, grifo do autor) explica o fenômeno, aqui denominado “sociedade em rede”, a partir do âmbito internacional, entendendo que a organização do ambiente estatal econômico – e por consequência, político, jurídico e social – está intimamente ligada à *lex mercatoria* metaestatal. Interessante é a referência feita pelo autor à relativização da noção de tempo, graças aos avanços tecnológicos que tornam os antigos meios estatais obsoletos, que pode ser relacionada aos impactos da internet na realidade atual, em que os meios de comunicação,

cada vez mais velozes, recriam o modo de vida das pessoas:

A globalização dos intercâmbios impôs a realização de algumas atividades econômicas mundiais *em tempo real*. Assim, as atividades financeiras: as principais bolsas de valores do mundo se acham intercomunicadas eletronicamente entre si e com seus operadores, de modo que os deslocamentos de capital operam mundialmente em tempo real (sem dilações operativas) e efetivamente. Os instrumentos estatais de mediação, e fundamentalmente a jurisdição, que exige *tempo e formas* – condição das garantias – para conhecer e decidir, resultam inoperantes e obsoletos para os grandes agentes econômicos atuais, os quais recorrem a instâncias de mediação privadas.

Estas instâncias de mediação já não tem a ver com o direito estatal senão que estão relacionadas com a *lex mercatoria* metaestatal.

Relacionando com pensamento acima descrito, para Castells (2008, p. 17) o diferencial da sociedade de informação em relação aos modelos passados é a sua estruturação em redes, a partir de uma “cultura de virtualidade real construída a partir de um sistema de mídia onipresente, interligado e altamente diversificado”. O grande destaque é a mídia que, dada sua estruturação em redes, é capaz de transformar as bases materiais da vida – o tempo e o espaço –, de modo a criar um espaço de fluxos e um tempo intemporal.

Essas características da sociedade em rede são atribuídas às influências das elites dominantes. Deveras, a economia é o carro chefe da globalização, reestruturando as velhas bases do capitalismo. Assim, a sociedade da informação representa um novo paradigma que tem a informação como matéria-prima, sendo as tecnologias desenvolvidas com vistas à difusão da informação (que é poder).

Mas não foi só no campo da economia que a nova realidade mundial trouxe mudanças. Explica Castells (2008, p. 18) que “juntamente com a revolução tecnológica, a transformação do capitalismo e a derrocada do estatismo, vivenciamos no último quarto do século [XX] o avanço de expressões poderosas de identidade coletiva” desafiadoras da globalização e do cosmopolitismo “em função da singularidade cultural e do controle das pessoas sobre suas próprias vidas e ambientes”.

Tais expressões de identidade são múltiplas, “incorporando movimentos de tendência ativa voltados à transformação das relações humanas em seu nível mais básico, como, por exemplo, o feminismo e o ambientalismo”. Os movimentos sociais são aspecto fundamental do estudo da sociedade em rede, pois resultam da “interação entre a globalização induzida pela tecnologia, o poder da identidade (em termos sexuais, religiosos, nacionais, étnicos, territoriais e sociobiológicos) e as instituições do Estado” (CASTELLS, 2008, p. 18). É possível afirmar, então, que:

[...] a reestruturação do capitalismo vinculada à novas tecnologias foram

responsáveis por um novo paradigma para a sociedade, transformando-a em uma sociedade em rede que, consolidada enquanto esfera pública global, reveste-se de potencial para consolidar soluções de forma compartilhadas diante das grandes questões sociais, com base na interação, multinacional e multicultural. É por este viés que os desafios acima propostos, bem como, outras surgiam, tornam-se preocupações em constante transformação na Sociedade da Informação e, insere-se neste momento, os movimentos sociais e sua atuação no enfrentamento aos problemas considerados inaceitáveis, como as desigualdades sociais (WINCK, 2012, p. 15).

Nesse contexto social, pode-se vislumbrar a emergência de novas relações sociais, cujos protagonistas nem sempre são os indivíduos isoladamente considerados. Cada vez mais, os atores sociais não podem ser identificados como um indivíduo em particular, traçando um novo paradigma nas relações sociais:

Voltando-se ao *âmbito do próprio Estado*, deve-se referir que a emergência e consolidação de *novas relações sociais*, tendo como protagonistas sujeitos outros que não os indivíduos isolados, implicaram um açambarcamento por tais atores de funções tradicionalmente públicas. Assim, os sindicatos e as organizações empresariais, além de outros movimentos sociais, passaram a patrocinar determinadas atividades e produzir certas decisões que caracteristicamente se incluíam no rol do poder soberano do Estado (MORAIS, 2011, p. 31-32, grifo do autor).

Explica Nascimento (2011, p. 102), que a globalização econômica opera uma mescla entre interesses particulares e públicos, trazendo dúvidas acerca da atuação do Estado, o que não significa que se deva buscar a flexibilização do constitucionalismo ou dos poderes estatais.

Na concepção de Lucas (2005, p. 185), o crescimento das identidades coletivas é fruto da afirmação da democracia política, o que permite o crescimento de espaços de atuação política não tradicionais:

A afirmação da democracia política permitiu uma maior mobilização e organização da sociedade civil e, por consequência, viabilizou o crescimento das identidades coletivas em torno de objetivos comuns reveladores das necessidades não satisfeitas pelo Estado, mas que passaram a configurar no texto constitucional a partir de 1988. Com essa nova conformação do Estado brasileiro os movimentos sociais, as associações e demais atores coletivos ganham visibilidade e constroem espaços de atuação política fora dos ambientes tradicionais dos sindicatos e dos partidos políticos.

Exemplo da atuação coletiva é o embate ocorrido entre a petrolífera Shell e o Greenpeace, em 1995: a multinacional pretendia afundar uma plataforma de extração de petróleo no alto mar, fato contestado pelo Greenpeace, que, contando com o apoio de milhares de cidadãos, conseguiu que a plataforma fosse desmanchada em terra firme. Explica Nascimento (2011, p. 115) que a alegação de violação de regras internacionais em razão da atuação de uma organização privada – Greenpeace – sem autorização não procede: “não foi o

Greenpeace que conseguiu a vitória contra a companhia petrolífera e sim o apoio maciço e expressivo dos cidadãos [...]. O Greenpeace apenas tornou visível um vácuo de poder e legitimação do sistema político”.

Para Castells (2008, p. 423), o poder não está mais concentrado nas mãos das instituições do Estado, nas empresas ou mecanismos simbólicos de controle, como a mídia corporativa e igrejas. O poder “está difundido nas redes globais de riqueza, poder, informações e imagens, que circulam e passam por transmutações em um sistema de geometria variável e geografia desmaterializada”. Esse poder ainda governa a sociedade, estando, em sua nova forma, “nos códigos da informação e nas imagens de representação em torno das quais as sociedades organizam suas instituições e as pessoas constroem suas vidas e decidem o seu comportamento. Este poder encontra-se na mente das pessoas”.

Por isso que é tão importante a atuação dos movimentos sociais, pois eles que provocam as transformações no Estado, sem se apoderar dele, estimulando o debate e incluindo-o na pauta democrática da sociedade. Assim, pode-se afirmar que a atuação dos movimentos sociais é, de certo modo, política, mas não em sentido fundamental:

Particularmente, quando propõem e praticam democracia deliberativa direta, baseada na democracia em rede. Projetam uma nova utopia de democracia em rede baseada em comunidades locais e virtuais em interação. Mas utopias não são meras fantasias. A maioria das ideologias políticas modernas que estão nas raízes dos sistemas políticos (liberalismo, socialismo, comunismo) originou-se em utopias. Porque as utopias tornam-se forças materiais ao se incorporar à mente das pessoas, ao inspirar seus sonhos, guiar suas ações e induzir suas reações. O que esses movimentos sociais em rede estão propondo em sua prática é uma nova utopia no cerne da cultura da sociedade em rede: a utopia da autonomia do sujeito em relação às instituições da sociedade (CASTELLS, 2013, p. 165-166).

Ao longo da história, os movimentos sociais produziram novos valores e objetivos em torno dos quais as instituições da sociedade se transformaram, a fim de representar esses valores criando novas formas para organizar a vida social (CASTELLS, 2013, p. 14). Contudo, para que esses atores sociais exerçam o contrapoder, é essencial a comunicação, pois é dela que depende o processo de construção de significado. É nesse contexto que entra a relevância da expansão da internet nas últimas décadas. Leciona Castells (2013, p. 11-12) que a mudança de ambiente comunicacional afeta diretamente as normas de construção de significado e, portanto, as relações de poder. E a mudança fundamental nos últimos anos foi a emergência da autocomunicação – o uso da *internet* e das redes sem fio como plataformas da comunicação -, o que fornece uma plataforma tecnológica para a construção da autonomia do ator social em relação às instituições já estabelecidas da sociedade.

A sociedade em que vivemos é, conforme Castells (2013, p. 12-14), uma sociedade em

rede, na qual o poder é multidimensional e se organiza em torno de redes programadas em cada domínio da atividade humana, de acordo com os interesses e valores dos atores habilitados. Nessa sociedade, as redes de comunicação são fontes decisivas de construção de poder. Quem detém o poder na sociedade em rede são, portanto, os programadores, que elaboram cada uma das principais redes que dependem da vida das pessoas (governo, parlamento, finanças, mídia, etc.), e os comutadores, que operam as conexões entre diferentes redes (barões da mídia introduzidos na classe política, elites financeiras que bancam elites políticas, elites políticas que se socorrem de instituições financeiras, etc.). Se o poder é exercido pela programação de redes, o contrapoder é desempenhado reprogramando-se as redes em torno de outros interesses e valores, e/ou rompendo as alternâncias predominantes, ao mesmo tempo em que se alteram as redes de resistência e mudança social.

Assim, os movimentos sociais, produtores de novos valores e objetivos em torno dos quais as instituições da sociedade se transformaram, exercem o contrapoder construindo-se mediante um processo de comunicação autônoma, livre do controle dos que detêm o poder institucional – quer dizer, basicamente se valendo das redes da internet e das plataformas de comunicação sem fio. Uma importante característica dos processos de comunicação entre indivíduos engajados em movimentos sociais é que a própria constituição da comunicação determina as características organizacionais do próprio movimento: quanto mais interativa e autoconfigurável for a comunicação, menos hierárquica será a organização e mais participativo o movimento (CASTELLS, 2013, p. 14).

É por isso que os movimentos sociais em rede da era digital representam uma nova espécie de seu gênero (CASTELLS, 2013, p. 19-20). Também Capella (2002, p. 276, grifo do autor) traz o voluntariado social como uma transformação do fim do século XX e início do XXI, que contribui com o arranjo social, sendo “a novidade social mais valiosa da época contemporânea”:

Uma das novidades surgidas no seio da sociedade civil no curso da *grande transformação* foi o que se passou a chamar o *voluntariado social* (laico) e as *Organizações Não Governamentais* (ONGs), que desempenham tarefas expressivas do que se pode chamar solidariedade social subjetiva estas instituições recorrem, quando são autênticas, as iniciativas da sociedade civil que tratam de se responsabilizar pelas necessidades surgidas nas *zonas obscuras* do mundo atual.

Em síntese, Castells (2008, p. 20) define movimentos sociais como “ações coletivas com um determinado propósito cujo resultado, tanto em caso de sucesso como de fracasso, transforma os valores e instituições da sociedade”. Para o autor (2008, p. 20), não se pode classificar os movimentos como maus ou bons, pois “eles são reflexos do que somos,



caminhos de nossa transformação, uma vez que a transformação pode levar a uma gama variada de paraísos, de infernos ou de infernos paradisíacos”.

A origem dos movimentos sociais está “na injustiça fundamental de todas as sociedades, implacavelmente confrontadas pelas aspirações humanas de justiça”. Além disso, os movimentos são constituídos de indivíduos, que se entusiasmam quando são mobilizados para um objetivo que apreciam, o que está diretamente relacionado à esperança, que é um ingrediente fundamental no apoio à ação com vistas a um objetivo. Mas, para a formação de um movimento, essa ativação emocional deve se conectar com a de outros indivíduos, o que é feito por meio de um processo de comunicação de uma experiência individual para outra. E, em nossa época, as redes digitais são os veículos de comunicação utilizados pelos movimentos sociais – por isso a relevância das redes digitais para formar um processo de comunicação que propague os eventos e as emoções dos movimentos (CASTELLS, 2013, p. 16-19).

Os movimentos sociais são, todos eles, sintomas das sociedades, causando impacto nas estruturas sociais, representando indicativos de novos conflitos sociais, focos de resistência social (CASTELLS, 2008, p. 95). Como manifestação de contrapoder, os movimentos sociais, organizados em rede possuem o objetivo de reprogramar a organização social:

Em resumo, para que as redes de contrapoder prevaleçam sobre as redes de poder embutidas na organização da sociedade, elas têm de reprogramar a organização política, a economia, a cultura ou qualquer dimensão que pretendam mudar, introduzindo nos programas das instituições, assim como em suas próprias vidas, outras instituições, incluindo, em algumas versões utópicas, a regra de não criar regras sobre coisa alguma. Além disso, devem acionar a conexão entre diferentes redes de mudança social, por exemplo, entre redes pró-democracia e redes pela justiça econômica, redes voltadas para os direitos das mulheres, a conservação ambiental, a paz, a liberdade e assim por diante (CASTELLS, 2013, p. 21).

À medida em que as relações vão sendo modificadas pelas redes de riqueza, tecnologia e poder, as instituições do Estado e as organizações da sociedade civil, que têm seus fundamentos na cultura da sociedade, acabam por, em decorrência da aceleração do tempo histórico, ter seus mecanismos de controle social e representação política desintegrados (CASTELLS, 2008, p. 93). Com isso, a formação de novos sujeitos, como visto, é resultante da busca pela reafirmação da identidade. Nesse sentido, a sociedade em rede pode ser vista como uma sociedade de resistência, diferentemente da identidade na sociedade da modernidade, que era constituída a partir da sociedade civil, como no caso do socialismo, originado do movimento trabalhista. O significado real da primazia da política de identidade na sociedade em rede é a “análise dos processos, condições e resultados da transformação da resistência comunal em sujeitos transformacionais é o terreno ideal para o desenvolvimento

de uma teoria de transformação social na era da informação” (CASTELLS, 2008, p. 28).

O grande papel dos movimentos sociais está na sua capacidade de “forçar um debate sobre suas reivindicações e induzir as pessoas a participarem”, exercendo “pressão sobre governos e instituições, revertendo o curso de submissão à nova ordem mundial” (CASTELLS, 2008, p. 133). Assim, o Estado precisa estar pronto para a atuação desses movimentos: “A competência, ou incompetência do Estado, em lidar com a lógica conflitante do capitalismo global, dos movimentos sociais com base em identidades e dos movimentos defensivos articulados por trabalhadores e consumidores, serão responsáveis, em grande parte, pelos moldes do futuro da sociedade do século XXI” (CASTELLS, 2008, p. 136-137).

Os sujeitos potenciais da era da informação, responsáveis pela transformação da sociedade, na realidade da sociedade em rede, são os movimentos sociais, “que surgem a partir da resistência comunal à globalização, reestruturação do capitalismo, formação de redes organizacionais, informacionalismo desenfreado e patriarcalismo” (CASTELLS, 2008, p. 424-425). Além deles, “o segundo e principal agente [de transformação social] [...] consistem em uma forma de organização e intervenção descentralizada e integrada em rede, característica dos novos movimentos sociais” (CASTELLS, 2008, p. 426).

Essas redes de mudança social parecem estranhas a um primeiro olhar, pois, como adverte Castells (2008, p. 427), nossa visão histórica está acostumada a relacionar a mudança social com “batalhões bem ordenados, estandartes coloridos e proclamações calculadas”, deixando-nos “perdidos ao nos confrontarmos com a penetração bastante sutil de mudanças simbólicas de dimensões cada vez menores, processadas por redes multiformes, distantes das cúpulas de poder”.

Ao que Castells (2008, p. 427) chama de “embriões de uma nova sociedade”, relacionamos, neste trabalho aos movimentos sociais e aos direitos difusos. Neste ponto, impossível não traçar alguns apontamentos sobre a coletivização dos direitos e, essencialmente, sobre o âmbito dos direitos transindividuais, foco desse trabalho.

Como visto, os direitos coletivos começaram a serem moldados na segunda metade do século XVIII, a partir da aceleração da industrialização. Com isso os conflitos, antes de cunho individual, tiveram sua estrutura modificada, passando a englobar classes de trabalhadores. Aliás, foi graças às reivindicações trabalhistas que os direitos se desenvolveram no âmbito coletivo. Com a sociedade das massas, “brotaram, também, os interesses difusos, pois a mônada isolada cede passo ao homem atrelado jurídica ou faticamente ao grupo, embora sua institucionalização só vá se dar recentemente”. Os direitos transindividuais dão nome a conflitos que possuem amplitude jurídica e socioeconômica, “pois, importam, muitas vezes no

desapego, afastamento e/ou negação dos postulados liberais tradicionalmente aceitos como meio de sanabilidade das controvérsias” (MORAIS, 1996, p. 97).

Para Morais (1996, p. 96), os direitos transindividuais escapam da tradição individualística, tornando-se indispensáveis à atual conjuntura social: “São direitos que se referem a categorias inteiras de indivíduos e exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação – exigem uma atividade”. Conclui o autor (1996, p. 96): “Ao contrário do Direito excludente, negativo e repressivo de feição liberal, temos um Direito comunitário, positivo, promocional de cunho transformador”.

No contexto da sociedade informacional, entendendo a terceira geração de direitos humanos como complementadora das fases anteriores – complementando as liberdades civis e políticas da primeira e os direitos econômicos, sociais e culturais da segunda –, Pérez Luño (2012, p. 17) justifica que os direitos de terceira geração são também denominados “novos direitos”, “direitos de solidariedade”, “direitos da era tecnológica”, “direitos emergentes”, etc. Isto não significa, porém, que o termo “novos” designe que os direitos das gerações anteriores são velhos, apenas denota que existem novas circunstâncias delimitando seu exercício (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 18).

No que tange esses “novos direitos”, Pérez Luño (2012, p. 18-20) entende que a solidariedade figura como um valor-guia para sua compreensão, defendendo a denominação “direitos de terceira geração”, como a mais compreensível no contexto de um Estado Constitucional de Direito, assim como a primeira é originária do Estado Liberal e a segunda do Estado Social. Ressalta que o rol dos direitos de terceira geração não é fechado, devendo ser encarado como um marco referencial acerca das demandas atuais que afetam os direitos e liberdades da pessoa humana. Isto porque, para ele, a terceira geração de direitos humanos contribui para redimensionar a imagem do homem no ambiente social enquanto sujeito de direitos, pois dá novas condições de exercício político (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 25). O autor (2012, p. 20) aponta para a dicotomia decorrente da revolução tecnológica: por um lado, as novas tecnologias produziram importantes melhorias na condição de vida da humanidade, reforçando, em alguns casos, o exercício de alguns direitos; por outro lado, porém, o abuso das novas tecnologias representa uma grave ameaça para as liberdades, exigindo a formulação de novos direitos, atualização ou adequação dos meios de garantia dos direitos já existentes.

As novas tecnologias permitem à humanidade estabelecer comunicação em escala planetária quase que instantaneamente. A internet é a grande revolução do nosso tempo, e seus efeitos, como dito, se projetam à esfera das liberdades. Cita-se, por exemplo, a gama de informações dos indivíduos que se encontram na rede, e que podem ser utilizadas com as mais

diversas finalidades. A internet “converte informações parciais e dispersas em informações em massa e organizadas”, o que enseja a urgência na regulamentação desse meio (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 23).

Diante dessa realidade, os direitos de terceira geração exigem novas formas de tutela, a partir do reconhecimento de direitos como da liberdade informática e da autodeterminação informativa. De acordo com Pérez Luño (2012, p. 28-29), Häberle traz o ideário de *status activus processualis* como o reconhecimento da faculdade de cada indivíduo em participar ativamente e assumir sua própria responsabilidade nos procedimentos que a afetam, como um fator chave para que os Estados de Direito assegurem o exercício pleno de todas as liberdades. Esse status significa dar valor à autodeterminação do sujeito na sociedade em que está inserido (citam-se aqui sistemas como o do *habeas data* e do *Ombudsman*).

Existem discussões acerca da relevância na consideração desses direitos como direitos humanos, ao passo que estão inseridos em uma realidade de debilidade e imprecisão de instrumentos de garantia, o que compromete seu status normativo e também a proteção dos direitos consagrados nas gerações anteriores. No entanto, Pérez Luño (2012, p. 25-26) entende que negar às demandas decorrentes das novas tecnologias a possibilidade de alcançar o status de direitos humanos seria desconsiderar o seu caráter histórico, privando-os de uma tutela jurídica que se faz necessária.

Embora a sociedade e todo seu aparato político, econômico, social e jurídico dê prevalência aos interesses individuais, há necessidade de localizar a discussão na contemporaneidade da problemática dos interesses transindividuais, aqueles que, embora não tenham titularidade específica, representam a urgência na tutela contra violações. A contradição, em relação à concepção clássica de direito subjetivo, está em não podermos relacionar os direitos difusos à uma titularidade específica (MORAIS, 1996, p. 110-111). Porém, diante de sua importância social, tais direitos não podem ser ignorados, cabendo ao Direito assegurá-lo, atribuindo-lhes uma titularidade não tradicional: “Por fim, não há que se negar o caráter subjetivo de tais interesses, mesmo que este seja mediatizado por uma coletividade indeterminada ou mesmo indeterminável, até porque tais interesses pertencem a todos e a ninguém, a todos e a cada um” (MORAIS, 1996, p. 111-112).

Os interesses ou direitos transindividuais pressupõem, nas palavras de Moraes (1996, p. 123), em certa medida, a ideia de direito social que, em um sentido amplo, não atém somente aos interesses relacionados às relações de trabalho e de seguridade social. Direitos transindividuais representam mais do que isso: “um novo modelo de ordem normativa baseado no pressuposto de integração de seus atores, e não como uma ordem subordinativa e

hierarquizada”. O aumento das demandas judiciais envolvendo os direitos e interesses transpessoais foi responsável pelo aprofundamento do estudo deles. Isto porque as transformações da sociedade contemporânea também culminaram em uma transformação radical no modo de vida das pessoas, em aspectos como o ecológico e tecnológico, influenciando na sua qualidade de vida de um modo geral (MORAIS, 1996, p. 124).

Enfim, os direitos transindividuais se referem a interesses que, além de escaparem da tradição individualística, também são indispensáveis à vida das pessoas, pois dizem respeito a toda a coletividade, não estando acima ou além dos indivíduos, mas perpassam tanto a coletividade como os indivíduos isoladamente. Tais direitos por serem, ao fim das contas, de cunho social, exigem uma atuação por parte do Estado, não bastando a abstenção deste, pois são direitos comunitários, positivos e promocionais. Morais (1996, p. 125, grifo do autor) afirma que o direito transindividual “chega a ser um *direito educativo*, no sentido de criar, antes que reprimir, uma consciência de compromisso com atos futuros. [...] O cerne deixa de ser o direito individual-egoístico e passa a ser predominantemente coletivo – e difuso – onde a socialização e a coletivização têm papel fundamental”<sup>17</sup>.

Segundo Morais (1996, p. 126), os direitos transindividuais podem ser divididos em dois grupos: coletivos e difusos<sup>18</sup>. O grande diferencial entre os direitos coletivos e os interesses difusos, é que os primeiros dizem respeito a uma categoria ou classe, existindo um vínculo jurídico entre os indivíduos, enquanto os segundos não estão alicerçados em nenhum vínculo jurídico de base. A reunião de indivíduos em relação a interesses difusos assenta-se

---

<sup>17</sup> A título de complemento à discussão, vale salientar que Morais (1996, p. 126) faz algumas ressalvas em relação à utilização do prefixo *trans* na referência aos direitos ora analisados. Para ele, o ideal é a utilização da denominação *metaindividual*: “O prefixo *trans* permite, assim, que possamos apreender a ideia de que os interesses ora debatidos, apesar de comuns (nitários), tocam imediata e individualmente – embora este termo individual não tenha o mesmo conteúdo excludente de quando está empregado como direito individual [...] – cada componente desta coletividade, ao passo que a consagração do prefixo *meta* importa uma perspectiva de algo que esteja alheio e acima do indivíduo, sem tocá-lo de forma alguma. Parece-nos que esta passagem do singular para o coletivo não se faz aniquilando o indivíduo mas, inserindo-o numa dimensão comunitária”.

<sup>18</sup> Atualmente, também são mencionados os direitos individuais homogêneos, aqueles cujo objeto pode ser dividido e cujos titulares são perfeitamente identificáveis, independente de haver relação jurídica anterior ou vínculo que una os titulares entre si ou com a parte contrária, como ocorre com os direitos coletivos em sentido estrito. Os direitos individuais homogêneos é a origem comum e a relação que se forma com a parte contrária decorre somente da lesão sofrida (LENZA, 2005, p. 76). A este respeito também vale salientar a razão pela qual não se faz referência neste trabalho ao instituto da Ação Civil Pública, pois ela é um instrumento processual criado para atender a demandas coletivas. No entanto, é prudente reiterar, novamente, que o aspecto mais importante dos direitos transindividuais é que muitas vezes a lesão ocorre não em uma lide ou relação coletiva, mas em relação a um indivíduo que tem seu direito violado. No entanto, a abrangência da questão, que não é vista como coletiva, vai muito além daquela pessoa só e por isso que esse estudo busca a inserção de uma nova postura cultural e ideológica em toda a jurisdição e não apenas conferir novos instrumentos, de cunho ordinário, para a solução das demandas. Um exemplo bastante simples para entender a abrangência desses direitos é o pedido de inserção do nome social de um transsexual em sua certidão de nascimento. Trata-se de uma lide individual, mas que tem reflexo em uma coletividade de pessoas, as quais não se pode determinar. Assim, verifica-se o caráter transindividual da demanda, que não é reconhecida como coletiva pelo Judiciário.

em fatos genéricos, acidentais e mutáveis, fazendo com que esses sujeitos apresentem-se em um “grupo” fluido, indeterminado e indeterminável, visto que seus interesses estão diluídos na satisfação de necessidades dos mais diversos setores da sociedade (MORAIS, 1996, p. 128-138). Assim, os interesses difusos possuem uma titularidade ainda mais abstrata que os coletivos, uma vez que o vínculo com a sociedade civil se dá de forma diversa:

Com o crescimento de importância das questões envolvendo interesses difusos aprofunda-se, ainda mais, a incompatibilidade destes com uma teoria jurídica tradicional acostumada a reconhecer e atrelar a todo o direito um titular visível e palpável. Os interesses difusos significam uma *indeterminação subjetiva* de sua titularidade, embora pressuponham, da mesma forma que os interesses coletivos, um reforço da sociedade civil organizada, como único instrumento capaz de colocá-los em prática.

Todavia, este vínculo com a sociedade civil não se dá da mesma forma que quando tratamos dos interesses coletivos. Neste caso, os agrupamentos organizados têm um papel fundante, pois é a partir de sua identidade interna que se estabelecerá o liame jurídico oportunizador da concretização dessa síntese própria ao interesse de grupo. No que diz respeito aos interesses difusos, estes mesmos organismos da sociedade civil, embora participem ativamente como instrumentos de viabilização dos interesses, não têm um papel jurídico fundamental como ordem integradora da coletividade para justificar a emergência do interesse, muito embora apareçam como essenciais para sua projeção tanto política quanto jurídica (MORAIS, 1996, p. 138).

Salienta-se que o trabalho aqui proposto pretende verificar o modo de atuação jurisdicional diante dos interesses transindividuais como um todo, porém, dada as características acima expostas, reconhece-se que, em certa medida, trata-se com mais afincamento dos direitos difusos. Especialmente porque, por referirem-se a bens indivisíveis, os interesses difusos, quando satisfeitos implicam na satisfação de toda a coletividade, ao passo que, quando violados, a lesão também se concretiza para todos (MORAIS, 1996, p. 141-142).

A inclusão destes direitos nas cartas nacionais e internacionais de direitos é fenômeno recente. Relaciona-se, em maior medida, à causa ambientalista, mas também não se pode esquecer das questões envolvendo direitos do consumidor e, falando-se mais especificamente no âmbito da internet, nos discursos de ódio<sup>19</sup> proferidos em blogs ou redes sociais. Convém salientar que, mesmo que o ambiente não seja o virtual – capaz de dar ainda mais abrangência à conduta lesiva – qualquer tipo de discurso atentatório à dignidade humana deve ser, sim, considerada uma infringência a direitos transindividuais (difusos), ao passo que é capaz de atingir uma pluralidade de indivíduos.

Ocorre que, com a variabilidade e complexidade das questões coletivas, há a

---

<sup>19</sup> A respeito dos discursos de ódio ver: SILVA, Rosane Leal da.; RUE, Leticia Almeida de la.; GADENZ, Danielli. DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET E MULTICULTURALISMO: uma questão de conflito entre liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana. In: Revista Científica Direitos Culturais - RDC. v. 9. n. 18. Maio/Agosto/2014. p. 129-151. Disponível em: <<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1250>>.

necessidade de se readequar os sistemas de solução de controvérsias. De acordo com Morais (1996, p. 97), “os conflitos coletivos requerem, em negação aos postulados compartilhados pelo sistema liberal, o preenchimento contencioso das normas jurídicas, seja para permitir decisões suficientes, seja para torná-las eficientes”. Para exemplificar a necessidade de adequação do sistema, pode-se citar, no caso de direitos difusos, que a reparação de eventual dano foge da lógica das demais ações, dificilmente podendo ser mensurada em dinheiro, entrando em choque com a tradicional patrimonialidade das reparações, necessitando de uma redefinição dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos (MORAIS, 1996, p. 146):

Esta inadaptação que se produz não só como pareceria à primeira vista, pela impossível definição dos eventuais beneficiados da reparação em razão da indeterminação subjetiva do interesse lesado, mas, também, e principalmente, pelo conteúdo do próprio objeto desse interesse que se mostra inadaptado à sua versão em moeda. Mesmo se pensarmos na possibilidade de pagamento dos prejuízos acarretados, será muito difícil, senão impossível encontrarmos um equivalente financeiro para a *qualidade de vida* de uma coletividade inteira, mesmo porque não se pode pensar em reparações parciais para cada indivíduo pretensamente atingido, uma vez que não há titularidade individualizada (MORAIS, 1996, p. 146, grifo do autor).

Conforme assevera Morais (1996, p. 148-149, grifo do autor), a indeterminação do conteúdo dos interesses difusos não se coaduna com a relação mercadológica que é estabelecida em relação aos direitos de cunho individual. Isto porque, “mesmo que discutível no âmbito individual, o prejuízo é limitado no aspecto subjetivo e determinável”, porém, “quando entramos no campo dos interesses transindividuais, particularmente os difusos, a natureza dos mesmos impede que o prejuízo causado seja *adquirido e recomposto* através do pagamento de uma quantia em dinheiro”. Diante dessas dificuldades, mesmo que sejam formulados novos mecanismos, como por exemplo, a reparação do dano ambiental, pode-se afirmar que são parcos os avanços no sentido de promoção desses direitos.

Neste sentido, o presente trabalho busca uma nova visão da jurisdição processual civil brasileira, explicando suas dificuldades e traçando novos valores a serem buscados em um modelo que seja capaz de prestar uma tutela eficiente em casos envolvendo direitos transindividuais. É o que se entende por “tutela constitucional democrática”.

## **2.2 Os direitos da Sociedade em Rede: em busca de uma tutela constitucional democrática**

*“O Poder Judiciário do Brasil, no entanto, pensado na modernidade, cujas promessas ainda não foram efetivadas no país, juntamente com o Estado, está em crise, pois vem perdendo a legitimação como Poder. Essa perda de legitimidade*

*do Judiciário decorre diretamente de sua ineficácia como instância de resolução de conflitos, principalmente daquelas demandas sociais, coletivas, que surgem com o Estado Social, e da incapacidade de seus juízes de compreender adequadamente o que significa Estado Democrático de Direito e quais as implicações da Constituição no processo de aplicação do Direito e quais as implicações da Constituição no processo de aplicação do direito, que, no Estado Democrático de Direito, tende a ser uma conduta pautada em critérios adequados ao conteúdo material da Constituição, isto é, aos direitos e garantias fundamentais” (HOMMERDING, 2007, p. 40).*

A respeito da tutela dos direitos decorrentes desta transformação da sociedade, que por excelência são transindividuais, ou seja, vão além da esfera individual, atingindo outros indivíduos que por vezes são indeterminados (direitos difusos), observa-se que os instrumentos processuais que se mostravam suficientes para a solução dos litígios havidos na sociedade liberal (de cunho individual), perdem sua funcionalidade. Considerando o estágio atual do constitucionalismo e o fato de que a Constituição de 1988 ser classificada como compromissária e dirigente, a consequência, diante da não resolução das questões no campo político, foi a busca pela intervenção judicial. Isto ocorre, como já analisado, pela deficiência jurisdicional, que, focado somente no indivíduo, não é capaz de dar respostas aos litígios envolvendo direitos difusos. Neste sentido, refere Moraes (1996, p. 192):

A tutela das relações transindividuais, assim como a sua própria substancialidade, implica uma reformulação profunda na processualística. Da mesma forma que a inserção de novos interesses no âmbito do direito material importa em uma revisão de seus postulados básicos, tradicionalmente assentados em bases liberais, onde o indivíduo é a figura central que titulariza com exclusividade as pretensões, no campo do direito processual a necessidade de assegurar-lhes a efetividade importa em incorporar novos atores – coletivos -, novas respostas compatíveis com tais pretensões, novos procedimentos, etc., frutos mesmo da novidade com que se está lidando.

Assim, “é imprescindível ultrapassar-se o conceito de lide individual para conceber-se o processo judicial como fenômeno social de massas impondo-se pensar um novo modelo de justiça capaz de atender a sociedade da urgência” (FERNANDES, 2010, p. 20). Não se pode falar em modificar o processo, sem que haja a modificação da jurisdição e o entendimento que é aqui defendido é que a mudança que se faz necessária é na cultura jurídica brasileira, como será aprofundado, especialmente no terceiro capítulo.

Na visão de Nascimento (2011, p. 192) a problemática na realidade brasileira se deve ao fato de que não temos uma cultura constitucional: “não basta a existência de Constituições dirigentes e democráticas, é preciso que seus pressupostos e valores se realizem e se justifiquem na prática”. É necessário que se desenvolva o sentimento constitucional como meio de integração política, sentimento que não se coaduna com o constitucionalismo



racional: “para uma Constituição ser efetivada, deve ser respeitada e aceita pelos cidadãos. Esta aceitação deve fazer parte da cultura, uma cultura constitucional” (NASCIMENTO, 2011, p. 193).

Salienta-se que a Constituição escrita corresponde apenas a uma parte da Constituição como cultura, pois “uma cultura constitucional manifesta-se mediante a soma de atividades e de ideias, de experiências subjetivas, escala de valores e expectativas subjetivas, e das correspondentes ações objetivas tanto em nível pessoal, como de associações e organismos estatais e não estatais”. Assim, pode-se afirmar “que os textos constitucionais devem ser continuamente cultivados. É claro que isso requer tempo, devendo ser iniciado esse difícil caminho por uma Constituição positivada” (NASCIMENTO, 2011, p. 194).

Em sentido similar, Saldanha (2009, p. 50-51) trata da importância do exercício democrático do direito, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, o que, segundo a autora, é a expressão de uma cultura democrática. Salienta que a cultura democrática ainda enfrenta desafios em países de modernidade tardia, como o Brasil, pois sua realização na prática social, por meio de políticas públicas é mínima, fazendo com que os cidadãos recorram cada vez mais ao Judiciário, em razão da enorme dificuldade existente em traduzir em ações concretas as previsões de direito constitucionais. Além disso, atenta para a busca, cada vez maior, de realização destes direitos, relegados pelo poder público, através do judiciário:

Por outro lado, a constitucionalização dos direitos fundamentais nascida no pós-Segunda Guerra Mundial em vários ordenamentos jurídicos, produziu a necessidade de que o Direito, para ser exercido democraticamente, deve advir de uma cultura fortemente democrática. Obviamente em países de modernidade tardia e de baixa constitucionalidade essa conquista tenha sido lenta e penosa.

Primeiro porque há um fosso entre os direitos garantidos nas Constituições e o que se realiza na prática social, sobretudo em termos de políticas públicas. Segundo, porque os cidadãos, destinatários dessas políticas e ao mesmo tempo vítimas por sua ausência, ao invés de manterem-se na inércia, cada vez mais buscam o juiz.

E o processo judicial, na sua origem, significava deslindar e interromper a incerteza, consistindo na fase terminal de um drama, amiúde individual, com vários personagens, muda de horizonte. Destina-se a promover a concretização dos valores constitucionais. Da finalidade de curto prazo – então a solução do caso individual – passa-se à finalidade de longo prazo – consolidação dos valores democráticos e a paz pública. Essa última [...] deixa transparecer algo mais profundo, que é a necessidade de reconhecimento social das decisões dos juízes.

A cultura constitucional exige que haja um reconhecimento social das decisões proferidas pelo Judiciário, tornando-as políticas públicas, de modo a evitar que a questão retorne às mãos dos magistrados. A evolução do constitucionalismo deve ser vislumbrada como a possibilidade do crescimento da sociedade como um todo, a partir das conquistas de cada época, como bem sintetiza Santos (2009, p. 185-186):

As conquistas constitucionais do liberalismo, da social-democracia ou, contemporaneamente, do multiculturalismo, são avanços civilizatórios armados em uma temporalidade marcada por demandas específicas. Somente compreendendo a funcionalidade das instituições constitucionais em sua temporalidade é que, de fato, poderemos compreender, criticamente, a pertinência de suas manutenções ou a necessidade de seus afastamentos por um processo dialético de síntese em permanente reconstrução, em permanente temporalização.

Morais (2011, p. 92-93, grifo do autor) refere que o papel do constitucionalismo, diante das “nuances advindas da (des)ordem contemporânea” está na concretização do conteúdo humanitário e transformador do projeto constitucional alicerçado na ideia de um Estado Democrático de Direito: “onde o *seu Direito* precisa suportar e viabilizar este projeto transformador”. Prossegue o autor (2011, p. 93, grifo do autor):

Assim, “por que” Constituição se não para expressar estas preocupações e definir as *regras do jogo*, não para impedir que este se estabeleça e desenvolva, mas para assegurar que serão os próprios jogadores os titulares da ação de jogar, sabedores das circunstâncias, das garantias e dos riscos que envolvem tal ato, não ficando à mercê de eventuais poderosos, ou mesmo de maiorias constituídas aleatoriamente com a utilização de instrumentos políticos-midiáticos ou financeiros, bem como para desenhar uma *pauta mínima de conteúdos* que expressem os valores básicos a orientar uma sociedade justa, digna e solidária.

Neste novo paradigma que se instaura, Isaia (2012, p. 262, grifo do autor) apresenta a problemática no âmbito do processo civil: “o processo civil do século XXI carece de um *pensar* a partir do novo modelo de organização social que se apresenta”. Afinal, o direito tem o dever de acompanhar a realidade, devendo manter-se em constante adaptação às situações sociais e jurídicas que se apresentam, devendo a atuação do Poder Judiciário deve ser norteada por uma prestação jurisdicional democratizada, em observância aos princípios do Estado Democrático de Direito. O apego ao paradigma liberal impede que a jurisdição esteja preparada para enfrentar os litígios trazidos pela nova ordem social.

Saldanha (2009, p. 67) caracteriza como “caricatural o modo como a Jurisdição tem sido demandada e essas reformas apenas reforçam a sua funcionalização e confirmam o quanto o Direito se amoldou à normalização própria dos padrões da 'ciência'”. Para a autora, isso somente confirma a necessidade de uma mudança de perspectiva, de modo a aproximar a jurisdição da democracia: “Tomar aqueles valores na perspectiva contra-hegemônica, ou seja, na necessidade de que a Jurisdição sofra uma revolução, mas agora, democrática, pode ser uma alternativa possível”. Nesse sentido, defende “uma radical democratização da Jurisdição”, “como uma resposta possível à despolitização diante do pouco valor que se atribui à perspectiva coletiva de processo, o que somente poderá resultar da superação do individualismo para que se reconheça valor ao comunitário, perdido no tempo da

modernidade” (SALDANHA, 2009, p. 68):

É que tudo se passa ao nível individual, do indivíduo solitário, cuja marca é a redução do homem à utilização fria da razão instrumental, que desenha um indivíduo esquecido do homem, isto é, uma liberdade individual que esquece do outro e sobre uma política que olvida a importância da deliberação.

A dificuldade, então, na tutela dos novos direitos, está em superar as amarras do individualismo, que ainda hoje se encontram profundamente arraigadas ao processo civil e a todo o aparato jurisdicional do Estado:

Neste contexto, com o surgimento dos chamados novos direitos, cuja compreensão está associada à própria evolução dos direitos humanos, que de individuais passaram a transindividuais e coletivos e que ademais disso adquiriram *status* constitucional, produziu diferentes conflitos para os quais a solução processual não é encontrada nos institutos e instrumentos processuais feitos para a sociedade do século XIX. Se a preocupação com a eficiência, como foi demonstrado, está na ordem do dia, uma maior efetividade das decisões jurisdicionais pode advir de uma mudança estrutural mais profunda. Por isso, a aposta da Jurisdição da contemporaneidade pode ocorrer no sentido inverso das orientações neoliberais. Romper com a fluidificação, eliminar a *standartização*, a normalização e o automatismo. Fazer uma pausa. Recompôr-se como um momento de deliberação social (SALDANHA, 2009, p. 69-70).

Com a massificação das demandas sociais levadas ao Poder Judiciário, o protagonismo judicial se tornou regra e este paradigma precisa ser quebrado. O sentimento de busca pela justiça do magistrado, que atua de modo a compensar o déficit democrático deixado pelo Executivo e Legislativo, um justiceiro sem o devido amparo principiológico constitucional, protagonista do processo, torna-se, com diz Garapon (2001, p. 62), um sacerdote, trazendo consigo o perigo da formação de uma organização clerical de poder, confiscando a soberania e tornando a cidadania sem efeito. Neste sentido, Nunes (2009, p. 191-192) condena o protagonismo judicial<sup>20</sup>:

A visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (*hard cases*), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado.

Na nova realidade social que nos é contemporânea, da coletivização das demandas com a inserção de uma nova dimensão de direitos fundamentais – transindividuais -, Saldanha (2009, p. 51) considera a postura de protagonismo judicial inconcebível, trazendo à tona a necessidade de repensar o modelo jurisdicional atual:

<sup>20</sup> A temática do protagonismo judicial, que leva às discricionariedades e à prestação jurisdicional em desacordo com a Constituição será aprofundada no terceiro capítulo dessa dissertação, oportunidade na qual serão também traçadas considerações acerca do ativismo judicial.

No plano de fundo exsurge a consciência dos direitos individuais e coletivos, uma consciência complexa uma vez que envolve o direito à igualdade e à diferença. Surgem demandas por políticas públicas e pela emancipação social. As coisas não tardam a se acelerar. O protagonismo judicial não cessou de aumentar no século XX. Já no presente século já o que impressiona é justamente que as estruturas processuais não dão conta dessa necessidade, que é política, de dar acesso ao direito e à justiça aos cidadãos. Enfim, como denunciou Dworkin, de levar os direitos a sério.

Lucas (2005, p. 186) aponta para o que chama de invasão do Judiciário por uma nova forma de conflituosidade, instaurando um paradoxo: a necessidade de definição de um novo campo para a defesa dos interesses coletivos frente às limitações e precariedades da racionalidade jurídica de índole individualista. Para ele (2005, p. 185-186), “a incapacidade do Estado brasileiro em promover uma política social substancial” está “diretamente relacionada com o seu legado patrimonialista e clientelista”, o que “conduziu a uma multiplicação das reivindicações sociais de natureza coletiva direcionadas à melhoria das condições materiais da vida”. O Estado enfrenta uma “crise da jurisdição”, consubstanciada na “crise dos fundamentos dogmáticos da modernidade jurídica que, orientada para a preservação do passado por meio de práticas jurídicas de repetição, é incapaz de trabalhar com a diferença, com a complexidade da sociedade global, bem como não é apta para tomar decisões que garantam o futuro” (LUCAS, 2005, p. 193).

Essa crise que atravessa o modelo jurisdicional brasileiro o torna ineficaz na prestação de uma tutela às demandas coletivizadas que temos. Isto porque o processo civil como o conhecemos foi criado para atender demandas individuais – para as quais se presta satisfatoriamente – envolvendo direitos individuais, mas às demandas coletivas, envolvendo direitos além da relação credor-devedor, não presta uma tutela eficiente:

A ineficácia, portanto, pode ser em parte associada a um modelo de processo pensado para atender litígios individuais e de natureza privada no século XIX. Nesse registro, foi um processo criado para resolver litígios entre devedores e credores, cujo resultado final não poderia de deixar de ser apenas uma condenação. De certo modo, esse tipo de processo continua compatível com as demandas individualistas da época atual. Porém, sensíveis são as diferenças relativamente às demandas condenatórias da época romana ou até mesmo da nascente sociedade industrial do século XIX. O século XX soube produzir relações jurídicas massificadas de toda ordem, sobretudo aquelas produzidas pelas relações de consumo, em que a figura do devedor-consumidor pode muito bem ser associada ao de um grande escravo dos tempos hipermodernos. A pertença a um grupo ou categoria da chamada sociedade da *decepção inflacionada* e a submissão ao mercado de consumo de produtos, elevado à condição de soberano peculiar e bizarro, é o seu destino mais inevitável e mais próximo (SALDANHA, 2009, P. 51).

O apego ao modelo jurisdicional liberal, de relações de crédito, acaba indo de encontro com as reivindicações levadas ao Judiciário em relação a direitos humanos transindividuais. Ou seja: o tratamento oferecido pela processualística atual “não se compatibiliza com o

modelo constitucional de processo”, ou de jurisdição (SALDANHA, 2009, p. 52). A jurisdição, no paradigma instaurado pelo Estado Democrático de Direito, deve ser, como diz Hommerding (2007) constitucionalizada, pois toda a jurisdição é jurisdição constitucional e essa é a mudança que se exige à teoria da decisão judicial brasileira, superando-se o modelo positivista e discricionário em prol de uma prestação jurisdicional atenta à Constituição Federal.

Acerca do paradigma racionalista, no qual o processo civil ainda está profundamente imerso, Silva (2004, p. 147-148, grifo do autor) faz alguns apontamentos, concluindo que “é possível visualizar a distância que separa nossa formação *dogmática* da dimensão *hermenêutica* que as modernas correntes de filosofia do direito voltaram a reconhecer como fator imanente ao raciocínio jurídico, enquanto ciência da *compreensão*, não ciência da “descoberta”, em que pretenderam transformá-la os filósofos-matemáticos do Iluminismo”. Para o autor (2004, p. 148), as dificuldades enfrentadas pelos operadores do direito, na compreensão da realidade que os cerca e sua aplicação no campo processual não são enfrentadas nas universidades:

A distância entre essas duas polaridades epistemológicas expressa-se através da diferença entre raciocínio matemático – herança da nossa formação universitária – e *retórica*, enquanto ciência da argumentação forense. A separação entre o direito dos sábios, que se apreende na Universidade, e o direito da vida, que se pratica-se e sempre se irá praticar – no foro decorre destas visões antagônicas do pensamento jurídico.

Em síntese, o processualista gaúcho defendia que a crise do pensamento jurídico atual deveria ser enfrentada nas universidades. De acordo com Silva (2004, p. 264), “não devemos alimentar esperança de conquistar algum processo real na busca de um serviço judiciário eficiente e de boa qualidade, se não extirparmos o dogmatismo de nossa formação universitária”. Assim, para Ovídio, somente dessa forma se pode vislumbrar uma perspectiva crítica do direito, de modo que os operadores recuperem sua autonomia crítica.

Para Castanheira Neves (1998, p. 2-3), a crise representa a “consumação histórico-cultural” de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas – o paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige”. A crise não está na estrutura, e sim no sentido. Pensar no sentido da jurisdição é pensar sua relação ao direito: um diferente sentido do direito implica em um diferente sentido de jurisdição. A dificuldade de compreensão do direito hoje deve-se à concepção restrita ao legalismo (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 4). Em suma, o comprometimento do direito e do processo com o paradigma racionalista e a ideologia liberal-individualista faz com que tenhamos “uma justiça

não-efetiva, com uma jurisdição que não atende aos direitos e garantias fundamentais” (HOMMERDING, 2007, p. 120).

Consubstanciando a necessária crítica ao atual modelo de jurisdição, as palavras de Saldanha (2009, p. 49), conseguem captar a essência do que, humildemente, se pretende com essa pesquisa: “Seguramente, qualquer crítica, para não parecer leviana, deve estar associada à própria necessidade de revisão metodológica da Jurisdição e do Direito Processual, não como um acontecimento repentino e irreversível e sim como um processo de autorrenovação qualitativa”. Desse modo, defende-se a democratização da jurisdição – e como consequência, a democratização do processo.

No capítulo que segue serão trazidas premissas que defendem a devida atuação do juiz: não Júpiter ou Hércules, mas sim Hermes (OST, 1993), chegando-se ao momento fulcral da pesquisa proposta. Passamos a discutir como o processo precisa estar aparelhado para enfrentar as questões trazidas pela sociedade em rede, especialmente no que tange aos direitos transindividuais. Pretende-se apontar quais mudanças devem ser realizadas no modelo jurisdicional de hoje, para que se alcance um ideal democratizado de jurisdição. As dificuldades enfrentadas para a prestação jurisdicional, especialmente quanto aos direitos transindividuais, são fruto da não superação do paradigma forjado na modernidade e, ainda, a ultrapassada noção positivista que entende permissivo o protagonismo judicial e as discricionariedades no contexto do que se pretende por Estado Democrático de Direito.

### **3 A JURISDIÇÃO PROCESSUAL CIVIL E A SOCIEDADE EM REDE: a lente constitucional redefinindo a tutela dos direitos transindividuais**

*“[...] É indevido falar em processo como um instrumento de alguma atividade estatal. Processo jurisdicional democrático é muito mais do que isso. É espaço de controle e de asseguarção de participação – conceito este que, para Dworkin, deita raízes no direito à igual consideração e respeito, que pauta toda atividade pública. De resto, imagino que ninguém discorde sinceramente do fato de que a produção da decisão judicial é uma questão de democracia” (MOTTA, F., 2012, p. 201).*

O capítulo que se inicia é o coração e a alma desse trabalho. Após a fixação de um panorama da jurisdição atual, apontando os reflexos das construções ideológicas que a permearam até chegar aos dias atuais e com a delimitação do ambiente em que se escolheu situar o trabalho – a sociedade em rede – e os direitos para os quais se busca um novo modelo jurisdicional – direitos transindividuais –, chegamos ao momento final da dissertação.

Durante os dois capítulos iniciais foi possível estabelecer algumas premissas quanto à situação atual da jurisdição brasileira. Embebida de raízes liberais, fruto de sua formação aos moldes das escolas europeias, a jurisdição processual civil brasileira sofre com os efeitos do solipsismo do juiz Júpiter e, perde-se mais ainda, quando busca libertar-se nas mãos do poderoso juiz Hércules, que ultrapassa os limites constitucionais de sua atuação.

O resultado é que a jurisdição está apegada a paradigmas que não mais coadunam com a realidade atual, de uma sociedade em rede, implicando na inefetividade da prestação jurisdicional quanto a direitos que, cada vez mais, são violados e precisam de tutela nessa realidade. O aparato, seja estatal, seja pessoal, que se tem à disposição, não consegue garantir o exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente quanto àqueles que não se pode delimitar a abrangência.

O que resta demonstrado é que o modelo jurisdicional atual encontra-se em crise. O papel do magistrado passou da neutralidade de mera “boca da lei” para o protagonismo do juiz criativo, mas não está de acordo com o previsto pela Constituição<sup>21</sup>. Direitos como ao devido processo, à fundamentação das decisões, ao contraditório e à eficiência da prestação jurisdicional não estão

---

<sup>21</sup> Veremos adiante que os legisladores e os julgadores devem estar, sempre, condicionados aos ditames constitucionais, para a criação e a aplicação das leis. A Constituição precisa deixar de ser vista como carta política, passando a ser uma “carta de ação” (ISAIA; HOFFMAN, 2012, p. 171), devendo ser suprema e por fim ao reinado da lei (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 49). Importa dizer que a Constituição deve ser aplicada materialmente, para que haja a concretização do Estado Democrático de Direito, entendendo-se que toda jurisdição é constitucional (MOTTA, F., 2012, p. 28).

sendo atendidos. Enfim, a jurisdição não atende aos requisitos do adjetivo “democrática”. Diante dessa realidade, o que se pretende é delimitar quais os valores devem nortear a prestação jurisdicional, para que ela esteja de acordo com a Constituição.

No capítulo que se inicia, pretende-se demonstrar quais são os meios para garantir uma prestação jurisdicional adequada, uma resposta correta para os litígios envolvendo direitos transindividuais e de que modo isso pode ser realizado no Brasil. É preciso ressaltar que não se pretende tratar das demandas que “incham” o Poder Judiciário, numa perspectiva mercadológica da prestação jurisdicional. Isto porque, ainda hoje a grande parte dos litígios levados ao Judiciário envolvem direitos individuais, que não são foco deste estudo. O objetivo central é o estudo das dificuldades que a jurisdição processual civil enfrenta, dado o seu apego ao paradigma racionalista, quando chamada a tutelar litígios envolvendo direitos transindividuais.

Exemplo claro do despreparo jurisdicional em tratar tais questões é a decisão da 17ª Vara Federal da Subseção do Rio de Janeiro, que não considerou candomblé e umbanda como religiões. Em um absurdo interpretativo, o magistrado utilizou-se de “argumentos” retirados da Bíblia para defender que, por falta de uma doutrina escrita, as “manifestações da cultura africana” não se qualificariam como religião (GOMES, 2014). Este visível atentado a direitos constitucionalmente assegurados a todos os cidadãos apenas pôde ser ainda mais absurdo quando obteve o apoio da associação de magistrados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, que, invocando a independência (!) judicial, defenderam a constitucionalidade da referida decisão (NASCIMENTO, 2014). A posição do magistrado não atende ao dever de respeitar a integridade do direito e o aplicar coerentemente em relação à Constituição (STRECK, 2013, p. 111).

As demandas envolvendo direitos transindividuais, em um ambiente denominado de “sociedade em rede”, como já referido, não tratam apenas de questões envolvendo a internet, mas de violações de direitos nos mais diversos pontos do Brasil e do mundo que possam, eventualmente, surtir efeito em relação a outro grupo ou outro indivíduo não envolvido diretamente com a situação que gerou a demanda.

Acerca da preocupação democrática que deve alcançar o âmbito da jurisdição, Darci Guimarães Ribeiro (2009, p. 102-103) faz algumas considerações que fortalecem, ainda mais, a tese de que o Estado Democrático de Direito ainda está longe de ser concretizado no Brasil. Refere o autor que durante o Estado Social, a democracia começa a ter contornos mais definidos, entendendo aquele modelo de Estado como mais apto a propiciar a consagração de valores do



sistema democrático. No entanto, a inclusão do cidadão não aumentou, pois os indivíduos em geral não se sentem representados nas ações do Estado, especialmente nas ações do Legislativo e Executivo, poderes que, segundo Ribeiro (2010, p. 102) sofrem uma paradoxal falência institucional”, pois são “justamente os que deveriam estar próximos ao cidadão, tendo em vista o seu imenso respaldo eleitoral, mas, em realidade, eles se encontram mais distantes”. Por tais razões, o autor salienta a importância da maior inserção e participação do indivíduo na realidade estatal, especialmente no âmbito do Judiciário, que possui acesso irrestrito. A abertura do Judiciário ao povo, “cria para os indivíduos em sociedade a possibilidade de exigir do Estado a concretização de promessas ainda não realizadas e que dificilmente o serão através do Executivo e do Legislativo” (RIBEIRO, 2010, p. 103).

Prossegue o jurista (2010, p. 104) explicando que o Judiciário tem certa “vantagem” para a implementação da democracia participativa, pois “é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade”. A legitimação do Judiciário decorre, além de sua maior credibilidade social, “de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática” (RIBEIRO, 2010, p. 104-105).

Ainda, antes de iniciar o capítulo em que se pretende aprofundar essa questão, é prudente que sejam feitos alguns esclarecimentos sobre os objetivos desse trabalho.

Inicialmente, é preciso estabelecer que não se está defendendo novidade legislativa. O trabalho tem o condão de, na realidade legal que temos hoje, em especial, dentro da realidade constitucional de um Estado Democrático de Direito não concretizado nos âmbitos social, político ou jurídico brasileiro, trazer alternativas de sentido na busca de respostas corretas para os litígios envolvendo uma nova dimensão de direitos. O que se pretende é trazer alternativas que possam modificar a cultura jurídica que temos hoje, permitindo uma prestação jurisdicional democrática.

O objetivo do trabalho é exigir do juiz uma prestação jurisdicional atenta à Constituição e à democratização do ambiente processual. Não se está buscando a inserção de novos modelos de procedimentos ou de atores, pois isto exigiria inovação legislativa, que, novamente insiste-se, não é o foco da pesquisa. O que se pretende é demonstrar que a realidade do Estado Democrático de Direito, preconizada desde 1988, somente poderá se ver efetivada no que tange à prestação jurisdicional quando o papel do juiz esteja deveras embebido de uma preocupação social, e,

sobretudo, sincronizada com os princípios constitucionais.

Para isso é preciso falar de coerência e integridade, devendo a decisão ser coerente com Constituição e o caso concreto, mas também devendo haver coerência na fundamentação das decisões, que deve estar de acordo com a Constituição e coerente entre com outras decisões afins. Assim, com integridade, o julgador deve construir sua decisão como um “romance em cadeia”.

Nesse ponto traça-se a noção de direito em rede, a partir do ideal de Juiz Hermes, de François Ost e do viés trazido na obra de Marcelo Neves, Transconstitucionalismo, atenta mais ao âmbito internacional, mas trazido ao âmbito interno do estado para defender que as decisões, além de amparadas em princípios constitucionais, somente trariam a resposta correta para os casos envolvendo direitos transindividuais quando, tratando-se de uma titularidade impossível de delimitar, estejam de acordo, principiologicamente, umas com as outras.

Ainda, é preciso salientar que a proposta do presente trabalho vai além da teoria dos precedentes, de vinculação hierárquica dentro do sistema jurisdicional do Estado. Defende um amarrado principiológico, constitucional e efetivamente democrático de modo a modificar a cultura de prestação jurisdicional, tornando-a efetiva relativamente a direitos transindividuais.

### **3.1 A superação do paradigma racionalista de jurisdição, o rompimento do protagonismo judicial e a abertura democrática: o papel dos princípios na fundamentação das decisões como garantia de coerência e integridade na prestação jurisdicional**

*“Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático, etc. quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade” (STRECK, 2013, p. 112).*

Como já amplamente discutido até aqui, o modelo atual de jurisdição está profundamente apegado a ditames racionalistas, fazendo com que a concepção de processo busque a verdade e a certeza como objetivos fundamentais, deixando de lado, muitas vezes a efetividade da prestação jurisdicional. Trata-se da atuação solipsista do magistrado, apenas dizendo o direito cabível ao caso concreto.

O ranço positivista ainda presente no processo brasileiro é responsável por reduzir a prestação jurisdicional à mera declaração de direitos e não sua satisfação. As decisões são vazias de conteúdo, pois a concepção de ação adotada pelo direito processual civil brasileiro (teoria eclética liebmaniana) afasta o direito processual do material, dando maior ênfase ao primeiro. É

supervalorizado o *iter* processual e o preenchimento das condições da ação, entendendo que somente há jurisdição no exame do mérito (ISAIA, 2012, p. 129-138). Essa estrutura processual “alimenta a figura de um juiz passivo, de visível neutralidade, descompromissado para com o direito material levado em juízo. De um juiz que labora aprisionado à ideologia liberal” (ISAIA, 2012, p. 139).

De outro lado, temos o fenômeno do protagonismo judicial, que, diante da ineficácia das políticas públicas e do aumento massivo das demandas judiciais, acaba por tornar o Judiciário um realizador de direitos. O aumento do poder discricionário do juiz criativo (Cappelletti), que se permite a escolha, discricionária, da implementação das políticas públicas, monopoliza a jurisdição e abre brechas para a discricionariedade.

Ost (2003) afirma que a atualidade jurídica representa uma combinação de duas racionalidades: da primeira herdou os códigos, constituições e conceitos; e da segunda o ideário de que cabe aos juízes exercer o monopólio da jurisdição. Frente a esses dois modelos, antagônicos entre si e igualmente antidemocráticos aos olhos da Constituição, temos a busca pela prestação jurisdicional constitucionalizada, democrática e efetiva.

Hommerding (2007, 91-92) enfrenta as dificuldades da jurisdição atual, na tentativa de resgatá-la da noção de estrutura de poder e garantir seu viés democrático. Para ele, o processo é o método para o exercício da jurisdição e não tem sido democrático. Como consequência, não se pode dizer que exista, hoje, democratização da jurisdição. A crise da jurisdição engloba a crise do processo e possui diversos aspectos<sup>22</sup>, mas o principal para esse estudo é o da crise paradigmática, que impossibilita o atual modelo de jurisdição de oferecer respostas às demandas da atualidade. Isso também é dificultado pela cultura da sociedade, que desconfia de técnicas conciliatórias ou extrajudiciais, pois as pessoas confiam no “Judiciário” e não na “jurisdição” (HOMMERDING, 2007, p. 100-102).

O juiz Hércules criticado por Ost (1993, p. 116-118) é aquele que muda radicalmente a perspectiva jupiteriana (de pirâmide), colocando as decisões judiciais no coração do sistema (onde antes estava a lei). A preocupação é a obtenção de um resultado prático, que submete a coerência lógica e traduz a aplicação mais correta da lei, aos olhos do juiz, tornando-se um

---

<sup>22</sup> O autor aponta para a crise estrutural, que diz respeito ao financiamento da jurisdição (infraestrutura, equipamentos, pessoal, etc); para a crise pragmática, que engloba questões relativas à linguagem técnico-formal, burocracia, acúmulo de processos, lentidão, etc; e para a crise tecnológica, que trata da incapacidade dos operadores em tratar com novos instrumentos.

verdadeiro engenheiro social.

Para Streck (2012, p. 38), essa é a “postura típica do pós-positivismo à brasileira”, que defende o “ativismo judicial<sup>23</sup>” para “implementar” e “concretizar” direitos, sendo que tal ativismo não passa da autorização de que “no momento da decisão, o juiz tem um espaço *discrecionário* no qual pode moldar sua ‘vontade’”. No caso brasileiro, o entendimento é de que a discricionariedade configura um “poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para preencher os espaços da “zona de penumbra” do modelo de regras”. Assim, “a discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade” (STRECK, 2012, p. 39).

No Brasil, o ideal de discricionariedade significa aceitar que o julgador em qualquer “espaço” de sentido possa exercer sua subjetividade<sup>24</sup>. Assim, atenta Streck (2012, p. 43, grifo do

---

<sup>23</sup> De acordo com Tassinari (2013, p. 27-56) o ativismo judicial é uma conduta do Judiciário de extrapolação de seus poderes, levando-o a assumir tarefas dos demais poderes, em decorrência da judicialização da política, o que, segundo a autora, diferencia-se do ativismo justamente pelo fato de ser um fenômeno inexorável e ao mesmo tempo contingencial, fruto do constitucionalismo social, exigindo maior participação do Estado na sociedade, que, diante da inércia dos demais poderes, acabou por abrir espaço para a atuação do Judiciário. Assim, a judicialização da política apresenta-se como uma questão social, um fenômeno que não depende da vontade jurisdicional. O ativismo, por sua vez, é uma postura adotada pelos juízes, sendo, por isso, um fenômeno jurídico. Em análise da jurisprudência brasileira sobre o tema, Tassinari (2013, p. 127) identifica qual é a concepção de ativismo judicial pelas cortes nacionais: “usualmente, o ativismo é concebido como sinônimo de um papel mais atuante na condução do processo civil, em especial no que diz respeito à realização da instrução probatória por parte do magistrado”. Ainda, em análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a autora (2013, p. 127, grifo da autora) conclui: “a compreensão do ativismo ainda se mantém vinculada a uma *boa atuação do Judiciário*, isto é, como *consequência natural da intervenção do Judiciário para além de suas atribuições*”. Novamente aqui, pode-se apontar para a necessidade de uma mudança paradigmática no modelo e na cultura jurisdicional brasileira, visto que não existe uma compreensão do caráter democrático da Constituição Federal e, menos ainda, do modo como este caráter pode/deve ser implementado no Poder Judiciário.

<sup>24</sup> Esta “autorização” à subjetividade do julgador é bastante comum nos julgados de tribunais, podendo-se apontar o seguinte exemplo, no qual o magistrado visivelmente se põe acima dos ditames legais, quanto à determinação da razoável duração do processo, levando-se a crer que pode conduzir o processo de acordo com a sua conveniência: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. DEMANDA REGRESSIVA PROMOVIDA PELA SEGURADORA CONTRA O CAUSADOR DOS DANOS NO VEÍCULO SEGURADO. AGRAVO RETIDO. INTEMPESTIVIDADE DO ATO DA DISTRIBUIÇÃO DAS PRECATÓRIAS, COM A DECORRENTE PERDA DA PROVA POSTULADA PELA AUTORA/APELADA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO ART. 125, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Em primeiro lugar, o prazo referido é judicial (dilatório), podendo ser alterado segundo a conveniência/prudência do magistrado, dentro dos poderes que lhe conferem o art. 130 do Código de Processo Civil. Não se trata de prazo legal, peremptório, mas de prazo disponível, segundo a discricionariedade do juiz.** Em segundo lugar, não há falar em violação ao art. 125, I, do Código de Processo Civil, verbis: Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; Apenas poderia o réu acusar desigualdade de tratamento e, destarte, protestar pela violação do dispositivo legal, se, em situação parelha, o rol das suas testemunhas fosse considerado intempestivo e o da parte adversa não, pela mesma circunstância apontada - distribuição extemporânea das cartas precatórias. Em último lugar, a magistrada consignou "sob pena de ser considerada a desistência das respectivas testemunhas", o que implica reconhecer-se que tal comando, de caráter admoestatório, não continha em si e por si, desde logo, a punição. Entendendo o juízo que se mostrava mais salutar ao feito aceitar a inquirição, como destacou na decisão agravada, nada há por censurar-se no provimento combatido. DESPROVIMENTO DO AGRAVO RETIDO. MÉRITO. Ao contestar a ação, o demandado limitou-se a dizer que é

autor) que em “*terrae brasilis*, discricionarietà quer dizer duas coisas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético [...]; b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade”.

Nesse sentido, o protagonismo judicial é autorizado pelos positivistas em casos que entendem evidente a impossibilidade de que as “regras “abarquem” a complexidade do mundo fático”, confiando a solução dos litígios, que entendem não contemplados pela lei, “ao discernimento pessoal do juiz”. No entanto, tal autorização “aniquila as possibilidades de um controle qualitativo da democracia dessas decisões” (MOTTA, C., 2012, p. 32-33).

Para Streck (2012, p. 43-44), “a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de estar autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária/arbitrária, como se texto e norma estivessem separados”, por tal razão é tão perigoso que os juristas fragilizem a força normativa da Constituição, “a pretexto de superar o “ultrapassado” silogismo dedutivista do paradigma liberal-formal-burguês, [...] deslocando o *locus* do sentido do texto – que representa a produção democrática do direito – na direção do protagonismo (acionalista-indutivista) do intérprete” (STRECK, 2012, p. 43-44).

O positivismo estabelece que “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem [...] o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra” (MOTTA, F., 2012, p. 70). Nesses casos, o juiz legisla novos direitos, aplicando-os retroativamente ao caso, o que é totalmente inadequado, segundo Dworkin (2007, p. 127), pois reflete um poder discricionário no sentido forte, que é rechaçado pelo autor. Borges Motta (2012, p. 70), explica que, para Dworkin, o poder discricionário somente será aceito “quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade” – sentido fraco.

O jusfilósofo norte-americano trabalha com dois parâmetros de discricionarietà, uma em sentido fraco e outra em sentido forte. A discricionarietà no sentido fraco é a capacidade de julgar contramecanicamente quando o contexto não é esclarecedor. Já no seu sentido forte, a discricionarietà está relacionada diretamente ao controle das decisões (DWORKIN, 2007, p.

---

inverídica a versão da autora quanto ao acidente de trânsito em questão. Todavia, não declinou o contestante como, então, teria o acidente ocorrido, simplesmente silenciando a respeito. [...] Portanto, correto o julgamento de procedência da ação. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70044627107, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 27/02/2014, grifo nosso).

51). É neste sentido (forte) que se encontra a doutrina da discricionariedade, ao defender que, quando o juiz não encontra no sistema jurídico resposta ao caso concreto, ele deve decidir discricionariamente, ignorando, inclusive, a carga principiológica do direito (ISAIA, 2012, p. 154).

Assim é que o juiz discricionário deixaria de debater-se em prol de suas convicções, sua subjetividade, com todo um conjunto de padrões que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação, os quais dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo (DWORKIN, 2007, p. 65). Em suma, a discricionariedade no sentido forte ocorre quando o juiz não respeita o dever legal de decidir de determinada maneira, tecendo sua decisão sem respeitar os parâmetros legais.

Explica Borges Motta (2012, p. 72-73) que o positivismo jurídico entende o direito como uma “simples questão de fato” e que os seus verdadeiros fundamentos encontram-se na aceitação, pela comunidade, de que as proposições jurídicas representam não mais do que convenções sociais. Assim, os deveres jurídicos são as regras sociais normatizadas pelo reconhecimento social, tendo, assim, uma “textura aberta”, o que lhes garantiria “áreas de conduta em que muitas coisas de em ser deixadas para serem resolvidas pelos tribunais, segundo não mais do que a sua discricção”. Esta tese é rechaçada, tanto por Streck, quanto por Dworkin.

Streck (2012, p. 64, grifo do autor) explica que o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito “proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras”, o que somente é “*possível a partir das regras (preceitos) – produzidos democraticamente – introduzidos no discurso constitucional e que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo*”.

Segundo Isaia (2009, p. 130), o Poder Judiciário continua a reconhecer que a resolução de conflitos se dá entre sujeitos iguais, ignorando o movimento constitucional contemporâneo de reconhecimento de direitos coletivos. A problemática agrava-se ainda mais diante da admissão de discricionariedades e decisionismos, pois a postura positivista acaba por cindir os casos fáceis e os difíceis, legando aos primeiros a solução pela mera subsunção das regras ao caso concreto, e aos segundos, sua consciência.

Assim, o que tem ocorrido na realidade brasileira, muitas vezes rotulado como ativismo é, na verdade, discricionariedade, como visto. De acordo com Faccini Neto (2011, p. 24), a

discricionariedade, na realidade brasileira, surge em um sistema vinculado a regras, em que os princípios não estavam presentes no dia-a-dia dos juristas. No entanto, nos últimos tempos, tem-se notado uma proeminência desta mesma discricionariedade em relação a princípios, ampliando seu rol e sua aplicação.

Reindolf da Motta (2012, p. 93) explica que a crítica dworkiniana ao positivismo reside justamente na pretensão positivista de ter todas as respostas preconcebidas na lei, ou seja, aquela ideia de que ao juiz só cabe dizer o direito, atuando de forma solipsista. Desta problemática, exsurge a necessidade de encontrar respostas corretas para os casos difíceis, evitando que o juiz aja de acordo com a sua subjetividade, ou seja, que decida discricionariamente. Dworkin (2007, p. 128) salienta que “os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições [legislativo]; não devem criar um novo direito”, o que implica em violar a separação de poderes.

Na obra “Levando os Direitos a sério”, Dworkin (2007) desenvolve uma nova teoria dos direitos, buscando afastar os juízes da teoria positivista, de modo que utilizem outros parâmetros para proferir sua decisão, não dando margem à discricionariedade. Assim, ao se debruçar sobre um caso difícil, o juiz (aqui denominado Hércules) tem o dever de descobrir a intenção da lei. Primeiramente, ele analisa a Constituição, como forma de entender a filosofia política que permeia e embasa os direitos dispostos, pois, na visão do autor (2007, p. 166), “a Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade”. A seguir, passando ao exame da lei vinculada ao caso em debate, o juiz deve perguntar-se quais teriam sido os argumentos de política que levaram o legislativo a promulgar a lei, por fim, analisando os precedentes, o juiz precisa levar em consideração os argumentos de princípios determinantes para as decisões tomadas anteriormente (DWORKIN, 2007, p. 165-171).

Refere Dworkin (2005, p. 101) que o juiz deve tomar decisões de princípio e não de política, de modo a verificar quais direitos as pessoas possuem perante o ordenamento constitucional, não sendo responsável por decidir em nome da moralidade política ou do bem-estar geral, o que cabe ao Poder Legislativo, na formulação de leis, quando toma decisões de política, respeitando, assim, a democracia.

Assim, a interpretação realizada por Hércules é composta por três etapas: a primeira – pré-interpretativa – dá-se como a identificação das regras e padrões que foram considerados nas decisões anteriores, sendo que, mesmo aqui deve ocorrer certa interpretação; a segunda etapa –

interpretativa – consiste em encontrar uma justificativa geral para os principais elementos das decisões precedentes, constituindo uma argumentação acerca da possibilidade de utilização da mesma prática anterior; e, por fim, a terceira etapa – pós-interpretativa ou reformuladora – na qual Hércules ajuste o que entende realmente melhor servir de justificativa para a prática que pretende aplicar (aquela aceita na etapa interpretativa) (DWORKIN, 1999, p. 81-82).

Dworkin (2007, p. 182) justifica a escolha do juiz como Hércules, pois este deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos capaz de fornecer ao juiz uma justificação coerente acerca das decisões precedentes foram tomadas e, como tais precedentes devem ser justificados a partir de princípios, Hércules deve também explicar as disposições constitucionais e legislativas. No entanto, salienta que as interpretações dadas em determinada época podem se modificar:

Contudo, esse padrão de acordo e desacordo é temporário. De repente, o que parecia incontestável é contestado; uma nova interpretação – ou mesmo uma interpretação radical – de uma parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por alguém [...] vendo-se logo aceita por uma minoria “progressista”. Os paradigmas são rompidos, e surgem novos paradigmas (DWORKIN, 1999, p. 112).

Refere Ost (1993) que o juiz Hércules, preconizado por Dworkin, busca afastar-se de sua condição humana, elevando-se a alguma forma de racionalidade superior:

É exatamente por esta via que caminha o Hércules de Dworkin, este Juiz racional que “leva os direitos fundamentais a sério”, que “domina o Império do Direito”, que se consagra em toda ocasião, e particularmente nos “casos difíceis”, a encontrar a “resposta correta” que se impõe. Sua religião é a unidade do Direito, que ele deve fortalecer em cada um de seus juízos: unidade no duplo sentido, da coerência narrativa que melhor se adapta ao estado passado e presente do Direito, e da hierarquia mais satisfatória dos princípios de moral política compartilhados pela comunidade em cada momento de sua história. Estar-se-á então muito distante do decisionismo e do pragmatismo (OST, 1993, p. 118).

A teoria da antidiscrecionalidade de Dworkin mantém relação com a diferenciação que ele faz entre regras e princípios<sup>25</sup>, no sentido de que as regras são normas aplicáveis na forma do “ou tudo ou nada”, pois elas são aplicáveis apenas quando se está diante de situações pré-estabelecidas pela norma. Já os princípios são normas que não firmam uma consequência jurídica

---

<sup>25</sup> Rapidamente, diferenciam-se princípios e regras: para Dworkin (2007, p. 39), as regras são aplicadas na maneira do tudo ou nada, ou seja, ou a regra é válida e deve ser aceita, ou, não sendo válida, não contribuirá para a solução do caso. Os princípios, por sua vez, não apresentam consequências jurídicas que são seguidas automaticamente quando as condições são dadas (DWORKIN, 2007, p. 40), o princípio apenas conduz o argumento a uma determinada direção, mas para que se concretize é necessária uma decisão de um caso particular, ele fornece uma razão em favor de determinada decisão, porém não a estipula (DWORKIN, 2007, p. 114).



precisa diante de uma circunstância igualmente precisa, pois expressam considerações de justiça, equidade, ou outras dimensões da moralidade. Assim, os princípios não estabelecem uma solução inequívoca para o caso concreto, o que é papel das regras (SGARBI, 2009, p. 151).

Dentro deste raciocínio, Silva (2009, p. 39-40) defende que os princípios teriam o condão de conduzir a argumentação jurídica, assumindo essencial papel na formulação de decisões específicas. A partir desta conclusão, acredita que a parcela de discricionariedade dada ao magistrado por Dworkin seria fruto de uma visão racionalista preocupada essencialmente com o direito, pois entende o jurista gaúcho que em qualquer decisão deverá haver interpretação, e assim, permitiria ao magistrado uma parcela de discricionariedade, que se eliminada, eliminaria também a parcela hermenêutica do direito (SILVA, 2009, p. 19).

Leciona Silva (2009, p. 99) que “a subjetividade essencial ao ato de julgar (produzir sentenças justas) não é uma subjetividade arbitrária, pessoal do julgador. Ela deve estar sustentada nos valores da comunidade a que ele pertence, além disso, adequada a seu tempo”. Para o autor (2009, p. 28-38), o problema da obra de Dworkin é que ele confunde discricionariedade com arbítrio. Refere que o juiz possui uma margem de discricionariedade, que é limitada por princípios, como a razoabilidade, ao decidir o caso concreto. Conclui que a dificuldade de Dworkin, em aceitar a discricionariedade do juiz, advém da não aceitação da hermenêutica, que o impede de visualizar que “a compreensão do sentido que exige do intérprete pressupõe que ele tenha um fato histórico, mesmo um documento particular, a interpretar, jamais um conjunto heterogêneo, apenas análogo de episódios realmente existentes” (SILVA, 2009, p. 34).

O poder discricionário referido por Ovídio Baptista da Silva não deve ter o sentido forte dworkiniano, que seria confundido com arbitrariedade, haja vista que a discricionariedade não pode afastar-se do campo da juridicidade, devendo ser sempre pautada pela razoabilidade (MOTTA, F., 2012, p. 129-130). As decisões arbitrárias, positivistas ou decisionistas têm por característica básica a não utilização de qualquer parâmetro legítimo, baseando-se, exclusivamente na consciência do juiz (ISAIA, 2012, p. 156-157). Assim, Borges Motta (2012, p. 130) elucida que a discricionariedade defendida por Silva pode “ser assimilada como uma espécie de proporcionalidade, padrão que identificamos, com Streck, como sendo a necessidade de garantir coerência e integridade às decisões”.

Em comum, Silva e Dworkin manifestam o desejo por um juiz responsável, que garanta a

coerência e a integridade de suas decisões. Observa-se, no entendimento de ambos os autores, a necessidade do apego a certos parâmetros, quais sejam, valores, princípios e regras contidos no ordenamento jurídico. Neste sentido, Reindolff da Motta (2012, p. 79) explica:

Dizer que um julgador tem liberdade para julgar não é o mesmo que dizer que ele não está atrelado a princípios, regras, faticidade e até mesmo historicidade. Significa dizer que ao julgar – atrelado a todos esses aspectos mencionados e inclusive a uma série de outros tantos – ele o fará com responsabilidade e adequação, no intuito de proferir a decisão correta para determinado caso concreto.

Para Dworkin (2005, p. 25), devem os juízes fundamentar suas decisões em argumentos de princípios, ou seja, de acordo com as políticas gerais que o Estado deve seguir, já pré-definidas pelo Legislativo. Importante salientar aqui que o Judiciário, na visão dworkiniana, não pode inovar, pois atua limitado pelos ditames do Legislativo. Se o fizesse, estaria adentrando na competência democraticamente cabível ao outro poder e, com isso, maculando a separação dos poderes. Desse modo, eventuais especulações sobre qual teria sido a posição do Parlamento acerca de determinada questão controversa não devem ser consideradas, devendo os juízes decidirem de acordo com princípios. Ainda, defende que, em casos em que mais de um princípio seja compatível, a decisão de qual decorre mais “naturalmente” da lei como um todo depende do modo de caracterização da lei que reflita “a própria moralidade política do juiz” (DWORKIN, 2005, p. 25).

A distinção entre princípio e política é relevante para a solução dos casos difíceis. Dworkin (2007, p. 133) defende que as decisões devem ser sempre amparadas por argumentos de princípios, pois eles referem-se a questões individuais ou de grupos específicos. Não admite que as decisões judiciais tragam argumentos de política, pois estariam criando novos direitos e ultrapassando a competência do Legislativo. Para ele (2007, p. 133), “as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração”, assim, não sendo de competência dos juízes e sim do Poder Legislativo, devidamente instituído para tanto.

Dworkin (2007, p. 129) entende que os argumentos de política abrangem um tipo de norma que vise o bem geral da comunidade como um todo. Os argumentos de princípios, ao contrário, justificam as decisões políticas, que devem respeitar ou garantir o direito de um indivíduo ou grupo. Os argumentos de princípio são de observância obrigatória e tem relação com justiça, equidade e moral. Os princípios atuam primeiramente em oposição à noção de

política, pertencendo à teoria das decisões judiciais e face às normas legais. Dworkin (2007, p. 139) defende que as decisões judiciais devem ser tomadas com coerência, ou seja, que haja “coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio”.

A respeito dos argumentos de princípio, Faccini Neto (2011, p. 168, grifo do autor) explica que “quando se diz que o juiz há de decidir a partir de *argumentos de princípio*, não se os pode conceber como entes dados previamente, de forma a serem alcançados por um esforço intelectual individual dos julgadores”. Prossegue:

Ao contrário, o manejo dos princípios aponta, efetivamente, na direção dos limites que se há de impor ao ato de aplicação judicial, de modo a afastar dessa mesma aplicação as convicções políticas, morais e pessoais de quem decide, razão por que os princípios se vão afirmando e modificando ao longo do tempo e dependem de interpretações da prática jurídica como um todo.

Faccini Neto (2011, p. 170) refere, ainda, que “não é idôneo esperar-se que os princípios sejam reduzidos a entes, entidades objetivas, tendentes a serem manipuladas pelos juristas”, pois “os princípios acontecem em meio à moral que emerge da própria comunidade”.

Os casos difíceis (*hard cases*) são entendidos como aqueles que não podem ser decididos apenas com base em regras, seja porque elas não são claras, ou porque não existem regras escritas que tratem daquela situação em específico, ou seja, quando o juiz, em análise preliminar, observar que não há prevalência entre duas ou mais interpretações da lei (DWORKIN, 1999, p. 306).

Julios-Campuzano (2009, p. 32) explica que os princípios carregam orientações gerais de caráter axiológico que permitem a solução dos conflitos. Diferentemente das regras, eles não determinam uma conduta ou omissão, apresentando-se como normas que precisam de ulterior concretização, pois como cláusulas gerais, não permitem a imediata materialização, como ocorre com as regras. Assim, a capacidade expansiva dos princípios redimensiona a importância da interpretação para as decisões judiciais, que não podem mais basear-se na “concepção lógico-dedutiva que preconizava o positivismo legalista, já que não existe uma solução aplicável com caráter definitivo mas sim que o intérprete há de construir uma solução para cada caso concreto, mediante uma análise das circunstâncias de fato e de realidade social” (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 33).

A este respeito, leciona Borges Motta (2012, p. 57) que em aceitando a Constituição, no

seu sentido material, como topo normativo e interpretativo, interpretando-se suas cláusulas como “princípios abstratos de moralidade política”, que devem ser tomados como “um todo coerente”, sustentando-se que “toda a atividade judicial é ato de jurisdição constitucional”, todo e qualquer processo deve, necessariamente, estar atento e em consonância com tais noções. O que significa que a “integralidade de suas disposições e instituições devem ser submetidas a uma sincera (e radical) *filtragem constitucional*, de modo a permitir que o processo “atue” como aquilo que é: direito e garantia fundamentais, *condição de possibilidade* de acesso a uma ordem jurídica justa”, ou seja, “constitucional e panprincipiologicamente íntegra”, justificada por argumentos de princípio.

Dworkin (1999, p. 275) entende o direito como um romance em cadeia, sendo cada decisão dos juízes um capítulo. Assim, os julgadores devem levar sempre em conta o capítulo anterior para que seja escrito o próximo, de modo a possuir integridade, ou seja, o juiz “deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes” (DWORKIN, 1999, p. 276), exigindo que o autor (juiz) tenha uma visão geral da obra (precedentes), o que não o impede de encontrar erros ou inadequações ao longo da obra (DWORKIN, 1999, p. 277). Assim, a partir dos princípios, Dworkin entende que sempre haverá uma resposta correta, que deverá ser encontrada pelo juiz a partir da análise da historicidade do caso (romance em cadeia) e que será sempre amparada nos princípios. Salienta-se que a resposta correta pode mudar com o tempo, mas sempre haverá, para o caso, quando de seu julgamento, apenas uma resposta correta a ser encontrada com base nos princípios.

Observa-se que a resposta correta só pode ser dada no caso concreto. Nesse sentido, a fundamentação é necessária para que se demonstre a relação com o caso concreto analisado e seja evidenciada a aplicação correta do direito para a situação, que demonstrará a resposta correta, mesmo que não seja a única (MOTTA C., 2012, p. 78).

Faccini Neto (2011, p. 31) explica que “o juiz deve demonstrar sua coerência com os precedentes e as estruturas do arranjo constitucional”. Dworkin explica que o direito exige integridade não no sentido de que as decisões tentem estender as leis ou princípios aplicados séculos antes às decisões que vão proferir, mas sim num sentido de que a integridade “exige uma coerência de princípios mais horizontal do que vertical, ao longo de toda uma gama jurídica que a comunidade agora faz vigorar” (DWORKIN, 1999, p. 273). Isto significa que os direitos e

deveres decorrentes das decisões passadas, os princípios então utilizados, devem justificar o status e o conteúdo dessas decisões, sendo que o direito como integridade começa no presente, voltando-se ao passado apenas na medida em que o enfoque contemporâneo assim o exija (DWORKIN, 1999, p. 274).

Para Faccini Neto (2011, p. 32), a integridade exige dos juízes uma postura decisória que trate o sistema de normas como um conjunto coerente de princípios e, com eles, interpretem essas normas, descobrindo normas implícitas sob as normas explícitas. Assim, por exigência da integridade, as normas públicas expressam um sistema único de justiça e equidade, estabelecendo que “a decisão judicial seja determinada por princípios, não por acordos, estratégias ou acomodações políticas” (FACCINI NETO, 2011, p. 31).

Desse modo, explica Borges Motta (2012, p. 76), que “o Direito só faz sentido quando entendido como unidade coerente, como “completeza”, como “integridade” [...], de modo que os princípios devem tentar *justificar* as regras estabelecidas”, a partir das “preocupações e tradições morais da comunidade”. Assim, a “única resposta correta [...] seria aquela que resolvesse melhor à dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior” – romance em cadeia – “e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade” (MOTTA, F., 2012, p. 77).

Em suma, a “leitura moral” defendida por Dworkin, representa uma “estratégia hermenêutica que ora se apresenta em defesa do neoconstitucionalismo”, importante para que se retire do “juiz o “protagonismo” que o positivismo lhe deixou de legado” (MOTTA, 2012, p. 39).

No paradigma do Estado Democrático de Direito, “a jurisdição só pode ser compreendida autenticamente ao se compreender que a história do Direito não lhe poder ser sonogada”, pois a jurisdição está inserida no contexto da Constituição, não podendo dela ser retirada. Assim, a jurisdição tradicional não pode mais ser invocada no ambiente atual, devendo ter na Constituição seu norte. Exige-se do jurista, portanto, uma mudança de “atitude hermenêutica”, a partir de uma filtragem hermenêutico-constitucional da jurisdição (HOMMERDING, 2007, p. 135).

O ponto de partida para essa mudança, para Isaia e Hoffman (2012, p. 169), é a transformação do antigo postulado “o que não está no processo não está no mundo” para “o que está no processo, está no mundo”, pois se processo é mundo, ele precisa ser desvelado, construindo-se um novo paradigma jurídico-interpretativo substancial que tenha como base a interpretação adequada à Constituição:

Neste novo cenário, o social exsurgirá a partir de um sentido constitucional atribuído a resposta dada ao caso concreto levado a processo. Resposta que será correta quando obtida com base neste sentido de Constituição, abandonando-se, dessa forma, uma teoria interpretativa processual marcada pela obtenção de verdades universais. No seio do novo paradigma são buscadas “respostas corretas”, as quais se encontram circundadas por sentidos verdadeiros e falsos de percepção dos fatos no mundo (ISAIA, HOFFMAN, 2016, p. 169).

Neste novo paradigma, não há a pretensão de se desvelar uma verdade unívoca e atemporal, imobilizadas historicamente, mas respostas constitucionalmente corretas. Streck (2012, p. 591) defende que a decisão (resposta) estará adequada quando for respeitada a autonomia do direito (que é, em tese, produzido democraticamente), evitando discricionariedade e respeitando a coerência e integridade, garantidas por uma adequada fundamentação. Portanto, o juiz deve buscar uma resposta adequada à Constituição, um resultado constitucionalmente justo, ou seja, devidamente amparado por argumentos de princípio. Assim, “o processo civil, enquanto processo hermenêuticamente constitucional(izado), propiciará ao intérprete um encontro com o sentido constitucional de verdade dos fatos apresentados” (ISAIA, HOFFMAN, 2012, p. 169-170).

Disto observa-se a premente necessidade de uma releitura das normas jurídicas processuais aos princípios constitucionais, na medida em que somente com a devida interpretação da Constituição será possível almejar a efetivação dos direitos, aplicando seus princípios na readequação da legislação ao conteúdo e ao ideário do constituinte. Tal hermenêutica constitucional é necessária para delimitar a transformação das relações jurídicas, de modo a protegê-las do perigo da exceção. Neste sentido, Streck (2012, p. 45-46):

Resgatar o mundo prático *do* direito e *no* direito significa colocar a interpretação no centro da problemática da aplicação jurídica, explorar o “elemento hermenêutico” da experiência jurídica e enfrentar aquilo que o positivismo desconsiderou: o espaço da discricionariedade do juiz e o que isso representa na confrontação com o direito produzido democraticamente. À luz de uma hermenêutica constitucional superadora das diversas posturas positivistas, esse espaço discricional é preenchido pela tematização dos princípios constitucionais, que nada mais fazem do que resgatar o *mundo prático* esquecido pelo fatalismo das posturas teóricas positivistas.

Como alternativa antidiscricionária, Streck (2011, p. 617-618) explica que a teoria do direito focada na coerência, integridade e tradição trazidas por Dworkin contribui para conter as “contingências” do direito. Explica o jurista gaúcho que não é simplesmente uma “transplantação” da tese originária do *common law* para o *civil law*, havendo comprometimento com os princípios constitucionais, contribuindo para que os juízes respeitem a integridade do

direito e o apliquem com coerência. Referem Isaia e Hoffman (2012, p. 170):

Essa tão falada “resposta correta” brota com a marca da integridade e coerência no direito. Logo, o processo interpretativo de desvelamento vem centrado em imperativos de integridade e coerência, que não florescem apenas no momento da decisão, mas desde já, sempre, já que o processo é fenômeno. É nesse meio de integridade e coerência que surgem respostas corretas, baseadas em todo um agir ético-moral da comunidade.

Assim, afirma Streck (2011, p. 619) que existe um “direito fundamental à obtenção de repostas corretas/adequadas à Constituição” e, ao mesmo tempo, um dever, que visa “substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas”, sabendo-se que tradição, coerência e integridade serão condições de possibilidade à inserção de uma dimensão hermenêutica no processo, superando o modelo sujeito-objeto. Existe, conforme o autor (2011, p. 619), um direito fundamental de que a Constituição seja cumprida, “um direito fundamental à uma resposta adequada à Constituição ou, se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição)”.

Insere-se aí a constitucionalização do processo civil como necessária para a libertação do pensamento jurídico (e da processualística contemporânea) do paradigma racionalista, possibilitando ao processo civil apropriar-se de uma filosofia voltada à realidade prática, atendendo às necessidades do direito subjetivo material discutido em juízo. Portanto, no enfrentamento processual das situações oriundas da sociedade em rede, o processo civil deve se readequar para conceder efetividade à tutela dos interesses violados, dentro de ambientes processuais democráticos, aos moldes do Estado Democrático de Direito, ajustando-se à realidade contemporânea. Explicam Isaia e Hoffman (2012, p. 170):

[...] se faz necessária uma guinada no modo de se “fazer” processo civil no Brasil; uma real reviravolta paradigmática, deixando no passado uma jurisdição metodológico-procedimental, e consolidando um novo modelo jurisdicional constitucional. E por isso democrático.

Vislumbra-se, desse modo, a necessidade de uma ruptura no atual modelo jurisdicional brasileiro, para a efetivação do direito processual. Somente assim será possível alcançar uma tutela processual desprendida do paradigma racionalista de dependência positivista. Refere Isaia (2012, p. 62) que o Estado Democrático de Direito exige do magistrado uma atividade interpretativa, o que significa a superação do juiz solipsista, que decide de acordo com a sua subjetividade, pressupondo uma “hermenêutica crítica no instante da interpretação-aplicação do direito, o que implica na construção da atividade jurisdicional a partir da utilização dos princípios

constitucionais, aos quais as decisões devem sempre fazer referência”. Essa postura revela o que se defende por abertura democrática da jurisdição, que exige uma mudança na cultura jurisdicional brasileira.

### **3.2 A Constituição como norteadora da prestação jurisdicional do Estado: o direito em rede como condição de possibilidade para a busca de respostas corretas para os litígios envolvendo direitos transindividuais**

*“[...] o des-velar do novo (Estado Democrático de Direito, sua principiologia e a consequente força normativa e substancial do texto constitucional) pressupõe a desconstrução/destruição da tradição jurídica inautêntica, mergulhada na crise de paradigmas” (STRECK, 2007, p. 307).*

O novo modelo de jurisdição que se faz necessário ao Estado Democrático de Direito, deve ser “responsável por pensar o direito como condição de possibilidade para garantir e efetivar principalmente os direitos sociais, abnegados pelo positivismo” (ISAIA; HOFFMAN, 2012, p. 171). Exige-se do Judiciário, sintonia com o tempo, atenção à complexidade social e preparo para considerar as diferentes formas de organização da sociedade contemporânea, superando a visão reducionista de mundo (LUCAS, 2005, p. 193-194).

Borges Motta (2012, p. 138) aprofundou o estudo da teoria dworkiniana e dos trabalhos do processualista gaúcho Ovídio Baptista da Silva, explicando que a síntese entre os dois entendimentos baseia-se na necessidade de uma “argumentação convincente”, que somente será uma “argumentação de princípio”. Continua, referindo que a necessidade de uma boa resposta (Streck), resposta correta (Dworkin), possui íntima relação com o que Silva defendia a partir do dever de fundamentação das decisões: “todos queremos combates e evitar a arbitrariedade judicial, a “livre” escolha da uma interpretação sobre o Direito que ex-surge em determinada (e irrepitível) situação de aplicação” – situação defendida pelo positivismo. “E o controle dessa produção se dá através da exigência de fundamentação constitucionalmente adequada, principiologicamente justificada” (MOTTA, F., 2012, p. 140).

Assim, “os princípios, enquanto padrões de “moralidade institucionalizada”, normativamente compreendidos, assumem o papel de “fechar” a interpretação, de conduzi-la rumo à “correção” que sustentamos seja possível (e necessário) atingir” (MOTTA, F., 2012, p. 141). Desse modo, a fundamentação baseada nos princípios é responsável por fechar o sistema, blindá-lo de influências discricionárias, evitando decisões injustas, em prol da melhor resposta



para o caso concreto.

Afinal, como bem salienta Streck (2012, p. 221), os princípios são responsáveis por fechar a interpretação, permitindo o alcance de respostas corretas, pois “têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’”. Os princípios, não abrem a interpretação – “como sustentam, em especial, os adeptos da teoria da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete”. A ideia de que os princípios seriam “mandados de otimização e de que as regras traduzem especificidades (em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do “tudo ou nada”)” está equivocada, “pois dá a ideia de que os “princípios” seriam “cláusulas abertas”, espaço reservado à ‘livre atuação da subjetividade do juiz’”, o que leva à decisionismos e deve ser combatido no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Diante disso, “através dos princípios [...] é possível sustentar [...] a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto)”: “A presença dos princípios na resolução dos assim denominados “casos difíceis” – embora seja inadequado cindir *easy cases* de *hard cases* – tem o condão exatamente de evitar a discricionariedade/arbitrariedade judicial” (STRECK, 2012, p. 226).

Como visto acima, para que seja encontrada a resposta correta para o caso concreto e para que a decisão judicial tenha coerência e integridade, deve estar de acordo com os princípios constitucionais, que fecham o sistema interpretativo. Para Julios-Campuzano (2009, p. 34), com a introdução dos princípios, a Constituição deixa de ser uma fonte, convertendo-se na norma suprema do ordenamento, tendo seu conteúdo substantivo (direitos fundamentais) a função de dirigir toda a produção e aplicação normativa.

Assim, tanto os legisladores, quanto os julgadores, ficam condicionados aos ditames constitucionais, para a criação e a aplicação das leis. A importância da Constituição está em “possibilitar a unidade e a integração a partir da promoção de princípios e valores que devem ser assumidos de forma flexível, rechaçando toda concepção dogmática incompatível com a base material pluralista das sociedades atuais”. A Constituição é, então, apontada como “paradigma de uma produção jurídica flexível e plural”, assumindo “um papel absolutamente decisivo nas complexas, heterogêneas e plurais sociedades contemporâneas”, diante da diversidade de conflitos e direitos (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 46-47).

A Constituição precisa deixar de ser vista como carta política, passando a ser uma “carta de ação” (ISAIA; HOFFMAN, 2012, p. 171). Assim, a supremacia da Constituição é essencial

para por fim ao reinado da lei, como explica Julios-Campuzano (2009, p. 49):

Como consequência, o vasto complexo de transformações que estimula o crescimento do Estado constitucional aponta, no que se refere à produção jurídica, um processo de deslocamento do protagonismo que a lei vem exercendo entre as fontes do direito. Simultaneamente, registram-se outras duas consequências: a primeira no que concerne à interpretação e aplicação do Direito; a segunda, no tocante à quebra do positivismo metodológico ou conceitual, pois este novo constitucionalismo professa um compromisso indiscutível que se reflete em um enfoque “comprometido” com os problemas que afetam a Ciência Jurídica.

Reconhecer e aplicar a Constituição (em âmbito estatal) como o *topo* normativo implica em ela tornar-se a “premissa material da política”, adotando-se a perspectiva substancialista, de que a Constituição precisa ser “materialmente” realizada, é o alicerce fundamental do neoconstitucionalismo, que configura a tradição de que o Direito é um fenômeno transformador da realidade e tem esse cariz em razão da consecução de um Estado Democrático de Direito. Deste modo, deve ser realizada uma “filtragem constitucional permanente” de todas as decisões judiciais, que são atos de jurisdição constitucional (MOTTA, F., 2012, p. 26-28).

Neste ponto, adentra-se em um âmbito essencialmente interpretativo do direito, que lhe é exigido para que sejam encontradas respostas aos litígios sem que estas sejam determinadas pela subjetividade do magistrado, e sim que estejam amparadas pela leitura moral que este fará dos princípios constitucionais em determinado caso concreto. Este é, em breve síntese, o caráter interpretativo do direito reconhecido por Dworkin que, como explica Borges Motta (2012, p. 29, grifo do autor): “nega aos juízes a prática de um decisionismo arbitrário, defendendo a existência de *boas respostas* (respostas *corretas* se quiser) no Direito para todos os casos que o interpelam”. Com isso, o jusfilósofo americano reconhece a autonomia do direito, colocando-o, e não o magistrado, como protagonista da dinâmica decisória no Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Streck (2012, p. 60, grifo do autor), o (neo)constitucionalismo permite o “surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados”, pois possuem uma característica especial: “a existência de uma Constituição “extremamente embebedora” (pervasiva), invasora, *capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes políticos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais*”.

Assim, a Constituição não é apenas um documento, mas uma *tradição*: o intérprete (operador do Direito) deve entrar nessa tradição e ajudar a interpretá-la em consonância com a ciência do Direito, sem questioná-la ou substituí-la por alguma visão política ou jurídica sem argumentos. A Constituição estabelece princípios abstratos que os juízes têm a responsabilidade

interpretá-los, inserindo-se nessa tradição. O trabalho do juiz deve ser um trabalho em equipe – com os demais juízes do presente e os do passado, construindo, a partir dos argumentos trazidos anteriormente, a jurisdição democrática, assegurando o processo como “um todo coerente e íntegro” (MOTTA, F., 2012, p. 38).

Neste ponto, traçamos outra perspectiva de fundamental importância para o bom entendimento do que se defende neste trabalho, no sentido de que a coerência das decisões deve sempre funcionar em duplo sentido: primeiramente, em relação às demais decisões, acerca de casos similares ou precedentes (romance em cadeia); e, no outro sentido, em relação à Constituição, pois deve estar amparada em princípios constitucionais (fechamento do sistema interpretativo). Esta perspectiva permite já lançar a ideia de Direito em rede, que, como será aprofundado neste capítulo, envolve a denominação traçada por Ost do juiz Hermes – responsável pela dinamicidade do diálogo em um ambiente de direito em rede – aliada à noção de transconstitucionalismo, que defende a construção de “pontes de transição” entre as decisões (iremos refletir no âmbito da fundamentação) para que elas estejam interligadas, principiologicamente entre si, de modo a permitir uma prestação jurisdicional democrática, especialmente no que tange à direitos transindividuais. Isto porque, nesses casos não se pode delimitar a abrangência da violação de direitos e, por conseguinte, até onde ou quem deve ser levado os efeitos da decisão. Assim, para evitar que existam decisões conflitantes, o amparo constitucional-principiológico é capaz de garantir coerência e integridade.

Nesse sentido, Julios-Campuzano (2009, p. 100) identifica o que chama de “Estado Constitucional Democrático” como uma consequência cultural da sociedade, pois “a função do texto constitucional está diretamente vinculada ao trabalho não meramente simbólico de produzir um conjunto de identidades plurais que deem suporte à ordem constitucional”. Ou seja, a Constituição faz parte do “acervo cultural do povo”, contribuindo para a formação da sua identidade. Por isso, pode-se afirmar que a Constituição possui uma dupla dimensão cultural: como produto cultural do povo e como criadora de cultura:

Esta concepção da teoria constitucional entende, em definitivo, a Constituição como um conjunto histórico-cultural construído sobre a premissa antropológica da dignidade humana que termina na democracia como consequência orgânica. Seu caráter essencialmente cultural supõe, portanto, o reconhecimento de que a Constituição é muito mais que um texto jurídico, que seus conteúdos não se esgotam na pura e simples expressão normativa, mas que canalizam e expressam formas de vida cristalizadas na cultura cuja compreensão está submetida à própria evolução sociocultural (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p.101).

Portanto, a Constituição tem o condão, também, de contribuir para a mudança da cultura jurisdicional, uma mudança de paradigma, que é o que se defende neste trabalho, o que, como bem refere Saldanha (2011, p. 421) “exige que a estátua olhe para o pé, levante os olhos e perceba que a jurisdição e o processo devem, sim, ser espelhos da sociedade. Isso somente será possível com o abandono da linguagem das fórmulas para que se desvele a dimensão hermenêutica da jurisdição e do processo civil”.

Isaia e Hoffman (2012, p. 171) explicam que para que haja um novo modelo de jurisdição, o direito deverá ser materializado a partir do caso concreto, e não da verdade da norma, construindo-se respostas constitucionalmente corretas, segundo padrões de integridade e coerência, adequados à prática jurídico-constitucional: “Jurisdicionalizar, no atual paradigma, é encontrar – construir – o sentido constitucional do direito em cada resposta jurisdicional”.

Assim, para alcançar o ideal democratizado de jurisdição, a prestação jurisdicional deve ser guiada sempre por valores (princípios) constitucionais. Em busca da resposta correta para cada litígio, o magistrado deve proferir sua decisão com o amparo dos princípios. Ademais, é muito bem posta a observação de Faccini Neto (2011, p. 173), que relaciona as respostas corretas à observação das garantias constitucionais, como a devida fundamentação das decisões, o contraditório e a observação de um prazo razoável para a prestação jurisdicional.

Nesse sentido, vale traçar algumas considerações acerca da fundamentação das decisões, que constitui verdadeiro direito humano fundamental.

A fundamentação das decisões é reconhecida como direito humano fundamental. De acordo com o jurista italiano Taruffo (1988, p. 189), a fundamentação possui dupla função: endo e extraprocessual. Extraprocessualmente, a fundamentação permite controlar o modo pelo qual o Judiciário está exercitando o poder jurisdicional, garantindo a aplicação da norma constitucional e permitindo um controle constitucional. Dentro do processo, a devida fundamentação das decisões permite o exercício da jurisdição de forma vinculada aos princípios do Estado Democrático de Direito (DIAS, 2009, p. 118).

Para Taruffo (1997, p. 147), a decisão jurisdicional representa o resultado final da contraposição dialética travada entre as partes, em que o contraditório assume um papel importante, pois a partir dele são trazidas as argumentações fáticas e jurídicas que devem compor a decisão judicial. Os princípios do contraditório e da fundamentação são unidos em prol de uma prestação jurisdicional democrática. Assim, “a fundamentação da decisão jurisdicional será o

resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes que suportarão seus efeitos” (DIAS, 2009, p. 119).

Borges Motta (2012, p. 138) explica que a exigência de fundamentação das decisões vai além da exigência de que o juiz explique os motivos de seu convencimento<sup>26</sup>. A cobrança é para que o magistrado “explícite seu convencimento, através da análise crítica da prova, e que justifique a interpretação do direito que entendeu aplicável. É dizer que argumente – compartilhadamente, diga-se – em favor de princípios!”. A decisão não pode ser “solilóquio”, um “monólogo”, pois existe a exigência do contraditório, o que significa que, além de alegar e provar, as partes também têm o direito de receber as respostas para suas alegações e provas, pois “de nada valeria a Constituição assegurar o contraditório se ao julgador fosse possível limitar-se a dizer que o sucumbente participou do processo, fez alegações e produziu provas sobre cujo mérito (demérito) nada se pronuncia” (MOTTA, F., 2012, p. 139).

A fundamentação das decisões, como princípio constitucional (art. 93, IX da CF<sup>27</sup>), não é

---

<sup>26</sup> Pode-se observar que os magistrados não costumam distinguir motivação de fundamentação, entendendo que lhes basta expor o motivo do seu convencimento, que seria “livre”: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 273, I, DO CPC. Da preliminar de nulidade da decisão 1. **Não há que se falar em nulidade da decisão por ausência de fundamentação, quando atendido o ordenamento jurídico vigente, que adotou o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional do Juiz, pelo qual todas as decisões judiciais devem ser assentadas em razões jurídicas, cuja invalidade decorre da falta destas, consoante estabelecem os artigos 93, inc.IX da Constituição Federal e 458 do Código de Processo Civil, o que incorreu no presente feito.** Mérito do recurso em análise 2. Ausentes os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, prova inequívoca do direito alegado pela parte autora e fundado receio de dano irreparável, nos termos do art. 273, I, do CPC. 3. A agravada não comprovou de plano os requisitos autorizadores da tutela pretendida, ônus que lhe cabia e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. 4. A amplitude da postulação e a prova inserta no presente feito não permitem a concessão da liminar pleiteada, ao menos neste momento de cognição sumária, sob pena de decisão temerária, necessitando a situação sub judice de dilação probatória. 5. No caso em tela não se encontra presente a cláusula a que alude o art. 522 do Código de Processo Civil, ou seja, de que a decisão ora atacada é suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, na medida em que a lide versa sobre relação de ordem obrigacional, onde eventual prejuízo causado pode ser plenamente aferido e objeto de ressarcimento. Afastada a preliminar suscitada e dado provimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70062427323, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 07/11/2014). Outro julgado que demonstra a confusão: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ITBI. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. **Não se há falar em ausência de fundamentação, pois, em que pese sucinta, a questão central posta em lide restou analisada. Fundamentação suficiente e dentro da elasticidade conferida pelo Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz.** MÉRITO. Mera cópia ou colagem dos argumentos trazidos na exceção de pré-executividade, com ausência absoluta de qualquer abordagem à fundamentação da decisão recorrida. Precedentes. CONHECERAM PARCIALMENTE DO RECURSO E, NA EXTENSÃO, NEGARAM-LHE PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70059660274, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 05/11/2014, grifo nosso).

<sup>27</sup> 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

faculdade do julgador e sim ônus do mesmo<sup>28</sup>, pois a partir dela, o magistrado pode encontrar a resposta correta, mantendo a isonomia entre as partes e permitindo o controle de constitucionalidade das decisões (MOTTA, C., 2012, p. 61). Por tais razões, a fundamentação é reconhecida como direito fundamental, “pois é garantia mínima para o desenvolvimento e/ou manutenção do Estado de Direito”, garantindo à coletividade saber as razões da decisão e possibilitando o controle da constitucionalidade das decisões. Portanto, a fundamentação possui duplo papel e dupla dimensão: a racionalidade da decisão judicial, que exclui a aplicação arbitrária da legalidade, e o seu próprio controle, interno, através de um tribunal superior, bem como externo, em relação às partes e a coletividade (MOTTA, C., 2012, p. 136).

Nesse último sentido, ressalta-se que o direito à fundamentação deve ser também pensado como um direito à coletividade: “Ainda que destinada a cada um dos cidadãos em cada caso concreto levado a julgamento, a fundamentação é, em última análise, um direito com dimensão individual e coletiva, cujos destinatários são o povo, a sociedade e cada um dos cidadãos” (MOTTA, C., 2012, p. 139). Em última análise, a fundamentação das decisões é de primordial importância para a manutenção do ideário do Estado Democrático de Direito, garantindo outros direitos, como igualdade, liberdade e democracia para as partes envolvidas no processo e a

---

fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988).

<sup>28</sup> Claramente, o dever de fundamentação das decisões não é tido como absoluto aos julgadores: AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO. NULIDADE DA DECISÃO POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. **De se rejeitar o pedido de declaração de nulidade da decisão agravada por falta de fundamentação, porque, em que pese sucinta, a decisão interlocutória não carece de fundamentação.** APURAÇÃO DAS AÇÕES. LIMITE TEMPORAL DOS DIVIDENDOS. OBSERVÂNCIA AO ACÓRDÃO LIQUIDANDO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. Diante do fato de que o cálculo elaborado pelo Perito observou os parâmetros determinado no acórdão liquidando, de se manter a decisão agravada por todos os seus fundamentos. AGRADO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM BASE NO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70062022272, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 07/11/2014, grifo nosso).

Todavia, é possível observar que a posição acima não é absoluta: AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONDOMÍNIO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU O PEDIDO DE INCLUSÃO DE CO-RÉ NO POLO PASSIVO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE DECRETADA. **Deve ser declarada nula a decisão interlocutória, que por ausência de qualquer fundamento, infringe o disposto no artigo 165, segunda parte, do CPC, e ainda fere o princípio da motivação, que possui assento constitucional (art. 93, IX). Atos emanados do juiz, sentenças ou decisões interlocutórias, precisam ser fundamentados. Interlocutória solta, mesmo que concisa, desprovida de motivação, não chega a ser decisão.** Doutrina e precedentes jurisprudenciais. Na espécie, decisão que simplesmente defere pedido do Condomínio de inclusão de co-ré no polo passivo da lide, sem exposição dos motivos de convencimento do julgador. Nulidade que se decreta. DECISÃO AGRAVADA DESCONSTITUÍDA de ofício, em decisão monocrática. (Agravo de Instrumento Nº 70062353412, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 05/11/2014, grifo nosso).

sociedade como um todo, ainda mais quando tratar de direitos transindividuais.

Ressalta Ovídio Baptista da Silva (2009, p. 90) que a doutrina costumeiramente confunde motivação e fundamentação. A fundamentação é a “oferta de razões que justifiquem um curso de ação, enquanto que a explicação (motivação) exige a simples indicação dos motivos ou antecedentes causais de uma ação”. Independentemente dessa diferenciação, segundo Baptista da Silva, tomando de empréstimo a lição de Taruffo, o que importa é que “o raciocínio judicial não se confunda com um “juízo de racionalidade” no qual o intérprete assuma princípios absolutos de razão”. Elucidam, ainda, Streck, Oliveira e Trindade (2013, p. 11, grifo dos autores):

Ou seja, o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”. Deve, sim, *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta). Como bem diz Dworkin: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas sim o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao Direito da comunidade política.

Já é possível, com a iminente aprovação do Novo Código de Processo Civil, apontar uma vitória no sentido de exigir do julgador a devida fundamentação de suas decisões: o artigo 499, em seu parágrafo primeiro<sup>29</sup>, traça alguns panoramas da fundamentação exigida dos magistrados em suas decisões. De acordo com o texto a ser aprovado, ficam os julgadores impedidos de proferir decisões apenas indicando o texto da lei, súmula ou sem enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes.

Apesar da intenção, apenas essa medida legal não é capaz de provocar a mudança necessária à superação do atual modelo de jurisdição. Isso porque, conforme amplamente discutido no decorrer desse trabalho, a mudança necessária é a de paradigma, de sentido e de cultura jurisdicional. E isso exige um trabalho árduo e muito mais profundo do que a alteração da legislação. É o enfrentamento de concepções arraigadas à cultura jurídica brasileira desde a

---

<sup>29</sup> Art. 499. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º *Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;* (NOVO, 2014, p. 101-102, grifo nosso).

colonização, influenciada por ideologias seculares europeias. A inserção do dever de fundamentar as decisões no código de processo civil é uma iniciativa positiva, porém não se pode esperar que ela seja capaz de modificar a cultura jurídica dominante:

Não há como negar que a ausência de uma adequada compreensão do novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade dos valores constitucionais. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista e com posturas privatísticas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), os juristas (compreendidos *lato sensu*) não conseguiram, ainda, despertar para o novo. O novo continua obscurecido pelo velho paradigma sustentado por uma dogmática jurídica entificadora (STRECK, 2009, p. 68)

Acerca das modificações legislativas, Streck, Oliveira e Trindade (2009, p. 5) são contundentes ao afirmar que elas sofrem de uma patologia: “a ausência de uma reflexão mais profunda e demorada acerca de temas que tocam a origem – filosófica – de seus institutos”, lembrando que a influência da modernidade ainda é forte no sistema brasileiro, como por exemplo, ao tornar a jurisdição (antes atividade privada – direito romano) um monopólio do Estado (construção da modernidade): “Esse fator pode parecer uma obviedade e, por isso, esconde o perigo filosófico de subestimação das obviedades: recalcar a reflexão em um conteúdo dogmático, não problematizado criticamente”.

Assim, na atual conjuntura de formação jurídica no Brasil, a esperança que se pode apontar é para o ensino do Direito. A atualidade do ensino jurídico no país é desanimadora:

“Por tudo isso, é preciso ter claro que o estabelecimento das bases para a construção de discursos críticos é uma tarefa extremamente complexa e não se faz sem ranhuras. Afinal, mais do que um imaginário a sustentar o modo-positivista-de-fazer/interpretar-direito, há, no Brasil, uma verdadeira indústria cultural assentada em uma produção jurídica que tem nos manuais a sua principal fonte de sustentação, retroalimentada pelas escolas de Direito, cursos de preparação para concursos e exame de ordem, além da própria operacionalidade do Direito, *que continua a ter no dedutivismo a sua forma de aplicar o Direito.*” (STRECK, 2009, p. 77, grifo do autor).

Na busca pela construção de um novo modelo de jurisdição, apto para prestar uma tutela constitucionalmente adequada aos litígios envolvendo direitos transindividuais, o direito e a Constituição devem ser concebidos como meios de transformação social. Para tanto, é necessário “repensar a atividade cognitivo-processual”, passando a entender o “processo como fenômeno”, que deve ser “construído democraticamente (com participação ativa dos envolvidos) diante de um compartilhamento de poderes entre o juiz e as partes, onde o diálogo seja o fio condutor a desvelar a compreensão do caso concreto” (ISAIA; HOFFMAN, 2012, p. 174). Neste ponto, toma-se a ideia do juiz Hermes, que segundo Ost (1993) representa uma teoria lúdica do direito,



em que “apenas a lei de circulação do discurso jurídico pode esclarecer sua gênese e seu desenvolvimento”.

Identificando os modelos de juiz como, primeiramente, a pirâmide de Júpiter<sup>30</sup>, e, posteriormente o funil de Hércules<sup>31</sup>, Ost (1993) busca em Hermes<sup>32</sup> – mensageiro dos deuses, sempre em movimento – a denominação do modelo de juiz ideal para a atualidade jurídica. Para o autor, é necessário pensar a complexidade do direito a partir dela mesma e não pela complicação de modelos clássicos. O direito precisa ser encarado como a circulação incessante de sentido que é, refletindo-se sobre a pluralidade e a diversidade que o formam. A teoria do Direito deve ser reconhecida como circulação de sentido: “Um sentido sobre o qual ninguém, nem o Juiz nem o legislador, tem o privilégio. “Privilégio”, não se diria melhor, de fato: “lei privada”. A circulação do sentido jurídico opera no espaço público e ninguém poderia, sem violência ou ilusão, pretender monopolizá-lo” (OST, 1993, p. 118-119).

Ost (1993, p. 111) ao traçar a perspectiva do juiz Hermes para a superação dos paradigmas anteriores – Júpiter e Hércules – o identifica com a noção de Direito em rede: “O Direito pós-moderno, o Direito de Hermes, é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados”. Essa perspectiva encaixa-se com toda a matriz teórica delineada neste trabalho. A ideia de sociedade em rede, sociedade em que o fluxo de informações delimita uma realidade dificultosa ao atual modelo de jurisdição, permite relacionar os estudos já referidos com a

---

<sup>30</sup> “Sempre proferido desde cima, de algum Sinai, este Direito adota a forma da lei. Expressa-se no imperativo e dá preferência à natureza do proibido. Procura inscrever-se em um depósito sagrado, tábuas da lei ou códigos e constituições modernas. Deste foco supremo de juridicidade emana o resto do Direito em forma de decisões particulares. Desenha-se uma pirâmide, impressionante monumento que atrai irresistivelmente o olhar para cima, até este ponto focal que irradia toda justiça. Evidentemente este Direito jupiteriano está marcado pelo sagrado e pela transcendência” (OST, 1993, p. 110).

<sup>31</sup> “[...] Juiz semideus que se submete aos trabalhos esgotantes do julgar e acaba por levar o mundo sobre seus braços estendidos, reproduzindo fielmente a imagem do funil. A partir daqui não há mais Direito que o jurisprudencial; é a decisão e não a lei que cria autoridade. O código é substituído pelo processo, a singularidade e o caso concreto se superpõem à generalidade e à abstração da lei. Esta mudança de perspectiva nos conduz desde o ponto mais alto da transcendência da lei até a imanência de nossos interesses em conflito. A pirâmide sugeria o sagrado e o ideal; o funil evoca a matéria, o profano, inclusive o alimentar. O predomínio de uma justiça inspirada pelo mandato jupiteriano é substituído pela balança de nossos cálculos e compensações cotidianas” (OST, 1993, p. 110).

<sup>32</sup> “Hermes é o mediador universal, o grande comunicador. Não conhece outra lei senão a da circulação dos discursos, com a qual arbitra os jogos sempre recomeçados. Se a montanha ou a pirâmide convinham à majestade de Júpiter, e o funil ao pragmatismo de Hércules, em contrapartida, a trajetória que desenha Hermes adota a forma de uma rede. Não tanto um pólo ou dois, tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos em inter-relação. Um campo jurídico que se analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, frequentemente intercambiáveis; uma multiplicação dos atores, uma diversificação dos papéis, uma inversão das réplicas. [...]” (OST, 1993, p. 111).

perspectiva do Transconstitucionalismo. Isto porque, essa tese traz importante contribuição para a tutela dos direitos transindividuais que se pretende com este trabalho.

Traçada preponderantemente para o âmbito internacional dos direitos humanos, a perspectiva transconstitucionalista possui alguns pontos em que se pode relacionar com a noção de Direito em rede, trazida por Ost e utilizada como panorama para a tese aqui defendida: de que a fundamentação das decisões a partir de princípios constitucionais, possibilitando alcançar a resposta correta, com coerência e integridade, em prol da consecução dos direitos fundamentais como forma de possibilitar a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva para os direitos transindividuais em uma sociedade em rede. Assim, a perspectiva do Transconstitucionalismo pode ser aproveitada para a construção de um modelo jurisdicional democrático no Estado brasileiro, atendendo à promessa de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, será brevemente traçado um panorama da tese de Marcelo Neves.

Diante da pluralidade de relações no contexto supranacional, Neves (2009, p. 32-33) salienta a necessidade de uma “contrapartida normativa à expansão dinâmica do momento cognitivo da sociedade mundial”. O mundo globalizado rompe com o discurso nacionalmente legitimado, exigindo que o “direito se desvincule da política democrática no âmbito estatal, enfatizando-se as ‘constituições civis da sociedade mundial’” (NEVES, 2009, p. 33). Para tanto, torna-se imprescindível a existência de mecanismos que permitam aos atores a formação de “vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais”, “vínculos estruturais que possibilitem as interinfluências entre diversos âmbitos autônomos de comunicação”, verdadeiro “acoplamento estrutural”, autorizado pela linguagem e vinculando os sistemas autônomos, mas sem que esses percam sua autonomia (NEVES, 2009, p. 35).

Esses vínculos, possibilitados pela observação recíproca entre as ordens jurídicas, de modo a garantir sua autonomia, atuando com seletividade em relação às influências recebidas, permitem a ocorrência de entrelaçamentos que contribuem para o intercâmbio e aprendizado recíproco entre as ordens jurídicas, o que denomina de “racionalidade transversal” (NEVES, 2009, p. 49). No entanto, salienta Neves (2009, p. 49) que “a racionalidade transversal é um produto escasso do mundo social contemporâneo”, que precisa ser incentivada e realizada pelos intérpretes do direito, pois ela atua como “pontes de transição” entre as ordens jurídicas, permitindo o entrelaçamento dessas ordens para a solução de situações problemas que lhes sejam relevantes, variando suas características, proporções e significados a partir do caso concreto.

Essas pontes permitem que diferentes sistemas utilizem de argumentos encontrados em outros, desenvolvendo, principalmente, a partir de seus respectivos centros (juízes e tribunais), levando Neves (2009, p. 117) a afirmar que “não só a sociedade mundial, mas também seu sistema jurídico é multicêntrico”. Desse modo, indo além da proposta de constituição transversal, cabível ao plano interno, entendida como o acoplamento estrutural entre direito e política (NEVES, 2009, p. 50), o autor defende o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas – seja entre direito internacional público e direito estatal, direito supranacional e estatal, entre ordens jurídicas estatais, entre estas e as transnacionais, etc. – de modo que este diálogo entre cortes e ordens jurídicas possa desenvolver-se nos mais diversos níveis (NEVES, 2009, p. 117).

Primeiramente, cabe salientar que ao transconstitucionalismo não cabe somente o entrelaçamento entre ordens jurídicas – “transnacionalismo jurídico” – mas a inter-relação das ordens no plano reflexivo de suas estruturas normativas, autovinculantes, uma verdadeira “conversação constitucional”, sem referência à hierarquia entre ordens, mas apenas à “incorporação recíproca de conteúdos”, “uma releitura de sentido à luz da ordem receptora”, “uma reconstrução de sentido”, rearticulados internamente, conforme os conteúdos, em sentido originário na ordem são desarticulados e rearticulados a partir da inserção de outro sentido, recebido de outra ordem (NEVES, 2009, p. 118). Assim, explica Neves (2009, p. 119) que o transconstitucionalismo faz emergir uma “fertilização constitucional cruzada”: “as cortes constitucionais citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva”. Portanto, problemas constitucionais (referentes a direitos fundamentais) perante ordens jurídicas diversas podem ser considerados “problemas jurídico-constitucionais com uma nova roupagem”, sem uma “Constituição-Hércules” capaz de solucioná-los, impondo, assim, a “conversação” transconstitucional, pois é inegável que “os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas” (NEVES, 2009, p. 121-122).

Porém, ainda há grande resistência ao diálogo transversal entre as diversas ordens jurídicas envolvidas em um caso concreto, especialmente em razão da antiga noção de soberania estatal. Isto é resultado do que Neves (2009, p. 242) denomina de “constitucionalismo provinciano”, influenciado pelo apego à noção de constituição estatal, presa à soberania absoluta do Estado, que não se coaduna com a realidade hodierna. Para Neves (2009, p. 131-132), apesar de o transconstitucionalismo estar bastante desenvolvido no plano estrutural do sistema jurídico, ainda é limitado no campo da semântica constitucional.

Salienta que não pretende eliminar a dogmática constitucional clássica das ordens estatais, no entanto, diante da evidente desterritorialização dos problemas jurídicos que envolvem diversas ordens, “a abertura do direito constitucional para além do Estado” faz urgente o “incremento de uma teoria e uma dogmática do direito transconstitucional”, pois lhe faltam “elementos de uma teoria abrangente [...] e uma dogmática compreensiva que sirva à estabilização do direito transconstitucional” (NEVES, 2009, p. 132).

Como defendido pelo modelo do transconstitucionalismo, o “diálogo transversal” entre diversas ordens jurídicas por meio de “pontes de transição” entre elas, a respeito de situações a ambas relevantes, é preconizado como forma de solução para litígios envolvendo direitos humanos, tendo em vista sua escala universal, também podendo ser trazido ao âmbito interno do Estado para a tutela de litígios envolvendo direitos transindividuais, que são humanos por excelência. Assim, seja em âmbito nacional, supranacional, internacional, etc., a utilização de ordens jurídicas de múltiplos níveis pode ser apontada como alternativa à crise do constitucionalismo estatal nos moldes da soberania liberal, possuindo um papel importante para a necessária mudança de paradigma jurídico-cultural, especialmente quanto ao modelo jurisdicional brasileiro, foco deste estudo.

Prosseguindo nesse pensamento, outro ponto de conexão entre as teorias trazidas como pano de fundo para este trabalho é a fundamentação das decisões, ancorando à proposta do transconstitucionalismo uma abordagem interpretativa, de “leitura moral”, conforme preconizado por Dworkin. Como explica Borges Motta (2012, p. 36), a “leitura moral” é uma proposta de que todos (juízes, advogados, cidadãos) – ao passo que o juiz não pode ser entendido com o protagonista do processo – interpretem e apliquem dispositivos abstratos e amplos de moralidade política, que ensejam os direitos e garantias constitucionalmente positivados, considerando que eles referem-se a princípios morais de decência e justiça, de modo a inserir a moralidade política no âmago do direito constitucional, incorporando-os como limites aos poderes do Estado.

Sintetizando as teorias adotadas no trabalho, especialmente quanto aos pontos defendidos por Dworkin e Streck, nota-se que elas possuem um ponto muito claro de convergência: ambas determinam que o controle das decisões para que evite a discricionariedade deve residir no amparo principiológico, o que deve ser feito na fundamentação das decisões, garantindo assim seu viés democrático. E, justamente neste ponto é que irá se conectar a perspectiva do transconstitucionalismo. Neves (2009, p. 274) defende que, para a devida aplicação de ordem

jurídica diversa em um caso concreto – transconstitucionalismo –, faz-se fundamental “a construção de mecanismos que sirvam à rearticulação da identidade mediante a observação da situação oferecida pela outra ordem para um determinado problema”.

Assim, tendo em vista que o transconstitucionalismo não pode partir de uma ordem específica e sim de um problema que envolva mais de uma ordem, o que se aplica aos casos que envolvem os direitos transindividuais, explica Neves (2009, p. 275) que “da desconexão entre ordens presas em suas respectivas identidades, o transconstitucionalismo viabiliza a articulação de regras e princípios face ao caso”, abre-se “a possibilidade de construção de uma racionalidade transversal na relação entre princípios e regras de ordens jurídicas distintas”. O importante é que o transconstitucionalismo deve-se desenvolver de modo a “construir “pontes de transição” que possibilitem um relacionamento mais construtivo (ou menos destrutivo) entre ordens jurídicas”, o que somente é possível “mediante a articulação pluridimensional de seus princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns, dependentes de soluções suportáveis para todas as ordens envolvidas” (NEVES, 2009, p. 277).

Essas “pontes de transição” constituem “redes de fundamentação” dentro do aparato jurisdicional do Estado. Não significa, novamente deve-se insistir nesse ponto, uma releitura da teoria dos precedentes. Ao contrário, não se está buscando vincular decisões, como pretendem os precedentes, a uniformização de jurisprudência, súmulas, etc., o objetivo das redes de fundamentação é permitir uma construção jurisdicional democrática, atenta aos princípios constitucionais. Nesse sentido, corroboramos a posição de Streck (2012, p. 376), que enfatiza a importância da fundamentação das decisões: “A possibilidade de se obter “respostas corretas”, não está, pois, na vinculação (pura e simples) dos precedentes judiciais, mas, sim, na fundamentação/justificação da síntese hermenêutica que somente ocorre na *applicatio*”<sup>33</sup>.

Quando se trata de direitos de cunho coletivo, a matéria referente àquele caso concreto posto diante do Judiciário não se exaure ali, seus efeitos podem atingir uma enormidade de indivíduos. Por isso é que os magistrados precisam estar preparados para fornecer à lide uma solução adequada (resposta correta) e essa resposta, além de estar de acordo com todo o aparato principiológico constitucional, deve estar em consonância com as demais decisões referentes a direitos similares. Ou seja, não se pode admitir que, em um Estado Democrático de Direito, um

---

<sup>33</sup> Explica, ainda, Streck (2012, p. 40) que os precedentes acabam sendo transformados em pautas gerais, cindindo direito e fato, retornando aos dualismos não compatíveis com a visão democratizada de jurisdição.

juiz possa considerar que Umbanda não é uma religião! Esse é um atentado à liberdade de crença, religião e à dignidade da pessoa humana como um todo. Como considerar que tal decisão possa estar, remotamente, de acordo com os princípios constitucionais e com o que se espera da atuação jurisdicional do Estado?

No caso de estar o magistrado, deveras embebido de sua função social de garantir o exercício dos direitos garantidos aos cidadãos, ele deveria ter focado sua decisão no âmbito principiológico, realizando um construto teórico a partir da Constituição e se utilizando da construção de outras decisões em casos análogos. Ocorre que, a partir do momento em que um magistrado ao tratar de uma questão visivelmente de âmbito constitucional apega-se a formalismos ele está virando as costas para a lide e violando o direito fundamental ao acesso à justiça e o seu dever de garantir os direitos dos cidadãos.

Portanto, o que se defende no presente trabalho é a possibilidade de formação de pontes de transição entre os diversos pontos de construção jurisdicional – juízes, tribunais, turmas recursais, etc – mas que isto seja realizado mediante extensa fundamentação, de base principiológica, desautorizando qualquer relação com a teoria dos precedentes, de vinculação hierárquica. Somente assim será possível também garantir ao caso concreto a melhor resposta possível para os litígios envolvendo direitos transindividuais, mediante a interlocução entre as ordens envolvidas e a consecução do mínimo ético universal, fundamento essencial da dignidade da pessoa humana que é o valor norteador de todo o ordenamento jurídico nacional.

Muitas vezes, encontra-se referência ao que se insiste em chamar de “ativismo judicial”<sup>34</sup>, qualquer manifestação contrária ao posicionamento dominante, mesmo que esta esteja

---

<sup>34</sup> O que se denomina “ativismo judicial” tem origem na doutrina norte-americana. Porém, é importante observar a discrepância existente entre essas duas jurisdições constitucionais, especialmente pelo fato de que a norte-americana possui um caráter mais político, buscando harmonizar as decisões da Suprema Corte com o projeto político do Governo (TASSINARI, 2013, p. 105). Ademais, “a Constituição brasileira diferencia-se substancialmente da norte-americana por apresentar um denso e vasto conteúdo normativo que o texto constitucional norte-americano não possui, por ser sintético” (TASSINARI, 2013, p. 149). Por isso, pode-se afirmar que: “em princípio, devido ao alinhamento do texto constitucional brasileiro no estabelecimento de direitos e garantias, a afirmação da necessidade de uma leitura moral da Constituição para ampliar o conteúdo de certos direitos e, ao mesmo tempo, para balizar a atuação dos juízes (em face do que, nos Estados Unidos, chamaria de direitos não enumerados) dispensaria a estratégia teórica do constitucionalismo estadunidense, uma vez que isso decorre diretamente da própria textualidade da Constituição do Brasil, especialmente porque estabelece objetivos (de bem-estar) ao Estado. Por esta peculiaridade, a polêmica sobre os limites da atividade jurisdicional (e, assim, a discussão sobre ativismo judicial) também deveria apresentar-se, em comparação à experiência norte-americana, no mínimo, amenizada (porque este Poder estaria constrangido pela própria Constituição). Apesar disso, pela defesa da discricionariedade, deu-se entrada para outro tipo de discurso moral não decorrente do que é informado pela Constituição, qual seja, o da moral particular/individual do juiz (que, nesta linha, surge na condição de “predador externo” do texto constitucional) (TASSINARI, 2013, p. 84).

devidamente amparada com fortes bases principiológicas e argumentos teóricos. Streck e Saldanha (2013) explicam que um posicionamento adotado a partir de profundo embasamento teórico, que tenha coerência e integridade (Dworkin) como a historicidade da constituição não configura ativismo judicial.

Acerca da acusação de ativismo, os autores (2013), explicam que o garantismo deve ser entendido como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, podendo ser considerado o traço mais característico, estrutural e substancial da democracia. Isto porque “tem como suporte a relevante circunstância de que cabe à Constituição fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico”, ou seja, “em face do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição brasileira, o valor normativo da Constituição deve ser potencializado, especialmente a normatividade dos capítulos condensadores dos interesses das classes não-hegemônicas” (STRECK; SALDANHA, 2013).

Para que isto seja realizado, advertem que *“é necessário entender que a Constituição é, entre outras coisas, também norma, e não mera declaração de princípios ou de propósitos”*. Assim, a Constituição, como norma suprema da nação deve “contaminar todo o direito infraconstitucional, que não pode nem deve ser interpretado (concretizado/aplicado) senão à luz da Constituição”, realizando uma *“filtragem constitucional”*, capaz de atribuir novo significado, atualizar as concepções, o que vem sido defendido pela perspectiva transconstitucionalista (SALDANHA; STRECK, 2013, grifo dos autores).

A contribuição do transconstitucionalismo para o trabalho é no sentido que as decisões judiciais devem focar na “promoção da inclusão: a redução do crescente setor de exclusão” (NEVES, 2009, p. 292), de modo as decisões, estando amparadas por uma base de princípios, possam garantir e defender os direitos humanos, dando a cada caso concreto, a melhor resposta possível. Partindo-se das teorias de Dworkin e Streck, solidifica-se o ponto de encontro entre ambas como norteador do modelo de conversação ora defendido: ambas determinam que o controle das decisões para que evite a discricionariedade deve residir no amparo principiológico, o que deve ser feito na fundamentação das decisões, garantindo assim seu viés democrático.

Ou seja, com a construção de “pontes de transição” (NEVES, 2009), torna-se viável a articulação pluridimensional de princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns. Neste ponto, vislumbra-se o total entrelaçamento entre os diálogos transversais, pelas pontes de transição e o objetivo de encontrar a melhor resposta para um caso concreto, tendo

como pano de fundo, sempre, a devida fundamentação principiológica, garantindo uma prestação jurisdicional democrática, em prol da consecução dos direitos constitucionalmente previstos.

Retomando as considerações trazidas ao longo do trabalho, ficam alguns apontamentos conclusivos no sentido de que a mudança necessária à jurisdição brasileira é de sentido, de paradigma, de modo a superar as perspectivas positivistas que dão sustento à discricionariedade judicial. A Constituição precisa ser entendida como fruto da comunidade política e, portanto, condicionante “*à forma como a decisão jurídica será realizada, de maneira que, somente a partir desse pressuposto, é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas*” (STRECK, 2013, p. 108, grifo do autor).

Para finalizar, é preciso consolidar a posição de que a problemática da jurisdição (não) constitucional brasileira é ideológica, diante da não superação da postura positivista e discricionária:

Está na (falta de uma) teoria da decisão o ponto nodal da não superação do positivismo e de seus elementos fundantes (fontes sociais, cisão entre direito e moral e discricionariedade). Por isso, discutir o direito e suas possibilidades democráticas é uma questão umbilicalmente ligada à discussão dos paradigmas filosóficos que conformam o modo de ser do mundo do jurista (STRECK, 2013, p. 114).

Desse modo, a perspectiva do direito em rede traçada nesse trabalho somente poderá produzir resultados positivos, em direção à democratização da jurisdição processual brasileira, quando a cultura jurisdicional sofra também uma reviravolta. É necessário que se supere, de vez, o paradigma racionalista, que impôs uma postura positivista ao direito brasileiro. Também não se pode mais tomar por democrático ou constitucional uma postura protagonista do magistrado na condução e solução do processo, pois isso acaba por levar a decisionismos, maculando a Constituição.

A efetivação do ideário do Estado Democrático de Direito caminha de mãos dadas com a real consecução da Constituição, em que ela não seja tomada só como carta política, mas sim como norma responsável pela construção de sentido no seio da sociedade, onde também está inserida a jurisdição. A superação da ideia de jurisdição como um poder estatal, para que se entenda seu viés democrático é essencial para a devida proteção dos direitos dos cidadãos.

Assim, a perspectiva lançada nesse trabalho é feita em prol da busca por essa mudança de paradigma, de cultura jurisdicional, para que o Judiciário brasileiro possa, efetivamente, superar as amarras do racionalismo e do protagonismo judicial, tornando-se uma esfera verdadeiramente



democratizada. Nesse sentido, devem ser revistos os paradigmas inerentes à discricionariedade do juiz, seu protagonismo e o ativismo judicial, passando-se a entender o direito como manifestação política da sociedade e que deve ter seu sentido atribuído, sempre, em consonância à Constituição.

Enfim, a superação do paradigma atual passa pela compreensão de que toda jurisdição é constitucional, e isso significa dizer que a resposta correta para cada caso concreto é aquela que tenha coerência com os princípios e as decisões anteriores, a partir da devida fundamentação (não motivação) e integridade em relação à Constituição.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou possibilitar a reflexão crítica acerca de alguns paradigmas existentes no pensamento jurídico brasileiro. O ideal de jurisdição que foi sendo construído ao longo dos séculos possui incongruências com o direito material que deve tutelar.

Na sociedade contemporânea, de relações dinâmicas e que envolvem pessoas nos mais diversos lugares, é importante atentar para o rumo que os direitos fundamentais têm tomado, especialmente quanto aos de terceira geração. Os direitos transindividuais, direitos sem titularidade específica, inerentes a um grupo ao qual não se pode especificar e delimitar seu alcance, precisam receber um tratamento adequado da jurisdição.

Ficou claro que a jurisdição atual está aprisionada pelo paradigma liberal-individualista, “procedimentalizada”, incapaz de enfrentar os novos desafios e racionalidades da sociedade contemporânea, primando por “aplicar a vontade da lei”. Essa posição é ainda bastante difundida, tanto nas universidades, como pelos operadores do direito, de que este é uma ciência e que se busca definir qual decisão é “certa” ou “errada”, comprovando a existência de um abismo entre o discurso teórico e a prática forense.

Também, diante da multiplicação das previsões legais e da ineficiência do Poder Executivo em atendê-las, outro fenômeno que atinge o Judiciário é a “judicialização da política”, transformando os magistrados em ativistas, dando ao Judiciário uma participação na tomada de decisões políticas, o que não se coaduna com o ideário do Estado Democrático de Direito. A atuação política do Judiciário usurpa o poder constitucionalmente dado ao Executivo (mesmo que por ineficiência desse). Essa postura do magistrado não pode ser considerada democrática, podendo levar a práticas totalitárias.

Enfrenta-se, após a superação do juiz Júpiter próprio do Estado Liberal, o solipsismo judicial no Estado Social, devendo-se superar estas figuras para a construção de um processo digno do ideário democrático. Esta realidade permite afirmar que o modelo jurisdicional brasileiro está em crise, seja uma crise de paradigma (Ovídio Baptista da Silva, André Leonardo Copetti dos Santos), conceitual (José Luiz Bolzan de Moraes), de jurisdição (Lênio Streck, Adalberto Narciso Hommerding e Douglas César Lucas) ou de sentido (Castanheira Neves). O fato é que a Constituição de 1988 ainda não é de todo compreendida pelos operadores do direito, acarretando na negação de promessas constitucionais e fazendo com que o Judiciário seja

apontado como a salvação dos problemas não atendidos pelo Estado.

O fato de o qualitativo democrático não ser atendido pela realidade jurisdicional brasileira, exige uma perspectiva crítica do direito, levando ao redesenhar a jurisdição, para que esta seja posta à disposição da sociedade como um instrumento capaz de prestar uma tutela ágil e eficiente para questões envolvendo direitos transindividuais.

Durante os dois primeiros capítulos foram estabelecidas premissas quanto à situação atual da jurisdição brasileira: embebida de raízes liberais, fruto de sua formação aos moldes das escolas europeias, a jurisdição processual civil brasileira sofre com os efeitos do solipsismo do juiz Júpiter e, perde-se mais ainda, quando busca libertar-se nas mãos do poderoso juiz Hércules, que ultrapassa os limites constitucionais de sua atuação.

Com isso, foi possível demonstrar que o que falta à jurisdição processual brasileira é o entendimento de que as decisões devem ser proferidas com coerência e integridade, de modo a alcançar a resposta (constitucionalmente) correta. E isso implica no entendimento de a Constituição deve, sempre, nortear a tutela jurisdicional.

Neste novo paradigma, não há a pretensão de se desvelar uma verdade unívoca e atemporal da lei, mas uma resposta constitucionalmente correta para cada caso concreto. A decisão somente estará adequada quando for respeitada a autonomia do direito, evitando a discricionariedade e respeitando a coerência e integridade, garantidas pela devida fundamentação. Portanto, o que juiz deve buscar é uma resposta adequada à Constituição, um resultado constitucionalmente justo, ou seja, devidamente amparado por argumentos de princípio.

Somente assim será possível alcançar uma tutela processual desprendida do paradigma racionalista de dependência positivista. O viés democrático do Estado (e da jurisdição) exige do magistrado uma atividade interpretativa (jamais discricionária), que implica na superação do solipsismo e do ativismo. A atividade jurisdicional deve ser construída a partir da utilização dos princípios constitucionais, aos quais as decisões devem sempre fazer referência.

Das doutrinas aprofundadas no trabalho, é possível concluir que o fundamental para uma prestação jurisdicional democrática é a fundamentação das decisões, em argumentos de princípios, de modo que elas tenham coerência (com a constituição e entre si) e integridade (dando sequência ao direito), podendo-se, assim, afirmar que se encontrou a resposta correta. Os princípios, como responsáveis pelo fechamento interpretativo, devem estar sempre presentes nas decisões, evitando posturas discricionárias por parte dos magistrados.

A Constituição deve ser materialmente realizada, o que significa que tanto os legisladores, quanto os julgadores devem atuar condicionados aos ditames constitucionais. Assim, a Constituição não é apenas um documento, mas uma tradição, na qual o intérprete (operador do Direito) deve entrar e ajudar a interpretá-la em consonância com a ciência do Direito, sem questioná-la ou substituí-la por alguma visão política ou jurídica sem argumentos.

Não se pode deixar de destacar as iminentes alterações do Código de Processo Civil, quanto à coletivização das demandas e, especialmente, quanto a exigências de fundamentação das decisões. No entanto, a alteração legal ainda não demonstra a modificação da cultura jurisdicional brasileira, pois não provoca o enfrentamento de concepções arraigadas à cultura jurídica brasileira desde a colonização, influenciadas por ideologias seculares europeias. A inserção do dever de fundamentar as decisões no Código de Processo Civil é uma iniciativa positiva, porém não se pode esperar que ela seja capaz de modificar a cultura jurídica dominante.

Ao relacionar a perspectiva do juiz Hermes (François Ost) aos estudos de Marcelo Neves, o trabalho atinge seu objetivo. A ideia de sociedade em rede, sociedade em que o fluxo de informações delimita uma realidade dificultosa ao atual modelo de jurisdição, permite relacionar o modelo de Direito em rede com a defesa da fundamentação das decisões a partir de princípios constitucionais, possibilitando alcançar a resposta correta, com coerência e integridade, em prol da consecução dos direitos fundamentais como forma de possibilitar a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva para os direitos transindividuais em uma sociedade em rede. A partir daí defende-se a construção de um modelo jurisdicional democrático no Estado brasileiro, atendendo à promessa de um Estado Democrático de Direito.

Outro ponto de conexão entre as teorias trazidas como pano de fundo para este trabalho é a fundamentação das decisões, ancorando à proposta do transconstitucionalismo uma abordagem interpretativa, de “leitura moral”, conforme preconizado por Ronald Dworkin. Ademais, a necessidade de haver um controle das decisões, para que se evite discricionariedade conecta o estudo à proposta de Lênio Streck, que defende esse controle a partir do amparo principiológico da fundamentação das decisões, garantindo assim seu viés democrático.

Também é importante ressaltar que não se está defendendo a teoria dos precedentes, pois não se está buscando vincular decisões, uniformizar a jurisprudência, garantir a coercibilidade das súmulas, etc. O objetivo das redes de fundamentação é permitir uma construção jurisdicional democrática, atenta aos princípios constitucionais.

O que se defende é que a jurisdição esteja preparada para enfrentar casos que envolvam direitos transindividuais, em que a matéria referente àquele caso concreto posto diante do Judiciário não se exaure na demanda, pois seus efeitos podem atingir uma enormidade de indivíduos. E isso significa que os magistrados precisam estar preparados para fornecer à lide uma resposta correta, que, além de estar de acordo com todo o aparato principiológico constitucional, deve estar em consonância com as demais decisões referentes a direitos similares. Assim, o magistrado estará atendendo à função social de garantir o exercício dos direitos garantidos aos cidadãos, sem tomar uma postura ativista, discricionária ou não democrática.

A partir da construção de pontes de transição entre os diversos pontos de criação jurisdicional – juízes, tribunais, turmas recursais, etc –, desde que isto seja realizado mediante extensa fundamentação, de base principiológica, desautorizando qualquer relação com a teoria dos precedentes, de vinculação hierárquica, será possível também garantir ao caso concreto a melhor resposta possível para os litígios envolvendo direitos transindividuais, mediante a interlocução entre as ordens envolvidas e a consecução do mínimo ético universal, fundamento essencial da dignidade da pessoa humana que é o valor norteador de todo o ordenamento jurídico nacional.

Desse modo, a perspectiva do direito em rede traçada nesse trabalho somente poderá produzir resultados positivos, em direção à democratização da jurisdição processual brasileira, quando a cultura jurisdicional sofra também uma reviravolta. É necessário que se supere, de vez, o paradigma racionalista, que impôs uma postura positivista ao direito brasileiro.

Defende-se, portanto, uma mudança de paradigma, de cultura jurisdicional, para que o Judiciário brasileiro possa, efetivamente, superar as amarras do racionalismo e do protagonismo judicial, tornando-se uma esfera verdadeiramente democratizada. E isso somente será possível a partir da compreensão de que toda jurisdição é constitucional, e, como consequência, a resposta correta para cada caso concreto é aquela que tem coerência com os princípios constitucionais e com as decisões anteriores, a partir da devida fundamentação (não motivação), garantindo a integridade do direito.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 out. 2014.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. V. I. Campinas: Bookseller, 1999.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. V. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. I. Campinas: Bookseller, 1998.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. V. II. Campinas: Bookseller, 2000.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Princípios constitucionais diretores da jurisdição no Estado democrático de direito. **Revista Estação Científica** (Ed. Especial Direito) V.01, n.04, outubro e novembro, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo.

**Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3, janeiro/junho 2011.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial**: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERNANDES, Noeli. O TEMPO RAZOÁVEL DE DURAÇÃO DO PROCESSO E A SOCIEDADE DA URGÊNCIA: A TRANSFORMAÇÃO DA JURISDIÇÃO NO SÉCULO XXI - DO PROCESSO INDIVIDUALISTA AO PROCESSO COLETIVO. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. 156 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia**: O Guardião das Promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Nelci. Justiça Federal define que cultos afro-brasileiros, como umbanda e candomblé, não são religiões. **JusBrasil**, 15 maio 2014. Disponível em: <<http://nelcisgomes.jusbrasil.com.br/noticias/119752168/justica-federal-define-que-cultos-afro-brasileiros-como-a-umbanda-e-candomble-nao-sao-religiao>>. Acesso em: 07 nov. 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Jaó Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1979.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. O LEGADO JURISDICIONAL DA MODALIDADE ESTATAL LIBERAL EM PLENO PARADIGMA INSTITUÍDO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. v. 14. n. 1. 2009. Unifor. Fortaleza.

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

\_\_\_\_\_. **Processo Civil e Hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

ISAIA, Cristiano Becker; HOFFMAN, Fernando. A jurisdição processual civil no Estado Democrático de Direito: verdades universais ou respostas corretas? **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, p. 157-176, 2012.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização.**

Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado sobre o Governo.** Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1978.

LUCAS, Doglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de. **O Estado e suas crises.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis:** como condição de possibilidade para resposta correta/adequada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério:** uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. **Do direito social aos interesses transindividuais:** o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania:** por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NASCIMENTO, Christina. Associação de magistrados apoia juiz que não considera candomblé religião. **O dia**, Rio de Janeiro, 20 maio 2014. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2014-05-20/associacao-de-magistrados-apoia-juiz-que-nao-considera-candomble-religiao.html>>. Acesso em: 07 nov. 2014.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo:** os desafios para uma cultura cosmopolita. São Paulo: Ltr, 2011.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Versão Câmara dos Deputados. Redação final aprovada em 26.03.2014. Salvador: Editora Jus Podium, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.



NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 14, 1993. p. 169-194. Tradução de Isabel Lifante Vidal. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/0136062987257072858789/1/cuaderno14/doxa14\\_11.pdf?portal=4](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/0136062987257072858789/1/cuaderno14/doxa14_11.pdf?portal=4)>. Acesso em: 05 jul. 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução e organização de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

RELATÓRIOS de cumprimento da Resolução CNJ n. 107. **Portal CNJ**, Brasília, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTRIBUNAIS.forumSaude.pdf>>. Acesso em 24 set. 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição. A difícil sintonia entre eficiência e efetividade. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e Processo**: Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. Vol. III. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. **Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos da Filosofia Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.** São Leopoldo, jan.-jun 2009.

STRECK, Lênio.; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, Rafael Karam. O “cartesianismo processual” em *terrae brasilis*: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Revista Estudos jurídicos – NEJ – Eletrônica.** Vol. 18. N.1. p. 05-22, jan-abr, 2013.

STRECK, Lênio.; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ativismo e garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos.** In: DIDIER JUNIOR, Fredie.; RAMO, Glauco Gumerato.; NALINI, José Renato.; LEVY, Wilson. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual.** Salvador: Jus Podivm, 2013.

TARUFFO, Michele. **Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retórica e dialettica. In: L’attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività.** A cura di Mario Bessone. Torino: Giappichelli Editore, 1997.

\_\_\_\_\_. **La fisionomia della sentenza in Italia.** In: **La sentenza in Europa.** Padova: Cedam, 1988.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VASCONCELLOS, Jorge. Em oito anos, Justiça do RS defere 94% das ações relacionadas ao Direito à saúde. **Portal CNJ,** Brasília, 03 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24927-em-sete-anos-justica-do-rs-defere-94-das-acoes-relacionadas-ao-direito-a-saude>>. Acesso em: 24 set. 2014.

WINCK, Fernando Pritsch. **REDES SOCIAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A SOLIDARIEDADE NA ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO CIBERESPAÇO** In: **Direitos Fundamentais na Sociedade da Informação.** ADOLFO, Luiz Gonzaga (Org.). Florianópolis: UFSC/GEDAI, 2012.