

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

FERNANDO JOSÉ PALMA SAMPAIO

**PROCESSO CIVIL E TUTELA JURISDICIONAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO**

MARÍLIA
2008

FERNANDO JOSÉ PALMA SAMPAIO

PROCESSO CIVIL E TUTELA JURISDICIONAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof^ª. DANIELA MARQUES DE MORAES

MARÍLIA
2008

SAMPAIO, Fernando José Palma.

Processo Civil e Tutela Jurisdicional no Estado Democrático
Fernando José Palma Sampaio; orientador: Daniela Marques de Moraes.
Marília, SP: [s.n.], 2008.

70 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito de
Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora
do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

1. Positivismo jurídico 2. Estado democrático 3. Tutela
jurisdicional efetiva 4. Legitimidade.

CDD: 341.46



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Fernando José Palma Sampaio

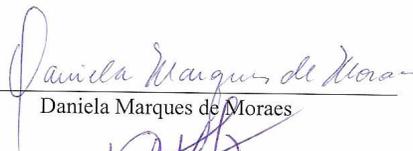
RA: 32943-6

PROCESSO CIVIL E TUTELA JURISDICIONAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO

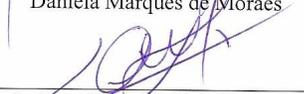
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (dez)

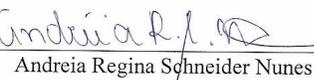
ORIENTADOR(A):


Daniela Marques de Moraes

1º EXAMINADOR(A):


Carlos Alberto de Toledo Feltrin

2º EXAMINADOR(A):


Andreia Regina Schneider Nunes

Marília, 25 de outubro de 2008.

Dedico este trabalho à minha família que sempre esteve ao meu lado impulsionando pela conquista pessoal e profissional, e, ainda que muitas vezes impossibilitada de contribuir como pretendia, face a condição limitada, por vezes comprometeu-se além do que podia para que concluído fosse o curso.

Aos meus pais, em especial, que nunca tiveram oportunidade de cursarem ensino superior, no entanto, mostraram-se pessoas interessadas em propiciarem condições para meu estudo.

Essa vitória, a primeira de muitas, graças às preces de minha mãe, sem dúvida não é somente minha.

Ao meu irmão peço desculpas por estar ausente muitas vezes.

Ao meu primo-irmão Reinaldo grato por ensinar que as dificuldades servem para transpormos e que no final a conquista sempre estará do lado de quem efetivamente batalhou e não enganou a si próprio.

Aproveito neste ato para reconhecer o quanto fizeram por mim, ensinando a importância do respeito às pessoas.

Muito obrigado!

AGRADECIMENTOS

Já que muitas vezes não encontramos espaços para agradecer àqueles que de certa maneira contribuem, e muito, para nosso sucesso, pois bem, chegou o momento.

O que seriam das pessoas sem amigos, e disso não posso reclamar. Tenho poucos, mas verdadeiros espartanos: Oscar Rosse e família, João Fernando Mari e família, Luciano Lima e família, Maurício Zavata, Thiago Barros, Wilson e Aline Dias, Paulo Cesar Alves, Luciano Suzuki, Karina Dátilo, Jesiel da Silva e família, Talita Prado, André Siqueira, Marcão, Mariana Bonfin, Luana Kiara, Joseane Carla Perez e Erlon, Fausto Vilela e Alice e família, Everson Souza, Danilo dos Santos, Thiago Aragão, Durval, sem prejuízo daqueles que escaparam a memória.

Aos companheiros de estágio de Ministério Público, aos Drs. Jurandir Afonso Ferreira e Salomão Sussumu pelo exemplo de simplicidade e humildade. Em especial ao Prof. Feltrin pelas dicas e posicionamentos serenos, além do ótimo humor que sem dúvida alegrava nosso dia-a-dia.

Aos companheiros de estágio de Defensoria Pública, em especial aos Drs. Fernanda Rosa de Oliveira e Fernando Rodolfo Mercês Moris, pelo aprendizado diário e companheirismo. Também aos amigos estagiários Diego Esteves, Álvaro Augusto, Patrícia Gallo, por me suportarem diariamente. Ao Alexandre Lourencetti pelas palavras sempre oportunas. Sem deixar de citar os vigilantes Valdir e Augusto.

Aos amigos de faculdade do 5º ano: Evandro Marcomini (Criadão), Rodrigo Lucas (Tucano), Paulo Alves (45), Nilo Dantas (28), Caio Xavier (Jô), Luis Gustavo (Muamba), Cesar Galante (Lan hauss), Thiago Figueiredo (Chaves), Thiago “Tiririca”, Genival (Batoré), Maíra, Paulinha, Raquel, Sabrina, Carolina, Alessandra, Rosemeire, Alana, Claudionor, Juliano (Pervertido), Norton Dias, Vartinho, PH, Vinu, Cello (F-1), Renan (Locão), Rodrigo (Isquilinho), sem prejuízo daqueles que escaparam a memória, obrigado pela companhia e momentos de diversão. Inesquecível!

A Débora Lopes de Carvalho, proprietária do meu amor, falta palavras para retribuir imenso apoio e carinho. De um momento repentino e especial, a princípio desacreditado por muitos, solidificou-se num amor sincero e com futuro brilhante. Obrigado por me suportar (e olha que isso não é fácil), e demonstrar seu amor.

Zé ninguém

Quem foi que disse que amar é sofrer?
Quem foi que disse que Deus é brasileiro,
Que existe ordem e progresso,
Enquanto a zona corre solta no congresso?
Quem foi que disse que a justiça tarda mas
não falha?
Que se eu não for um bom menino, Deus vai
castigar!
Os dias passam lentos
Aos meses seguem os aumentos
Cada dia eu levo um tiro
Que sai pela culatra
Eu não sou ministro, eu não sou magnata
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém
Aqui embaixo, as leis são diferentes
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém
Aqui embaixo, as leis são diferentes
Quem foi que disse que os homens nascem
iguais?
Quem foi que disse que dinheiro não traz
felicidade
Se tudo aqui acaba em samba?
no país da corda bamba, querem me
derrubar!!
Quem foi que disse que os homens não podem
chorar?
Quem foi que disse que a vida começa aos
quarenta?
A minha acabou faz tempo, agora entendo por
que
Cada dia eu levo um tiro
Que sai pela culatra
Eu não sou ministro, eu não sou magnata
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém
Aqui embaixo, as leis são diferentes (4X)
Os dias passam lentos
Os dias passam lentos
Cada dia eu levo um tiro
Cada dia eu levo um tiro
Eu não sou ministro, eu não sou magnata
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém
Aqui embaixo, as leis são diferentes...

(BIQUINI CAVADÃO)

Até quando?
"Não adianta olhar pro céu com muita fé e pouca luta Levanta
aí que você tem muito protesto pra fazer e muita greve
Você pode e você deve, pode crer
Não adianta olhar pro chão, virar a cara pra não ver
Se liga aí que te botaram numa cruz e só porque Jesus sofreu
Num quer dizer que você tenha que sofrer
Até quando você vai ficar usando rédea
Rindo da própria tragédia?
Até quando você vai ficar usando rédea
Pobre, rico ou classe média?
Até quando você vai levar cascudo mudo?
Muda, muda essa postura
Até quando você vai ficando mudo?
Muda que o medo é um modo de fazer censura
Até quando você vai levando porrada, porrada?
Até quando vai ficar sem fazer nada?
Até quando você vai levando porrada, porrada?
Até quando vai ser saco de pancada?
Você tenta ser feliz, não vê que é deprimente
Seu filho sem escola, seu velho tá sem dente
Você tenta ser contente, não vê que é revoltante
Você tá sem emprego e sua filha tá gestante
Você se faz de surdo, não vê que é absurdo
Você que é inocente foi preso em flagrante
É tudo flagrante
É tudo flagrante
A polícia matou o estudante
Falou que era bandido, chamou de traficante
A justiça prendeu o pé-rapado
Soltou o deputado e absolveu os PM's de Vigário
A polícia só existe pra manter você na lei
Lei do silêncio, lei do mais fraco:
Ou aceita ser um saco de pancada ou vai pro saco
A programação existe pra manter você na frente
Na frente da TV, que é pra te entreter
Que pra você não ver que programado é você
Acordo num tenho trabalho, procuro trabalho, quero trabalhar
O cara me pede diploma, num tenho diploma, num pude estudar
E querem que eu seja educado, que eu ande arrumado que eu
saiba falar
Aquilo que o mundo me pede não é o que o mundo me dá
Consigo emprego, começo o emprego, me mato de tanto ralar
Acordo bem cedo, não tenho sossego nem tempo pra raciocinar
Não peço arrego mas na hora que chego só fico no mesmo lugar
Brinquedo que o filho me pede num tenho dinheiro pra dar
Escola, esmola
Favela, cadeia
Sem terra, enterra
Sem renda, se renda. Não, não
Muda, que quando a gente muda o mundo muda com a gente
A gente muda o mundo na mudança da mente
E quando a mente muda a gente anda pra frente
E quando a gente manda ninguém manda na gente
Na mudança de atitude não há mal que não se mude nem
doença sem cura
Na mudança de postura a gente fica mais seguro
Na mudança do presente a gente molda o futuro".

(Gabriel Pensador)

SAMPAIO, Fernando José Palma. **Processo civil e tutela jurisdicional no estado democrático**. 2008. 70f.. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2008.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto o processo civil em meio à ordem constitucional democrática, tendo por parâmetro a tutela jurisdicional efetiva e adequada como fundamento da legitimidade do Estado. A marcante influência do direito estrangeiro incontestavelmente discrepante da realidade brasileira, sob a égide do positivismo jurídico, fez reproduzir sistema processual contrário ao ideário de justiça, mas focalizado na realização literal da lei, afastando assim as pessoas de realizarem seus direitos conforme suas necessidades, dentro de tempo hábil e forma eficaz. A ordem liberal tratou de limitar o poder daqueles que poderiam efetivamente realizar a justiça social, ou seja, os juízes, submetendo-os ao puro texto de lei. Com a Constituição Federal de 1988, norteadas pelos valores sociais e democráticos, a interpretação e aplicação das leis infraconstitucionais se submetessem ao seu propósito, a fim de justificar a vedação da autotutela. Neste contexto, de satisfação das garantias explanadas na Carta Magna e, conseqüentemente, textos infraconstitucionais, a prestação de tutela jurisdicional deve seguir indubitavelmente as garantias constitucionais, sendo corolário da atuação do magistrado poderes concretos a fim de dar fiel cumprimento aos direitos reconhecidos, não constituindo sua atuação mera formalidade ou prolação da norma jurídica, mas sim, instrumento de justificação do poder e manutenção da legítima existência do Estado.

Palavras-chave: Positivismo jurídico. Estado democrático. Tutela jurisdicional efetiva. Legitimidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 - O PROCESSO CIVIL NA HISTÓRIA BRASILEIRA.....	11
CAPÍTULO 2 - O PARADIGMA JURÍDICO DA MODERNIDADE: POSITIVISMO JURÍDICO.....	24
CAPÍTULO 3 - CONSTITUIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	37
CAPÍTULO 4 - A ORDEM DEMOCRÁTICA E SUA INFLUÊNCIA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	50
4.1 O Direito de Ação como direito fundamental	53
4.2 O direito à tutela jurisdicional efetiva.....	58
CONCLUSÕES.....	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

A apresentação deste trabalho pauta-se na contextualização do direito processual civil brasileiro à ordem constitucional democrática vigente, tendo como fim a prestação da tutela jurisdicional efetiva enquanto garantia de legitimidade do Estado.

Para isso, traçou-se no primeiro capítulo a evolução do direito processual civil na sociedade brasileira, denotando suas origens e heranças até hoje latentes em nosso ordenamento jurídico, enfatizando o conteúdo individualista e patrimonialista que se desenvolveu em meio a destoante realidade brasileira e fora perpetuado no Direito, fazendo crer ser o Direito instrumento de dominação e de propagação de ideologias em prol de determinado estrato social.

Nesse diapasão, indispensável trazer à discussão o modelo jurídico que se desenvolveu conjuntamente com o surgimento do Estado Moderno e delineou os passos do Direito denominado positivismo jurídico, disposto no segundo capítulo. Porém, não do Direito como justiça, mas do Direito enquanto conjunto de normas pré-estabelecidas, numa concepção puramente avalorativa e tecnicista do Direito, impossibilitando os cidadãos de realizarem efetivamente seus direitos.

A partir do terceiro capítulo teve-se como parâmetro a promulgação da Constituição Federal de 1988, carta que adotou o regime democrático à sociedade política brasileira, o desempenho do Poder Judiciário seguiu norte diverso ao qual trilhava pela linha positivista absoluta, constituindo atualmente órgão imprescindível a busca de justiça e interação social.

Diante da ordem constitucional democrática estabelecida forçoso convergir a interpretação das leis ao seu ideário de efetiva intervenção no meio social e individual para se ver satisfeitos os interesses da sociedade, ou dos particulares, em prol da concretização dos direitos.

Assim, deve também seguir o direito processual civil, sob pena de sua eficácia ser contestada e, por conseqüência, posicionar-se contrariamente ao dispositivo constitucional democrático.

Finalizando no capítulo quarto, prestação da tutela jurisdicional de forma adequada, efetiva e tempestiva, dentro do prisma constitucional atual, é regra que se deve seguir a aplicação das leis, sendo mácula imperdoável provimento que destoe dessas qualidades, pois assim coloca-se em questão o monopólio da jurisdição que o Estado se fez responsável e sua efetiva contrapartida imediata ao respaldo dos direitos postos ao pleno exercício dos cidadãos.

O Direito escapando aos ideais exageradamente legalistas e formais oriundos desde seu surgimento em território brasileiro, e, diretamente tratando da tutela jurisdicional decorrente da vedação da autotutela e sua conseqüente prestação nos moldes constitucionais democráticos é que surge indagação para explanação do presente trabalho.

Para confecção do trabalho utilizou-se principalmente de bibliografias de processualistas e constitucionalistas, tais como Luiz Guilherme Marinoni, Ovídio Baptista A. da Silva, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros.

CAPÍTULO 1 - O PROCESSO CIVIL NA HISTÓRIA BRASILEIRA

Para que se possa entender o direito processual civil atual faz-se necessário contextualizá-lo às suas origens, retratando o momento histórico referente a cada alteração até eclodir o processo atual. Paulo Lucio Nogueira, citando Gabriel de Rezende Filho, evidencia a importância de se remeter às origens históricas para compreender o presente: *“para estudar os institutos fundamentais do processo civil e discutir com segurança os seus grandes e delicados problemas, há conveniência de enquadrá-los numa larga visão histórica”* (REZENDE FILHO apud NOGUEIRA, 1991, p. 01) sem grifo no original.

Assim, compreendendo as origens seja possível valorar o Direito que é posto a sociedade e analisá-lo quanto sua aplicabilidade na atualidade, se condizente com a estrutura democrática e ideária de justiça. Oportuno discorrer as palavras de Michel Foucault, em *Human nature: justice versus power*:

Creio que o verdadeiro trabalho político, numa sociedade como a nossa, é o de criticar o funcionamento de instituições que parecem neutras e independentes: criticá-las de modo que a violência política que sempre se exerceu, obscuramente, por meio delas seja desmascarada e possa ser combatida (HESPANHA, 2005, preâmbulo).

E ainda, a fim de não se ver revestidos pelo dogmatismo que induz afastar o pensamento crítico com relação ao Direito, podendo-se desvendar e esmiuçar o que se tem por incontroverso e incontestável, e assim, compreender como se deram a formação do Direito brasileiro e sua aplicação nos dias atuais. Nos dizeres de Ovídio A. Baptista da Silva, o que ele considera como a primeira consequência do dogmatismo – *a falta de senso crítico*:

[...] o dogmático perde o poder de indagar pelo ‘porquê’ dos fenômenos, das circunstâncias e obstáculos que o embarçam. O pensamento dogmático não pergunta pelas causas daquilo que acontece no âmbito do Direito. Limita-se ao ‘como’. Isto acaba fortalecendo o próprio dogma (SILVA, 2006, p.299) sem grifo no original.

O processo civil teve, indiretamente, origem no Brasil por meio das Ordenações Filipinas, em 1603, ainda durante o Período Colonial. Conservava a mesma sistemática das antigas Ordenações Afonsinas e Manuelinas, marcadamente influenciadas pelo Direito Romano, Canônico e Germânico.

As Ordenações Filipinas eram fruto da tomada espanhola ao trono de Portugal, promulgada por Filipe II, da Espanha, e, sendo o Brasil colônia de Portugal, teve aqui sua vigência por mais de três séculos, mesmo após a retomada portuguesa ao poder. Cabe neste

ponto retratar o que Ovídio A. Baptista da Silva considera a segunda consequência do dogmatismo – *neutralidade da ciência processual*:

[...] *tendências para conceber as categorias processuais – por isso que apenas conceituais – como se elas fossem eternas. Este pendor pela ‘naturalização’ das instituições processuais constitui propriamente o dogma. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual meramente conceitual, que se desliga da realidade social* (SILVA, 2006, p.300) sem grifo no original.

Durante a fase colonial, a estrutura política carecia de identidade nacional, já que desconectada da população e contrária aos objetivos da sociedade. O poder da Coroa mantinha estritas relações com os latifundiários, pois estes abasteciam a Metrópole e impulsionavam o comércio cada vez mais promissor.

Porém, as relações da Metrópole com o segmento social dos proprietários de terra (raízes da formação social e política brasileira), acabaram por eclodir num Estado patrimonialista, tendente a proteção dos donos de propriedades e meios de produção.

A aliança do poder aristocrático da Coroa com as elites agrárias locais permitiu construir um modelo de Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os interesses dos segmentos sociais donos da propriedade e dos meios de produção. Naturalmente, o aparecimento do Estado não foi resultante do amadurecimento histórico-político de uma Nação unida ou de uma sociedade consciente, mas de imposição da vontade do Império colonizador. Instaurou-se, assim, a tradição de um intervencionismo estatal no âmbito das instituições sociais e na dinâmica do desenvolvimento econômico. Tal referencial aproxima-se do modelo de Estado absolutista europeu, ou seja, no Brasil, o Capitalismo se desenvolveria sem o capital, como produto e recriação da acumulação exercida pelo próprio Estado.

É dessas constatações que se pode auferir a confluência paradoxal, de um lado, da herança colonial burocrática e patrimonialista; de outro, de uma estrutura sócio-econômica que serviu e sempre foi utilizada, não em função de toda a sociedade ou da maioria de sua população, mas no interesse exclusivo dos “donos do poder” (WOLKMER, 2006, p.40-41).

Devido à intensa manipulação da Metrópole sobre a Colônia, não se formara no Brasil identidade cultural e jurídica próprias, fruto da experiência dos povos ali situados.

O que se teve fora imposição de regras e tradições advindas de outro Estado marcadamente oposto em seus objetivos e realidade socioeconômica e cultural.

Como escreve Nelson W. Sodré, sendo empreendimento planejado que expressava uma necessidade nova, decorrente de expansão ultramarina, a colonização viu-se na contingência de criar um Direito especial para a direção e organização da própria atividade colonial. Não resta dúvida de que o principal escopo dessa legislação era beneficiar e favorecer a Metrópole. A experiência político-jurídica colonial reforçou uma realidade que se repetiria

constantemente na história do Brasil: a dissociação entre a elite governante e a imensa massa da população (WOLKMER, 2006, pp. 47-49).

Como se vê, a legislação brasileira começara contrariamente à realidade social, segregando o povo nativo, impondo o Direito para se afirmar poder e perpetuar as distinções culturais, jurídicas e social Metrópole – Colônia.

O modelo jurídico hegemônico durante os primeiros dois séculos de colonização foi, por consequência, marcado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito alienígena – segregador e discricionário com relação à própria população nativa -, revelando, mais do que nunca as intenções e o comprometimento da estrutura elitista de poder (WOLKMER, 2006, p. 49).

Relativamente à matéria processual constante das Ordenações, vislumbrava desde já o formalismo preponderante, isso devido ao procedimento essencialmente escrito, separado em rígidas fases e com distanciamento do magistrado na produção da prova, dando-se maior relevância aos documentos escritos, e impedindo a livre convicção do magistrado.

[...] guiado pelo princípio dispositivo no sentido formal e material: às partes cabia não só a iniciativa da demanda como o seu movimento e a formação do material destinado à convicção do juiz. Autor e réus eram senhores absolutos da lide, domini litis. (ALVARO DE OLIVEIRA, 1997, p. 32)

No cenário mundial, eclode em 1789 a Revolução Francesa (marco da cultura jurídica moderna – o Positivismo), pautada nos ideais liberais da crescente classe burguesa (liberdade, igualdade e fraternidade), foi o movimento libertário que buscou a ruptura com o absolutismo (e feudalismo, no modelo econômico), protegendo as liberdades individuais.

Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano. Um grande historiador da Revolução, Georges Lefebvre, escreveu: “Proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução” (BOBBIO, 2004, p. 99).

No entanto, observa-se na história a revolução em prol de uma classe social, que sob o manto da vontade da maioria, construiu o Estado e toda uma ideologia própria de um segmento social, em prol de interesses amplamente subjetivos.

A burguesia, classe dominada a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social.

E tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio 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.

Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno. A burguesia acordava o povo, que então despertou para a consciência de suas liberdades políticas. Ali estava um direito novo, na teoria política, que mantinha princípios cuja validade indiscutível transpunha qualquer idade histórica e se situava fora de quaisquer limitações de pólo, meridiano ou latitude, como se a razão humana quisesse mais uma vez zombar da crítica subjacente no amargo ceticismo de Pascal ao prantear as verdades falazes (BONAVIDES, 1980, p. 05-06).

Cabe neste ínterim citar os ensinamentos de Afonso Arinos de Melo Franco, no Ciclo de Conferências realizado pela Universidade de Brasília, no período de 24 a 26 de outubro de 1977, presente na obra *O Pensamento Constitucional Brasileiro* promovido pela Câmara dos Deputados:

[...] O liberalismo representava a segurança. A liberdade era a segurança. Por que o era? Porque a luta pela liberdade foi a vitória contra a insegurança da autocracia do poder monárquico. O absolutismo monárquico foi um processo de insegurança social. De resto, devo salientar e repetir aquilo que procurei dizer em recente discurso no Instituto dos Advogados: a segurança total do Estado representa a insegurança total da sociedade.

Então, o que houve com a vitória da Revolução Francesa foi o princípio da estabilidade, o princípio da segurança jurídica, como regulamento ou regulação da vida social. Por quê? Por uma razão. Porque a Revolução Francesa foi a vitória da burguesia contra a monarquia absoluta. E a burguesia estabeleceu as suas leis de segurança. Ela era baseada em que princípio? No regime censitário, ou seja, na eleição que correspondia à promoção da classe social possedente, da classe social que tinha as disposições financeiras. O regime censitário, como todos sabem, é aquele em que o eleitorado estava qualificado segundo a sua renda (Câmara dos Deputados, 1977, p.25).

Instaurava-se então o Estado Moderno, marcadamente caracterizado pela separação dos poderes, proteção às garantias individuais e, submissão ao império da lei. Ao poder legislativo atribuíram-se poderes e relevância, já que a lei prestava a limitação do poder estatal na esfera individual dos homens. Contudo, há de se evidenciar que preconizavam a edição de leis pautadas na generalidade e abstração, sob a premissa de um direito previsível (certeza jurídica).

O Direito era a lei. A vontade do legislador exteriorizada nas leis deveriam ser cumpridas, sem que fossem passíveis de interpretação diversa a fim de beneficiar alguém nitidamente desigual ou por ventura carente de recursos.

Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra intitulada *Teoria geral do processo*, discorre sobre o Direito na era do Estado Liberal:

O positivismo jurídico é tributário dessa concepção de direito, pois, partindo da idéia de que o direito se resume à lei, e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador (MARINONI, 2007, p. 29).

Proclamada a Independência (1822), com a Constituição de 1824, embasada nos ideais liberais da Revolução Francesa, instaurou-se um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo, recheada de individualismo econômico e centralismo político, no qual o Brasil continuou submisso a Portugal, e as Ordenações Filipinas se mantiveram intactas, plenamente aplicáveis na falsa concepção de liberdade trazida pela independência. Nessa época, o Brasil não adotou a separação tripartida do poder. Seguindo as idéias de Benjamin Constant, a Constituição do Império tinha um *Poder Moderador*, ao lado da divisão clássica. Assim, encontraremos o Poder Moderador, o Poder Judiciário, o Executivo e o Legislativo.

Durante essa fase, relativamente ao Poder Judiciário brasileiro vêm-se resquícios da revolução francesa, já que a ele não cabia interpretar as leis, mas tão somente aplicá-las. O Poder Judiciário não tinha poderes para modificar a realidade, pois para isso existia o Legislativo, crente na tradição que permanece, até tempos atuais, de que a lei, escrita e emanada pelo poder estatal, é por si só capaz de trazer mudanças e direcionar a sociedade.

[...] a herança francesa aparece nitidamente na Constituição do Império de 1824, v.g., através dos incisos VIII e IX do artigo 13, delegando ao Poder Legislativo não só a tarefa de elaborar as leis, mas, também, de interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, além de velar pela Constituição e promover o bem geral da nação (sic). Era, enfim, a consagração da *volonté générale* em um país de escravos e onde o voto ‘popular’ era censitário. Observem-se, ademais, os graves problemas que decorriam dessa outorga de poderes ao Legislativo, sem controle de uma instância de controle (STRECK, 2002, p.335).

Nesse diapasão, a respeito do liberalismo crescente no Brasil que se manifestou com a Independência e Constituição de 1824, importante ressaltar o intuito de desvinculação de determinado estrato social das garras do Estado Absolutista para consecução de intuídos econômicos, mas com a prevalência das oligarquias na administração do país.

O que sobretudo importa ter em vista é esta clara distinção entre o liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial. O Estado liberal brasileiro, como qualifica Trindade, nasceu ‘em virtude da vontade do próprio governo (da elite dominante) e não em virtude de um processo revolucionário’. O liberalismo apresentava-se, assim, desde o início, como ‘a forma cabocla do

liberalismo anglo-saxão’ que em vez de identificar-se ‘com a liberação de uma ordem absolutista’, preocupava-se com a ‘necessidade de ordenação do poder nacional. **Enfim, a tradição das idéias liberais no Brasil não só conviveu, de modo anômalo, com a herança patrimonialista e com a escravidão, como ainda favoreceu a evolução teórica da singularidade de um ‘liberalismo conservador, elitista, antidemocrático e antipopular’, matizado por práticas autoritárias, formalistas, ornamentais e ilusórias** (WOLKMER, 2006, pp. 75-79) sem grifo no original.

Na esfera política, o que mais tarde embasaria o federalismo por meio da República em 1891, mesmo com a independência, a divisão política e administrativa permaneceu intacta na essência, ou seja, condizente com a manutenção da colonização.

O fato de delegar poderes às regiões, sem, contudo, desfazer a submissão à metrópole, interessava a Portugal. E sob o fito de estar superada a relação de dependência, acabara por contribuir para formação de governos autoritários e retrógrados.

[...] A centralização, tal qual existe, representa o despotismo, dá força ao poder pessoal que avassala, estraga e corrompe os caracteres, perverte e anarquiza os espíritos, comprime a liberdade, constrange o cidadão, subordina o direito de todos ao arbítrio de um só poder, nulifica de fato a soberania nacional, mata o estímulo do progresso local, suga a riqueza peculiar das províncias, constituindo-as satélites obrigados do grande astro da corte – centro absorvente e compressor que tudo corrompe e tudo concentra em si – na ordem moral e política, como na ordem econômica e administrativa (NEQUETE, 2000, p. 15).

Ainda citando Lenine Nequete, sobre a prevalência dos interesses monárquicos em meio a independência que manteve o pacto colonial. Cita-se:

O ato adicional interpretado, a lei de 3 de dezembro, o conselho de Estado, criando, com o regime de tutela severa, a instância superior e os instrumentos independentes que tendem a cercear ou anular as deliberações dos parlamentos provinciais, apesar de truncados; a dependência administrativa em que foram colocadas as províncias, até para os atos mais triviais; o abuso de efetivo seqüestro dos saldos dos orçamentos provinciais para as despesas e para as obras peculiares do município neutro; a restrição imposta ao desenvolvimento dos legítimos interesses das províncias pela uniformidade obrigada, que forma o tipo da nossa absurda administração centralizadora, tudo está demonstrado que posição precária ocupa o interesse propriamente nacional confrontado com o interesse monárquico, que é, de si mesmo, a origem e a força da centralização (NEQUETE, 2000, p.15).

Em 1830, sob a égide da Constituição política do Império de 1824, decretou-se o Código Criminal, e mais tarde o Código de Processo Criminal em 1832 (primeiro período do direito processual civil brasileiro), que continha disposições provisórias sobre a administração da Justiça Civil, introduzindo idéias modernas a fim de tentar superar o antigo procedimento de atos e formalidades consideradas inúteis, porém, sem, contudo, afastar a aplicação das Ordenações.

É indispensável, no entanto, levar em conta – pois esta circunstância irá marcar de forma indelével nossas concepções modernas a respeito de jurisdição, fortalecendo ainda mais a herança romana – , que o regime monárquico constituído no Brasil, com sua independência de Portugal, longe de reconhecer ao Judiciário a dignidade de um poder do Estado, submetia-o, assim com igualmente fazia com o precário Poder Legislativo, à autoridade do chamado Poder Moderador, exercido pelo monarca, que, na verdade, significa o único poder verdadeiro (SILVA; GOMES, 2002, p. 30) sem grifo no original

Após, sobreveio o Código Comercial e subsequente o Regulamento n. 737, ambos de 1850, destinados a regular o processo das causas comerciais, procurando simplificar e concentrar o procedimento.

A despeito do Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850 (segundo período do direito processual civil brasileiro), que se tratou do primeiro código processual elaborado no Brasil, ainda durante o Governo Imperial, referente a matéria comercial, cita-se o posicionamento, em obra conjunta, de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

O Regulamento 737 dividiu os processualistas. Foi considerado ‘um atestado de falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado’; e foi elogiado como ‘o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América’. Na realidade, examinado serenamente em sua própria perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável do ponto-de-vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p.113).

Contudo, as novas peculiaridades somente alcançaram às causas cíveis com o Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, cujo qual também colocou fim a vigência das Ordenações Filipinas.

Por sua vez, o Decreto 763 não perdurou por muito tempo. Findo o regime monárquico e promulgada a Constituição Republicana de 1891, transferiu-se a competência para legislar sobre direito processual civil aos Estados Federais, surgindo então a fase dos Códigos Estaduais (terceiro período do direito processual civil brasileiro).

Contudo, os Códigos Estaduais pouco contribuíram para mudança do paradigma vigente à época colonial, já que não inovaram, confeccionando suas leis processuais a partir do Regulamento n. 737. Assim, manteve-se o direito processual antigo, aplicando-se os princípios das antigas Ordenações.

José Frederico Marques retrata o real conteúdo do Regulamento n. 737, cujo qual deu base aos Códigos Estaduais:

[...] é vezo antigo o de se fazerem elogios extraordinários ao Regulamento n. 737, apontado como lei modelar de processo civil. Tais gabos, no entanto, são imerecidos. O citado regulamento não passa de estatuto processual moldado nas instituições medievais do direito comum, embora regido com clareza e limpidez. Também as formas procedimentais do direito filipino foram simplificadas, mantida embora a estrutura arcaica do processo comum (MARQUES, 1958, p. 130).

Com a Constituição de 1934, marcando o quarto período do direito processual civil brasileiro, restaurou-se a unidade processual, competindo a União legislar sobre matéria processual.

Em 1939, por meio do Decreto-Lei n. 1.608/39 (quinto período do direito processual civil brasileiro), promulgou-se o Código de Processo Civil, composto por 1.052 artigos, distribuídos em 10 (dez) livros, que teve sua vigência até 1º de janeiro de 1974.

[...] o Código de 39 tinha não poucas virtudes. Essas consistiam na adoção das doutrinas mais modernas, tomando o processo como instrumento do Estado no desempenho de sua função jurisdicional, e norteado pelos princípios da publicidade e oralidade – esta considerada o sistema compreensivo da oralidade, da concentração dos atos processuais, da imediação do juiz com as partes e os meios de prova, da identidade física do juiz no decorrer da lide – e, ainda, pela combinação do princípio dispositivo e do princípio do juiz ativo. Mas apresentava muitos e reconhecidos defeitos, especialmente no concernente aos processos especiais, aos recursos e á execução (NOGUEIRA, 1991, p.08).

Considerado marco na evolução do direito processual civil brasileiro, é de ser exaltado como primeiro Código de Processo Civil brasileiro, já que tratava diretamente de matéria cível e não as tratando subsidiariamente como as legislações precedentes.

Obviamente que o Código de 1939 foi alvo de inúmeras críticas, pois forçoso reconhecer as influências negativas do Regulamento 737 às legislações posteriores.

O ranço observado, a partir do segundo período, com o Regulamento 737, acabou por comprometer os períodos subseqüentes. Os processualistas brasileiros não se desprendiam do modelo lusitano as ordenações; sistematizaram-no ao Regulamento acima mencionado e também o repetiram no Código de Processo Civil de 1939 que, como conseqüência, não completou 04 (quatro) décadas de vigência (MORAES, 2003, p.48).

A ordem constitucional de 1946, apesar de repudiar o Estado Totalitário veiculado pela Constituição de 1937 e trazer um modelo equilibrado e consagrador de Estado Democrático, influenciado também pela democracia social de 1934, no âmbito processual, não trouxe inovações substanciais.

Atento a necessidade de legislação processual que atendesse a evolução da sociedade e que rompesse a tradição lusitana, em 1960, Alfredo Buzaid, professor catedrático de direito

processual civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, recebeu a incumbência de elaborar anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil, do qual resultou o atual Código de Processo Civil promulgado em 11 de janeiro de 1973, pela Lei n. 5.869.

O atual Código de Processo Civil brasileiro está estritamente ligado ao direito processual europeu da época, ou seja, formulado sobre bases jurídicas alheias, onde defendendo a autonomia processual frente ao direito material, atentava-se a declaração do direito, a valorização da sentença sem a devida efetivação (materialização) do direito.

A legislação processual civil escapou a influência lusitana, porém, restou alcançada pela doutrina italiana.

Em meados de 1940, Enrico Tullio Liebman, jovem processualista italiano, discípulo do grande mestre Chiovenda, aportou em território brasileiro e por aqui ministrou aulas na tradicional Faculdade de Direito Largo de São Francisco por aproximadamente seis anos, chegando até mesmo ser considerado o fundador da *Escola Paulista de Processo*.

[...] o ingresso do método científico na ciência processual brasileira só pôde ter lugar mesmo, definitivamente, a partir do ano de 1940, quando para cá se transferiu o então jovem Enrico Tullio Liebman, já àquela época professor titular de direito processual civil na Itália. Nos seis anos que esteve entre nós, tendo inclusive sido admitido como professor visitante na Faculdade de Direito de São Paulo, foi Liebman o portador da ciência européia do direito processual. Fora aluno de Chiovenda, o mais prestigioso processualista italiano de todos os tempos. Conhecia profundamente a obra dos germânicos, a história do direito processual e o pensamento dos seus patrícios, notadamente do genial Carnelutti. Aqui, veio a dominar por inteiro a obra dos autores luso-brasileiros mais antigos e o espírito da legislação herdada de Portugal.

Liebman foi, durante esse tempo, um abnegado apóstolo da sua ciência. Além de ministrar aulas regulares na Faculdade do Largo de São Francisco, reunia estudiosos em sua residência da Alameda Ministro Rocha Azevedo para debater temas de direito processual. foi assim que os jovens dos anos quarenta se prepararam para dar início a um verdadeiro movimento científico no Brasil, ligados por íntima unidade de pensamento, a ponto de mais tarde um autor estrangeiro referir-se à “Escola Processual de São Paulo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p.135-136).

Nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, na obra *Manual do Processo de Conhecimento*, constata-se a teoria firmada por Giuseppe Chiovenda: autonomia do direito processual.

Quando a doutrina desvinculou o direito de ação do direito material litigioso, estava preocupada em criar uma “ciência” autônoma e independente do direito material, ou seja, do direito civil etc.

A necessidade de depurar as formas processuais da sua excessiva contaminação pelo direito substancial, a elas imposta pela tradição

jurídica do século XIX, levou a doutrina italiana, influenciada por Giuseppe Chiovenda, a erguer as bases de um direito processual civil completamente desvinculado do direito material. Na verdade, Chiovenda inaugurou aquela que é dita a nova escola processual italiana, chamada de escola sistemática, e que foi marcada por deixar para trás o método exegético, próprio das tendências de origem francesa, e assumir uma postura histórico-dogmática. Essa postura, direcionada a demonstrar a autonomia do direito processual em relação ao direito material,, conduziu a doutrina a pensar em uma ação uma e completamente abstrata em relação a este último. A partir da formação da escola sistemática até bem pouco tempo atrás, a doutrina do processo esteve mergulhada, por assim dizer, no interior do processo, preocupando-se exclusivamente com seu aspecto técnico, e desconsiderando suas conotações éticas, seus objetivos sociais e políticos, bem como sua relação efetiva com o direito material, que é a sua razão de ser. Com efeito, esse mencionado período, chamado de “fase autonomista do processo”, preocupou-se exclusivamente em firmar as bases do direito processual civil, permitindo que o processo se distanciasse perigosamente da realidade social e do direito material, o que acabou por influir no rendimento do próprio processo, visto como instrumento destinado a permitir a atuação da vontade concreta do direito (MARINONI, 2005, p.59-60) sem grifo no original.

Alfredo Buzaid transportou à legislação, inevitavelmente, as influências dos ensinamentos de Liebman e, por conseqüência, indubitavelmente, também de Chiovenda, inserindo então as teorias italianas no vigente Código de Processo Civil brasileiro.

Assim, possível verificar que mais uma vez na história do sistema jurídico brasileiro faltou-lhe identidade própria, condizente com as necessidades e anseios da sociedade nativa, instituindo, por mais progressista que se considerava na época, direito processual espelhado no modelo estrangeiro.

Tanto é que, seguindo os ideais estrangeiros, aplicou-se a teoria de Chiovenda que relaciona-se a Montesquieu, idealizador da separação dos poderes – característica do Estado Liberal, perpetuando aqui no Brasil o império das leis, beneficiando a classe burguesa que necessitava de liberdade, sem contudo dar conteúdo axiológico à sua aplicação, não se importando com o resultado. Desta forma, caminhava de encontro à necessidade da sociedade, que em sua maioria era desprivilegiada, miserável, posta à margem do Estado.

O Poder Judiciário restou engessado, sem poder modificar o mundo material além do que a lei geral e abstrata diga. Não lhe cabia valorar, interpretar as leis, apenas aplicá-las, independentemente do resultado.

O fato de essa ideologia vir inserida numa codificação e a influência dessa legislação no cenário europeu, no momento em que se formava a ciência processual, trouxeram para a Teoria Geral do Processo um evidente preconceito, qual seja, o que o juiz somente pode aplicar a lei escrita quando

isto seja provadamente devido (a idéia de Montesquieu, do juiz como ‘boca da lei’) [...] (SOARES, 2000, p.81).

Válido explanar o momento histórico pelo qual se encontrava o Brasil quando do início do Código de Processo Civil brasileiro.

No cenário político sob o manto do Ato Institucional n. 01 as Forças Armadas tomaram o poder em 1964 e mantiveram a ordem constitucional de 1946. Promulgada a Constituição de 1967 centralizou-se o poder e, o Poder Executivo passou a legislar por decreto-lei, e os poderes Legislativo e Judiciário tiveram suas competências diminuídas.

A ordem econômica recebeu tratamento liberal e os direitos individuais foram violados.

Marcadamente elitista e, portanto, em prol de interesses próprios, instalou-se a “revolução” como se houvesse a participação e vontade de toda sociedade, repetindo-se então gesto tão comum durante os quinhentos anos de existência do Brasil, qual seja: parcela da população postulando direitos utopicamente amplos, gerais, porém, marcadamente elitistas, em defesa de interesses de classe, segregando ainda mais as diferenças sociais e, tendo como propagador o próprio Estado.

ATO INSTITUCIONAL (Nº 1) À NAÇÃO

É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução.

A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação.

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força a normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio

internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. [...] (www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm) sem grifo no original.

Com o Ato Institucional n. 05, em 13 de dezembro de 1968, marcado pelo forte autoritarismo, interferiu-se incisivamente novamente nos direitos individuais, e, no tocante ao Poder Judiciário, acatou-se as garantias da magistratura caso decidissem em desacordo com o modelo político instituído: submissão do cidadão ao poder estatal monopolizado.

Artigo 10 - ATO INSTITUCIONAL Nº 5 – Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bom como os respectivos efeitos (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm) sem grifo no original.

Chegaste ao fim a ditadura com a promulgação da atual Constituição Federal de 1988.

Desta maneira teve início o processo civil no Brasil, tendo no contexto nacional momento turbulento e avesso às garantias dos cidadãos, sendo profundamente influenciado pelas doutrinas estrangeiras modernistas.

O Código de Processo Civil em vigor é dividido em 5 (cinco) Livros, assim se apresentando:

Livro I – Do processo de conhecimento (arts. 1º a 565);

Livro II – Do processo de execução (arts. 566 a 795);

Livro III – Do processo cautelar (arts. 796 a 889);

Livro IV – Dos procedimentos especiais (arts. 890 a 1.210), e;

Livro V – Das disposições finais e transitórias (arts. 1211 a 1220).

A demonstração das diferenças, ainda que básicas, entre o processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar é bastante difícil, principalmente porque o delineamento desses processos foi feito pensando-se na tutela direitos de épocas passadas, e por isso mesmo tais processos mostraram-se inadequados para dar efetiva tutela aos novos direitos. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 59)

Sua estrutura é alvo de críticas, pois, conforme explanado adveio de modelo processual estrangeiro, construído sob os pilares do positivismo jurídico, visivelmente individualista.

Ao longo dos anos sofreu mudanças significativas na tentativa de dar roupagem conforme o modelo constitucional democrático, e superação do modelo liberal-individual que predominara mantendo obscura a satisfação do direito.

Dentre as mudanças ocorridas podemos citar a dispensa do processo de execução após a sentença condenatória, pois existente agora fase de execução subsequente e intrínseca ao processo de cognição. Ao processo de execução restou apreciação de títulos executivos extrajudiciais (artigo 585 do Código de Processo Civil).

É de se ressaltar que, como se tratará nos capítulos posteriores, mudou-se substancialmente a atuação do magistrado que, escapando a idéia de “*boca da lei*”, passou a ter poderes para interferir na vontade dos cidadãos a fim de satisfazer/efetivar direitos, não se resumindo apenas na solução por perdas e danos, mas prioritariamente “a tutela específica da obrigação” (artigo 461 e 461-A do Código de Processo Civil).

Mas também nasceram pontos questionáveis no tocante ao acesso à justiça, trazendo incertezas e ambigüidades, como por exemplo, o disposto no artigo 285-A do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO 2 - O PARADIGMA JURÍDICO DA MODERNIDADE: POSITIVISMO

A fim de dar ênfase ao Direito que se desenvolveu com a modernidade, que teve como marco a Revolução Francesa, *Iluminismo*, e possibilitar a compreensão da importância que se deu e se dá a *forma*, ou seja, a Lei como Direito, cabe-nos traçar os fundamentos e características do positivismo jurídico, que servirá também para distinguir o atual Estado Democrático do Estado de Direito puramente, e suas conseqüências na aplicação e operadores do Direito.

Munidos do sentimento de libertação, transformação e superação do modelo absolutista que imperava na Europa e colônias, do grandioso poder em mãos do Rei que direcionava a economia, a política e o Direito ao seu próprio interesse, em detrimento dos demais estratos sociais que se mantinham submissos, sem perspectivas de mudanças em face da exaltação do Direito Divino e Natural, a classe burguesa que cultivava o comércio e sustentava as mordomias do poder real, viu-se a possibilidade de ocupar o poder político destituindo o poder real, iniciando nova era política, social, econômica e jurídica.

Com a tomada do poder pela burguesia, numa revolução falsamente em prol de todos os cidadãos, o Estado Moderno tomou a forma liberal objetivando a realização do bem comum e exaltação da neutralidade.

A cultura jurídica nascente no Estado Moderno Liberal é conhecida como positivismo jurídico que, em síntese, reduz o Direito a existência da Lei.

O positivismo propaga-se como neutro aos valores, centrado no direito positivo, ou seja, no direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como lei. A lei, ato do poder estatal, por sua vez, é fruto da inteligência dos governantes e esses inevitavelmente, quando da implantação do Estado Moderno Liberal e em tempos atuais, defendem interesses particulares e classistas em meio a órbita pública, de aplicação indistinta. Assim, a forma da construção do jurídico faz com que haja um distanciamento entre a norma e a realidade social que deveria ser o seu conteúdo básico, e que, se assim fosse, necessariamente, resultaria em uma ordem social mais justa.

O Direito veiculado pelo Estado é imposto à comunidade sob a forma de lei, cuja vigência não é discutida pelos destinatários. A lei é, dessa forma, a expressão verbal da normatividade de uma dominação que em verdade é exercida para manter ou colocar no poder uma determinada elite. O motivo subjacente infra-estrutural é, sempre, de natureza econômica

– criação, amparo e fortalecimento de privilégios; e o Direito surge como instrumento para a manipulação dessa realidade.

Assumindo o Direito a visão garantista de interesses direcionados a supremacia de determinada classe social, vislumbra-se sua ineficácia na efetivação dos seus fins mais nobres: a realização da Justiça e a promoção da paz social, situadas dentro de um sistema que forneça a efetiva igualdade entre os indivíduos.

O fato histórico da produção legislativa do direito é o fundamento do positivismo. [...] Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação (BOBBIO, 1999, p. 119).

Novamente Bobbio (1999, p. 120): “Em síntese, o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para a intervenção na vida social”.

A legislação, na modernidade jurídica, se tornou a expressão da justiça e a garantia, pelo menos aparente, da proteção de direitos. Assumiu a característica de fonte primária do Direito, curvando o que antes prevalecia como o costume, a religião, a caráter secundário, subsidiário, quando raramente utilizados.

A vontade ordenadora (a vontade jurídica) do Estado exprime-se na lei – a cargo dos detentores do poder legislativo -, portadora dos princípios mais estáveis e permanentes da organização política da sociedade e estabelecendo, por isso, os limites da actuação do Estado e dos particulares (direitos subjectivos públicos ou privados). Abaixo da lei e a ela subordinada, está a administração, actuando também ela nos limites da lei (princípio da legalidade) e expressando a sua intenção reguladora numa infinidade de regulamentos e medidas administrativas concretas. Neste contexto, a lei ganha uma centralidade nova. Por cima dela já não pairam, nem os poderes constituintes do povo, nem os direitos individuais originários. Paira apenas a vontade do Estado; mas a própria vontade do Estado se tem que exprimir de acordo com a lei. O círculo legalista fecha-se. O seu único limite é puramente formal – a obediência à distribuição de competências estabelecida na constituição (*constitucionalidade formal*) (HESPANHA, 2005, p.370).

Socorrendo-se ainda a António Manuel Hespanha, acerca da modelagem do Direito na época contemporânea:

No plano jurídico, esta fase caracteriza-se pelo movimento legalista e, sobretudo, pela tendência codificadora. Os novos códigos, se, por um lado, procediam a um novo desenho das instituições, correspondente à ordem social burguesa liberal, instituía, por outro, uma tecnologia normativa fundada na generalidade e na sistematicidade e, logo, adequada a uma aplicação do direito mais quotidiana e mais controlável pelo novo centro do poder – o Estado. Por fim, a idéia de reunir as leis em códigos sistemáticos e duradouros, correspondia também a essa idéia de aquele ‘casco do direito’

que agora se codificava constituía o núcleo normativo, perene e consensual, da vida em sociedade. Estadualismo (i.e., identificação da ordem social com a ordem estadual), certeza e previsibilidade do direito (i.e., legislação abstracta) e, finalmente, a fixidez e permanência de um núcleo fundamental de princípios jurídicos (i.e., codificação), vão, assim, de braço dado, permitir a efectivação e a estabilização dos novos arranjos sociais, políticos e jurídicos. Neste contexto legalista, a idéia de ‘código’ é ambivalente. Por um lado, o ‘código’, como conjunto compactado, simples, harmônico e sistemático de preceitos normativos, favorece o conhecimento da lei pelos cidadãos e, por isso, potencia o controlo destes sobre o direito, inserindo-se assim numa problemática anti-judicialista claramente jacobina. Mas, por outro lado, o ‘código’ constitui um ‘monumento jurídico’ que aspira à permanência, à encarnação da estabilidade da razão jurídica, à corporização dos consensos profundos. E, nesse sentido, pretende resistir ao ritmo frenético das decisões parlamentares (HESPANHA, 2005, p.341-350).

Seguindo entendimento de Norberto Bobbio acerca da caracterização da doutrina juspositivista, apresentada em sua obra *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*, elencaremos o que considera o autor as principais características do positivismo jurídico, correspondendo as transcrições sínteses do seu pensamento:

a) **abordagem avaliativa do direito:** o direito na concepção moderna e, portanto, positivista, abstém-se do juízo de valor para sua interpretação e aplicação. A análise do direito restringe-se ao fato (“direito como um fato e não como um valor”), e esse fato por sua vez é aquele que a lei prevê e atribui determinada amplitude, independentemente do injusto, do incorreto moralmente ou do inaceitável particular ou socialmente.

Tem-se essa distinção entre juízo de fato e juízo de valor devido à concepção positivista de conhecimento, cite-se:

A pedra angular do positivismo jurídico é o princípio do cientificismo, o qual consagra a Ciência como a única forma válida de conhecimento, fazendo dela o principal motor do progresso humano. O sentido do conhecimento resulta definido pelo que realizam as Ciências. (Puceiro, 1980, p. 16; Bobbio, 1980, p.178-9; Cupani, 1985, p.13-4). Se, na concepção racionalista (Galilei, Hobbes, Leibniz) o mundo era visto como um sistema ordenado regido por leis universais e necessárias que o homem, enquanto ser razoável, era dotado de capacidade de compreender, e a Ciência, conseqüentemente, concebida como adequação da razão subjetiva do homem à razão objetiva do universo; na concepção positivista, o mundo já não se define como um conjunto de leis absolutas e predeterminadas, mas como um conjunto de fatos, casualmente determinados, incumbindo à Ciência descobrir as leis em que o determinismo se manifesta. (Bobbio, 1980, p.175-6 e 178). Ou, como a sintetizaria Habermas (1983, p.303) para a concepção positivista ‘o mundo aparece como um universo de fatos, passivo de descrição, revelado pela conexão interior factual sujeita a leis’. É sobre estes pressupostos que se funda a idéia geral de Ciência do positivismo. Os dados sensíveis da experiência, isto é, os fatos verificáveis (passíveis de observação, recolhimento e experimentação metódicos) constituem o princípio e o fim (o guia) da investigação científica. O que não é redutível a

fato experimentalmente controlável não entra no sistema da Ciência. E como esta, para o positivismo, é a única forma possível de conhecimento, não é sequer cognoscível. [...] (PEREIRA DE ANDRADE, 1996, p.38-39).

Nessa linha, discorre Luiz Guilherme Marinoni na obra *Teoria Geral do Processo*, cita-se:

O positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente da objetividade da observação e da experimentação. Se o investigador das ciências naturais pode realizar experimentos com base em procedimentos lógicos até concluir a respeito da verdade ou da falsidade de uma proposição, supôs-se que a tarefa do jurista poderia ser submetida a essa mesma lógica. Nessa linha, os juristas sempre chegariam a um resultado correto ou falso na descrição do direito positivo, como se físicos ou químicos fossem. (MARINONI, 2007, p. 30)

Disso resulta o tão combatido *formalismo jurídico* que norteia secularmente o ordenamento jurídico. Ou seja, a exaltação da forma. O direito é aquilo que está descrito na lei – estrutura formal – prescindindo da análise de seu conteúdo.

Ovídio A. Baptista da Silva, discorrendo acerca da ideologia na modernidade, assim se manifesta: **“É a ideologia da neutralidade quanto a valores com que se pretendeu construir o Estado Moderno.”**

A produção do Direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, que se suponha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo. Concebendo o Direito como uma ciência tão exata quanto a matemática, bem antes do século XVIII já se haviam proscrito tanto a retórica forense, enquanto arte do convencimento judicial, quanto igualmente eliminara-se a perspectiva hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico. A abstração e o formalismo deitam raízes nas filosofias liberais do século XVII, quando não se descobrem no próprio Direito Romano do período Imperial suas vertentes mais autênticas. Assim como não necessitamos de eloquência argumentativa para convencer aos demais da correção com que elaboramos uma equação matemática, assim também a “verdade” haveria de surgir, nas controvérsias forenses, com a evidência própria do silogismo. Como uma equação algébrica dispensa, mais do que dispensa, torna impossível qualquer labor interpretativo, para os filósofos do Racionalismo, o mesmo deveria ocorrer com o Direito. São ontológicas a este respeito as concepções de Savigny, ao revelar-nos o exagero cometido pelos juristas, de que somos herdeiros, na ilusão de transformar o Direito numa ciência tão exata quanto a matemática. A dogmática exerceu, portanto, um duplo papel: a) aprisionou o juiz, libertando-o do absolutismo monárquico; b) através da certeza do Direito instituída no Código, impediu, ou ao menos, dificultou as tentativas das classes dominadas de insurgirem-se contra a ordem estabelecida (SILVA, 2006, p. 24-25).

Acrescentando entendimentos a respeito do dogmatismo na Ciência Jurídica, que é pertinente ao momento que se relata, cita-se:

Dogmatismo quer dizer, pois, uma atitude de acatamento e submetimento do jurista ao estabelecido como Direito Positivo que, independentemente do seu conteúdo material (mutável), desempenha sempre a função de dogma, já que “Dogmática é a formulação e não o conteúdo do formulado.” (Hernandez Gil, 1988b, p. 89-90). O dogmatismo da Ciência Jurídica figura, portanto, como um ponto de partida; como uma atitude invariável de acatamento acrítico a um Direito que temporal e espacialmente varia. E precisamente a esta dogmatização do material normativo, na medida em que é subtraída a crítica, Luhmann (1986, p. 27) caracterizou por princípio da “proibição da negação” ou da “inegabilidade dos pontos de partida das cadeias argumentativas” (PEREIRA DE ANDRADE, 1996, p. 74).

b) **definição do direito como coação** (*teoria da coatividade do direito*): define o direito a partir da visão do Estado.

O direito no Estado Moderno é ato emanado pelo Estado para disciplina e regramento dos destinatários por meio das leis. Assim, sendo o propagador dos ditames à sociedade, a ele cabe exigir o fiel cumprimento, inclusive com uso da força.

Vale atentar-se para o fato de que a coerção não se confunde com a violência ou a força desenfreada, pois trata-se do poder de exigir determinado comportamento sem que constitua violência ou violação à liberdade do cidadão.

Procurando dar conteúdo ao propósito traçado na parte histórica do presente trabalho, de acrescentar proposições críticas de contribuam para interpretação do Direito, cabe-nos citar trecho de Norberto Bobbio sobre a legitimidade do poder, onde se questiona se a utilização do poder (e da força) não deve pairar-se em limites e fins, de busca do gozo do poder a um propósito que a sociedade prime:

[...] O problema da justificação do poder nasce da pergunta: “Admitido que o poder político é o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, basta a força para fazê-lo aceito por aqueles sobre os quais se exerce, para induzir os seus destinatários a obedecê-lo?” [...]
 [...] “Se se limita a fundar o poder exclusivamente sobre a força, como se faz para distinguir o poder político do poder de um bando de ladrões?” Este problema foi posto de modo lapidar por Santo Agostinho na celebre passagem sobre a qual se debruçaram infinitos comentadores: “Sem a justiça, o que seriam de fato os reinos senão bandos de ladrões? E o que são os bandos de ladrões senão pequenos reinos?” Passagem seguida pela não menos célebre troca de farpas entre Alexandre e o pirata: “Tendo-lhe perguntado o rei por qual motivo infestava o mar, o pirata respondeu com audaciosa liberdade: ‘Pelo mesmo motivo pelo qual infestas a terra; mas como eu o faço com um pequeno navio sou chamado de pirata, enquanto tu, por fazê-lo com uma grande frota, és chamado imperador’” [...] A recorrente consideração segundo a qual o supremo poder, que é o poder político, deva também ter uma justificação ética (ou, o que é mesmo, um fundamento jurídico), deu lugar à vária formulação de princípios de legitimidade, isto é,

dos vários modos com os quais se procurou dar, a quem detém o poder, uma razão de comandar, e a quem suporta o poder, uma razão de obedecer: aquilo que Gaetano Mosca chamou com uma expressão muito feliz de “fórmula política”, explicando que “em todas as sociedades discretamente numerosas e que apenas chegaram a um certo grau de cultura, aconteceu que classe política não justifica exclusivamente o seu poder somente com a posse de fato, mas procura dar a ele uma base moral e também legal, fazendo-o derivar como consequência necessária de doutrinas e crenças geralmente reconhecidas e aceitas na sociedade que ela dirige”[1896, ed. 1923 p. 108]. Mosca reconhecia exclusivamente duas formulas políticas, a que faz derivar o poder da autoridade de Deus e a que o faz derivar da autoridade do povo. Embora as considerasse meras ficções, acreditava que correspondessem a uma necessidade real, á necessidade de governar e de sentir-se governado “não apenas à base da força material e intelectual, mas também à base de um princípio moral” [ib., p. 110] (BOBBIO, 2005, p. 86-89)

c) **a lei como fonte do direito:** não desconsiderando outras fontes, mas mantendo-a como fonte prevalecte sobre as demais, o positivismo jurídico privilegiou a lei cuja qual tornara-se a imagem do direito.

Não é difícil perceber a importância que se deu a lei como fonte primária do direito moderno, pois, conforme explicitado acima, tinha o Poder Legislativo, exclusivamente, a incumbência de editar leis, poder este conferido pelo Estado que se instituiu pela representatividade popular, com o pensamento racionalista diretamente influenciando na regulamentação do novo modelo de sociedade e conseqüentemente de Direito, de um ordenamento jurídico calcado na racionalidade humana, na generalidade, neutralidade, abstração e certeza (segurança jurídica) com a prévia fixação dos fatos e correspondente Direito.

E porque o Estado moderno se caracteriza politicamente por deter (ou pela pretensão de deter) o monopólio da violência física e, por extensão, o monopólio da criação e explicação (“estatalização”) do Direito, mediante processos decisórios (“positivação”), sendo o Direito Positivo estatal a forma oficialmente reconhecida de existência do Direito na modernidade; porque a diferenciação mesma entre criação e aplicação do Direito – que define a estrutura do moderno sistema jurídico – é condicionada pela diferenciação de competências entre Poder Legislativo e Judiciário (separação de poderes); porque o Poder Judiciário, tornado independente e autônomo, isto é, neutralizado na tarefa de “aplicação” do Direito torna-se a instituição de proteção de Direitos (interindividuais) e decisão de conflitos (interindividuais) centralizando a administração da justiça; por que a ênfase, enfim, sobre a certeza e segurança jurídica passa a vincular-se à exigência de uma racionalidade geral e abstrata, decorrente de um Estado moderno; por estas características fundamentais o Estado moderno converte-se na matriz histórica de poder que condiciona a maturação do paradigma dogmático. Em definitivo, portanto, o paradigma dogmático se configura através de um processo complexo e multifário ao longo do qual vai consolidando sua identidade estrutural que, nuclearmente, uma matriz epistemológica

positivista (saber) e uma matriz política estatal (poder) concorrem para modelar (PEREIRA DE ANDRADE, 1996, p.87-88).

d) **teoria da norma jurídica** (*teoria imperativista da norma jurídica*): ligada à concepção de Estado como fonte do direito e da lei como expressão do poder normativo, tal teoria, que não nasceu com o positivismo, mas encontrou abrigo nas suas peculiaridades, restringe-se ora prevendo a ocorrência de determinado fato na lei, e ora a consequência de sua realização, que seria a atuação do Estado usando da coerção (sanção).

A formulação clássica da doutrina imperativista exclusiva, a que todos os sucessivos seguidores fazem referência, se encontra formulada na obra do jurista alemão Augusto Thon, *Norma jurídica e diritto soggettivo* (1878), uma das três grandes obras de teoria geral do direito que, no decênio entre 1870 a 1880, assentaram as bases de grande parte das doutrinas sustentadas e das discussões surgidas entre os juristas continentais em torno dos conceitos fundamentais da ciência jurídica. [...] Desde a primeira parte do livro, Thon expõe claramente seu pensamento com estas palavras: “por meio do direito, o ordenamento jurídico...*tende a dar a todos aqueles que estão sujeitos a suas prescrições um impulso em direção a um determinado comportamento, consista este comportamento em uma ação ou em uma omissão. Este impulso é exercitado por meio de preceitos de conteúdo ora positivo ora negativo*” (p.12). As palavras que sublinhamos podem ser consideradas como uma ilustração da definição, outras vezes dada, das proposições prescritivas como proposições que têm por objetivo a modificação do comportamento alheio. A formulação sintética da doutrina, lê-se um pouco mais adiante, com estas palavras, usualmente citadas: “Todo o direito de uma sociedade não passa de um complexo de imperativos, os quais estão uns aos outros tão estreitamente ligados, que a desobediência de um constitui freqüentemente o pressuposto do que é por outro comandado” (p. 16) (BOBBIO, 2005, p. 106-107)

e) **teoria do ordenamento jurídico**: com o positivismo passa-se a vigorar um conjunto de normas jurídicas coerentes e exauridas em si mesmas, capazes de abranger todas (únicas) as hipóteses em que o direito será aplicado e efetivamente protegido pelo Estado, sem que haja normas contraditórias.

São características marcantes e também fortemente criticadas a *generalidade*, *abstração* e *certeza*, como mencionado anteriormente. Cinge-se na existência e atuação do direito como algo previsível, prefixado, imutável, de alcance indistinto – sem análise de condições subjetivas ou particularidades.

A teoria do ordenamento jurídico caracteriza-se por:

1) **unidade**: apesar de não ser própria do positivismo, eis que presente também no jusnaturalismo, difere-se pelo modo como as normas são postas, tratando-se de unidade formal.

A unidade restringe-se a fonte da lei, onde no positivismo advém do poder legitimado para criação do direito, ou seja, o Estado – monopólio – delega às autoridades subordinadas poderes para legislarem e por consequência disciplinarem a sociedade, ditando regras de cunho geral.

Frisa-se que, conforme mencionado acima, o fundamento do poder encontra-se em norma fundamental que pressupõe a legitimidade do Estado para instituir regras ao convívio da sociedade, não se olvidando a complexidade em se compreender tal norma fundamental e o exercício legítimo do poder.

2) **coerência**: o positivismo não reconhece existência de normas incompatíveis (antinomias). “A compatibilidade de uma norma com seu ordenamento (isto é, com todas as outras normas) é condição necessária para a sua validade”.

3) **completude**: o juiz ao julgar deverá sempre se ater à lei existente para resolver qualquer caso que lhe seja submetido, excluindo a existência de lacunas no direito. A lei (direito) é capaz de resolver qualquer caso apresentado ao juiz, não permitindo-se aplicação de outras concepções de direito para resolução do impasse.

O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses (MARINONI, 2007, p. 30).

f) **método da ciência jurídica** (*teoria da interpretação mecanicista*): a interpretação do direito na concepção positivista deve coadunar-se a lei, na reprodução estrita do texto legal, sem possibilidade de criação ou produção do direito. O jurista deve apenas declarar a vontade da lei, simplesmente. Juiz: “*boca da lei*”, Montesquieu.

Novamente socorrendo-se a Luiz Guilherme Marinoni, em *Teoria Geral do Processo*:

A mera observação e descrição da norma constituem o ponto caracterizador do positivismo jurídico, que dessa forma pode ser visto como uma ciência cognoscitiva ou explicativa de um objeto, isto é, da norma positivada. Por constituir explicação da norma, o positivismo difere nitidamente da atividade de produção do direito, ou da atividade normativa, pois a tarefa do jurista positivista é completamente autônoma em relação à atividade de produção do direito, ao contrário do que acontecia à época em que a atividade da jurisprudência e dos doutores criava o direito. Contudo, o positivismo jurídico não apenas aceitou a idéia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juízes, promotores, advogados, professores e juristas, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas

jurídicas na prática forense, na universidade e na elaboração doutrinária (MARINONI, 2007, p. 30).

O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa (BOBBIO, 1999, p. 221).

g) **teoria da obediência:** o dever de sujeitar-se às normas impostas pelo Estado, sob pena de incidir em transgressões ao bom convívio em sociedade advém do pensamento ínsito ao Estado Moderno, que trouxe nova compreensão e conceito próprio de valores e regras da sociedade. Para melhor visualização, cita-se:

A afirmação do dever absoluto de obedecer à lei encontra sua explicação histórica no fato de que, com a formação do Estado moderno, não só a lei se tornou à fonte única do direito, mas o direito estatal-legislativo se tornou o único ordenamento normativo, o único sistema de regulamentação do comportamento do homem em sociedade; e, como a valoração de um comportamento se funda numa norma, podemos acrescentar: o direito estatal-legislativo se tornou o critério único e exclusivo para a valoração do comportamento social do homem. Isto sucedeu pelo fato de, na época moderna, o Estado ter não só emergido e se imposto sobre todas as outras organizações de tipo político, como também ter se tornado o único portador dos valores morais, desautorizando e substituindo a Igreja (a saber, as instituições religiosas em geral). Estando assim as coisas, compreende-se por que, segundo o positivismo jurídico, o dever de obedecer às leis é absoluto e incondicionado. Para que o problema da obediência ou não a uma norma possa surgir (e possa, conseqüentemente, verificar-se o condicionamento da obediência), é necessário que exista uma outra norma que ordene um comportamento diferente; ou, em outros termos, para criticar a valoração dos comportamentos humanos feita por um ordenamento, é necessário que exista um outro ordenamento, isto é, um outro critério de valoração com base no qual se faça tal crítica. Se, pelo contrário, existe um único ordenamento normativo, o problema da obediência não se coloca: o homem se encontra num estado de total sujeição a tal ordenamento e nada pode fazer senão obedecer ou, não obedecendo, cometer um ato ilícito e portanto punível (BOBBIO, 1999, p. 226).

Porém, é preciso se atentar para a falsa concepção de segurança trazida pela conseqüente previsibilidade da total submissão às normas pré-estabelecidas pelo Estado por meio das leis.

O fato das leis preverem conseqüências às ações humanas não significa necessariamente satisfazer interesses realmente em coerência ou em consonância com a realidade. Pelo contrário, o que se vislumbra, muitas vezes, é notória discrepância entre a realidade do homem em sociedade e do homem perante a lei, logicamente que variando sua

participação de acordo com a reunião de prerrogativas que pretendeu proteger o Estado Moderno, ou seja, o modelo burguês.

A ideologia está fortemente presente no positivismo jurídico, seja na falsa percepção da abstração, neutralidade, certeza, ou até mesmo na ficta intenção do Estado em socorrer a sociedade com um direito justo e condigno com as características da igualdade e liberdade em meio a uma realidade social altamente discrepante e carecedora de um direito intervencionista em prol da mudança no *status quo* historicamente protegida.

Marilena de Souza Chauí, em sua obra intitulada *O que é Ideologia*, retrata a presença da ideologia na concepção positivista. Cita-se:

O lema positivista por excelência é: “saber para prever, prever para prover”. Em outras palavras, o conhecimento teórico tem como finalidade a previsão científica dos acontecimentos para fornecer à prática um conjunto de regras e de normas, graças às quais a ação possa dominar, manipular e controlar a realidade natural e social.

A concepção positivista da ideologia como conjunto de conhecimentos teóricos possui três conseqüências principais:

1) define a teoria de tal modo que a reduz à simples organização sistemática e hierárquica de idéias, sem jamais fazer da teoria a tentativa de explicação e de interpretação dos fenômenos naturais e humanos a partir de sua origem real. Para o positivista, tal indagação é tida como metafísica ou teológica, contrária ao espírito positivo ou científico;

2) estabelece entre a teoria e a prática uma relação autoritária de mando e de obediência, isto é, a teoria manda porque possui as idéias e a prática obedece porque é ignorante. Os teóricos comandam e os demais se submetem;

3) concebe a prática como simples instrumento ou como mera técnica que aplica automaticamente regras, normas e princípios vindos da teoria. A prática não é ação propriamente dita, pois não inventa, não cria, não introduz situações novas que suscitem o esforço do pensamento para compreendê-las. Essa concepção da prática como aplicação de idéias que a comandam de fora leva à suposição de uma harmonia entre teoria e ação. Assim sendo, quando as ações humanas – individuais e sociais – contradisserem as idéias, serão tidas como desordem, caos, anormalidade e perigo para a sociedade global, pois o grande lema do positivismo é: “Ordem e Progresso”. Só há “progresso”, diz Comte, onde houver “ordem”, e só há “ordem” onde a prática estiver subordinada à teoria, isto é, ao conhecimento científico da realidade.

Se examinarmos o significado final dessas conseqüências, perceberemos que nelas se acha implícita a afirmação de que o poder pertence a quem possui o saber. Por esse motivo, o positivismo declara que uma sociedade ordenada e progressista deve ser dirigida pelos que possuem o espírito científico, de sorte que a política é um direito dos sábios, e sua aplicação, uma tarefa de técnicos ou administradores competentes. Em uma palavra, o positivismo anuncia, no século XIX, o advento da tecnocracia, que se efetiva no século XX (CHAUÍ, 1980, p. 27-29).

Ainda transcrevendo ensinamentos de Marilena de Souza Chauí, agora sobre a concepção de ideologia na visão de Karl Marx, cita-se:

[...] a ideologia é produzida em três momentos fundamentais:

a) ela se inicia como um conjunto sistemático de idéias que os pensadores de uma classe em ascensão produzem para que essa nova classe apareça com representante dos interesses de toda a sociedade, representando os interesses de todos os não dominantes. Nesse primeiro momento, a ideologia se encarrega de produzir uma universalidade com base real para legitimar a luta da nova classe pelo poder;

b) ela prossegue tornando-se aquilo que Gramsci denomina de *sensu comum*, isto é, ela se populariza, torna-se um conjunto de idéias e de valores concatenados e coerentes, aceitos por todos os que são contrários à dominação existente e que imaginam uma nova sociedade que realize essas idéias e esses valores (por exemplo, quando os servos, aprendizes, pequenos artesãos e pequenos comerciantes no final da Idade Média e no início do mercantilismo aceitam e incorporam as idéias de liberdade e de igualdade, defendidas pela burguesia em ascensão). Ou seja, o momento essencial de consolidação social da ideologia ocorre quando as idéias e valores da classe emergente são interiorizados pela consciência de todos os membros não dominantes da sociedade;

c) uma vez sedimentada e interiorizada como *sensu comum*, a ideologia se mantém, mesmo após a vitória da classe emergente, que se torna, então, classe dominante. Isto significa que, mesmo quando os interesses anteriores, que eram interesses de todos os não dominantes, são negados pela realidade da nova dominação – isto é, a nova dominação converte os interesses da classe emergente em interesses particulares da classe dominante e, portanto, nega a possibilidade de que se realizem como interesses de toda a sociedade –, tal negação não impede que as idéias e valores anteriores à dominação permaneçam como algo verdadeiro para os dominados. Ou seja, mesmo que a classe dominante seja percebida como tal pelos dominados, mesmo que estes percebam que tal classe defende interesses que são exclusivamente dela, essa percepção não afeta a aceitação das idéias e valores dos dominantes, pois a tarefa da ideologia consiste justamente em separar os indivíduos dominantes e as idéias dominantes, fazendo com que apareçam como independentes uns dos outros.

[...] a ideologia é um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é, portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes um explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera da produção. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças como de classes e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação ou o Estado (CHAUÍ, 1980, p. 108-114).

Portanto, o direito moderno é instituído a partir das leis, ou seja, dos atos do poder competente – Poder Legislativo. E a visão do direito atrelada à lei demonstra o distanciamento da realidade das sociedades pluralistas, estabelecendo conceitos abstratos que certamente não

alcançarão a todos coletivamente, mas sim estabelecerão barreiras para o tratamento heterogêneo das diversidades.

A dogmatização, no estudo e aplicação do direito, decorre da forma pela qual o direito é lançado à sociedade: emaranhado de normas de conteúdo técnico-formal, ou seja, não dando a necessária importância ao conteúdo, quando o que se busca, numa perspectiva democrática e heterogênea do direito, é o conhecimento e reconhecimento dos aspectos sociais, éticos, morais e valorativos que circundam o homem em sociedade.

Essa dogmatização se evidencia ainda e, principalmente, com a remessa das leis à sociedade. Cria-se uma lei, não direcionada para aprovação popular, e, com a explicitação formal do direito – apenas como algo escrito que na verdade serve de conquista para a classe dominante, já que se entende e adota-se que está nas leis –, transformam em indiscutíveis certas proposições, perpetuando a desigualdade.

O direito é exteriorizado como dogma para desvirtuar o propósito dos “donos do poder”, estabelecendo condutas e modos de viver considerados juridicamente corretos, e, assim, delimitando o alcance de quem quiser se apoderar do poder tão visão que é o de ditar regras e conduzir o andamento da sociedade.

Forçoso relatar pensamento de Ovídio A. Baptista da Silva, na obra *Processo e Ideologia*, que harmoniza com o relatado:

Considere-se que o Direito, no modo como o concebe o pensamento moderno, pensado como o domínio da vontade de alguém sobre a vontade de outrem – o direito como relação interpessoal de poder –, traz em si o germe do conflito, o sinal inconfundível do individualismo. Este é o ponto que nos remete às origens, pois, como observou Helmuth Coing, a própria mentalidade jurídica moderna é diversa da mentalidade comunitária. Nosso Direito é um produto da modernidade. A concepção jurídica moderna opõem-se ao comunitário, tanto da filosofia clássica quanto da estrutura social da Idade Média. Por sua vez, também a democracia caracteriza-se por ser um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais. É o conflito que gera a competição, matéria prima do progresso e do desenvolvimento, as ideologias básicas do pensamento moderno (SILVA, 2006, p. 304-305).

Concluindo a exposição acerca do positivismo jurídico, logicamente que não exaurindo sua compreensão até devido sua complexidade e amplitude, cita-se novamente Norberto Bobbio, em *Teoria da Norma Jurídica*:

A teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é a confirmação da validade, para

outros, a validade é a confirmação da justiça. Chamamos essa doutrina de *positivismo jurídico*, embora devamos convir que a maior parte daqueles que são positivistas na filosofia e teóricos e estudiosos do direito positivo (o termo “positivismo” se refere tanto a uns quanto a outros), nunca sustentaram uma tese tão extremada. Entre os filósofos positivistas do direito, tomemos, por exemplo, novamente Levi: mesmo que, como positivista, seja relativista, e não reconheça valores absolutos de justiça, todavia admite que é preciso distinguir aquilo que vale como direito dos ideais sociais que instigam continuamente a modificação do direito constituído, e que, portanto, o direito pode ser válido, sem ser justo. Entre os juristas, tomemos, por exemplo, Kelsen: quando Kelsen sustenta que aquilo que constitui o direito como direito é a validade, não quer em absoluto afirmar que o direito válido seja também justo, mesmo porque os ideais de justiça, para ele, são subjetivos e irracionais; o problema da justiça, Kelsen, é um problema ético e é distinto do problema jurídico da validade (BOBBIO, 2005, p. 58-59).

CAPÍTULO 3 - CONSTITUIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Constitucional, ou seja, aquele cujo qual baseia-se num sistema normativo fundamental, qual seja o documento legislativo denominado Constituição, é criação considerada moderna, nascida quase que conjuntamente com o Estado Democrático.

Por Estado Constitucional entende-se aquele firmado numa Constituição reguladora de sua organização e relação com os cidadãos, primando pela limitação do poder, tendo como bases filosóficas o contratualismo, o individualismo e o iluminismo (século XVIII).

Para José Joaquim Gomes Canotilho: “**Estado Constitucional** é uma *tecnologia político de equilíbrio político-social* através da qual se combateram dois “arbitrios” ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia *absolutista* do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1998, p. 84)

As Constituições pretendem “‘dar forma’, ‘constituir’, ‘conformar’ um dado esquema de organização política [...]” – J. J. Gomes Canotilho, consolidando então a institucionalização jurídica do poder político (burocratização), a unidade da soberania nacional, o povo como conjunto dos cidadãos (o poder deve ser emanado do povo e em proveito amplo a toda sociedade), igualdade formal de direitos (ideologia), eficácia e efetividade jurídica, divisão dos poderes (auto-comprometimento do Estado; divisão de responsabilidades entre os poderes).

Somente quando o Estado Constitucional, com base na doutrina da divisão dos poderes, retira do senhor feudal – cabeça da administração – o exercício exclusivo do poder legislativo, torna-se viável um comprometimento dos órgãos administrativos pelos órgãos legisladores, um comprometimento do Estado administrador pelos órgãos legisladores, um “autocomprometimento do Estado”, a “legalidade da administração”, e, como sua consequência, direito dos súditos contra o Estado como tal, “direitos subjetivos, públicos”, e limites legais à administração (RADBRUCH, 1999, p. 167-168).

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (SILVA, 2005, p. 37-38).

Documento escrito que traz consigo conteúdo político, e uma série de disposições acerca dos direitos dos cidadãos frente ao Estado e com relação uns aos outros, e os modos pelos quais deverão convergir as ações da sociedade tem como objeto:

[...] estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais (SILVA, 2005, p. 43) sem grifo no original.

José Afonso da Silva discorre sobre os denominados elementos das constituições, considerados como matérias e finalidades fundamentais para a coletividade. Cite-se:

- (1) *elementos orgânicos*, que se contêm nas normas que regulam a estrutura do Estado e do poder, e, na atual Constituição, concentram-se, predominantemente, nos Títulos III (*Da Organização do Estado*), IV (*Da Organização dos Poderes e do Sistema de Governo*), Capítulos II e III do Título V (*Das Forças Armadas e da Segurança Pública*) e VI (*Da Tributação e do Orçamento*, que constituem aspectos da organização e funcionamento do Estado);
- (2) *elementos limitativos*, que se manifestam nas normas que consubstanciam o elenco dos direitos e garantias fundamentais: direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos; são denominados *limitativos* porque limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito; acham-se eles inscritos no Título II de nossa Constituição, sob a rubrica *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, excetuando-se os *Direitos Sociais* (Capítulo II), que entram na categoria seguinte;
- (3) *elementos sócio-ideológicos*, consubstanciados nas normas sócio-ideológicas, que revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social, intervencionista, como as do Capítulo II do Título II, sobre os *Direitos Sociais*, e as dos Títulos VII (*Da Ordem Econômica e Financeira*) e VIII (*Da Ordem Social*);
- (4) *elementos de estabilização constitucional*, consagrados nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas, premunindo os meios e técnicas contra sua alteração e infringência, e são encontrados no art. 102, I, *a* (*ação de inconstitucionalidade*), nos arts. 34 a 36 (*Da Intervenção nos Estados e Municípios*), 59, I, e 60 (*Processo de emendas à Constituição*), 102 e 103 (*Jurisdição constitucional*) e Título V (*Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, especialmente o Capítulo I, porque os Capítulos II e III, como vimos, integram os elementos orgânicos);
- (5) *elementos formais de aplicabilidade*, são os que se acham consubstanciados nas normas que estatuem regras de aplicação das constituições, assim, o preâmbulo, o dispositivo que contém as cláusulas de promulgação e as disposições constitucionais transitórias, assim também a do §1º do artigo 5º, segundo o qual *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata* (SILVA, 2005, p. 43).

O constitucionalismo pautava-se em três grandes objetivos:

a) *afirmação da supremacia do indivíduo*: o indivíduo sobre o Estado. Em primeiro lugar o indivíduo, sua proteção e os fins da atividade estatal voltadas para ele;

b) *limitação do poder dos governantes*: a norma fundamental tida como base do Estado Constitucional regularia as ações dos governantes, evitando-se assim ofensas aos direitos dos indivíduos;

c) *racionalização do poder*: o Homem como centro das atenções e destinatário das ações.

Da própria noção de Constituição, resultante da conjugação dos sentidos material e formal, decorre que o titular do poder constituinte é sempre o povo. É nele que se encontram os valores fundamentais que informam os comportamentos sociais, sendo, portanto, ilegítima Constituição que reflète os valores e as aspirações de um indivíduo ou de um grupo e não do povo a que a Constituição se vincula. A Constituição autêntica será sempre uma conjugação de valores individuais e valores sociais, que o próprio povo selecionou através da experiência (DALLARI, 2006, p. 203).

José Joaquim Gomes Canotilho expõe o significado do Constitucionalismo:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo (CANOTILHO, 1998, p. 45).

Ainda Canotilho (1998, p. 86-87), concluindo sobre a caracterização do Estado Constitucional, cite-se:

Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado constitucional. Não deixa, porém, de ser significativo que esta expressão – Estado constitucional – tenha merecido decisivo acolhimento apenas na juspublicística mais recente. Sabemos já que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Numa palavra: tentou estruturar um Estado com qualidades, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos democráticos. O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito.

A trajetória da Constituição no Estado brasileiro é marcada pela constante alteração, o que explica a edição de seis constituições anteriormente a atual de 1988 (no regime republicano, desconsiderando neste ponto a Constituição de 1824, eis que do Império), isso devido às diversas mudanças em que a sociedade estava inserida, influenciadas pelo movimento mundial de expansão, de progresso, ou até mesmo de retrocesso, de guerras e tiranias.

Seis Constituições regeram os destinos do País nos 89 anos de vida da República: a de 1891, as de 1934, 1937, 1946, e a atual, a de 1967, alterada pela Emenda nº 1, de 1969. A falta de perenidade das Constituições surpreende e tem sido criticada sob o argumento de que, em sendo Lei Fundamental do Estado, não deveria ela ser reformada ou alterada constantemente, senão quando necessidades imperiosas o exigissem. E, nesse sentido, a força escrita e as prescrições rígidas de muitas de nossas Constituições têm refletido a necessidade interna de conter a tendência às mudanças. Tentando explicar o fenômeno, Cláudio Pacheco, em seu *Tratado das Constituições Brasileiras*, assinala que justamente os povos que – por força de instabilidade temperamental, de um nomadismo de instituições, de um certo gosto de mudança, e por força de um fenômeno interno ainda não rigorosamente identificado – se sentem arrojados, com perigosa frequência, às mudanças de regime, é que tendem a preferir as fórmulas mais exatas e rígidas dos instrumentos constitucionais. Diz o autor que, assim, estes povos procuram se resguardar, mas freqüentemente em vão, contra volubilidade ou aquele nomadismo político. Isso, na verdade, antes reflete a existência de uma estrutura de poderes, de um ordenamento constitucional, em desarmonia com a nossa realidade econômica, social e política. Repousa nisto, talvez, a principal razão das freqüentes mutações da Norma Maior. A velocidade do nosso ritmo de mudança é muito grande e, na falta de soluções para os problemas emergentes, tende-se a inculpar, às vezes apressadamente, a norma constitucional de inepta (Câmara dos Deputados, 1978, p. 15-16).

Discorrer acerca da caracterização e concretização do Estado Democrático ao longo da história é pautar-se basicamente na evolução da sociedade ao encontro da uniformização do poder e principalmente na possibilidade de efetiva participação no âmbito público, sendo aqueles pertencentes a um Estado além de meros expectadores e fiéis no cumprimento das determinações provenientes do ente ditador de regras, mas, além disso, ser viabilizada a efetiva e concreta interferência nos assuntos da sociedade que importarão em conseqüências na qualidade de vida dos demais cidadãos, cabendo-lhe escolher, independentemente de sua posição na sociedade, o que lhe convir e julgar proveitoso ao convívio social, não estando assim, ao bel prazer daqueles que ocupam cargos públicos incumbidos de gerenciar toda a sociedade.

Diferentemente do Estado de Direito, marcadamente liberal, que reduzia o *Direito a concepção de lei, delimitava as funções dos poderes*, logicamente que exaltando a produção das leis e freando atividade inovadora fora dos limites legais, e *garantia os direitos*

individuais; além da denominação Estado Social (*Welfare State*) que mesclou o modo de produção capitalista e o bem-estar social, com adoção de medidas que propiciassem a justiça social; e ainda, superada a mera definição de Estado Democrático (soberania popular) o Estado Democrático de Direito, longe de ser a mera junção das denominações acima apresentadas, sintetiza-se na transformação do *status quo*.

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir (SILVA, 2005, p. 120) sem grifo no original.

Carregando os conceitos dos componentes de sua denominação, ou seja, Estado Democrático (soberania popular), cita-se José Afonso da Silva na obra *Curso de Direito Constitucional Positivo* a respeito do Estado Democrático:

Este funda-se no princípio da soberania popular, que “impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio de evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana (SILVA, 2005, p.117).

E, Estado de Direito (legalidade), cita-se novamente José Afonso da Silva, em mesma obra acima:

O Estado de Direito, como lembramos acima, é uma criação do liberalismo. Por isso, na doutrina clássica, repousa na concepção do Direito natural, imutável e universal, daí decorre que a lei, que realiza o princípio da legalidade, essência do conceito de Estado de Direito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A generalidade da lei constituía o fulcro do Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão (SILVA, 2005, p. 117).

O Estado Democrático de Direito serve ao fiel cumprimento das leis instituídas pela participação popular, porém, não reduzindo o Direito a concepção de lei, pois considerando os ideais de justiça, tendo em vista a desigualdade social e subordinativa entre os homens, é capaz de proporcionar mudanças na sociedade, aplicando-se as leis para perpetuar a diferença e necessidade do seu uso em prol da distribuição de justiça, fugindo a antiga concepção de igualdade dos burgueses que atravancava as transformações na sociedade e mantinham estáticos determinados estratos sociais, sendo a lei fonte legítima da propagação da desigualdade.

Socorrendo-se mais uma vez aos ensinamentos de José Afonso da Silva, eis que oportunos, cita-se novamente trecho da obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conteúdo subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeitando-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conteúdo formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses. É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. [...] (SILVA, 2005, p. 121) sem grifo no original.

Estado Democrático de Direito poderia, em simples e poucas palavras, ser conceituado como Estado de justiça material, composto de uma sociedade democrática de direito e de fato, de efetiva incorporação de todo o povo no controle das decisões políticas, sendo que, segundo José Afonso da Silva (2005, p. 122) **“tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”**, sem grifo no original.

José Afonso da Silva – *Curso de Direito Constitucional Positivo* – que recorrendo aos ensinamentos de Gomes Canotilho, cujo qual desenvolveu os princípios do Estado de Direito Democrático português, transcreve em sua obra os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, assim resultando:

- (a) *princípio da constitucionalidade*, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;
- (b) *princípio democrático*, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);

- (c) *sistema de direitos fundamentais, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII);*
 (d) *princípio da justiça social, referido no art. 170, caput, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social; como dissemos, a Constituição não prometeu a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o faz a Constituição portuguesa, mas com certeza ela se abre também, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica;*
 (e) *princípio da igualdade (art. 5º, caput, e I);*
 (f) *princípios da divisão dos poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art. 95º);*
 (g) *princípio da legalidade (art. 5º, II);*
 (h) *princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII) (SILVA, 2005, p. 122) sem grifo no original.*

Às características comumente citadas, pode-se ainda acrescentar outras de cunho acentuadamente político, tais como: autonomia e independência do poder judiciário; maior controle social do poder (movimentos sociais e populares, organizações não-governamentais, sindicatos, partidos políticos, ações populares, aprovação de políticas públicas entre outras); controle da gestão pública pelos cidadãos que podem cobrar a moralidade e eficiência na Administração Pública; transparência e publicação dos atos de administrativos; a sociedade como protetora dos direitos humanos e responsável pela construção de ambiente socialmente saudável; eletividade; rotatividade; responsabilidade; justiça social e tolerância das diferenças individuais ligadas, por exemplo, à religião.

Advindo dos princípios acima elencados encontram-se pontos marcantes que merecem destaque quando da atividade do Estado e suas finalidades. Cita-se:

a) *constitucionalização da política* (art. 1º da CF/88): trata-se na forma de determinar a política no âmbito constitucional, onde a Constituição é quem estipula o modelo, formato, modo de se fazer política – define a política. Isto é de suma importância, pois, ditando a política, dita-se também o modo de convivência entre as pessoas, a abrangência dos seus direitos e da participação destas perante o Estado.

b) *humanização do Estado e do Direito* (art. 3º da CF/88): herança do Estado Democrático, tratou o Estado Democrático de Direito de enfatizar sua visão modificativa da extremada redução do Direito à lei sem que se atentasse às condições básicas do ser humano e do respeito insuperável aos princípios que subsistem independentemente de positivação. É o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, presente em nossa Constituição.

c) *discricionariedade*: poder de agir, à luz da sua interpretação constitucional, de acordo com a necessidade da sociedade, sem prejuízo da responsabilização em caso de abuso de autoridade.

d) *positivação das regras programáticas do Estado*: ligado à concepção de legalidade onde o Estado é submisso às regras, à fiscalização, ao controle por parte da sociedade em seus atos nos estritos preceitos legais.

Comprometimento do Estado em ter êxito nas suas funções, objetivos, de acordo com o que ele próprio pré-determinou como aceitável legalmente (cumprimento das leis). O Estado tem sua função estabelecida em lei devendo ser fielmente cumprida para que não se coloque em questão sua existência e legitimidade.

Nesse diapasão situa-se a chamadas *normas da bilateralidade jurídica*, originárias da Revolução Inglesa que se sintetizam na abrangência das regras jurídicas à sociedade, mas também obrigatoriamente ao Estado, que se curva à aplicação justa e legal das normas a toda sociedade.

Indissociável, até porque integrante do termo Estado Democrático de Direito, a democracia é alicerce de toda a construção de um Estado que se institui com bases previstas em lei. É elemento convergente quando se pretende disciplinar toda uma sociedade por meio de leis, pois se estas são a expressão do poder legislativo dirigidas à sociedade, certo, portanto, afirmar que são para o bem comum, indistintamente, podendo, por ventura, sofrer indagações quando da utilização estritamente particular.

O termo democracia não deve ser analisado isoladamente, mas sim, atendo-se ao Estado brasileiro, a noção de República que a tempos fora instituída em nossa sociedade, constituindo, portanto, bases para a real configuração do Estado Democrático de Direito.

[...] a democracia é uma das três possíveis formas de governo na tipologia em que as várias formas de governo são classificadas com base no diverso número dos governantes. Em particular, é a forma de governo na qual o poder é exercido por particular, é a forma de governo na qual o poder é exercido por todo o povo, ou pelo maior número, ou por muitos, e enquanto tal se distingue da monarquia e da aristocracia, nas quais o poder é exercido, respectivamente, por um ou por poucos (BOBBIO, 2005, p.137).

Reproduzindo as lições de José Afonso da Silva em torno da democracia, cita-se:

Democracia é um conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um

mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. [...] *é governo do povo, pelo povo e para o povo*. Podemos, assim, admitir que *a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo*. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes. *Governo do povo* significa que este é fonte e titular do poder (*todo o poder emana do povo*), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. *Governo pelo povo* quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apóia no *consentimento popular*; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da *representação política* (*o poder é exercido em nome do povo*). *Governo para o povo* há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar (SILVA, 2005, p. 125-135).

A atual Constituição Federal traz em seu Preâmbulo a práxis da democracia:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL.

Ponto relevante a mencionar advém do autor J.J. Gomes Canotilho que dispõe sobre o princípio democrático estigmatizado no modelo de governo e de Estado que segue o Brasil:

O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um *método* ou *técnica* de os governantes escolherem os governados, pois com princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos político, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade (CANOTILHO, 1998, p. 277-278).

Segue o autor explanando sobre o conteúdo que envolve de democracia dentro do Estado que se apresenta como democrático, devendo o princípio democrático institucionalizar a prática da política, como forma de limitação do poder e daqueles que possuem seu exercício:

O princípio democrático não elimina a existência das estruturas de domínio mais implica uma *forma* de organização desse domínio. Daí o caracterizar-se o princípio democrático como **princípio de organização** da titularidade e exercício do poder. Como não existe uma identidade entre governantes e

governados e como não é possível legitimar um domínio com base em simples doutrinas fundamentantes é o princípio democrático que permite organizar o domínio político segundo o programa de autodeterminação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo (CANOTILHO, 1998, p. 280).

Como analisa Canotilho (1998, p. 280-281), o princípio democrático deve pautar-se pelos direitos fundamentais:

Tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são o elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: *os direitos fundamentais têm uma função democrática* dado que o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de todos os cidadãos (...) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação *livre* assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito a associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação dos direitos sociais, económicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural (...). Realce-se esta dinâmica dialética entre os direitos e garantias fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de *participação* e *associação*, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e como direitos legitimadores de um domínio democrático asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de *garantias de organização* e de *processos* com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjectivos a *prestações sociais, económicas e culturais*, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o *preenchimento intrínseco*, através do legislador democrático, desses direitos.

A mesma Constituição traz em seu bojo, mas precisamente no parágrafo único do artigo 1º (**Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição**), a possibilidade da sociedade eleger representantes, sem, contudo, desvirtuar a fonte imutável do poder no regime democrático.

É no regime de democracia representativa que se desenvolvem a *cidadania* e as questões da *representatividade*, que tende a fortalecer-se no regime de democracia participativa. A Constituição combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia participativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurando, quando, aí, se diz que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos* (democracia representativa), *ou diretamente* (democracia participativa). A *democracia representativa* pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos etc. (...). Na democracia

representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos *representantes do povo*. A ordem democrática, contudo, não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Por um lado, ela consubstancia um procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais. Por outro, eleger significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política. Realmente, nas democracias de partido e sufrágio universal, as eleições tendem a ultrapassar a pura função designatória, para se transformarem num instrumento, pelo qual o povo adere a uma política governamental e confere seu consentimento, e, por consequência, legitimidade, às autoridades governamentais. Ela é, assim, o modo pelo qual o povo, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo e no processo político (SILVA, 2005, p. 137-138).

Recorrendo-se novamente aos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho, situando-se dentro do princípio democrático, cita-se:

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da **teoria democrática representativa** – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica **democracia participativa**, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos. É para esse sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (...), a participação democrática dos cidadãos (...), o reconhecimento constitucional da participação direta e ativa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (...) e aprofundamento da democracia participativa (CANOTILHO, 1998, p. 278)

Quando o tema é democracia inevitável citar os ensinamentos de Norberto Bobbio:

O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e, sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos. Em termos sintéticos, pode-se dizer que, se hoje se deve falar de um desenvolvimento da democracia, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na substituição da democracia representativa pela democracia direta (substituição que é de fato, nas grandes organizações, impossível), mas na passagem da democracia na esfera política, isto é, na esfera em que o indivíduo é considerado como cidadão, para a democracia na esfera social, onde o indivíduo é considerado na multiplicidade de seus *status* (...). Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Portanto, uma coisa é a democracia da direção política, o que ocorreu com a instituição dos

parlamentos, outra coisa é a democratização da sociedade. Em consequência, pode muito bem existir um Estado democrático numa sociedade em que a maior parte das instituições, da família à escola, da empresa aos serviços públicos, não são governados democraticamente. Hoje, quem deseja ter um indicador do desenvolvimento democrático de um país deve considerar não mais o número de pessoas que têm direito de votar, mas o número de instâncias diversas daquelas tradicionalmente políticas nas quais se exerce o direito de voto. Em outros termos, quem deseja dar um juízo sobre o desenvolvimento da democracia num dado país deve pôr-se não mais a pergunta “Quem vota?”, mas “Onde se vota?” (BOBBIO, 2005, p. 155-157)

Desmistificando o surgimento e progresso da democracia no Estado brasileiro, Fábio Konder Comparato evidencia mais uma vez o tributo a forma, ou seja, a exaltação do impacto visual em se admitir direitos, sem, contudo, possibilitar ou pretender seu efetivo exercício indiscriminado:

Ninguém contesta que a representação popular é indispensável no funcionamento das democracias modernas. Mas seria um erro trágico desconhecer que o cerne do regime democrático está na soberania popular efetiva, e não meramente simbólica. Ora, soberania popular efetiva significa dar voz e voto ao povo, não só para eleger os governantes mas também e sobretudo para decidir diretamente as grandes questões socioeconômicas do País e controlar a ação de todos os agentes públicos. Sérgio Buarque de Holanda, porém, já assinalava que “a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido”. Ela foi importada e aqui acomodada aos tradicionais privilégios das classes dominantes como mera fachada ou decoração externa para exibir perante as nações ditas civilizadas, de acordo com o velho complexo colonial, grau avançado de nossa cultura política. Na estrita verdade dos fatos, porém, longe de ser um simples mal-entendido, a democracia entre nós foi e continua a ser mero disfarce ideológico, um roto véu que mal encobre a nudez da dominação oligárquica. Aceitamos todas as fórmulas políticas e dispomo-nos a experimentar quaisquer novidades, desde que se possa manter e fazer funcionar uma democracia sem povo. Ora, o estabelecimento de uma autêntica soberania do povo, usurpada pelos grupos oligárquicos que se sucedem ininterruptamente no poder, só será alcançado mediante o concurso de duas ações de longo alcance: a criação de instituições adequadas e a formação generalizada de um espírito público, isto é, do respeito integral aos valores republicanos e democráticos. Sem isso, jamais coibiremos, ainda que minimamente, a velhíssima prática da corrupção dos agentes públicos (Revista Jurídica Consulex – Ano IX – nº 208 – 15 de setembro de 2005).

A par do que fora exposto sobre o Estado Democrático de Direito, sua amplitude e aplicabilidade não devem cingir-se na mera declaração formal do que se estabeleceu no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e demais princípios, direitos e garantias fundamentais, principalmente, buscando dar efetiva materialização do pretendido pelas normas, alcançando até mesmo objetivos não previstos em disposição específica, mas

condizentes com o ideal de justiça estabelecido na estrutura político-social da sociedade exprimido na Constituição Federal.

Deveras, a Constituição do Brasil não é um mero “instrumento de governo”, enunciador de competências e regulador de processos; mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um “estrado jurídico do político”, mas sim um “plano global normativo” da sociedade e, por isso, do Estado Brasileiro (...) A Constituição do Brasil é – tem sido – uma Constituição dirigente e vincula o legislador e, ainda que tenha sido múltiplas vezes emendada, seu cerne, que identifico fundamentalmente nos preceitos dos seus artigos 3º, 1º e 170, resta intocado (GRAU, 2003, p. 428-429).

CAPÍTULO 4 - A ORDEM DEMOCRÁTICA E SUA INFLUÊNCIA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICONAL

Como explanado nos tópicos anteriores, o universo jurídico brasileiro percorreu por várias ideologias sujeitando-se aos modelos e propósitos específicos de cada momento histórico, sendo marca constante a prevalência de interesses oligárquicos em meio à órbita pública, mantendo-se assim a estratificação social, o delineamento claro e proposital do tratamento especial a determinado segmento da sociedade.

Chegando-se ao atual estágio em que se encontra o Direito na sociedade brasileira, situado dentro de um Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, converge-se para a aplicação deste Direito nos ditames que buscou concretizar a Carta Política (artigo 3º), observando disposições indisponíveis que lhe dão base (artigo 1º), sem olvidar pela busca da justiça social, da promoção social indistinta firmando o conteúdo do princípio democrático.

A atual ordem constitucional, pautada num Estado de império das leis como forma de delineamento e restrições do poder e de conteúdo democrático, além disso, prescreve disposições impreteríveis da busca pela justiça social, ou seja, da coordenação e materialização dos direitos a fim de trazerem avanços positivos a sociedade como um todo no que se tem por desigual, defasado e injusto.

O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana (SILVA, 2005, p. 120).

A questão dos direitos sociais trazida pela ordem constitucional democrática influi incisivamente na aplicação do Direito, já que para quê o serve senão em prol da sociedade e de efetivas mudanças que propiciem a transposição formal-ideológica da formação de um Estado que se pauta pela lei e democracia?

(...) *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível como o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2005, p. 286-287).

Deveras, numa concepção a partir de um Estado republicano, com fins diretos na transformação da sociedade pela busca das ações em prol do desenvolvimento social e democrático, o Direito é ferramenta inseparável para contribuição da leitura política e significado das proposições, fugindo a sua faceta por vezes manipuladora e ideológica para oferecer conteúdo a efetivação dos direitos fundamentais e direitos sociais que, conjuntamente com outros, encabeçam os objetivos que originaram a atual Constituição.

O Direito, então, nesse momento político-jurídico que se iniciou em 1988, foge a identificação e interpretação restrita à concepção pura e simples de lei que não contenha conteúdo compatível com a ordem constitucional democrática, ou seja, não tendente à justiça social efetiva. O contrário disso, a redução do Direito à pura legalidade representa, no atual momento constitucional, dominação ilegítima por parte do Estado, que se utilizando o viés democrático edita leis sem os fins a que se destina sua própria existência.

Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição (BONAVIDES, 2002, p. 435).

O modelo positivista de visualizar o Direito – Direito = Lei –, carente de conteúdo axiológico, não encontra espaço no ordenamento constituído sob as premissas da social democracia, devendo ser repelida aplicação das leis sob suas premissas:

A Constituição para o positivismo jurídico é tão-somente sistema formal de leis constitucionais, sendo a norma, conforme acrescenta Müller, um ato de vontade do Estado expresso em forma de lei (“ein Willensakt des Staates in Gesetzesform”). A Ciência do Direito nada tem que ver nessa concepção com os fatos históricos e sociais contemporâneos. Se o Direito não os nega, lhes é contudo indiferente. Demais, assevera o mesmo pensador, o credo positivista vislumbra no direito vigente um sistema de proposições jurídicas sem lacunas. Caso estas surjam na regulação positiva expressa, a construção jurídica em cada caso as preencherá com os princípios e os fundamentos do direito positivo. A norma jurídica concebida com um comando real ou ainda como uma premissa maior, lógico-formal, que se formaliza, eis a essência da teoria normativa do positivismo no entendimento de Müller, que também lhe irroga o haver estabelecido o dualismo direito e realidade, norma e realidade normativa, como se fossem duas características justapostas e incomunicáveis, que só se encontrariam na subsunção de um fato – premissa menor – numa premissa maior: a norma. De modo que – assevera o constitucionalista – a norma “não é mais do que uma proposição idiomática, posta no papel” e sua “aplicação” para o positivismo formalista se exaure numa interpretação de texto, quando isso não é verdade, porquanto o processo de concretização deve tomar em conta três elementos básicos: o fato, o programa da norma e o âmbito normativo. Afirma Müller que uma hermenêutica jurídica em condições de transcender o positivismo da lei terá

seus fundamentos extraídos da observação do trabalho jurídico tanto na ciência como na *praxis*. O texto da norma não “contém”, assevera o constitucionalista, a normatividade e sua estrutura material concreta. Cinge-se tão-somente, dentro em sua moldura, a dirigir e limitar as possibilidades legais de uma determinada concretização material do Direito. Não possui o texto uma “importância” inerente nele, de modo que só toma sentido quando posto numa operação ativa de concretização. Em outras palavras, não é possível isolar a norma da “realidade”, antes é a realidade em seus respectivos dados (o círculo ou âmbito da norma ou *Normbereich*) afetada pela disposição da norma (o “programa da norma” ou *Normprogramm*) o elemento material constitutivo da própria norma (BONAVIDES, 2002, p. 458-462).

O processo civil brasileiro (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), apesar de ter sua vigência marcada a mais de quatorze anos anteriores a atual Constituição Federal (05 de outubro de 1988), deve ter suas disposições em consonância com a interpretação da ordem constitucional democrática.

A Constituição Federal é denominada vulgarmente como “lei das leis”, é o cerne político-jurídico da sociedade, devendo-se obrigatoriamente seu conteúdo e alcance ser estendido às demais leis infraconstitucionais, não escapando às anteriores a sua promulgação, que para permanecerem em plena vigência se renderão às novas proposições, objetivos, garantias e aplicabilidade nos exatos preceitos constitucionais.

A conformidade da lei com a Constituição não consiste apenas em verificar formalmente se a lei está de acordo com a regra suprema, mas em determinar também a compatibilidade material, por onde resulta que um conteúdo equívoco ou incerto da lei será aferido por igual pelo conteúdo da norma constitucional. As normas constitucionais, como assinala Hesse, não são apenas normas de exame (*Prüfungsnormen*), mas normas materiais (*Sachnormen*) de aferição do teor da lei ordinária. A unidade da ordem jurídica e o sistema de valores de que o ordenamento jurídico se acha impregnado são elementos decisivos no aferir materialmente a constitucionalidade dos atos normativos mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição (BONAVIDES, 2002, p. 478).

O processo civil, então, no que se pretende tratar nesta obra, merecerá interpretação conforme o conteúdo e disposições da ordem constitucional democrática vigente, situando o direito a efetiva prestação da tutela jurisdicional, especificamente, em meio à concepção de Estado e seus atos que garantam sua legitimidade, levando-se em consideração a explanação histórica do nascimento e desenvolvimento do direito processual civil na sociedade brasileira, e sua necessária correspondência com a Constituição Federal em busca da efetivação/materialização dos direitos pela da tutela estatal.

Fora exposto anteriormente a noção que se extrai quando da promulgação de uma constituição, da formação político-jurídica do Estado, ou seja, da rendição da sociedade

confiando poderes a um ente, por ela legitimado, para busca de um convívio social harmônico, justo, minimizando as desigualdades nos mais variados gêneros e os representando perante a plano internacional sob a fachada de uma sociedade organizada politicamente e regida por leis com conteúdo democrático.

Nesse contexto, de ente criado pela sociedade para representá-la e propiciar bom convívio social, resolvendo os conflitos entre os particulares e também frente ao Estado, é que pautará o conteúdo da prestação da tutela jurisdicional, da obrigatoriedade do Estado dar efetiva resposta ao direito violado, sob pena de ser questionada sua legitimidade.

4.1 O Direito de Ação como direito fundamental

O Estado, dentre suas facetas, mas propriamente no tocante a jurisdição, retira do particular a possibilidade de ver seu direito efetivado por suas próprias forças e possibilidades, ou seja, retira-lhe do particular a chance de fazer justiça com as próprias mãos, evitando-se assim violência e abusos, em prol da solução pacífica dos conflitos.

Então, o Estado veda a autotutela, e, por ato contínuo, assume a obrigação de substituir o particular na obtenção do direito pretendido, utilizando para isso de sua legitimidade arrolada pelos fundamentos de sua construção.

Esse caráter de substituição para aplicação do direito, existindo a necessária interposição do terceiro sujeito (juiz) como forma de coibir o uso da força decorre da teoria de Chiovenda, por considerar ser atividade privativamente estatal. Somente o Estado tem o *poder* de prestar a tutela jurisdicional ao retirar a possibilidade da solução dos conflitos pelos indivíduos, assumindo a responsabilidade de dizer o direito (forma de manter a ordem e a legalidade), ou seja, de prolatar sentença, não se eximindo, contudo, do *dever* de prestar a tutela jurisdicional para satisfação do direito em discussão.

Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é, como vimos, a do Estado que substitui as partes (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 146).

Em torno da proibição da autotutela e absorção do monopólio da jurisdição por parte do Estado, cita-se:

Considerado o direito romano, sabe-se que a denominada “justiça pública” consolidou-se no período denominado de *cognitio extra ordinem*. Foi nessa fase que o Estado, por ter poder suficiente, passou a ditar a solução para os conflitos de interesses, não importando a vontade dos particulares, que na verdade já estavam submetidos ao poder do Estado, e deste seu poder de decidir os conflitos não podiam esquivar-se. Impondo-se a proibição da autotutela, ou da realização das pretensões segundo o próprio poder do particular interessado, surge o poder de o Estado dizer aquele que tem razão em face do caso conflitivo concreto, ou o poder de dizer o direito, conhecido como *iuris dictio*. O Estado, ao proibir a autotutela, assume o monopólio da jurisdição. Como consequência, ou seja, diante da proibição da autotutela, ofertou-se àquele que não podia mais realizar o seu interesse através da própria força o direito de recorrer à justiça, ou o direito de ação (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 31).

Ainda nesse sentido, cita-se

Vedada em princípio a autodefesa e limitadas a autocomposição e a arbitragem, o Estado moderno reservou para si o exercício da função jurisdicional, como uma de suas tarefas fundamentais. Cabe-lhe, pois, solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade, de acordo com a norma jurídica reguladora do convívio entre os membros desta. Mas a jurisdição é inerte e não pode ativar-se sem provocação, de modo que cabe ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional, a fim de que esta atue diante de um caso concreto. Assim fazendo, o sujeito do interesse estará exercendo um direito (ou, segundo parte da doutrina, um poder), que é a ação, para cuja satisfação o Estado deve dar a prestação jurisdicional. Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através complexo de ato que é o processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 265).

Ovídio A. Batista da Silva, em Curso de Processo Civil, processo de conhecimento, retrata a vedação da autotutela e o deságüe obrigatório na relação de direito processual:

Afastada como teve de ser, a defesa privada, levada a efeito pelo próprio titular do direito, em regime de autotutela, já porque este tipo de realização da ordem jurídica gera uma constante intranquilidade e compromete a convivência social, já porque a realização privada do direito nem sempre resultará na vitória daquele que efetivamente tinha razão, mas acabará impondo a preponderância do interesse do mais forte, ou do mais astuto (FRIEDRICH LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, p. 16), a exigência de submeterem-se as pretensões daqueles que se digam titulares de algum direito, eventualmente ameaçado ou já vulnerado por quem deveria cumpri-lo, a uma previa averiguação de sua verdadeira existência e legitimidade faz com que a relação originariamente existente entre o titular do direito e o titular do dever jurídico, do ponto de vista do primeiro, dê origem a uma *segunda relação*, por meio do qual aquele que afirma ser titular do direito – impedido de realiza-lo por seus próprios meios - terá de exigir do Estado seu auxílio (tutela), afim de que este, através de uma instituição, especialmente criada para tal fim (o Poder Judiciário), o torne realizado, segundo a lei. Esta *segunda relação*, que se estabelece entre aquele que exige a proteção do Estado, dizendo-se titular do direito (*exercício de pretensão de tutela jurídica*), e o próprio Estado, posto agora no pólo

passivo desta relação – não mais a relação privada entre ele e o devedor, constitui a *relação processual* (SILVA, 2006, p. 2).

O direito de ação, ou seja, de provocar o Estado a interferir na ocasião dos conflitos, já que absoluto manipulador da jurisdição por força da proibição da autotutela, considera-se fundamental, na perspectiva da legitimidade do Estado, à realização concreta dos direitos materialmente previstos nas legislações, pois é o modo pelo qual o particular age perante o Estado e o habilita a satisfazer suas pretensões nos exatos termos que se realizaria quando permitida fosse a força própria.

O direito de ação aparece exatamente no momento em que o Estado proíbe a tutela privada ou o uso da força privada para a realização e a proteção dos direitos. A partir daí o Estado assume o monopólio da solução dos conflitos e da tutela dos direitos e, por consequência lógica, dá ao privado o direito de acudir a ele. Esse último direito, antes denominado de direito de agir e agora chamado de direito de ação, é a contrapartida da proibição da realização privada dos direitos e, portanto, é devido ao cidadão como um direito à proteção de todos e quaisquer direitos. Ou seja, é um direito fundamental não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas sim à proteção de todos os direitos, como o direito de receber quantia em dinheiro devida em razão de um empréstimo ou como o direito de cobrar os aluguéis que não foram pagos pelo locatário (MARINONI, 2007, p. 209).

Importando frisar que o *direito de ação* até aqui exposto em nada se assemelha do *direito fundamental material*, pois este se reduz a previsão na lei de determinado(s) direito(s), em outras palavras, é o direito que encontra proteção normativa – legislação infraconstitucional, e o Estado o aplica nas relações entre os particulares. Já aquele, incide sobre o modo de atuação para efetividade dos direitos.

Nessa dimensão, os direitos fundamentais dependem da mediação do legislador, pois, mesmo quando protegidos pela administração e pela jurisdição, têm a sua tutela circunscrita à lei. Porém, no caso em que é possível concluir que o legislador se omitiu em dar proteção a um direito fundamental, diante da constatação, em face do caso concreto, da imprescindibilidade da sua tutela normativa, admite-se que o juiz possa supri-la, dando tutela jurisdicional ao direito fundamental material mesmo na ausência de lei. Nessa hipótese, ainda que o juiz admita a incidência direta do fundamental sobre o caso concreto, há uma intermediação entre o direito fundamental e os privados, e, assim, também uma mediação do Estado, mas agora na forma jurisdicional. A situação do direito fundamental de ação é diversa. O direito fundamental de ação repercute sobre o Estado de forma diferente. Esse direito não incide sobre o Estado para, a partir dele, ser projetado sobre as relações dos particulares, mas sim para vincular o seu modo de atuação, isto é, para vincular a maneira como o Estado deve proceder para viabilizar a efetividade da proteção dos direitos. Ou seja, o direito fundamental de ação se destina a regular a ação entre o Estado prestador e o particular, ao passo que os direitos fundamentais materiais de proteção, como o direito do consumidor, incidem sobre o Estado para obrigá-lo a protegê-lo diante das relações privadas. Tudo isso significa que o

direito fundamental de ação, ao contrário do que acontece, por exemplo, com o direito do consumidor, não é um direito que deve incidir nas relações privadas mediante a intermediação do Estado, mas sim um direito que recai sobre forma da sua atuação jurisdicional. Por isso mesmo, o direito fundamental de ação não tem efeitos sobre o réu; o que tem efeito sobre o réu é o direito fundamental material (por exemplo, direito do consumidor) mediatizado pela decisão jurisdicional (MARINONI, 2007, p. 210-211).

O direito fundamental de ação é consequência obrigatória daquilo que pretendeu o Estado ao atrair para si o monopólio da força e retribuição efetiva de direitos ameaçados ou violados a ele apresentados.

Mais que simples possibilidade de ver o cidadão amparado pelo Estado, consubstancia-se o direito de ação na imprescindibilidade da recepção estatal em torno do direito ameaçado ou violado ora posto a sua frente, como também a prestação efetiva da tutela jurisdicional a permitir proteção dos direitos suscitados.

Melhor dizendo: o direito fundamental de ação não obriga o Estado a protege-lo nas relações privadas (como aconteceria se fosse um direito fundamental material de proteção) ou é uma mera garantia do cidadão à tutela jurisdicional estatal. O direito fundamental de ação obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional efetiva a *todo e qualquer* direito que possa ter sido violado ou ameaçado. Ele não é um direito que exige que o Estado atue para protege-lo, mas sim um direito que requer que o Estado exerça a função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos levados ao seu conhecimento (MARINONI, 2007, p. 210-211).

Equivocado, por vezes, é o entendimento do direito fundamental de ação recair sobre o réu (particulares) ou sobre o Estado. Porém, do que fora exposto, perceptível a peculiaridade atinente a figura do Estado (Estado-juiz e legislador) contra o qual é dirigido o direito de ação para que atue de forma efetiva na proteção dos direitos, contrariamente ao que se sucedia à época liberal, da proteção extremada da liberdade e limitação estatal, cingindo-se na mera declaração formal do direito. Contudo, importante frisar que sobre os particulares recai o conteúdo da decisão jurisdicional.

Agora, no plano estatal, o direito de ação ora incide sobre o Estado-juiz ora sobre o legislador, sendo que aquele tem o dever de tomar as providências necessárias em busca da efetiva prestação jurisdicional, e este de elaborar meios e aperfeiçoar técnicas processuais que servirão de suporte a aplicação da tutela efetiva.

Nesses termos, cita-se os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni em Curso de Processo Civil, Teoria Geral do Processo:

O legislador tem o dever de instituir técnicas processuais que permitam ao cidadão exercer a ação de maneira efetiva. Ou melhor, o legislador tem o

dever de dar ao cidadão as ferramentas que lhe permitam construir e utilizar a ação adequada e idônea à proteção do seu direito material. O que quer dizer que o direito fundamental de ação não se volta somente contra o Estado-juiz. Mas se o direito fundamental de ação também se dirige contra o legislador, é indiscutível que o seu maior obrigado é o juiz. O juiz tem o dever de prestar a adequada tutela jurisdicional aos direitos. E não se diga que, diante da ação, não se pode atribuir deve à jurisdição, alegando-se que o Estado também tem interesse na solução dos conflitos e na proteção dos direitos ameaçados ou violados. Ora, como o direito fundamental de ação incide especialmente sobre a jurisdição, é óbvio que a omissão de lei não justifica a omissão do juiz. Até porque a omissão do legislador, nesse caso, também estaria negando ao juiz o poder necessário para exercer a sua função. Na verdade, a ausência de técnica processual para a tutela dos direitos constitui, a um só tempo, violação do direito fundamental de ação e obstáculo à atuação jurisdicional. Portanto, para que o cidadão possa efetivamente exercer o direito de ação e para que a jurisdição não se apresente destituída dos meios necessários para atuar, não há como negar ao juiz a possibilidade de suprir a ausência de lei que inviabiliza a efetiva tutela jurisdicional do direito. O direito fundamental de ação, portanto, incide diretamente sobre o juiz, obrigando-o a suprir a omissão legislativa para poder exercer a sua função de maneira adequada, situação que é completamente diferente daquela em que o juiz supre a omissão do legislador para dar proteção a um direito fundamental material. Lembre-se que, no caso de omissão de proteção do legislador ao direito fundamental material (por exemplo, direito do consumidor), a atuação jurisdicional faz com que a proteção seja projetada sobre os particulares. O direito fundamental incide sobre os particulares mediante a decisão jurisdicional, já que o legislador havia se omitido em seu dever. Isso porque, nesse caso, o direito fundamental material incide sobre os particulares, embora tenha de ser mediatizado pela lei ou pela decisão jurisdicional. Ao contrário, o direito fundamental de ação incide sobre os particulares, porém apenas sobre o Estado, pois esse é o único obrigado diante dele. O Estado, em razão desse direito fundamental, é obrigado a prestar tutela jurisdicional efetiva *a todos os direitos*, e não apenas aos direitos fundamentais materiais. A obrigação da jurisdição, nesse caso, é a de prestar a tutela jurisdicional, e não a de proteger o direito fundamental material que passou despercebido ao legislador. Como dito, o direito de ação, ao obrigar a jurisdição, não faz com que ela dependa da atuação do legislador. Isso não significa que a atuação do legislador não seja necessária para estabelecer os instrumentos processuais e a estrutura administrativa idôneos à prestação da tutela jurisdicional, mas sim que a omissão do legislador não pode construir obstáculo à efetividade do direito de ação e ao adequado exercício da jurisdição (MARINONI, 2007, p. 214-217).

Assim, para interpretação e aplicação do direito de ação nos moldes constitucionais em que a sociedade brasileira se compreende no momento, considerar a busca pela intervenção estatal nos conflitos urgidos da sociedade, seja entre particulares ou mesmo destes contra o próprio Estado, e a efetiva proteção a todos os direitos, nada mais é que exercitar o poder dos cidadãos frente a instituição que criaram para salvaguardar interesses de toda a sociedade, controlando os atos decorrentes que deverão pautar-se nos estritos fundamentos,

objetivos e perspectivas de uma sociedade de cunho democrático e de índole social, pautando-se sempre pela justiça e combate a desigualdade social, sob pena de ser colocada em evidência a legitimidade da expressão do poder.

4.2 O direito à tutela jurisdicional efetiva

Seguindo raciocínio extraído do significado do direito de ação no Estado constitucional democrático, de sua viabilização como forma de manter a legitimidade do poder exercida pelos propósitos da instituição da sociedade política, sendo o direito posto às mãos dos cidadãos que poderão irrefutavelmente postar-se diante do Estado obrigando-o a utilizar meios específicos para atender a necessidade concreta do direito suscitado.

Nesse sentido, fugindo ao que se pregava anteriormente, e pautando-se nos moldes constitucionais democráticos, situa-se o direito à tutela jurisdicional efetiva como sendo a necessidade da ação se adequar à tutela da situação concreta.

Diante dessa vedação e do fato de o Estado ter o dever de conferir ao cidadão o mesmo resultado que se verificaria caso o agir privado (a ação de direito material) não estivesse proibido, é adequado e politicamente generoso o estudo do direito de ação como o direito à invocação do poder do Estado para que este realize a ação de direito material que ele mesmo proibiu, utilizando-se dos instrumentos processuais que devem estar adequadamente preordenados para atender o direito material (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 62)

O que se pretende dar ênfase quanto a prestação jurisdicional é a capacidade de tornar o direito realizável materialmente, ou seja, que não se resume em meros declames judiciais, mas que, se necessário for, influa na vontade de outrem para ver realizado o que ora fora desrespeitado, garantindo-se assim a plena legitimidade do monopólio do uso legítimo da força. Não se trata apenas de dar ao Estado o dever de tutelar direito – de ir a juízo, mas além, disso, de que essa tutela seja adequada à situação pela qual surgiu reivindicação de determinado direito.

Se já sabemos que o Estado, em determinado período, proibiu a autotutela, assumindo o poder e o dever de solucionar os conflitos, deve-se frisar que o Estado tem o dever de conferir àquele que busca sua intervenção o mesmo resultado que existiria caso fosse espontaneamente observada a norma de direito material, ou fosse realizada a ação privada (autotutela) que foi proibida. Com efeito, se o Estado vedou a autotutela e assumiu o poder de resolver os casos conflituosos concretos, ele também assumiu o grave dever de prestar aos cidadãos aquilo que denominamos de “adequada tutela jurisdicional”. O artigo 5.º, XXXV, da CF, afirma que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este, que é o chamado “princípio da inafastabilidade”, atualmente é compreendido como

princípio constitucional garantidor do acesso à justiça. O direito de acesso à justiça, que na verdade garante a realização concreta de todos os demais direitos, exige que sejam preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva. Quando se fala em tutela “efetiva”, deseja-se chamar a atenção para a necessidade de a tutela jurisdicional poder realizar concretamente os direitos, e não apenas declara-los (ou proclamá-los, pois a lei já cuida disso) ou condenar o demandado (na verdade exortar o réu a adimplir a sentença, que, em caso de não-observância espontânea, apenas sujeita-se à ação de execução) (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 65-67).

A compreensão de tutela jurisdicional compreende obrigatoriamente, dentro de uma perspectiva constitucional democrática, em tutela tempestiva, adequada e efetiva.

Em torno dos adjetivos que exalam da tutela jurisdicional constitucional, cita-se:

Sublinhe-se que, quando se fala em dever de prestar a tutela jurisdicional adequada, não se está pensando, como antes poderia conceber as teorias clássicas sobre ação, em simples resposta jurisdicional, isto é, em mero ditado do juiz que dá razão a uma das partes do processo. Tutela jurisdicional adequada, ou proteção jurisdicional adequada, como pretende fazer crer o qualificativo agregado à expressão “tutela jurisdicional”, é a proteção que permite que as partes participem de maneira adequada do processo – levando ao juiz o conhecimento das suas razões – e que o autor utilize as técnicas processuais que outorguem à ação efetividade para proteção do seu direito. Porém, o direito de ação não se exaure com a sentença de procedência ou com o acórdão (do tribunal) que a confirmou, nem mesmo quando transitados em julgado. O direito de ação exige que a sentença de procedência se revista de forma procedimental adequada à proteção do direito e, ainda, que disponha dos meios executivos aptos à sua implementação. E como a determinação dos meios executivos, no caso de certas sentenças proferidas no processo de conhecimento, pode ocorrer após o trânsito em julgado, é certo dizer que a ação persiste depois do trânsito em julgado da sentença de procedência. Porém, para deixar expresso que o Estado tem o dever de prestar a justiça em prazo razoável e o cidadão o direito de obter a tutela jurisdicional de modo tempestivo, a Emenda Constitucional n. 45/2004 agregou ao art. 5.º inciso que institui o direito fundamental à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Diz esse inciso (art. 5.º, LXXVIII, da CF) que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”. Esse direito fundamental, além de incidir sobre o Executivo e o Legislativo, incide sobre o Judiciário, obrigando-o a organizar adequadamente a distribuição da justiça, a equipar de modo efetivo os órgãos judiciários, a compreender e a adotar as técnicas processuais idealizadas para permitir a tempestividade da tutela jurisdicional, além de não poder praticar atos omissivos ou comissivos que retardem o processo de maneira injustificada. O direito à duração razoável do processo exige um esforço dogmático capaz de atribuir significado ao tempo processual. A demora para a obtenção da tutela jurisdicional obviamente repercute sobre a efetividade da ação. Isso significa que a ação não pode se desligar da dimensão temporal ou do problema da demora para a obtenção daquilo que através dela se almeja (MARINONI, 2007, p. 214-227).

A atividade exercida pelo Estado a fim de por fim ao conflito suscitado pelos cidadãos deve-se pautar na realização material do direito, ou seja, como consequência da vedação da autotutela e cumprimento das leis.

Assim, condiciona-se a uma nova perspectiva da prestação da tutela jurisdicional, não mais aquela pautada em técnicas processuais, como a sentença, visto limitar-se a declarações do direito e não influírem na realidade e plenitude das disposições legais. Mas, além do direito ser declarado em juízo, constituir indubitavelmente consequência do direito fundamental de ação, primando-se da tutela material do direito.

No tocante a sentença é preciso desde já compreendê-la como mera técnica processual incapaz de, por si só, gerar consequências na realidade dos direitos. Não ignorando sua imprescindibilidade, já que constitui os fundamentos para atuação da jurisdição, porém, evidenciando a necessária complementação através de atos materiais que complementarão sobremaneira para a efetiva prestação jurisdicional, escapando assim sua atividade meramente declaratória e equidistante da concretização dos direitos.

Dar tutela a um direito nada mais é do que lhe outorgar proteção. Mas, exceto quando o autor postula uma sentença declaratória da existência ou da inexistência de uma relação jurídica ou a constituição ou a desconstituição de uma situação jurídica (sentença desconstitutiva) e, assim, além da sentença não é necessária qualquer *atividade de complementação (executiva) da prestação jurisdicional*, não há como admitir que a sentença é suficiente para o juiz se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional.

É fácil perceber que a discussão em torno do significado de tutela jurisdicional *obriga a uma ruptura com a idéia de que a função jurisdicional é cumprida com a edição da sentença (da declaração do direito ou da criação da norma individual), exigindo que se caminha um pouco além.*

Diante disso, não há dúvida de que a tutela jurisdicional só se aperfeiçoa, nesses casos, com a atividade executiva. Portanto, a jurisdição não pode significar mais apenas *iuris dictio* ou “dizer o direito”, como desejavam os juristas que enxergavam na atividade de execução uma mera função administrativa ou uma “função menor”. Na verdade, mais do que o direito à sentença, o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado. A tutela jurisdicional do direito é prestada quando o direito é tutelado e, dessa forma, realizado, seja através da sentença (quando ela é bastante para tanto), seja através da execução. De modo que passa a importar, nessa perspectiva, a maneira como a jurisdição deve se comportar para realizar os direitos ou implementar a sua atividade executiva. Ou melhor, o modo como a legislação e o juiz devem se postar para que os direitos sejam efetivamente tutelados (ou executados) (MARINONI, 2007, p. 117-118).

Ainda citando Marinoni (2007, p. 61):

Se o direito de ação não é mais o direito a uma sentença sobre o mérito ou uma declaração a respeito da afirmação de direito realizada pelo autor, mas sim o direito à preordenação de modalidades executivas idôneas à obtenção das tutelas prometidas pelo direito material, o direito de ação só se

contentaria com a cognição, dispensando a execução, caso a tutela do direito material pudesse também dispensar, em todo e qualquer situação, a atividade executiva. Como isto é impossível, não há como outorgar legitimidade, no Estado contemporâneo, a um processo que se limite a declarar o direito, rejeitando a atividade executiva. De modo que a unificação do conhecimento com a execução nada mais é do que uma imposição decorrente da compreensão da ação como direito a obtenção da tutela do direito material, para o que não basta a mera declaração, sendo imprescindível execução.

Evidentemente que para que se possa dar tutela efetiva de direitos é preciso contribuição e consciência legislativa e judiciária a fim do cumprimento a ordem constitucional, e, por conseqüência, do direito processual civil, desvinculando-se de antigos dogmas oriundos dos primórdios legislativos na sociedade brasileira e, principalmente, do positivismo jurídico.

Num primeiro ponto, cabe retomarmos a idéia trazida anteriormente de sentença como técnica processual incapaz de tutelar direitos que necessitem de atividade ulterior para sua materialização, exceto as de caráter declaratório e constitutivo.

Os meios que proporcionam a tutela efetiva dos direitos devem constituir meios idôneos a pura realização material e em consonância com a situação material litigiosa, ou seja, deve-se ter a disposição ferramentas para que o direito seja realizado levando-se em consideração suas peculiaridades.

Não há dúvida que a técnica processual, aí incluídas a espécie de sentença e os meios executivos, devem variar segundo a natureza do direito material a ser tutelado. É por isso que não basta uma única sentença dependente de meios executivos ou uma única sentença não-satisfativa. Há situações de direito substancial que, como já visto, exigem apenas que se iniba a prática de um ato, assim como direitos a tutelas que, uma vez reconhecidos, exigem a prática de atos de execução apenas para implementá-las e não para realizar forçadamente a prestação que deveria ter cumprida pelo réu (MARINONI, 2007, p. 59).

A edição de leis que prevejam atuação ampla dos magistrados conferindo-lhes poderes para prestarem tutela jurisdicional condigna com a realização material dos direitos é imprescindível para manter-se íntegra a legalidade dos atos judiciais. Contudo, a atuação jurisdicional não deve ficar órfã e manter-se inerte, cingindo-se aos declames e sem condições de produzir efeitos, devendo coadunar-se com os ideais da instituição do Estado Democrático e sua influência na órbita processual.

Deveras, a prestação da tutela jurisdicional com a qualidade que se defende é fruto da mudança de comportamento advinda da ordem constitucional democrática, de colocação do Estado na função de responsável pelo progresso da sociedade e, nos termos que se apresenta,

de pacificador dos conflitos e, principalmente, ente dotado de poderes e meios capazes de satisfazerem direitos transgredidos, além da declaração pura e simples.

Toda a sistemática apresentada até aqui se pautou na evolução estadista a chegar num Estado Constitucional Democrático tendo-se como referência as bases clássicas do direito e sua inadequação com a realidade.

Neste ponto, não difere a atividade dos magistrados. Pessoas investidas no poder jurisdicional competentes pela aplicação do direito e das leis, constituindo-se na materialização do Estado (Estado-juiz).

O magistrado após a Constituição Federal de 1988 assume nova posição dentro do âmbito de sua atividade, rompendo suas raízes com o modelo clássico burguês, posicionando-se numa figura imprescindível para a plenitude da efetivação da ordem democrática e da aplicação do direito nos conforme constitucionais.

A fim de posicionarmos a magistratura pós 1988, cumpre citar Benedito Cerezo Pereira Filho, em artigo publicado pela Revista AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, editora AJURIS, dezembro/2006, volume 33, nº 104, ano XXXIII, p. 19-33, Porto Alegre, em torno da formação do Estado Moderno:

Com a derrocada do antigo regime, triunfa o interesse da burguesia que assume o poder e, nesta condição, impõe os limites de atuação das esferas legislativa, executiva e judiciária, ao projetar um Estado cujas decisões políticas têm como desiderato o capital, porquanto submetidas a regras econômicas, condicionantes e sobrepostas aos interesses jurídicos. “Daí poder-se dizer que é com a Revolução Francesa que nasce o Direito Moderno”, atrelado a um legalismo cuja burocracia estatal favorece, ora com extrema demora, ora com rapidez invejável, a classe dominante. Como afirma Keith Rosenn, “...o formalismo tem sido uma importante estratégia usada pela elite, a fim de moldar a não...” Por outro lado, há quem argumente que existem casos onde o formalismo é adotado como estratégia consciente, exatamente visando a evitar mudanças sociais”. Segue o autor:

Em verdade, como bem relata Jônatas Luiz Moreira de Paula na alusão que faz a José Guilherme de Souza, na estrutura organizacional e funcional do Estado, o poder judiciário deveria figurar como órgão controlador e moderador dos excessos dos demais poderes. No entanto, como bem arremata o doutrinador citado, “Na prática, ele se presta ao papel de mantenedor da coerência do sistema (=estrutura de poder = Estado = classes dominantes), pela legitimação dos atos estatais, inclusive os geradores de injustiças e distorções, bem como conivência e pusilanimidade diante da dominação de classes, na arena ideológica do Estado”. De tão bem engendrada, a magistratura aceitou seu papel: “poder” invisível, nulo, mero aplicador da lei, *la bouche de loi*. Converteu-se, assim, num funcionário obediente da burguesia, pois que aplicaria a lei ao caso concreto, ao servir-se, tão e somente, do princípio da subsunção. O que era para ser proscrito foi conduzido habilmente pela burguesia em forte aliado. Sem autonomia, já que essa era da lei, portanto do executivo (*decreto-lei e, hoje, medida provisória*) e legislativo (*encarregado do poder legiferante*), serviu-se e, em grande medida, hodiernamente ainda é seu papel, aos interesses da

burguesia. De inimigo, a magistratura converteu-se em amigo virtuoso para a burguesia. Em razão de uma decantada liberdade, a intervenção estatal, por parte da magistratura, estaria, assim, vedada. “O Estado burguês de direito estava, por conseguinte, plenamente vitorioso. E os resultados de seu formalismo e de seu êxito se traduzem numa técnica fundamental, que resguarda os direitos da liberdade, compreendida esta, consoante já dissemos, como liberdade de contratar, da burguesia.” O Judiciário embevecido de fantasias (*talares individualizados, atuação num templo=foro, com tratamento diferenciado etc.*) acredita, ou quer acreditar, que mesmo na condição que lhe foi reservada (ser invisível e nulo) detém Poder.

No mesmo sentido leciona Ovídio A. Baptista da Silva em *Processo e Ideologia – o paradigma racionalista*:

Com a separação entre a teoria e a prática, as classes dominantes conseguiram dois resultados significativos: (a) sujeitaram os magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servo da lei; e (b), ao concentrar a produção do Direito no nível legislativo, sem que aos juízes fosse reconhecida a menor possibilidade de sua produção judicial, buscaram realizar o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do direito, soberanamente criado pelo poder, sem que a interpretação da lei, no momento de sua aplicação jurisdicional, pudesse torná-lo controverso e, portanto incerto (SILVA, 2006, p. 36).

Contudo, esta predeterminação da atuação do magistrado adstrito à lei e contribuinte sobremaneira dos interesses particulares de determinado segmento da sociedade, resumindo seus atos decisórios em meras declarações de situações pretéritas, sem que existisse intervenção na autonomia das vontades, transcendeu o modelo clássico burguês sobrevivendo inadequadamente ao modelo democrático de sociedade.

A busca de segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou da matemática – origem do normativismo moderno – fez com que a doutrina e o ensino universitário suprimissem o estudo de “casos”, preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a “norma”, com eliminação do “fato”. A separação entre “direito” e “fato”, inspirada nos dois manuais kantianos, o mundo do *ser* e do *dever ser*, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ciência da compreensão, exista no “fato”, hermeneuticamente interpretado (SILVA, 2006, p. 36).

Convém citar Dalmo de Abreu Dallari em *O poder dos juízes*:

Essa atitude de apego exagerado às formalidades legais, sem preocupação com a justiça, é uma herança do positivismo jurídico desenvolvido no século dezanove e que, por sua vez, foi uma aplicação degenerada de um preceito muito antigo, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles, segundo o qual “um governo de leis é melhor do que um governo de homens”. Quando as revoluções burguesas dos séculos dezanove e dezoito enterraram

o absolutismo, trouxeram a bandeira do legalismo, que foi exaltada como a garantia da justiça contra o arbítrio (DALLARI, 2002, p. 82).

De fato, o modo de interpretação e aplicação do direito nos moldes preconizados pelo Estado essencialmente liberal não mais condiz com a estrutura política, social e jurídica da sociedade atual. E a atividade do magistrado deve cerca-se de poderes e responsabilidades que lhe conferiram autonomia regrada para efetivação dos direitos.

A fase de submissão irremediável à lei agora dá espaço a atuação do magistrado dentro de um contexto democrático, marcado pela declaração e efetivação/materialização dos direitos, constituindo figura imprescindível ao combate das desigualdades sociais, já que seu provimento escapou a possibilidade somente da tutela processual, mas em prol da tutela dos direitos.

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas clássicas. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente (CAPPELLETTI, 1993, p. 33).

A primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade. Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário como sendo “a Justiça”, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça. Extensas e minuciosas discussões teóricas, farta citação de autores e de jurisprudência, acolhimento ou refutação dos argumentos dos promotores e advogados, tudo isso gira em torno da escolha da lei aplicável e da melhor forma de interpretar um artigo, um parágrafo ou mesmo uma palavra. São freqüentes as sentenças e os acórdãos dos tribunais recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão da justiça. Não se percebe preocupação com os interesses e as angústias das pessoas que dependem das decisões e que muitas vezes já não têm mais condições para gozar dos benefícios de uma decisão favorável, porque esta chegou quando os interessados já tinham sido forçados a abrir mão de seus direitos, arrastados pelas circunstâncias da vida ou da morte. Ainda é comum

ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é “escravo da lei”. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei (DALLARI, 2002, p.82).

CONCLUSÃO

Dentro da exposição dos passos caminhados pelo direito processual civil brasileiro até tempos remotos, e ainda presentes, vislumbra-se inconcusso o conteúdo juspositivista de aplicação do Direito. A jurisdição segue no Estado brasileiro tradição de distanciamento da realidade, exaltando-se a forma como pura expressão do Direito, esquecendo, ou pretendendo esquecer, que direitos se realizam com a máxima satisfação do correspondente ato lesivo.

Falar-se em prestação da tutela jurisdicional requer-se indubitavelmente contextualização sócio-política, de identificar-se a jurisdição dentro do modelo político seguido pela sociedade através do Estado.

Notório é que a visão implantada pelo Estado Moderno, na sua vertente liberal, de jurisdição nos moldes do positivismo jurídico, com aparentes poderes aos magistrados e distanciamento da realidade social, não fora recepcionada pelo atual contexto político.

O estabelecimento da ordem constitucional democrática é fruto de intensos movimentos sociais e políticos, considerado conquista pela liberdade dos cidadãos contra modelos estadistas opressores precedentes. O Estado Constitucional Democrático funda-se nos cidadãos pelos cidadãos, e não na designação de ente superior que predetermina as ações e fins da sociedade.

Nesse aspecto de poder de todos e do poder para todos, ainda que por vezes contestado seu exercício, influencia sobremaneira no modo de entender a jurisdição e a atuação dos agentes estatais encarregados para tanto.

Não mais sendo a pura expressão do Direito, a jurisdição no Estado Democrático assume a responsabilidade de efetiva contrapartida aos interesses suscitados, além da observância fria e seca da lei.

Aos cidadãos, quando da renúncia do poder de realizar suas pretensões com bem lhes aprouverem, criou vínculo indissociável com o Estado, consubstanciado no direito fundamental de ação, ou seja, de aplicar meios essenciais a plenitude da materialização do direito.

Consoante isso, se ao Estado é entregue tal prerrogativa, o direito à efetiva prestação jurisdicional se caracteriza pela imprescindibilidade, já que um Estado que preconiza o livre acesso à justiça não deve continuar a basear-se na ínfima declaração dos direitos, mas buscar tutelar específica e materialmente o que lhe fora ofertado, garantindo assim sua legitimidade, pois um Estado propulsor de justiça sem a correspondente possibilidade de desfrute integral e satisfatório no mínimo encontra-se defasado na realização dos seus fins, quando não

posiciona-se contrariamente ao desejo social, o que atenta contra sua legitimidade e existência.

Direito à efetiva, tempestiva e adequada tutela jurisdicional não deve servir de bases meramente enunciativas, é preciso que a consciência em torno da sua prestação nos moldes constitucionais democráticos seja pragmaticamente inculcada na atuação dos operadores do Direito, não só dos magistrados, mas também dos advogados quando de suas petições e durante suas militâncias em prol do respeito aos ditames constitucionais democráticos.

De fato, o direito à prestação jurisdicional efetiva resultante do atual modelo constitucional democrático é instrumento para realização de justiça social e acima de tudo para mudança da concepção elitista de aplicação do Direito. O Direito pode e deve servir-se de poderes para mudança na sociedade, só que agora a favor da democratização e plenitude dos direitos lançados à sociedade.

REFERÊNCIAS

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. 260 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARENHART & MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,, 2005. 766 p.

_____. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3. 477 p.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 12 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. 173 p.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 232 p.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. Bauru/SP. Edipro, 2005. 192 p.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra, trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodriguez. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Liberalismo e democracia**. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 4 ed. São Paulo: Forense, 1980. 240 p.

_____. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 202.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1980.

CINTRA, GRINOVEÂR e DINAMARCO. Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **Democracia direta já**. São Paulo: Revista jurídica Consulex, ano IX, n. 208, 15 de setembro de 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O poder dos juízes**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEPUTADOS, Câmara dos. **O pensamento constitucional brasileiro; ciclo de conferências realizado no período de 24 a 26 de outubro de 1977**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1976.

FILHO, Benedito Cerezzo Pereira. **O poder do juiz: ontem e hoje**. Porto Alegre: AJURIS. Revista da AJURIS (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul), ano XXXIII, v. 33, n. 104, dez/2006, p. 19-53.

GRAU, Eros Roberto. **Resenha de um “prefácio”**. In Grau, Eros Roberto@da Cunha, Sérgio Sérulo (org.). Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese e um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, 552 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 284 p.

_____. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,, 2007. v. 1. 523 p.

MORAES, Daniela Marques de. **Tutela diferenciada: um instrumento de reconstrução do direito processual civil**. Marília, 2003. Dissertação (mestrado em direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. 130 p.

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário a partir da independência**. Atualização de Roberto Rosas. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000. v. 2.

NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Curso completo de processo civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 482 p.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998. 164 p.

SILVA & GOMES, Ovídio A. Baptista da e Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 351 p.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 342 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

SOARES, Rogério Aguilar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral**. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 170 p.