

ROBERTO ANTÔNIO DARÓS MALAQUIAS

**A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE RONALD
DWORKIN E DA TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de **Mestre em Direito Processual** na área de concentração do **Direito Processual** e na linha de pesquisa do **Direito Processual Público**.
Orientador: Prof. Doutor **JOSÉ PEDRO LUCHI**

**VITÓRIA
2008**

ROBERTO ANTÔNIO DARÓS MALAQUIAS

**A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE RONALD
DWORKIN E DA TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de **Mestre em Direito Processual** na área de concentração do **Direito Processual** e na linha de pesquisa do **Direito Processual Público**.

Aprovada em 15 de agosto de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor **JOSÉ PEDRO LUCHI**
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Professora Doutora **MARGARETH VETIS ZAGANELLI**
Universidade Federal do Espírito Santo

Professor Doutor **HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO**
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Aos meus filhos Pietry e Roberto Júnior, por compartilharem comigo esta gratificante e maravilhosa experiência que é educar, aprendendo e ensinando, dia após dia, consagram o exercício da paternidade na razão maior da minha vida.

A João e Maria, por personificarem, com extrema dignidade, o pai austero, provedor e a *mamma affettuosa*, dedicada, ministrando suas inesquecíveis lições de vida, transmitidas com carinho e simplicidade, às vezes com eloquência excessiva, outras em silêncio, sobre o sólido alicerce de uma família gabrielse humilde e unida, ensinaram-me o verdadeiro significado da honestidade e da honra.

Agradeço a Deus por me conceder o direito e o prazer de viver este momento que foi construído e conquistado sob o brilho dos olhares atentos e fraternos de todos os inesquecíveis colegas e professores deste *Curso de Mestrado em Direito Processual*;

Ao meu orientador, Professor Doutor José Pedro Luchi, um carinhoso abraço, por ter compartilhado seu inesgotável conhecimento filosófico com este *estudante de Direito*;

À minha caríssima amiga, Professora Doutora Margareth Vetis Zaganelli, um beijo suave, por suas palavras carinhosas e estimulantes a ecoarem no momento oportuno;

Ao Professor Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, o meu cordial abraço e a minha sincera admiração, àquele que considero uma das mentes mais brilhantes da ciência jurídica brasileira.

“Indubitavelmente a crítica da razão conduz à ciência, ao passo que o uso dogmático da razão, sem crítica, conduz, pelo contrário, a afirmações infundadas, a que se podem opor outras por igual verossímeis e, sem dúvida, ao cepticismo”.

IMMANUEL KANT
Crítica da Razão Pura

RESUMO

A função social do processo é um tema extremamente importante para a sociedade e pouco discutido quanto a resultados práticos inseridos na vida cotidiana da população, onde as autoridades dos poderes constituídos têm tratado, com indiferença, a decepcionante constatação de que o resultado da atividade processual tem sido insuficiente quanto ao que se deseja como efeito social, suprimindo a razão de ser desse instrumento, ou seja, sua indelegável relevância social no sentido de pacificação da comunidade. *Esta pesquisa traz uma temática que convida o leitor a “mergulhar” numa discussão direcionada para o entendimento da verdadeira função social do processo no Estado Democrático de Direito à luz da Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin e da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas, sem o intuito de comparar tais teorias ou analisar institutos processuais específicos, mas demonstrar qual a contribuição alcançada e as potencialidades, através da leitura destas duas correntes filosóficas, objetivando a efetividade processual, fazendo uma análise paralela do direito do indivíduo de acesso à justiça, em busca da harmonização da comunidade onde vive e desenvolve suas atividades. Ronald Dworkin apresenta a Teoria dos Princípios que aborda vários aspectos centrais dos problemas que estão em constante análise pelos estudiosos do direito contemporâneo como, por exemplo, a elaboração do conceito de direito, seus processos de aplicação e sua validade, fundamentando sua tese a partir de um sistema jurídico conhecido como “common law”. Jürgen Habermas apresenta a Teoria do Discurso que procura esclarecer quais são as condições necessárias para uma legitimação democrática do direito. Sua teoria tem pretensões normativas, buscando transcender o aspecto negativo da modernidade para implementar um projeto democrático no âmbito do direito, isto é, suas críticas as teorias de Luhmann, Dworkin e Alexy, aí inseridas as análises das funções do direito, da esfera pública e do sistema político são reconstruídas no marco da Teoria Discursiva. Conclui-se pela necessidade de buscar um novo perfil de celeridade processual para se dar uma resposta adequada aos anseios sociais, sem atropelos, procedimentos precipitados ou julgamentos sumários, observando o respeito às garantias constitucionais, apresentando a contribuição das duas correntes filosóficas estudadas neste trabalho.*

Palavras-chave: Teoria dos Princípios. Dworkin. Teoria do Discurso. Habermas. Celeridade. Efetividade. Título.

ABSTRACT

The social role of a legal process is a very important issue to society, but it is little discussed concerning practical results inserted in the population's daily lives. This is where authorities of constituted powers have treated indifferently the disappointing verification that the result of procedural activity has been insufficient towards the social effect goal. This suppresses the reason of being of this instrument, that is, its unique social relevance concerning pacification of the community. *This study presents a theme that encourages the reader to "dive" into a discussion addressing the understanding of the actual role of legal processes in the Democratic State of Law in light of the Theory of Principles by Ronald Dworkin and the Discourse Theory by Jürgen Habermas. The study does not aim at comparing these theories or analyzing specific procedural institutions, but demonstrating the contributions achieved and their potentials through the reading of these two philosophical currents, focusing on the procedural effectiveness.* It makes a parallel analysis of individuals' rights to access justice, searching for harmony in the community they live and perform their activities. Ronald Dworkin presents the Theory of Principles, which approaches several central aspects of problems in constant analyses by specialists in contemporary law. These include the elaboration of the concept of law, its application processes and validity, basing its thesis on a juridical system known as "*common law*". Jürgen Habermas presents the Discourse Theory, which aims at clarifying which conditions are necessary for a democratic legitimation of the law. His theory has normative pretensions. It tries to transcend the negative aspect of modernity to implement a democratic project in the extent of law, that is, its critics to Luhmann, Dworkin and Alexy's theories, including the role of law, of the public sphere and of the political system, are reconstructed in the milestone of Discursive Theory. *It is concluded that we need to search for a new profile of speed trial in procedural law in order to respond to social needs without messy, precipitate procedures or summary trials, respecting constitutional warranties and presenting the two philosophical currents analyzed in this study.*

Key-words: Theory of Principles. Dworkin. Discourse Theory. Habermas. Speed. Effectiveness. Title.

RÉSUMÉ

La fonction sociale du processus est un thème extrêmement important dans notre société et peu discuté par rapport aux résultats pratiques introduits dans la vie quotidienne de la population, où les autorités des pouvoirs constitués ont traité, avec indifférence, la décevante constatation de que le résultat de l'activité de ce processus est insuffisant, concernant à ce qu'on désire comme effet social, sans considérer la raison d'être de cet instrument qui ne transfère pas l'avantage social au sens de pacification de la communauté. *Cette recherche présente une thématique qui invite le lecteur à "plonger" dans une discussion orientée vers la compréhension de la réelle fonction sociale du processus dans l'État Démocratique du Droit, à la lumière de la Théorie des Principes de Ronald Dworkin et de la Théorie du Discours de Jürgen Habermas. La recherche n'a pas l'intention de comparer ces théories ou d'analyser des instituts processifs spécifiques, mais de démontrer quelle est la contribution atteinte et les potentialités, à travers la lecture de ces deux courants philosophiques, avec l'objectif de l'effectivité du processus, en faisant une analyse parallèle du droit de l'individu d'accéder la justice, la recherche de l'harmonisation de la communauté où il vive et développe ses activités. Ronald Dworkin présente la Théorie des Principes qui attaque plusieurs aspects centraux des problèmes analysés par les studios du Droit contemporain, comme, par exemple, l'élaboration du concept de Droit, ses procédures d'application et sa validité. Il base sa thèse à partir d'un système juridique connu comme "common law". Jürgen Habermas présente la Théorie du Discours qui cherche élucider quelles sont les conditions nécessaires à une légitimation démocratique du Droit. La théorie a des prétentions normatives qui cherchent surpasser l'aspect négatif de la modernité, afin de rendre effectif un projet démocratique dans le cadre du Droit, c'est-à-dire, les critiques aux théories de Luhmann, Dworkin et Alexy reconstruites à la base de la Théorie Discursive, auxquelles les analyses des fonctions du droit, de la sphère publique et du système politique sont incluses. On conclut, par la besoin de rechercher un nouveau profil de célérité processive, afin de se donner une réponse appropriée aux désirs sociaux, sans des violations, des procédures précipités ou des jugements succincts, qu'on observe le respect aux garanties constitutionnelles, présentant la contribution des deux courants philosophiques étudiés sur ce document.*

Mots clés: Théorie des Principes. Dworkin. Théorie du Discours. Habermas. Célérité. Effectivité. Titre.

RESUMEN

La función social del proceso es un tema sumamente importante para la sociedad y poco discutido en relación a resultados prácticos incluidos en la vida diaria de la población, donde las autoridades de los poderes constituidos han tratado, con indiferencia, la decepcionante comprobación de que el resultado de la actividad del proceso ha sido insuficiente con relación a lo que se quiere como efecto social suprimiendo la razón de ser de ese instrumento, es decir su relevancia social irremplazable en el sentido de la pacificación de la comunidad. *Esta investigación trae un tema que invita al lector a “profundizarse” en una discusión dirigida a la comprensión de la verdadera función social del proceso, en el Estado Democrático de Derecho a la luz de la Teoría de los Principios por Ronald Dworkin y de la Teoría del Discurso por Jürgen Habermas, sin la intención de comparar tales teorías o analizar institutos procesales específicos, sino para demostrar cual es la contribución alcanzada y las potencialidades, a través de la lectura de estas dos corrientes filosóficas con el objetivo de la efectividad del proceso, haciendo un análisis paralelo del derecho del acceso de la persona a la justicia en la búsqueda de la armonización de la comunidad donde vive y desarrolla sus actividades. Ronald Dworkin presenta la Teoría de los Principios que aborda varios aspectos centrales de los problemas que están en constante análisis por los especialistas de derecho contemporáneo, por ejemplo, la elaboración del concepto de derecho, sus procesos de aplicación y su validez, basando su tesis que empieza a partir de un sistema jurídico conocido como “common law”. Jürgen Habermas presenta la Teoría del Discurso que intenta aclarar cuáles son las condiciones necesarias para una certificación democrática del derecho. Su teoría tiene pretensiones normativas y busca trascender el aspecto negativo de la modernidad para llevar a cabo un proyecto democrático dentro del área del derecho, es decir, sus críticas a las teorías de Luhmann, Dworkin y Alexy, allí insertó los análisis de las funciones del derecho, de la esfera pública y del sistema político, ellos se reconstruyen en el marco de la Teoría Discursiva. Se concluye por la necesidad de buscar un nuevo perfil de rapidez procesal para dar una respuesta apropiada a los anhelos sociales, sin violaciones, procedimientos precipitados o juicios del resumen, observando el respeto a las garantías constitucionales, presentando la contribución de las dos corrientes filosóficas estudiadas en este trabajo.*

Palabras claves: Teoría de los Principios. Dworkin. Teoría del Discurso. Habermas. Celeridad. Efectividad. Título.

RIASSUNTO

La funzione sociale del processo è un tema molto importante per la società e poco discusso a riguardo dei risultati inseriti nella vita quotidiana della popolazione, dove le autorità dei poteri costituiti, vengono trattate con indifferenza, la verifica deludente di che il risultato dell'attività processuale viene insufficiente rispetto a quello che si desidera come effetto sociale, sopprimendo la ragione di essere di questo strumento, ossia, la sua insostituibile rilevanza sociale nel senso di pacificazione della comunità. *Questa ricerca porta una tematica che invita il lettore a "tuffarsi" in una discussione indirizzata alla capienza della vera funzione sociale del processo nello Stato Democratico del Diritto a riguardo alla luce della Teoria dei Principi di Ronald Dworkin e della Teoria del Discorso di Jürgen Habermas, senza l'intenzione di paragonare queste teorie o analizzare istituti processuali specifici, ma far vedere quale sarebbe il contributo raggiunto e le potenzialità, attraverso la lettura di questi due approcci filosofici, oggettivando l'efficacia del processo, facendo un'analisi parallela del diritto di accesso dell'individuo alla giustizia, e la ricerca dell'armonizzazione della comunità dove vive e svolge le sue attività. Ronald Dworkin presenta La Teoria dei Principi che affronta vari aspetti centrali dei problemi che sono in costante analisi dagli esperti del diritto contemporaneo come, per esempio, l'elaborazione del concetto di diritto, i suoi processi di applicazione e la sua validità, basando la sua tesi su un sistema giuridico conosciuto come "common law". Jürgen Habermas presenta La Teoria del Discorso che cerca di chiarire quali sono le condizioni necessarie per la certificazione democratica del diritto. La sua teoria ha pretese normative, cercando di oltrepassare l'aspetto negativo della modernità per implementare un progetto democratico nell'ambito del diritto, cioè, le sue critiche alle teorie di Luhmann, Dworkin e Alexy, dove vengono inserite le analisi delle funzioni del diritto, della sfera pubblica e del sistema politico sono ricostruite nel marco della Teoria Discorsiva. È concluso dal bisogno di cercare un nuovo profilo di velocità alla legge procedurale per dare una risposta adatta alle ansie sociali, senza procedimenti precipitati o giudizi sommari, osservando il rispetto alle garanzie costituzionali, presentando la contribuzione dei due approcci filosofici studiati in questo lavoro.*

Parole-chiave: Teoria dei Principi. Dworkin. Teoria del Discorso. Habermas. Veloce. Efficacia.

Titolo.

ZUSAMMENFASSUNG

Die gesellschaftliche Funktion des Prozesses ist ein äußerst wichtiges Thema für die Gesellschaft aber wenig diskutiert, wenn auf praktische Ergebnisse, gesteckte ins tägliche Leben von der Bevölkerung bezogen - wo die Verwaltungen der gebildet Mächte mit Gleichgültigkeit die enttäuschende Nachprüfung behandeln, dass das Ergebnis der Verfahrensaktivität zu ungenügend im Vergleich zum Gewollte als gesellschaftliche Wirkung gewesen ist, was das Zweck von diesem Instrument aufhebt, das heißt, seine unersetzliche gesellschaftliche Relevanz im Sinn von der Befriedung der Gemeinde. *Diese Forschung bringt ein Thema, das den Leser einlädt, in eine Diskussion zu "tauchen", die für das Verständnis von der wahren gesellschaftlichen Funktion des Prozesses orientiert wird, im Demokratischen Rechtsstaat unter der Inspiration der Theorie der Prinzipien durch Ronald Dworkin und die Theorie der Rede von Jürgen Habermas, ohne die Absicht, solche Theorien zu vergleichen oder bestimmte Verfahrensinstitute zu analysieren – aber will den erreichten Beitrag und die Entwicklungsmöglichkeiten, durch die Lektüre von dieser zwei philosophischen These zeigen, mit dem Ziel der Verfahrenseffektivität und der einen parallele Analyse vom Recht der Person zum Justizzugang; die Arbeit strebt auch nach auch der Suche der Harmonisierung der Gemeinde wo einer lebt und seine Aktivitäten durchführt. Ronald Dworkin präsentiert die Theorie der Prinzipien, die mehrere zentrale Aspekte von den Problemen bearbeitet, die in dauernder Analyse von den Spezialisten des zeitgenössischen Rechtes werden - zum Beispiel, die Ausfeilung des Rechtsbegriffes, seine Anwendung und seine Rechtsgültigkeit - was seiner These begründet, nach dem juristischen System als "common law" bekannt. Jürgen Habermas präsentiert die Theorie von der Rede, die versucht es zu erleuchten, welche die notwendigen Zustände für eine demokratische Zulassung des Rechtes sind. Seine Theorie hat normative Ansprüche und versucht, den negativen Aspekt der Modernität zu überschreiten, um ein demokratisches Projekt im Gebiet des Rechtes auszuführen, das heißt, seine Kritiken an die Theorien von Luhmann, Dworkin und Alexy, da drinnen die Analysen von den Funktionen des Rechtes, von der öffentlichen Sphäre und vom politischen System werden wieder im Wahzeichen der Diskursiven Theorie aufgebaut. *Das Bedürfnis, ein neues Profils der Verfahrensgeschwindigkeit zu suchen, wird festgestellt, um den gesellschaftlichen Wünschen eine geeignete Antwort zu geben, ohne Übertretungen, übereilte Verfahren oder Vor-Urteile, in dem man das Beobachten des Respektes zu den verfassungsmäßigen Garantien betrachtet, beim Präsentieren vom Beitrag der zwei philosophischen These, der in dieser Arbeit studiert wird.**

Stichwörter: Theorie der Prinzipien. Dworkin. Theorie der Rede. Habermas. Geschwindigkeit. Effektivität. Titel.

LISTA DE SIGLAS

- CCJE – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas
- CEDH - Corte Européia de Direitos Humanos
- CDC – Código de Defesa do Consumidor
- CF 1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- Constituição dos EUA – Constituição dos Estados Unidos da América
- CCB – Código Civil Brasileiro
- CPC – Código de Processo Civil Brasileiro
- CPB – Código Penal Brasileiro
- CPP – Código de Processo Penal Brasileiro
- DCI - Direito Constitucional Internacional
- DH - Direitos Humanos
- DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos
- EC – Emenda Constitucional
- ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
- EUA – Estados Unidos da América
- HC – *Habeas Corpus*
- MPF – Ministério Público Federal
- NSDAP – Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei ou Partido Nacional-Socialista dos
Trabalhadores Alemães
- ONG – Organizações Não Governamentais
- PPGDIR – Programa de Pós-Graduação em Direito
- PJ – Poder Judiciário
- SSE - Secretary of the State for the Environment
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TJ – Tribunal de Justiça
- UFES – Universidade Federal do Espírito Santo
- URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	15
2. ABORDAGEM HISTÓRICA SOBRE A TRILOGIA ESTRUTURAL.....	34
2.1. AÇÃO.....	36
2.2. JURISDIÇÃO.....	39
2.3. PROCESSO.....	42
3. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN.....	56
3.1. A LEGITIMAÇÃO INTERNA DO SISTEMA JURÍDICO.....	64
3.2. A DIMENSÃO DA VALIDADE DO DIREITO.....	68
3.3. OS PROCESSOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.....	69
3.4. OS CASOS DIFÍCEIS (<i>HARD CASES</i>).....	80
3.5. A TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA (<i>RIGHT ANSWER THESIS</i>).....	82
4. A TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS.....	86
4.1. A FUNÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE.....	94
4.2. OS NÍVEIS DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO.....	98
4.3. LEGISLAÇÃO, APLICAÇÃO DO DIREITO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	99
4.4. A TEORIA FILOSÓFICA DA JUSTIÇA.....	107
4.5. A TEORIA SOCIOLÓGICA DO DIREITO.....	116
5. O ACESSO À JUSTIÇA.....	129
6. A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO.....	146
7. A EFETIVIDADE PROCESSUAL.....	163
8. CONCLUSÃO.....	169
9. REFERÊNCIAS.....	177
10. SUGESTÕES DE LEITURAS RELACIONADAS AO TEMA.....	181
11. GLOSSÁRIO.....	186
12. ÍNDICE.....	198

1. INTRODUÇÃO

Toda sociedade organizada e estruturada em forma de Estado, disciplina o convívio de seus cidadãos através da construção de um ordenamento jurídico que deve ser obedecido para que haja paz e harmonia na comunidade.

Entretanto, verifica-se diariamente o desrespeito às normas por indivíduos que, movidos por interesses pessoais e egoísticos, praticam delitos, agredindo os interesses alheios, destruindo o bem maior que é a vida, além de outros bens juridicamente tutelados como o patrimônio, a organização do trabalho, a propriedade imaterial, o sentimento religioso, os costumes, a família, a incolumidade, a paz, a fé e a administração públicas, seja no meio social tradicional ou no ambiente comunitário virtual denominado espaço cibernético¹ que se consolida como um novo paradigma de mudança da realidade processual e sua efetividade.

Delineando-se um quadro de referência para esta pesquisa, entende-se que o processo é a seqüência de atos interdependentes que se desenvolvem progressivamente com o objetivo de solucionar um conflito de interesses submetido a apreciação da autoridade judiciária para constituir-se em juízo de valor e decidir a questão prolatando uma sentença, sendo que os mencionados atos praticados representam em si mesmos uma unidade e vinculam o juiz e as partes a uma série de direitos e obrigações.

A idéia de processo é teleológica,² tendo em vista que este instituto jurídico somente se explica por sua própria finalidade que é dirimir o conflito de interesses submetido ao órgão jurisdicional e este objetivo se solidifica no interesse privado, onde existe o compromisso exclusivo com o litígio e no interesse público que visa garantir a efetividade do direito material através do exercício incessante e contínuo da jurisdição.

Neste contexto, o tema a ser abordado neste trabalho denominado *A Função Social do Processo no Estado Democrático de Direito à Luz da Teoria dos Princípios de Ronald*

¹ O espaço cibernético define o ambiente onde a sociedade desenvolve variadas atividades através da utilização da tecnologia da informação. O termo *cyberspace* foi criado por William Gibson em seu romance *Neuromancer*, para referir-se a uma rede de computadores imaginária onde as pessoas se conectavam usando seus cérebros (há época, ficção científica). Atualmente, através do fenômeno da Internet, o espaço cibernético é utilizado para os mais variados tipos de atividades humanas (comércio, pesquisa, comunicações, etc.). FREEDMAN, Alan. Dicionário de Informática. 12. ed. trad. São Paulo: Makron Books, 2006, p. 108.

² O argumento teleológico é aquele que se baseia em uma finalidade, uma causa final, um fim. Analisa-se nesse tipo de argumento se os objetivos estão sendo cumpridos ou desviados. A teleologia é uma doutrina que estuda os fins últimos da sociedade, humanidade e natureza. Suas origens remontam há época de Aristóteles (384 – 322 a.C) com a sua noção de que as coisas servem a um propósito.

Dworkin e da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas, aborda uma realidade até então pouco questionada quanto a resultados práticos inseridos na vida cotidiana da população, onde as autoridades dos poderes constituídos têm tratado, com indiferença, a decepcionante constatação de que o resultado da atividade processual é insuficiente tendo como referencial o efeito social desejado, suprimindo a razão de ser deste instrumento que é o processo, ou seja, sua indelegável relevância social no sentido de pacificação da comunidade.

Desta forma, analisando o fenômeno da liberdade³ democrática sob a ótica do direito processual, entende-se que a democracia representativa é marcada por enormes contradições, com interesses individuais e coletivos das comunidades tão diversos e até mesmo opostos, tendo em vista que, a idéia⁴ de democracia requer uma base homogênea da população para se fundamentar uma teoria que garanta os direitos políticos de participação de todos os cidadãos na formação da opinião e da vontade políticas.

E para viabilizar essa caminhada, torna-se imprescindível a leitura e análise minuciosa de Ronald Dworkin⁵ que apresenta a Teoria dos Princípios,⁶ onde se verifica uma abordagem a vários aspectos centrais dos problemas que estão em constante análise pelos estudiosos do direito contemporâneo como, por exemplo, a elaboração do conceito de direito, seus processos de aplicação e sua validade, fundamentando sua tese a partir do sistema jurídico conhecido como “*common law*”.⁷

³ “A palavra liberdade tem uma notável conotação laudatória. Por esta razão, têm sido usada para acobertar qualquer tipo de ação, instituição ou política considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo, até a prosperidade econômica. Os escritos políticos raramente oferecem definições explícitas de liberdade em termos descritivos (...) O conceito de liberdade interpessoal ou social se refere às relações de interação entre pessoas ou grupos, ou seja, ao fato de que um ator deixa outro ator livre para agir de determinada maneira”. BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. v. II, trad. Carmen C. Varriale, [et al.], 13. ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2007, p. 708.

⁴ “A idéia de democracia traz ao entendimento de ser o método ou o conjunto de regras de procedimento para a constituição de um governo e para a formação de decisões políticas, ou seja, das decisões que abrangem integralmente a comunidade, muito mais do que uma determinada ideologia”. BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. v. I, trad. Carmen C. Varriale, [et al.], 13. ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2007, p. 326.

⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 235. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 213.

⁶ A Teoria dos Princípios de Dworkin, também conhecida como Teoria Liberal do Direito, elabora um conceito de direito partindo das deficiências encontradas na teoria de Hart sobre positivismo jurídico, baseada nos direitos individuais.

⁷ O termo *common law* designa um tipo de sistema jurídico adotado na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, diferentemente do *civil law*, utilizado nos demais países da Europa e também no Brasil. É um sistema originalmente baseado em leis costumeiras e não em leis escritas, que foi desenvolvido a partir da doutrina do precedente. Geralmente, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, opondo-se às leis promulgadas através do tradicional processo legislativo.

Dworkin traz uma brilhante contribuição sobre como o direito absorve as demandas sociais e centraliza o papel do juiz, criticando a constatação de que os juízes não decidem somente com base em regras. O direito não seria um sistema exclusivamente composto de regras, mas um sistema composto de regras e princípios.

Analisando detalhadamente a tese de Jürgen Habermas⁸ que apresenta a Teoria do Discurso,⁹ pode-se perceber, nitidamente, quais são as condições necessárias à legitimação democrática do direito. Sua teoria tem pretensões normativas, buscando transcender o aspecto negativo da modernidade para implementar um projeto democrático no âmbito do direito, isto é, suas críticas as teorias de Luhmann, Dworkin e Alexy, além de conterem as análises das funções do direito, da esfera pública e do sistema político são reconstruídas no marco da Teoria Discursiva.

José Pedro Luchi¹⁰ admite, assim como Krause e Malowitz,¹¹ a excessiva abstração da teoria de Habermas, bem como sua cisão entre o nível moral e ético, isto é, entre a universalidade dos princípios e sua implementação numa determinada cultura, a qual já dispõe de paradigmas de identidade. Luchi afirma que poderia parecer esquizofrênica essa ruptura e não ajudaria posteriormente a raciocinar uma viabilização de discursos entre grupos culturais de diferentes níveis.

“Admito, entretanto, como Krause e Malowitz, a excessiva abstração da teoria de Habermas, bem como sua cisão – que poderia parecer esquizofrênica – entre o nível moral e ético, que não ajuda depois a pensar a implementação de discursos entre grupos culturais de diferentes níveis”.¹²

Todavia, Krause e Malowitz seguem a tendência do conformismo com a diferença entre grupos sociais, permanecendo a mesma situação, contanto que uma elite dirija os rumos da sociedade de uma maneira que seja aceitável para todos, mesmo que essa elite dirigente não apresente critérios claros para a comunidade que representa.

⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 169. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 166.

⁹ A Teoria do Discurso de Habermas é considerada em prol da integração social e, como consequência, da democracia e da cidadania, propondo o fim da arbitrariedade e da coerção nas questões que circundam a comunidade e garantindo uma maneira de haver uma participação mais ativa e igualitária de todos os cidadãos nos litígios que os envolvem, buscando a justiça.

¹⁰ LUCHI, José Pedro. [et al.] Linguagem e socialidade, org. José Pedro Luchi. Vitória: EDUFES, 2005, p. 168.

¹¹ KRAUSE, S. MALOWITZ, K. Zum Begriff der Gerechtigkeit in der Diskursethik von J. Habermas. in MÜKLER, H. LLANQUE, M (Hg) Konzeptionen der Gerechtigkeit. Baden-Baden: Nomos, 1999, *apud* LUCHI, José Pedro. *ibidem.*, p. 277.

¹² *idem.*, *ibidem.*, p. 168.

Luchi prossegue em sua análise sobre as idéias de Habermas afirmando também que sua teoria seguiu no sentido de entender a participação de todos os indivíduos na formação da opinião e da vontade políticas.

“O esforço de Habermas foi aquele de pensar uma teoria que fizesse jus aos direitos políticos de participação de todos os cidadãos na formação da opinião e da vontade políticas. Ele se voltava contra a idéia de uma outorga autocrática de direitos, *a la* Hobbes, por exemplo. Legítimas são apenas aquelas regulamentações que resultam de um processo discutido e aceito pela sociedade e, finalmente, exarado por seus representantes”.¹³

Desta forma, esta pesquisa se propõe a analisar a função social do processo no Estado Democrático de Direito, evitando aprofundar-se na análise de um determinado instituto processual, mas através de uma visão panorâmica que tenha um ponto de convergência externo ao sistema para abstrair da análise da Teoria dos Princípios e da Teoria do Discurso toda contribuição disponível, objetivando a efetividade processual e criando um forte liame entre Filosofia e Direito.

Seguindo a doutrina de Leonardo Greco,¹⁴ deve-se enfatizar a necessidade de superação dos obstáculos que gravitam em torno das *garantias individuais* como o acesso amplo à justiça por todos os cidadãos, a imparcialidade do juiz, a ampla defesa, os direitos do pobre, o juiz natural, a inércia, o contraditório, a oralidade, a coisa julgada e a renúncia à tutela jurisdicional, e também as *garantias estruturais* como a impessoalidade e a permanência da jurisdição, a independência dos juízes, a motivação das decisões, a igualdade concreta, a inexistência de obstáculos ilegítimos, a efetividade qualitativa, o procedimento legal, flexível e previsível, a publicidade, a legalidade estrita no exercício do poder de coerção, o prazo razoável, o duplo grau de jurisdição, o respeito à dignidade humana, inclusive as *garantias específicas do processo penal* como o direito de ser informado do curso da investigação e do conteúdo da imputação, o direito à autodefesa, o direito a um defensor, o contraditório na investigação preliminar, a proibição de auto-incriminação, a identificação e inquirição das testemunhas, o princípio acusatório, as condições para o pleno exercício da defesa, o controle judicial de medidas restritivas, o ônus probatório da acusação, os direitos da vítima, sendo este rol de garantias analisadas e defendidas por Greco que afirmam serem necessárias as suas

¹³ LUCHI, José Pedro. [et al.] Linguagem e socialidade, org. José Pedro Luchi. Vitória: EDUFES, 2005, p. 169.

¹⁴ GRECO, Leonardo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225.

observâncias em conjunto para se atingir a plena efetividade do processo moderno, caminhando para a unificação na ciência processual.

“Esta apertada síntese não dá a dimensão do alcance de todas as garantias fundamentais do processo, mas é uma tentativa de contribuir para definir as características básicas do processo moderno, especialmente do Processo Civil, em busca de uma nova Teoria Geral, que o desprenda do racionalismo científico e do procedimento codificado para permanentemente confrontá-lo com as exigências funcionais de efetividade dos seus resultados e com as imposições de impostergáveis valores humanitários que dele fazem o instrumento apropriado de tutela dos demais direitos”.¹⁵

Assim, utilizando-se uma ampla visão das garantias processuais e fazendo uso do método zetético,¹⁶ este trabalho inicia sua trajetória através dos seguintes questionamentos:

A elaboração do conceito de direito, de sua validade e de seus processos de aplicação na teoria de Dworkin contribuíram para o entendimento dos fenômenos sociais, através da centralização do papel do juiz, onde o direito absorve as demandas?

Foi produtivo o esforço de Habermas no sentido de pensar uma teoria que fizesse jus aos direitos políticos de participação de todos?

Como se dá a formação da vontade política? É correta a idéia de outorga política de direitos numa democracia representativa ou, na linha de Hobbes,¹⁷ o caminho autocrático é o mais adequado à realidade?

Por quê, curiosamente, é mantido o nome de *democracia*¹⁸ para uma proposta que não exige, nem idealmente, a participação qualificada de todos? Apenas justificção teórica ou falta de inspiração jurídica na busca de uma nova resposta filosófica?

¹⁵ GRECO, Leonardo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 228.

¹⁶ A Teoria Zetética do direito é um método usado para desvendar problemas por meio da argumentação. É através da utilização de técnicas adequadas valorizando o questionamento que se chega às respostas precisas, seguindo-se a linha do *problematizar para solucionar*.

¹⁷ Thomas Hobbes nasceu em Malmesbury (1588 - 1679), na Inglaterra, estudou sobre política, direito, filosofia, ciência e teoria do conhecimento. Sua obra mais importante é o LEVIATÃ (1649), onde demonstrou suas idéias sobre a natureza humana e a necessidade de um governo absoluto e centralizado, com autoridade para defender a sociedade, assegurando a paz interna, numa tendência autocrática que vai fundamentar o contrato social.

¹⁸ Democracia é um regime de governo onde o poder de tomar decisões políticas importantes está com os cidadãos, que o fazem, indiretamente através de seus representantes eleitos ou diretamente, em consulta ao próprio povo, dentro de um sistema de governo que pode ser presidencialista ou parlamentarista, republicano ou monárquico. A Constituição Federal de 1988 preceitua no Art. 1º.(...) Parágrafo Único. *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

Qual a *função social do processo*? Como essa atividade se insere no contexto do Estado Democrático de Direito? A sociedade contemporânea enfrenta um lapso de continuidade, tendo em vista um processo gradual de desgaste dos fundamentos de uma legitimação democrática do direito?

Estas perguntas iniciam a análise do problema proposto que pretende ir além da superfície planejada. Enquanto se observa que quanto menor o conhecimento por parte do povo, maior a importância dos mitos, dogmas e crenças irrefletidas, tanto maior o grau de alienação. É por isso que a população é mantida em profunda ignorância como forma de facilitar o controle social, porque conhecimento é poder, sabedoria é libertação.

Na prática, observam-se pequenas elites privilegiadas dirigirem a sociedade, não se importando nem permitindo a participação de todos. Este é o caminho mais viável para ser trilhado pela sociedade pós-moderna? O aristocratismo¹⁹ garante a realização da justiça?

A humanidade já iniciou sua caminhada através do século XXI e, apesar de várias conquistas sociais terem se concretizado, a sociedade brasileira ainda vive sob os parâmetros medievais da extrema desigualdade social que impossibilita o exercício do direito de acesso à ordem jurídica e a conseqüente harmonização da comunidade.

Assim, nesse estágio do raciocínio, faz-se necessário ressaltar que o processo²⁰ é a seqüência de atos interdependentes que cria uma vinculação entre o juiz e as partes a uma determinada variedade de direitos e obrigações, com a finalidade de solucionar um litígio. É interessante que se consiga perceber com clareza a definição de procedimento para que não se restrinja o conteúdo conceitual de processo. O procedimento²¹ é a maneira através da qual o processo é impulsionado e os respectivos atos são concatenados, estruturados, encadeados em um processo.

Portanto, pode-se avaliar a importância do processo que tenha como objetivo a justiça social através do *princípio da dignidade da pessoa humana*, harmonizando-se com o *princípio do*

¹⁹ Aristocratismo é o governo no qual o controle fica nas mãos de uns poucos cidadãos ricos e socialmente importantes. O termo tem origem grega e significa “governo dos melhores”.

²⁰ A palavra processo tem origem latina, derivada de *proceder* (*pro* + *cedere* = *procedere*) e significa a ação de avançar, ir para frente. É o conjunto seqüencial e peculiar de ações que objetivam atingir uma meta. Para o Direito, processo é um produto da cultura humana que se forma pela seqüência de atos interdependentes, a fim de solucionar uma lide, vinculando o juiz e as partes a vários direitos e obrigações.

²¹ O termo procedimento significa a maneira através da qual o processo segue sua ordem, ou seja, o modo de encadeamento dos atos do processo. É o ritual de elaboração do processo.

devido processo legal e o *princípio do direito de ação* que irão conter o cometimento dos excessos estatais no exercício do direito de punir, de tributar excessivamente, de suprimir direitos legítimos do cidadão.

Peter Häberle²² desenvolve sua cátedra fundamentando a idéia de dignidade²³ atribuindo-lhe a característica de fundamento da democracia. Formula sua tese afirmando que todos os excessos que se cometem no texto constitucional valorizando exageradamente o Estado, fazem-no às expensas da liberdade e da dignidade.

A dignidade está contida no ponto central dos Direitos Humanos e daqueles direitos individuais tão personalíssimos, tendo como contrapartida os deveres, que devem permitir ao ser humano constituir-se como pessoa, estruturar sua personalidade e seguir mantendo sua honradez. É nesse bem jurídico tutelado, específico da vida de cada um, de ser gente, de possuir uma identidade emocional que reside a dignidade humana.

O assunto relativo à dignidade humana e o acesso à justiça, devido a sua extrema importância, será objeto de discussão mais aprofundada no Capítulo 6, que desenvolve e fundamenta a idéia de função social do processo.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart,²⁴ ao tratarem sobre o acesso à justiça, afirmam que a doutrina moderna abandonou a idéia de que o direito de ação resumia-se apenas em direito à sentença de mérito. Hoje, a visão evoluída do processualista contemporâneo não aceita mais essa restrição na forma de pensar, contrariando a concepção emergente de efetividade processual.

Está superada a idéia de que o processo pode ser estudado de maneira neutra e distanciado da realidade social e do direito material, tendo em vista que, quando se analisa a tutela

²² HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 2.

²³ A democracia é “*la consecuencia organizativa de la dignidad del hombre*” e prossegue afirmando que “*la dignidad es la premisa cultural antropológica del Estado constitucional. Aquí nos encontramos, sin duda, con una tesis central. La ilustración centro sus preocupaciones en los grandes temas que nutrieron al constitucionalismo desde su origen. El catálogo de derechos fundamentales se agotó con las diversas expresiones de cuatro principios: libertad, igualdad, justicia y seguridad jurídica (que incluye el derecho a la propiedad). Siempre habrá que tener presente el argumento renacentista de Pico della Mirandola (De hominis dignitate oratio) como precursor de la defensa de la dignidad; el imperativo categórico de Kant, enunciado en 1785 y reiterado en 1797, con sus claras resonancias en Hegel (‘se una persona y respeta a los demás como personas’) y más tarde en Stammler (con los ‘principios del respeto’ en el derecho justo)*”. HÄBERLE, Peter. *ibidem.*, p. 59-60.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: processo de conhecimento. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32-33.

jurisdicional efetiva, imediatamente se verifica a importância da relativização do binômio direito-processo. Para que haja uma efetiva tutela das diversas situações concretas, o processo deve atuar e seguir sua marcha em perfeita sintonia com o direito material, através dos instrumentos de tutela adequados que garantam os direitos do indivíduo.

“O direito de acesso à justiça, portanto, garante a tutela jurisdicional capaz de fazer valer de modo integral o direito material. Lembre-se, aliás, que a Corte Constitucional italiana já afirmou que o direito à tutela jurisdicional está entre os princípios supremos do ordenamento constitucional, no qual é intimamente conexo com o próprio princípio democrático de assegurar a todos e sempre, para qualquer controvérsia, um juiz e um júízo em sentido verdadeiro”.²⁵

Tanto os operadores do direito quanto a doutrina processual civil deverão respeitar as garantias contidas na Constituição da República Federativa do Brasil - CF 1988 e, a partir daí, extrair das normas processuais o resultado esperado pela sociedade, sem que haja sacrifício do direito de defesa, atingindo a plena efetividade. É baseado nessa intenção que o doutrinador deve mostrar qual o caminho a seguir, apontando as tutelas que devem ser efetivadas para a realização dos direitos através da estrutura técnica que se apresenta no processo.

A contribuição que consta no trabalho conjunto de Margareth Vetis Zaganelli e Lorena de Mello Rezende Colnago,²⁶ tem o sentido de adotar uma visão instrumentalista do processo, onde todas as normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas sob o ângulo da efetividade de acesso à justiça para que se atinja a estabilidade social, observando enfaticamente a necessidade de reformulação de institutos, categorias processuais, concepção de novas alternativas e novas técnicas de solução de conflitos. Assim, ensinam que o acesso à prestação jurisdicional é um direito fundamental, sendo o processo um instrumento de efetivação dos respectivos direitos.

Prosseguem afirmando que, ao longo da história da jurisdição, o processo se transformou em um instrumento de concreta realização de direitos, incorporando a idéia de efetividade, perseguindo o ideal de alcançar os fins para os quais foi criado, garantindo ao titular do direito lesado a restauração total ou parcial do direito de provimento que seja contemporâneo à lesão ou ameaça de lesão.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: processo de conhecimento. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

²⁶ ZAGANELLI, Margareth Vetis. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Acesso à justiça e o problema da efetividade do processo. *in* Cadernos de Direito Processual. Revista do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo, ano 1, número 1, agosto/dezembro, Vitória: RPPG-UFES, 2006, p. 9.

“Cada vez mais a sociedade contemporânea necessita de que o acesso à prestação jurisdicional seja, de fato, assumido como um direito fundamental e o processo, um instrumento de efetiva tutela de direitos dos cidadãos. Na atualidade, procura-se ampliar o acesso à justiça através de mecanismos de solução dos conflitos tais como os Juizados Especiais, os juízos itinerantes, as Comissões de Conciliação na Justiça do Trabalho e Arbitragem, para que este não se transforme apenas em uma promessa formal do Estado. (...) Nesta concepção, não existe democracia sem o respeito pela garantia dos cidadãos e esses, só existirão, se os sistemas jurídico e judicial forem livres e iguais ao acesso a todos os cidadãos”.²⁷

Desta forma, o acesso à justiça será viabilizado quando, em conjunto com as reformas processuais e as inovações da norma jurídica, os juízes e os serventuários da justiça se conscientizarem da extrema relevância de suas funções e atribuições constitucionais, políticas e sociais em prol da pacificação da sociedade e trabalharem com extrema dedicação, repudiando a desídia e a excessiva vaidade pessoal, para exigirem melhorias técnicas, inclusive aquisição através de concursos públicos de recursos humanos qualificados, a fim de suprir os quadros com o número ideal de servidores, ou seja, magistrados e serventuários.

Seguindo semelhante diretriz, Gilberto Thums²⁸ entende que, o processo não pode ser usado para estigmatizar, castigar ou aplicar obsessivamente a lei, em prejuízo do cidadão. Thums prossegue seu discurso demonstrando sua preocupação com a dimensão do processo penal, que é o objeto de seu estudo, deixando, entretanto, a cristalina lição sobre efetividade processual que também pode ser interpretada sob a ótica do processo civil.

“Efetivamente, o processo penal tem uma função extraordinária no contexto da sociedade moderna, porque é o instrumento de que o Estado se vale para aplicar o Direito Penal, que vem sendo excessivamente utilizado como forma de controle social. O processo não se presta para estigmatizar, para castigar ou aplicar obsessivamente a lei, mas tão-somente para limitar o poder estatal na sua fúria persecutória”.²⁹

Encadeando uma seqüência lógica de raciocínio, é plenamente perceptível a intenção de Habermas ao teorizar sobre democracia, lecionando sobre a necessidade de programar o Estado para que se volte aos interesses da sociedade, dando ênfase maior à formação da vontade política dos cidadãos. Afirma ainda que, a compreensão do papel a ser desempenhado pelo processo democrático é extremamente importante, tendo em vista a necessidade de programar o Estado para que se oriente no sentido dos interesses sociais.

²⁷ ZAGANELLI, Margareth Vetis. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Acesso à justiça e o problema da efetividade do processo. *in* Cadernos de Direito Processual. Revista do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo, ano 1, número 1, agosto/dezembro, Vitória: RPPG-UFES, 2006, p. 15.

²⁸ THUMS, Gilberto. Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. São Paulo: Lúmen Júris, 2006, p. 167.

²⁹ *idem.*, *ibidem.*, p. 170.

“(…) imagina-se o Estado como aparato da administração pública, e a sociedade como sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social dessas pessoas, estruturada segundo leis de mercado. A política, sob essa perspectiva, e no sentido de formação política da vontade dos cidadãos, tem a função de congregar e impor interesses sociais em particular mediante um aparato estatal já especializado no uso administrativo do poder político para fins coletivos”.³⁰

Segundo os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque,³¹ a evolução do direito processual atravessou fases doutrinárias³² distintas. Desta forma, ao se analisar o processo como instrumento ético, verifica-se que a grande maioria dos processualistas sedimenta a consciência que a sobrevivência do direito material depende dos resultados apresentados pela atividade processual, ou seja, o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial, garantindo sua efetividade.

Assim, o direito processual adapta-se às necessidades de seu objeto. A ciência processual como atividade instrumental não abriga a idéia de neutralidade. Bedaque afirma que há uma necessidade latente em entender o processo como instrumento de garantia de direitos, tendo em vista as características políticas que se revestem a ciência processual. O processualista moderno poderá prever as tutelas adequadas à finalidade da função jurisdicional, na medida em que possuir a exata compreensão das inúmeras situações da vida em que os provimentos judiciais farão atuar seus efeitos, ocasião em que, claramente se notará os benéficos resultados da tutela jurisdicional como fator de pacificação da sociedade.

“(…) o processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária ‘identidade ideológica entre processo e direito substancial’, permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos. Nessa concepção axiológica de processo, como instrumento de garantia de direitos, a visão puramente técnica não pode mais prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e justiça”.³³

Portanto, a escolha do tema desta pesquisa é baseada na percepção da altíssima relevância deste assunto para a comunidade em geral e o despertar, de modo emblemático, do interesse dos operadores do direito. Trata-se de um tema moderno, intrigante, apaixonante, enfim, um perfeito desafio e uma real possibilidade de contribuição para a evolução da ciência processual.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. 2. ed., São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 278.

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 20.

³² O momento metodológico que a doutrina denominou autonomista defendia a idéia de completa independência do direito processual e na fase conceitual foram traçadas novas definições aos institutos processuais, surgindo a tese da instrumentalidade do processo pelas idéias de Cândido Rangel Dinamarco.

³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *ibidem.*, p. 21.

A teoria de Habermas apresenta um diagnóstico plausível do fenômeno jurídico na modernidade. Partindo desse pressuposto, é possível afirmar que as condições de legitimação democrática do direito somente poderiam ser mantidas através de uma divisão de tarefas.

Os discursos de aplicação do direito deveriam estar disponíveis no sistema jurídico. Na esfera pública seriam produzidos os discursos de legitimação democrática, regenerando o sistema político. O processo de formação democrática da legislação forneceria critérios de aplicação, tendo em vista serem muito mais que regras apenas, ou seja, representam valores intersubjetivamente compartilhados de uma sociedade.

O sistema jurídico tem uma função positiva e outra negativa. Segundo Habermas, na função positiva o sistema jurídico deve colonizar suas formas de vida solidariamente estruturadas e criar limitações para os âmbitos de ação formalizados ou sistêmicos a fim de que não se projetem sobre o *mundo da vida*.³⁴ Na função negativa, o sistema jurídico atua como meio através dos quais os sistemas lançam suas projeções sobre o mundo da vida, onde se observa que os discursos de legitimação democrática devem ser originados a partir de uma esfera pública.

Dworkin afirma que o juiz aplica princípios, na efetivação do direito, para realizar uma reconstrução dos valores da sociedade em que se encontra vinculado. Na *praxis* da decisão judicial, o juiz reconstrói monologicamente o conjunto de leis e precedentes relevantes para o caso em juízo através de critérios que dimensionam sua justificativa.

Habermas analisa essas situações e afirma que o direito na sociedade moderna atingiu um nível de evolução que garante a integração social, sendo que a legitimidade em um Estado Democrático de Direito deve surgir a partir de um processo democrático de formação do sistema de normas.

A partir da análise minuciosa destas citadas teorias, esta pesquisa buscará as respostas para tantos e tão importantes questionamentos aqui suscitados, convergindo para o tema central

³⁴ “O mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades de indivíduos socializados”. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.111. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 107.

proposto. Desta forma, quando se interpreta o Direito³⁵ como fenômeno jurídico, entende-se sua origem como um produto da cultura humana, resultante da evolução da sociedade e, justamente por isso, é constituído de elementos políticos e ideológicos que definem um sistema de normas.

O processo não pode se prestar a estigmatização, ao castigo ou à aplicação obsessiva da lei, mas tão-somente para limitar o poder estatal para que não se comentam excessos e absurdos. Portanto, este trabalho tem como objetivo geral demonstrar que o Poder Judiciário está bastante distanciado de sua missão constitucional e necessita viabilizar, com urgência, um procedimento ágil e justo para dirimir os conflitos entre os cidadãos e buscar a harmonização da sociedade.

Os métodos e os procedimentos adotados no sistema processual têm demonstrado falhas e um completo vácuo, tanto na fase de cognição quanto na de execução, afastando o cidadão de seus direitos, fazendo-o amargar as excessivas dilações de prazos e os variados recursos interpostos que se consagram diante da morosa atividade judicial. A possibilidade de implementar modificações nessa realidade inicia-se pela observação de que os princípios gerais do direito processual sofrem nítida influência da maior ou menor estabilidade institucional e política do país. A regulamentação do processo depende das concepções filosóficas, políticas e culturais da nação, oriunda do direito material.

Neste contexto, a contribuição apresentada por Antonio García-Pablos de Molina³⁶ é traduzida e ampliada por Luiz Flávio Gomes que elabora idéias sobre os fundamentos teóricos da criminologia e também faz uma ampla análise sobre as bases criminológicas da Lei 9.099, de 26.09.1995 que cria e estrutura os juizados especiais cíveis e criminais. Prossegue afirmando que a política criminal atravessa nova barreira evolutiva e passa a ser extremamente *prevencionista*, tendo em vista o fracasso do modelo repressivo clássico, baseado em uma política criminal dissuasória como uma única resposta ao problema do delito.

“Assistimos durante os últimos anos ao êxito indiscutível da filosofia prevencionista, tendo em vista o assombroso número e a variedade dos programas de prevenção do delito ensaiados em diversos países. A informação sobre eles, não obstante, é parcial, fragmentária e não permite a imprescindível avaliação científica

³⁵ O termo **Direito** é usado em sentido amplo e significa vínculo axiológico com os valores sociais. O termo **direito** significa o direito estatal, a legislação.

³⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 318.

dos resultados obtidos. Em todo caso, já cabe falar de um giro substancial criminológico e político-criminal, é dizer, de um genuíno paradigma novo: o prevencionista”.³⁷

Além do fracasso do modelo repressivo anterior, outro fator que contribuiu para consolidar essa política foi o progresso científico e a informação oriunda das variadas disciplinas que tratam da política criminal.

Assim, será necessário compreender que, somente com o surgimento de uma nova cultura, implementada por ambiciosas políticas sociais se poderá superar a cultura tradicional que tem sido ministrada no âmbito familiar e escolar. A atual cultura consumista cria necessidades artificiais que não têm limites ou restrições para ensinar um hedonismo insaciável incapaz de postergar a satisfação do prazer ou de planificar com sensatez o futuro em médio prazo.

“Não é por isso que o perfil da população reclusa dos nossos cárceres apresenta sintomáticas coincidências com alguns dos valores culturais da sociedade atual. Penso no acentuado *locus* de controle externo, assim como no muito baixo ‘umbral de tolerância à frustração’ que se detecta no grupo infrator”.³⁸

Desta forma, numa sociedade que somente valoriza o êxito como atributo supremo e não lhe impõe qualquer limitação que lhe traga o fracasso como aprendizado, não saberá entender sua deficiência como ser humano. Todavia, não será surpresa, pois, verificar que muitos dos jovens delinquentes apresentem um *baixo umbral de tolerância à frustração*, tendo em vista terem sido educados conforme a cultura do êxito, do triunfo a todo custo e a qualquer preço.

Portanto, serão também analisadas neste trabalho algumas conseqüências da criminalidade oriunda de fatores educacionais, sociais ou meramente estruturais diante da ineficiência do processo, sendo essa a faceta que interessa a esta pesquisa e se envolve nas temáticas da função social do processo.

Assim, deve o processualista moderno comprometer-se com a efetividade do processo em busca de resultados consistentes que tragam a pacificação social. Na atualidade, torna-se inadmissível cultivar a idéia de se posicionar pela neutralidade quanto aos resultados da atividade processual ou agir com total indiferença quanto aos objetivos da instrumentalidade do processo que tem como finalidade suprema a plena efetividade.

³⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 318.

³⁸ *idem.*, *ibidem.*, p. 332.

Desta forma, fica delineado que o objetivo específico deste trabalho é a busca por um novo horizonte para o entendimento do perfil do processo, numa visão externa, abstraída de uma realidade que indica a atual ineficiência do procedimento, principalmente quanto à questão de sua efetividade, inclusive demonstrando que o acesso à ordem jurídica possibilitará a busca ao bem estar social através do exercício da plenitude da função social do processo, consolidando o exercício da plena cidadania.

Torna-se indispensável demonstrar também que não se deve exagerar no culto ao rito ou à forma, nem colocá-los acima do conhecimento científico, inclusive alimentando e valorizando excessivamente a vaidade pessoal, ostensiva ou dissimulada, sob pena da completa estagnação da ciência jurídica e inviabilização do moderno preceito trazido pela CF 1988, que tem como diretriz a busca da justiça social voltada para a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça.

A necessidade social que se visualiza nos dias atuais em torno do processo, fundamenta-se principalmente no problema da celeridade, no sentido de que os órgãos judiciários devem dar uma resposta no menor tempo possível, ou seja, a morosidade processual impõe sofrimento às partes em função da excessiva espera da solução judicial e efetividade da sentença.

A excessiva demora na solução da lide processual representa demasiado sofrimento ao indivíduo titular do direito lesado e descrédito do Poder Judiciário perante a sociedade. Por maior que seja a complexidade do caso, deve haver um prazo para encerramento do processo.

Este também é o pensamento de Humberto Dalla Bernardina de Pinho,³⁹ ensinando que a duração indefinida do processo traz danos às partes, independentemente de quem sairá vencedor do litígio.

Em sua cátedra, faz uma comparação dos preceitos de lei contidos nas legislações americana e italiana, concluindo com a afirmação de ser um mito que não se justifica a idéia da excessiva morosidade da justiça brasileira em comparação com outros países.

“No que tange aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII do Art. 5º, *in fine*, da CF), asseveram os doutrinadores que ficará ao encargo do legislador processual. Razoável será o tempo necessário para a cognição

³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria geral do processo civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 34.

da causa até a efetiva entrega (ou não) do bem pretendido pela parte, ou seja, de todo o *iter* processual até a efetivação do provimento final. A doutrina tem abordado que a razoável duração do processo tem como características: a) universalidade; b) limitabilidade; c) cumulatividade; e d) irrenunciabilidade. A razoável duração do processo e a evolução do conceito de jurisdição devem ser harmonizadas no intento da efetividade ao concentrarem-se seja na busca de formas diferenciadas de tutela de direitos, seja por meios alternativos de solução de conflito, seja pela participação democrática do cidadão na persecução da solução do conflito submetido ao judiciário, como formas de viabilizar o Estado Democrático de Direito e os novos conflitos da sociedade moderna”.⁴⁰

Prossegue, afirmando que se trata apenas de uma questão de razoabilidade jurídica, ressaltando que não se deve confundir a celeridade com a precipitação das decisões judiciais, especialmente no processo penal de cognição, como instrumento de composição de conflitos de relevância social que exige a rigorosa observância das garantias fundamentais do acusado, sendo estas as bases de um processo justo e democrático.

Inadmissível a precipitação processual, eis que a condenação implica, na maioria das vezes, cerceamento do direito de liberdade ou o perecimento de um bem da vida que o indivíduo entende lhe pertencer. A possibilidade que surge junto com a tutela jurisdicional atuando como efetivo fator de pacificação da sociedade ocorre com a compreensão das inúmeras situações da vida em que o provimento judicial alcançará com seus efeitos saneadores.

Assim, deve-se entender que o Poder Judiciário necessita evoluir no sentido de alcançar um padrão de qualidade onde haja a nomeação de juízes e serventuários em quantitativos razoáveis comparados ao número populacional, possuindo formação e qualificação adequada, devendo ser mantidos em constante atualização, superando a barbárie rotineira do excessivo número de processos e a ineficiência da máquina judiciária, onde as atitudes protelatórias que são fruto da má-fé processual sejam apenas péssimas recordações do passado.

Os sintomas da ineficiência processual são analisados através de outro enfoque por Salo de Carvalho⁴¹ que ensina sobre os modelos paradigmáticos apresentados diante do garantismo e do inquisitorialismo. Demonstra que o direito penal e o direito processual penal são parâmetros da tutela à liberdade, onde os direitos políticos representam os canais de acesso do cidadão às decisões sobre as “*regras do jogo*”. O garantismo jurídico tem como base legítima os direitos individuais, também denominados direitos de primeira geração.

⁴⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria geral do processo civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 36.

⁴¹ CARVALHO, Salo de. Penas e garantias. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 1.

“Pode-se afirmar, portanto, que um dos principais motivos da racionalização e humanização do direito foi resistência imposta pelo pensamento filosófico-jurídico às manifestações de barbárie dos Tribunais do Santo Ofício da Inquisição”.⁴²

Portanto, o processo de reconstrução do garantismo viabilizou a criação de um modelo de tutela dos direitos fundamentais, sendo que a filosofia esforçou-se em erigir uma gênese ideológica dos direitos fundamentais, apesar de toda crítica enfrentada no século XVIII.

Prossegue em sua cátedra sobre a teoria geral do garantismo, afirmando que os sintomas da crise do direito e do processo penal contemporâneos podem ser espelhados na exagerada produção legislativa e na falta de eficácia tutelar dos direitos individuais por parte do próprio Estado.

“Tal fato decorre desta incapacidade do sistema genealógicamente liberal alcançar as demandas impostas, num primeiro momento, pelo Estado social e, na atualidade, pelos riscos gerados na sociedade pós-industrial. Agrega-se a isto a incursão do modelo em níveis abissais de ilegalidade funcional (administrativa e judicial), ou seja, a violação por parte do Estado de sua própria legalidade ordinária e constitucional”.⁴³

Na visão de Leonardo Greco,⁴⁴ o salto qualitativo que deve ser dado pelos órgãos judiciários somente poderá ser alcançado através da implementação de uma *tutela diferenciada* que abranja também os meios alternativos para solução dos litígios como, por exemplo, a mediação,⁴⁵ a arbitragem⁴⁶ e a justiça interna das associações.⁴⁷ Também podem ser consideradas tutelas diferenciadas os juizados especiais para aquelas causas de menor complexidade, os juízes de paz e os juízes leigos, inclusive a adoção de procedimentos concentrados de cognição sumária pela lei processual.

Após analisar todos estes tópicos temáticos que possibilitaram uma ampla visão do quadro de referência deste trabalho, minuciosamente delineados nesta introdução, inclusive depois de detalhar as premissas que fundamentam toda a pesquisa, incumbe demonstrar a estruturação técnica que se baseou na formulação do problema oriundo do tema proposto para situá-lo no campo da Filosofia do Direito exatamente ao nível do tempo atual na sociedade brasileira,

⁴² CARVALHO, Salo de. Penas e garantias. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 3.

⁴³ *idem.*, *ibidem.*, p. 98.

⁴⁴ GRECO, Leonardo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 214-215.

⁴⁵ São instituições voluntárias ou compulsórias que dependem da sua aptidão em gerar soluções que satisfaçam aos contendores, utilizando-se dos conciliadores, juízes leigos e juizados especiais.

⁴⁶ A Lei n.º 9.307, de 23.09.1996, dispõe sobre a arbitragem.

⁴⁷ Existe somente nas entidades desportivas, havendo a necessidade de incentivo à sua utilização, educando-se para a cidadania.

construindo hipóteses e criando objetivos específicos e gerais, direcionando-os à linha de pesquisa do Direito Processual Público, enfocando o *formalismo valorativo e o acesso à justiça*, mantendo-se na área de concentração do Direito Processual, direcionado para a *constitucionalização e as tendências atuais do processo civil contemporâneo*.

Percebeu-se a necessidade de buscar no passado algumas noções elementares sobre o assunto, descrevendo um roteiro básico do trinômio ação, jurisdição e processo, objetivando solidificar o desenvolvimento da questão proposta e, desta forma, percorrer o caminho do lendário Direito Romano para demonstrar as origens comuns de ação e processo, formulando-se um raciocínio paralelo que ficou delineado no Capítulo 2.

No desenvolvimento do núcleo deste trabalho que se concentra nos Capítulos 3 e 4, foram analisadas as duas correntes filosóficas que o fundamentam, definindo-se pela necessidade de buscar um novo perfil de celeridade processual, sob a luz da Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin e da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas, sem a intenção de efetuar comparações entre tais teorias ou analisar institutos processuais específicos, mas buscar a contribuição disponível e as potencialidades advindas da leitura destas correntes filosóficas para se construir uma resposta satisfatória aos anseios sociais que tenha como diretriz a celeridade dos atos processuais, sem atropelos, procedimentos precipitados ou julgamentos sumários, tendo em vista o respeito às garantias constitucionais e o pleno exercício da cidadania.

No Capítulo 5 foi discutida a participação popular na formação da vontade política através de processo democrático implementado sob a ótica da Teoria do Discurso. A visão dos autores nacionais e estrangeiros foi debatida e equacionada quanto ao verdadeiro acesso à justiça e a superação dos obstáculos impostos. Analisou-se também a proposta de métodos alternativos de solução extrajudicial para incentivar a utilização de opções mais econômicas e rápidas na solução dos conflitos sociais, incluídas como mecanismos de aperfeiçoamento da qualidade na prestação jurisdicional, demonstrando que é possível a composição de inúmeros litígios de maneira adequada e externamente às fronteiras do Poder Judiciário.

O ápice desta pesquisa ocorreu com a planificação dos Capítulos 6 e 7, onde foi analisada a necessidade de aperfeiçoamento do instituto jurídico em questão, abstraindo-se das correntes filosóficas que fundamentaram este trabalho as contribuições potencialmente viáveis para a modificação e melhoria do processo contemporâneo.

Definiu-se por escolher a pesquisa bibliográfica em literatura jurídica nacional e estrangeira como o melhor caminho a ser seguido, utilizando-se da leitura exploratória e seletiva para se chegar a relação especificada nas referências bibliográficas, criando subsídios ao desenvolvimento do assunto e posterior redação e defesa desta dissertação de Mestrado, tendo em vista tratar-se de procedimento racional e sistemático com o objetivo de proporcionar respostas para a problematização anteriormente elaborada. Através da leitura analítica e interpretativa das obras eleitas como fundamentais, abstraíram-se os conhecimentos disponíveis necessários a preencher todas as lacunas do questionamento inicial, daí surgindo o conseqüente aprofundamento na matéria e a síntese demonstrada na conclusão.

Assim, diante do contexto analisado, esta pesquisa traz uma temática que convida o leitor a “mergulhar” numa discussão direcionada para o entendimento da verdadeira função social do processo no Estado Democrático de Direito à luz da Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin e da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas, sem o intuito de comparar tais teorias ou analisar institutos processuais específicos, mas demonstrar qual a contribuição alcançada e as potencialidades, através da leitura destas duas correntes filosóficas, objetivando à efetividade processual, fazendo uma análise paralela do direito do indivíduo de acesso à ordem jurídica e da harmonização da comunidade onde vive e desenvolve suas atividades, buscando sensibilizar as mentes jovens dos estudantes dos cursos de graduação em Direito de todas as instituições de ensino superior (carinhosamente aos alunos da UFES) ou talvez, sem exagerada pretensão, atingir e despertar o interesse de alguns graduandos em Filosofia, Sociologia ou das demais áreas do conhecimento.

Não se trata de um discurso vazio ou uma retórica de produção. A principal intenção é garantir o cunho pedagógico deste trabalho, desmistificando a idéia de complexidade e dificuldade para implementar qualquer pesquisa que aborde temas filosóficos na área jurídica, principalmente quando se fala em teses de ilustres autores como Habermas, Dworkin, Alexy, Luhmann, Rawls e tantos outros que, ao serem pronunciados, tais ondas sonoras que veiculam os correspondentes fonemas causam “arrepios” no estudante de Direito que inicia sua caminhada pela seara jurídica. Outros menos cautelosos, afirmam que esses assuntos resumem-se a um “monte de palavras complicadas” e sem resultado prático para a ciência jurídica.

Portanto, este trabalho se propõe a provar o contrário e fazer “nascer” a simpatia pelo estudo da Filosofia do Direito no coração daqueles estudantes desmotivados e dos operadores do

direito sombreados pelo preconceito que causa aversão às análises dos temas filosóficos. O próprio planejamento desta pesquisa sempre esteve voltado para a atividade pedagógica dos primeiros períodos da graduação jurídica, inclusive consta neste trabalho inúmeras notas de rodapé explicativas que podem parecer dispensáveis aos especialistas, aos filósofos, aos juristas renomados, mas serão imprescindíveis à viabilização do entendimento para o infante das letras jurídicas. Assim, a proposta secundária desta pesquisa é se transformar em mais um elemento de coesão, um componente na formação do liame entre a Filosofia do Direito e o Direito Processual, objetivando a busca por respostas imprescindíveis para a evolução da ciência jurídica.

Extremamente consciente das limitações pessoais, este pesquisador humildemente pede vênias para assinalar a necessidade de mudanças no sistema processual, tendo em vista que acredita na possibilidade de buscar um amadurecimento técnico e propor soluções mais adequadas à realidade processual brasileira, somando-se ao trabalho brilhante e heróico de inúmeros processualistas que afirmam incansavelmente ser necessária à tramitação de um processo justo e ágil, assegurando aos cidadãos todos os direitos previstos em lei, buscando o verdadeiro equilíbrio entre celeridade e garantia dos direitos fundamentais nas decisões judiciais, porque no processo de cognição é inadmissível a precipitação processual na busca por uma sentença rápida, tendo em vista que este instrumento jurídico de composição dos conflitos tem alta relevância social.

Ao concluir esta parte introdutória, resta-nos admitir que o sonho de planejar, elaborar e executar este trabalho começa a transformar-se em realidade, impregnado por um ardoroso sentimento de “paixão” que se abriga no coração de seu idealizador pela Filosofia do Direito e todas as facetas do Direito Processual.

2. ABORDAGEM HISTÓRICA SOBRE A TRILOGIA ESTRUTURAL

Ao se analisar o processo sob o ângulo de visão de sua função social, não se pode deixar de mencionar noções mínimas e elementares sobre o trinômio: ação – jurisdição – processo, definido por Piero Calamandrei⁴⁸ como *trinômio sistemático*, também chamado por J. Ramiro Podetti⁴⁹ de *trilogia estrutural*.

Contrapondo-se ao clássico conceito da trilogia estrutural inserida na ciência processual, os processualistas contemporâneos começam a analisar e dar crédito também a visão moderna de Luiz Guilherme Marinoni⁵⁰ relativo ao tema do acesso à justiça, entendendo serem quatro os fundamentos básicos: ação – jurisdição – defesa – processo. Assim, afirma que os institutos fundamentais do processo civil foram miscigenados à realidade social e política para serem devidamente esclarecidos, onde o citado jurista examina as questões apresentadas sobre a obstacularização do acesso à justiça e demonstra as tendências para a superação.

Sobre o direito de defesa, acrescenta que, assim como o direito de ação, não constitui direito a uma sentença favorável e nem se exaure com a propositura da ação ou apresentação da contestação. Na verdade, constitui-se numa possibilidade de o réu efetivamente reagir em juízo para que seja negada a tutela do direito contra o autor da demanda, evitando que sua esfera jurídica seja invadida indevidamente.

“A ação é exercida contra o Estado – que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva – e diante do réu – que pode ser atingido pelos efeitos jurídicos da eventual tutela do direito solicitada pelo autor. Apenas por isso é intuitivo o direito de o réu se defender em face da ação, objetivando a não concessão da tutela do direito. É fácil perceber que o direito de defesa constitui um contraponto ao direito de ação. A jurisdição, para responder ao direito de ação, deve necessariamente atender ao direito de defesa. Isso pela simples razão de que o poder, para ser exercido de forma legítima, depende da participação dos sujeitos que podem ser atingidos pelos efeitos da decisão. É a participação das partes interessadas na formação da decisão que confere legitimidade ao exercício da jurisdição. Sem a efetividade do direito de defesa, portanto, estaria comprometida a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional”.⁵¹

Portanto, para se encadear qualquer raciocínio coerente, deve-se ter o conhecimento básico sobre tal assunto possibilitando que se visualize toda a amplitude deste tema inserido no

⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1973. *passim*.

⁴⁹ PODETTI, J. Ramiro. Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil. Buenos Aires: Ediar, 1963, *passim*.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, *passim*.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: teoria geral do processo. vol. 1, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 307.

Direito Processual. Ora, como poderia o competente engenheiro civil projetar e construir sólido edifício sem conhecer as noções elementares de matemática e física, a fim de calcular as quantidades ideais para a perfeita mistura de cimento, areia e pedregulho que preencherão o arcabouço de vergalhões para comporem as pilastras e vigas da reluzente catedral jurídica?

E o raciocínio inicia-se pelo entendimento que a vida moderna cria modificações em todos os campos da atividade humana. Assim, o Direito é a ciência que delinea os mecanismos da vida em sociedade e por isso faz sentir os imediatos efeitos dessas mudanças.

Os institutos processuais se delinham através da teoria geral do processo, tendo em vista que o processo se desliga dogmaticamente do direito material e se torna uma disciplina autônoma e independente, embora instrumentalmente conexa ao direito material.

O dogmatismo filosófico que caracteriza o processo é que fundamenta o Estado Democrático de Direito que surgiu sob a influência dos ideais da Revolução Francesa e da Independência norte-americana, ganhando *status* de dogma constitucional na CF 1988, integrando o texto constitucional e criando as bases do atual processo e impondo-se diante da legislação infraconstitucional.

Mediante uma sólida base constitucional de princípios, que serão analisados mais amplamente no Capítulo 5, inicia-se a análise da trilogia estrutural que fundamenta a moderna ciência processual: ação, jurisdição e processo. Através da ótica fundamentada na teoria geral do processo, estreitamente vinculada ao direito material, permitindo uma visão mais ampla dos institutos processuais.

Portanto, as garantias constitucionais processuais se consolidam como raiz que representa a unificação da ciência processual, tendo em vista que o processo não existe por si só. Ele serve ao Direito e, por via de consequência, a estrutura estatal que viabiliza a vida em sociedade.

Portanto, verifica-se que a ação, a jurisdição e o processo constituem dimensões bem nítidas no âmbito da ciência processual. A ação coloca em movimento a máquina judiciária, ensejando o início do processo que é o conjunto de atos ordenados com o objetivo de possibilitar a atuação da jurisdição para cada caso concreto apresentado. A jurisdição é a atividade estatal que *diz o direito*, utilizando-se do processo como instrumento que viabiliza a ação e concretiza o direito através da prestação jurisdicional.

Para melhor caracterizar a jurisdição, é necessário entender que, houve uma fase evolutiva a demarcar o avanço da ciência processual, quando ocorreu a tripartição das funções-poderes do Estado que apresentam indícios de sua origem nas concepções de Aristóteles⁵² e de John Locke,⁵³ consolidando suas doutrinas nas teses de Montesquieu,⁵⁴ vindo, conseqüentemente, conferir uma nítida autonomia entre jurisdição, administração e função legislativa.

2.1. AÇÃO

Iniciando essa análise, faz-se necessário definir ação, buscando um melhor entendimento desse instituto que compõe o trinômio sistemático. Segundo a cátedra de Moacyr Amaral Santos, é o direito de conclamar o exercício da função jurisdicional.

“Ação, em suma, é o direito subjetivo público, distinto do direito privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto. É o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional”.⁵⁵

Portanto, entende-se que ação é o direito subjetivo público que instrumentaliza a provocação da função jurisdicional, independentemente da existência de direito material, visando proteger a pretensão de alguém que se sinta lesado ou ameaçado em algum interesse a um bem da vida.

Existe uma enorme quantidade de teorias sobre a natureza jurídica da ação que pleiteiam cunhar-lhe autêntica identidade. Tal fato verifica-se em decorrência de que cada uma delas ou pequeno grupo surgiram em específico momento histórico. Daí também se justifica a angular divergência entre uma e outra. Cada processualista, com as limitações de seu poder de

⁵² Aristóteles nasceu em Estagira, Calcídica (384 – 322 a.C), foi filósofo, criou a Escola Peripatética, frequentava a Escola de Platão. Interessava-se por política, metafísica, ciências, lógica e ética. Suas idéias mais notáveis foram a lógica, biologia, doutrina do meio-termo e metafísica. Sua obra mais famosa chamou-se *POLÍTICA* (*Corpus Aristotelicum*).

⁵³ John Locke nasceu em Wrington (1632 - 1704), na Inglaterra, foi filósofo, precursor do Iluminismo. Estudou medicina, ciências naturais e filosofia em Oxford, principalmente as obras de Bacon e Descartes. Participou da Revolução Inglesa, em 1688. É considerado o representante principal do empirismo naquele país, e ideólogo do liberalismo. Sua obra mais famosa foi denominada *O GOVERNO CIVIL*.

⁵⁴ Charles-Louis de Secondat, ou simplesmente Charles de Montesquieu nasceu em Bordeaux (1689 – 1755), na França, o Barão de Montesquieu foi político, filósofo e escritor francês. Ficou famoso pela sua Teoria da Separação dos Poderes, atualmente consagrada em muitas das modernas constituições internacionais. Sua obra mais famosa recebeu o nome de *O ESPÍRITO DAS LEIS* (*L'Esprit des lois*).

⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 18. ed., vol. III, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 140.

pesquisa imprimiu uma característica particular de raciocínio, adicionando-se uma enorme tendência politico-filosófica, percorrendo as nuances extremas do individualismo, socialismo, liberalismo, autoritarismo, etc., sistematizando as relações entre cidadão e Estado. E não poderia ser de forma diferente, visto que, o fator analítico e preponderante da sociedade será sempre a correspondência da concepção política sobre a qual estão alicerçadas as bases do Estado.

Desta forma, a ação deve ser conceituada como um direito público subjetivo, pois decorre da própria condição de cidadania, consistindo na provocação da função jurisdicional visando resguardar a pretensão do autor, e no tocante a relação jurídica substancial, visa obviamente o réu, não podendo ser evitada por esse, mas apenas contestada, sob pena de confissão, seguindo seu caminho até a sentença de mérito, salvo as exceções previstas em lei, conforme afirmou Adolpho Wach e Oscar Von Bülow, sendo reconhecido (o direito de ação) por todas as modernas constituições, também consagrado no Art. 5º, inciso XXXV da vigente CF 1988.

A ação é um direito abstrato, posto que, subsiste a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário sempre que alguém se sinta lesado em algum interesse protegido em abstrato pela lei, independentemente de fundamento para o pedido endereçado no caso concreto ao Poder Público.

A ação é também um direito autônomo, tendo em vista que, não depende da efetiva existência do direito material invocado, haja vista, o caso das ações infundadas ou improcedentes, em que se exerce o direito de ação da petição inicial à sentença, condicionando-se ao preenchimento de determinados requisitos chamados condições da ação e pressupostos processuais, na segura afirmação de Enrico Tullio Liebman.

A ação é um direito instrumental. O direito de ação é meio, instrumento para efetivação das pretensões de direito material, servindo para resguardá-lo, protegê-lo, conforme idealizou Theodor Müther.

Assim, depois destas considerações sobre o conceito de ação, prossegue-se o raciocínio através de uma brevíssima abordagem histórica, percorrendo o caminho que conduz à sabedoria do Direito Romano, onde se vislumbra a valorosa cultura de um povo que conseguiu construir um imenso império através da força de seus exércitos aliado à sapiência de seus grandes juristas que souberam colocar sua doutrina a serviço de seus generais e imperadores.

Inúmeras outras sociedades foram grandiosas, entretanto, nenhuma delas prestou tamanha colaboração à ciência jurídica quanto Roma. Esse fenômeno político expandiu suas fronteiras para além da imaginação dos próprios romanos em três épocas distintas de sua história que foram a monarquia, a república e o império.

Aquela magistral nação latina viveu dois períodos distintos de desenvolvimento para sua história jurídica, chamados “*ordo iudiciorum privatorum*” e “*cognitio extraordinem*”, que serão analisados com mais profundidade nos itens seguintes, sendo que, nesse contexto, a palavra ação (“*actio*”) foi modificando seu conteúdo e significado.

José Eduardo Carreira Alvim⁵⁶ desenvolve sua cátedra, explicando com precisão esse fenômeno importante que resgata as origens das ações da lei.

“No primeiro período, chamado de ações da lei, o procedimento caracterizou-se por um ritualismo próximo da religiosidade, consistente em declarações solenes, acompanhadas de gestos que os pontífices ensinavam aos litigantes, e que estes deveriam repetir diante dos magistrados, e o mais insignificante erro conduzia à perda do litígio. Bem conhecido é o exemplo, citado por Gaio - que se tornou o retrato do sistema - de um contendor que, demandando contra seu vizinho por haver este lhe cortado umas videiras, pronunciou perante o magistrado a palavra *vites* em lugar da palavra *arbor*, que era a que lhe haviam dito os pontífices e, por este simples erro na denominação, perdeu o litígio. As ações da lei encontramos seu fundamento na Lei das XII Tábuas que, mais do que uma classificação de ações, constituíam formas autorizadas de procedimento, com características próprias, em que palavras, gestos e atitudes prescritas pela lei deveriam ser adotadas pelas partes. Eram as seguintes as ações da lei: *legis actio sacramento*, *legis actio per iudicis postulationem*, *legis actio per conditionem*, *legis actio per manus iniunctionem* e *legis actio per pignoris captionem*”.⁵⁷

Nestas ações da lei do Direito Romano é que se encontra a origem do atual sistema de classificação das ações, comumente reconhecidas pelos doutrinadores através do direito substancial e do direito processual. O entendimento é no sentido de classificar as ações quanto ao direito substancial em: reais, pessoais e de estado. No tocante ao bem exigido, classificam-se em: mobiliárias e imobiliárias.

Seguindo a lição de Moacyr Amaral Santos,⁵⁸ pode-se afirmar que estão vinculadas as ações à tutela jurisdicional de conhecimento, de execução, preventiva ou cautelar, classificando-se respectivamente em ações de conhecimento, ações de execução e ações cautelares. Sobre a classificação das ações, não há necessidade de maiores detalhamentos para o entendimento do

⁵⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 142.

⁵⁷ *idem.*, *ibidem.*, p. 142.

⁵⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 18. ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 139.

tema proposto, sendo suficiente os delineamentos anteriormente traçados e analisados para possibilitarem a necessária visão do instituto ação e sua correlação com a trilogia estrutural do processo.

2.2. JURISDIÇÃO

Para não se estender excessivamente em comentários que desviariam o intuito deste trabalho, é prudente resumir o tema jurisdição, afirmando ser uma função própria e exclusiva do Poder Judiciário. Em outras palavras, o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição e é, dentro desta função de *dizer o direito* que atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses.

A CF 1988 preceitua em seu Art. 5º, inciso XXXV,⁵⁹ a não exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário de quaisquer ameaças a direito em face da pessoa, fundamentando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que será exercido pelos juízes, através da jurisdição, conforme as disposições contidas do Art. 1º do Código de Processo Civil Brasileiro – CPC.⁶⁰

Pode-se abstrair daí que dois são os princípios basilares da jurisdição: o direito à tutela jurídica e o direito ao devido processo legal, sendo que, no Art. 2º do CPC,⁶¹ preceitua o princípio da inércia que consolida o princípio do direito de ação, onde o interessado reclamará a tutela jurisdicional, provocando o exercício da jurisdição, conforme exigência legal desse dispositivo.

A compreensão do conceito de jurisdição está estreitamente ligada às concepções políticas e sociais da comunidade em determinado momento histórico. Não se pode analisá-la sob um ângulo de visão restrito unicamente ao poder de *dizer o direito*, tendo em vista que sua dimensão na ciência processual é a mais ampla de todos os institutos jurídicos e aproxima-se tanto da política que fica suscetível de várias ingerências exteriores ao sistema normativo.

Durante muito tempo a jurisdição equacionou-se de modo relativamente estável, tendo em vista que as mudanças no contexto social ocorriam lentamente. Somente com o surgimento do

⁵⁹ Art. 5º. XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁶⁰ Art. 1º. A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.

⁶¹ Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer nos casos e formas legais.

Estado Liberal, a jurisdição adquiriu procedimentos que seriam mais adequados ao sistema organizacional em vigor, valorizando o teor declaratório da sentença, a fundamentação do sistema tradicional de sentença baseada na condenação e execução forçada e a separação bem definida entre direito material e processo.

A partir daí, começam a surgir as teses que delimitavam os objetivos propostos e perseguidos pela jurisdição diante do poder *sub specie iurisdictionis*. Na visão chiovendiana, a jurisdição tinha como objetivo a aplicação da vontade da lei e não mais a realização do direito subjetivo da parte. Este já foi um grande avanço no sentido de se buscar uma visão publicista de processo. Sob a ótica carnelutiana, a lide é um conceito sociológico e não processual que centraliza sua teoria sobre a lide, voltando-se para o direito subjetivo, irremediavelmente ligado ao contexto social.

Na visão de Marinoni, o princípio da legalidade adquiriu novo conteúdo no Estado constitucional agregando o qualificativo que evidencia seu núcleo na conformação da lei com a Constituição e, principalmente, voltada à proteção dos direitos fundamentais. Essa transformação afeta a concepção de direito e também de jurisdição, mudando o eixo de raciocínio da lei para a norma constitucional.

“Se as teorias da jurisdição constituem espelhos dos valores e das idéias das épocas e, assim, não podem ser ditas equivocadas – uma vez que isso seria um erro derivado de uma falsa compreensão de história – certamente devem ser deixadas de lado quando não mais revelam a função exercida pelo juiz. Isso significa que as teorias de Chiovenda e Carnelutti, se não podem ser contestadas em sua lógica, certamente não tem – nem poderiam ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo. Por isso, são importantes apenas quando se faz uma abordagem crítica do direito atual a partir da sua análise histórica, isto é, da abordagem da sua relação com os valores e concepções do instante em que foram construídas”.⁶²

O positivismo crítico surgiu da transformação do conceito de direito, desenvolvendo teorias com a finalidade de proporcionar ao juiz a verdadeira possibilidade de se posicionar alinhado com o conteúdo da lei comprometida com a Constituição.

“Ora, é pouco mais do que evidente que isso tudo fez surgir um novo modelo de juiz, sendo apenas necessário, agora, que o direito processual civil se dê conta disso e proponha um conceito de jurisdição que seja capaz de abarcar a nova realidade que se criou”.⁶³

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: teoria geral do processo. vol. 1., 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

⁶³ *idem.*, *ibidem.*, p. 22.

Assim, todas as teses que afirmavam ser a jurisdição uma atribuição de caráter secundário, onde há a predominância da ação centralizando a teoria processual, já não podem mais satisfazer as exigências e necessidades dogmáticas da jurisdição. Portanto, a jurisdição pode ser definida como a atividade estatal que visa aplicar o direito ao caso concreto.

Cândido Rangel Dinamarco⁶⁴ entende que a jurisdição é conceituada numa visão tripla de elementos constitutivos. A natureza pública do processo e do direito processual possibilitam o entendimento do conceito de jurisdição como poder estatal no sentido de decidir imperativamente e impor decisões.

“À jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um *poder*, uma *função* e uma *atividade*. Na realidade, ela não é um *poder*, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual; assim como a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar. Como *função* a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios. A *atividade* jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento”.⁶⁵

As técnicas e critérios relativas à competência definem o exercício da função jurisdicional que é distribuído entre os inúmeros juízes existentes no país. Obviamente a jurisdição não é divisível, somente as atividades jurisdicionais são atribuídas a cada ente federado, sendo exercida pelo juiz competente, em conformidade com a Constituição e a lei. Por isso, conceitua-se competência jurisdicional como *quantidade de jurisdição entregue ao exercício de cada juiz ou tribunal (Liebman)*.

Seguindo os ensinamentos de Arruda Alvim,⁶⁶ o sistema de jurisdição coube ao Poder Judiciário, respeitada a separação orgânica das funções estatais que foram se definindo ao longo dos séculos, seguindo as condicionantes históricas e as diretrizes que criaram e instituíram o Estado moderno.

Assim, seria inútil a mera manifestação estatal no sentido de dizer o direito. A atividade somente se completa com a efetivação do direito que foi declarado. Desta forma, entende-se que a natureza da função jurisdicional é substitutiva.

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5. ed., v. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 297.

⁶⁵ *idem.*, *ibidem.*, p. 298.

⁶⁶ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 177.

“Afigura-se-nos que a função jurisdicional é de índole substitutiva. Se ela se destina a solucionar um conflito de interesses, tal como tenha sido trazido ao Estado-juiz, sob a forma e na medida da lide, deverá este afirmar, sentenciando, a existência de uma vontade concreta da lei, favoravelmente àquela parte que seja merecedora da proteção jurídica. Essa prestação jurisdicional, que soluciona a lide, para que seja realizada com eficácia imutável, terá que ter validade absoluta, porquanto, se não a tivesse, ainda, e de certa forma, perduraria o conflito e não teria havido substitutividade. Desta forma, em virtude da atividade jurisdicional, o que ocorre é a substituição de uma atividade/vontade privada, por uma atividade pública, que é a ‘vontade da lei’ a imperar”.⁶⁷

Assim, a autoridade da coisa julgada é que caracteriza a sentença, dando-lhe a característica da imutabilidade e possibilitando a referida substituição. Arruda Alvim prossegue em sua cátedra afirmando que são quatro as características marcantes da atividade jurisdicional: a primeira delas é a *terzietà* do juiz que é a característica segundo a qual ele deve ser desinteressado do litígio, sendo ocupante de órgão constitutivo do Poder Judiciário, devidamente nomeado. A *terzietà* tem como consequência, o afastamento do processo daquele juiz impedido ou suspeito, conforme consta no Art. 134 e seguintes do CPC, pois sua imparcialidade estaria comprometida, sendo a própria sentença ou acórdão sujeito a desconstituição através de ação rescisória, de acordo com o preceito contido no Art. 485, II do CPC. A segunda característica é aquela referente ao poder de que se está investido este terceiro, aplicando a norma ao caso concreto. A outra característica é a atividade jurisdicional que se dá através de um contraditório regular, implicando em obediência a um procedimento regular e preestabelecido. E finalmente, a última característica é a inércia inicial, conforme consta no Art. 2º e 262 do CPC, ou seja, somente através de pedido do interessado é que o juiz poderá agir no campo da jurisdição voluntária. Portanto, deve haver um pedido pré-ordenado para que o juiz possa instaurar um processo quando tiver sido provocado pela parte.

2.3. PROCESSO

Para se falar em processo, há que se mencionar, necessariamente, o tema ação e se fazer uma análise em paralelo, visto que, ação e processo possuem uma origem comum - o Direito Romano. Um instituto é o complemento, a viabilização, a efetivação da pretensão a que o outro dá origem.

⁶⁷ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 178.

Entretanto, seguindo os ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho,⁶⁸ o significado técnico moderno de *processo* não é de origem romana. Baracho explica que, apesar de utilizarem o vocábulo *processo*, os juristas romanos não lhes davam o sentido que lhe atribuem atualmente.

“Nos últimos séculos da Idade Média, o termo processo passou a ter novo significado. O processo como ação judiciária apareceu, primeiramente, no Direito Canônico, conforme mostram os escritos de Johannes Andréa e Von Buch que nos falam de *ordo iudiciarius sive processus iuris* e do *processus iudiciarius*. Processo significa o conjunto de atos, fatos ou operações que se agrupam de acordo com certa ordem, para atingir um fim, cujo objetivo fundamental é a decisão de um conflito de interesses jurídicos. Estes atos e formas, que movimentam a vida jurídica, fornecem-nos a primeira idéia de processo”.⁶⁹

Tentando compreender o processo no mundo contemporâneo, José Reinaldo de Lima Lopes⁷⁰ afirma que antes de existir o Estado Moderno, houve diferentes adjudicações ligadas a autoridades. Parece que a autoridade, nas sociedades do Oriente Antigo, por exemplo, estava entregue a conselhos de anciãos, respeitando parâmetros tradicionais e comunitários.

Nas comunidades ou aldeias do Oriente Antigo pareceu não existir a necessidade de regras formais, autônomas e abstratas. Em grande parte, as regras morais serviam de base para o controle social dessas comunidades.

O que se observa, a seguir, é o estabelecimento de relações de poder entre aldeias dando forma a cidades, federadas ou não, ou também a impérios, a solução dos conflitos não mais se restringia às autoridades das aldeias que cediam lugar às burocracias.

Assim, o Estado chama para si o “*ius punitiones*” e o exerce precariamente com critérios e decisões próprias, sem a interposição de um órgão ou pessoa imparcial e independente ao conflito de interesses.

Essa espécie de autotutela⁷¹ concretizava-se definindo situações extremamente injustas, em que as decisões eram deficientes e discricionárias, via de regra, garantindo a vitória do mais poderoso.

⁶⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 117.

⁶⁹ *idem.*, *ibidem.*, p. 117.

⁷⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 24-32.

⁷¹ Caracteriza-se pela ausência de um juiz imparcial e independente diante das partes onde a decisão de determinado litígio é imposta pelo mais forte.

Outra solução possível para os conflitos⁷² consistia na autocomposição,⁷³ de onde surgiu a arbitragem como solução das lides através da manifestação do árbitro, pautada em padrões acolhidos na convicção coletiva e nos costumes, quando plenamente aceito pelas partes conforme indicação mútua. Segundo essa visão histórica, surge o juiz antes do legislador.

Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito, satisfazendo-se simplesmente pela força, ou seja, realiza a sua pretensão. Já a autocomposição e a arbitragem, ao contrário, limitam-se a fixar a existência do direito. O cumprimento da decisão, naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial.

Não há literatura processual para contar a história do processo romano. Entretanto, através das narrativas de Cícero, Quintiniano e Gaio o processo romano pode ser estudado e foi possível reconstituí-lo. A história mostra que, no Direito Romano arcaico ou primitivo, o Estado já participava dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito preponderante no caso concreto de um conflito de interesses, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos.

No Direito Romano primitivo, o período arcaico e clássico resume-se no “*ordo iudiciorum privatorum*” (ordem jurídica privada), sendo esse o processo civil romano. O processo romano primitivo é essencialmente privado, apresentando-se em duas fases: a “*legis actiones*” que se estendeu desde épocas remotas (754 a 149 a.C.) até a metade do século II a.C., sendo dessa fase a Lei das XII Tábuas, que surgiu no ano 450 a.C.. Nessa fase, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de critério objetivo e vinculativo para suas decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Aqui surge a projeção da figura do legislador.

A outra fase é a do “*per formulas*” (149 a.C a 209 d.C) que vai até o século III d.C., havendo nessa fase formular a estruturação do processo como se constituindo em recitação oral de palavras rituais, através de fórmulas, que o magistrado redigia e entregava aos litigantes, de

⁷² LOPES, José Reinaldo de Lima. Introdução à história social e política do processo, in WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de história do direito, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 247-248.

⁷³ A autocomposição perdura residualmente até hoje no direito moderno. Quando uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou parte dele dá-se a autocomposição. Subdivide-se em desistência que é a renúncia à pretensão; submissão que enseja renúncia a resistência oferecida à pretensão e transação que são concessões recíprocas.

acordo com a ação que se pretendia instaurar, correspondendo a cada direito violado uma ação e uma fórmula diferente.

Durante esse período de justiça privada romana – “*ordo iudiciorum privatorum*”- duas são as características comuns às fases de “*legis actiones*” e “*per formulas*”: são os estágios “*in iure*” e “*apud iudicem*”. Esse primeiro estágio (“*in iure*”) é aquele em que os cidadãos compareciam perante o magistrado (pretor), comprometendo-se a aceitar a decisão.

O compromisso era necessário porque nessa época, o cidadão repudiava a ingerência do Estado ou quem quer que fosse nos negócios privados. Esse comparecimento e compromisso diante do pretor se chamava “*litis contestatio*” que significava o momento em que ocorria a lide, iniciando a relação jurídica.

A fase seguinte chamada “*apud iudicem*” é a que as partes escolhiam o árbitro (nomeação) de sua confiança – “*iudex unus*”, sem poder de império, que era investido pelo pretor para o encargo de decidir a causa. Após, a decisão retornava ao pretor (magistrado) para que fosse cumprida.

O sentido prático da palavra processo era medido pelo inter-relacionamento entre ação e direito. Somente a quem tinha a razão era admitida a “*actio*”, ou seja, o fato de ter ação indicava a titularidade do direito.

No período do “*ordo iudiciorum privatorum*”, durante a fase das “*legis actiones*”, priorizava-se a oralidade e havia uma certa rigidez dos esquemas das ações da lei, enquanto que na fase das “*per formulas*”, existiam inúmeros procedimentos de conteúdo flexível, admitindo-se uma maior liberdade do magistrado. O pretor redigia um documento chamado *edito* que fixava o objeto da demanda onde continha uma fórmula.

Nesse período, a produção probatória era ônus das partes, sendo que eram admitidos todos os meios de prova que criassem as condições necessárias ao magistrado para formar seu livre convencimento.

A prova documental foi adquirindo importância gradativamente. Entretanto, a confissão era muito valorizada e se equiparava a uma sentença em certas causas. Existia também uma proibição quanto aos testemunhos de parentes consangüíneos.

Finalizando esse período, o Estado aumenta sua participação na solução dos litígios, conquistando o direito à nomeação de árbitros que antes era indicado pelas partes, passando da fase de arbitragem facultativa para arbitragem obrigatória.

Inicia-se o período da “*cognitio extraordinem*” (209 a 468 d.C) onde o pretor (magistrado) passou a conhecer do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentenças, ao invés de investir um árbitro nomeado pelas partes. É o século III d.C.. Nesse período da história romana passou-se da justiça privada para a justiça pública.

No período da “*cognitio extraordinem*” as instâncias são unificadas e o procedimento se desenvolve inteiramente perante uma única autoridade estatal, um servidor do Estado, fazendo o papel de magistrado. A partir desse ponto, sua decisão, no novo sistema processual, é um comando vinculante de um órgão estatal e não mais mero parecer, sendo que sua atividade evidencia-se na atuação da autoridade do Estado através do “*ex auctoritate principis*”.

Nesta ocasião, o processo torna-se completamente público. Muito provavelmente, tais modificações promovidas pelo principado de Otaviano Augusto é que foram as responsáveis pelo surgimento da “*apellatio*”.

Essa última etapa na evolução do procedimento romano termina com as publicações ordenadas pelo imperador Justiniano, entre os anos de 529 a 534 d.C., que tornaram conhecida a definição de ação, elaborada séculos antes, primeiro por Celso e reproduzida depois, quase textualmente por Ulpiano: “*actio auter nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debeat*” (a ação nada mais é que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido).

Esta definição de Celso viria, séculos mais tarde, constituir a base de uma doutrina, que tendo entre seus maiores expoentes o civilista Friedrich Karl Von Savigny,⁷⁴ teve a adesão incondicional da maioria dos juristas até meados do século passado. Foi denominada de *teoria da ação imanentista, civilista ou clássica*.

O Estado, já bastante fortalecido, impõe aos particulares uma solução para cada conflito de interesse, surgindo a jurisdição. Pela jurisdição, onde o Estado tem o poder de dirimir conflitos

⁷⁴ Friedrich Karl Von Savigny nasceu em Frankfurt am Main (1779 - 1861), na Alemanha, consagrou-se como renomado jurista, pertencente a chamada Escola Histórica de Juristas. Sua obra mais famosa é O DIREITO DE PROPRIEDADE (*Das Recht des Besitzes*). Savigny buscou provar que no Direito Romano, posse tem sempre relação com *usucapião* ou com *interdições*, que não há um direito à continuidade da posse, mas apenas para a imunidade da interferência. A posse está baseada na consciência do poder ilimitado.

e pacificar pessoas, o juiz age em substituição às partes, estas fazendo agir, provocando o exercício da função jurisdicional por aquele, através do processo.

Aqui originariamente começa a surgir o conceito de processo que é o instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os litígios e fazendo cumprir o preceito pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.

É preciso ressaltar que, com o fim das tradições republicanas em Roma, verificou-se o esgotamento da tradição mais criativa e em seu lugar se erigiu um direito mais conservador, porque vinculado ao passado sobre os casos julgados. O Código Justiniano baseou-se nesse direito pós-clássico e pouco guardou do processo formular.

Com a descentralização de Roma, penetra na Itália o direito germânico, descaracterizando o processo romano. Surgiu então a palavra “Direito”, originária do idioma alemão “*das Recht*”.⁷⁵

A partir do século XI, o Direito Romano se recuperou através de um movimento cultural que ficou conhecido como Escola Jurídica de Bolonha e teve como objetivo fazer renascer o processo civil. Eis aí o processo longobardo que não consegue retornar ao processo romano original. Entretanto, tal processo contribui para a formação de um tipo de procedimento especial que conta com a participação do Papado, fazendo surgir uma nova linha de pensamento que se chamou Escola Judicialista. O processo romano-canônico oriundo do Direito Eclesiástico possuía um código com mais de cinco mil artigos.

A Escola Judicialista teve grande importância para as letras jurídicas. Desenvolve-se em torno da Universidade de Bolonha, inaugurando a literatura processual. Nessa fase surgem obras importantíssimas como a de Guillermo Durantis que publica seu trabalho denominado “*Speculi Iudicialis*”, em 1217. Logo após vem a contribuição de Jacobo de Las Leyes, publicando a obra “*Summa de los Nuevos Tempos*”, além de outros trabalhos.

Com o prestígio conquistado na Europa pela Escola de Bolonha, renasce definitivamente o direito processual romano. Surge na Alemanha a Escola dos Praticistas, trazendo obras como “*Instituciones Práticas de los Iudicium Civilis*” escrita por Conde de La Canada e o trabalho de Gomes y Nero, intitulado “*Prática Forense*”.

⁷⁵ *das Recht* significa (a reta), que fundamentava o questionamento bárbaro: Como os romanos julgam? Qual o caminho? Qual a reta (“*das Recht*”)?

A importância do processo canônico, segundo Lima Lopes,⁷⁶ na história do processo é a institucionalização dos recursos permitindo que as autoridades superiores pudessem corrigir ou policiar as autoridades locais. Na Europa continental esses procedimentos foram imitados pelos tribunais régios, cujas vantagens mais perseguidas foram o controle sobre autoridades locais, bem como as autoridades eclesiásticas.

Hermes Zaneti Júnior⁷⁷ afirma em sua cátedra que a Inglaterra seguiu caminho bastante diferente, desenvolvendo um sistema de normas centralizado nos juizes que eram considerados vinculados ao Rei. Em função dessa origem, não se estabeleceu um sistema de apelações e o máximo admitido era um pedido de revisão. Trata-se de interessante diretriz para a análise deste trabalho, tendo em vista que, principalmente a partir da fórmula republicana de controle do direito, o ordenamento jurídico brasileiro tem se constituído mais híbrido com as modificações da última década.

No continente europeu verificava-se ainda uma grande disputa entre juizes leigos e juizes letrados, impulsionando o desenvolvimento da prática jurídica por meio da regularização procedimental. As Ordenações Filipinas expressam muito bem o período.

Ocorre a Revolução Francesa e nasce a Escola Procedimentalista. O Código de Napoleão separa o direito substancial da legislação relativa a procedimentos. As obras de caráter procedimentalista dividem as matérias em campos como organização judicial, competência e procedimentos.

Essa escola cria o caráter científico estabelecendo uma ciência processual preocupada em analisar os fenômenos processuais, enquanto a literatura nessa fase promove uma análise exegética dos textos legais. Alcançam destacada posição no mundo jurídico os estudiosos Mattiolo (Itália), Cervantes (Espanha) e Garsonet (França).

O Processo Científico nasce na Alemanha através da Escola Científica que surgiu e ganhou espaço no mundo jurídico com a famosa e polêmica discussão dos juristas alemães Windschëid e Müther que debateram e criaram correntes de pensamento sobre o conceito de ação.

⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Introdução à história social e política do processo. in WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de história do direito, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 253.

⁷⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional. Modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: 2007, p. 55.

Enorme colaboração trouxe para a ciência jurídica os debates travados entre esses dois estudiosos. Bernhard Windschëid, professor da Universidade de Greifswald e Theodor Müther, professor da Universidade de Königsberg, no século XIX na Alemanha, entre os anos de 1856 e 1857, promovendo total reelaboração aos conceitos de ação e direito de ação.

Windschëid e Müther abordaram a ação romana desde a célebre definição de Celso, segundo a qual a ação era o direito de perseguir em juízo o que nos é devido (*actio auter nihil aliud est quam ius persecuendi in iudicio quod sibi debeatur*) até o direito contemporâneo, com a Escola Clássica (*teoria imanentista*).

Bernhard Windschëid publicou, em 1856, uma obra intitulada “*A ação no direito civil romano do ponto de vista do direito atual*”, que criou o marco inicial das doutrinas sobre a natureza jurídica da ação. Nessa monografia, Windschëid revolucionou a ciência jurídica ao discutir o paralelismo entre a *actio* romana e a ação moderna (*klage*) além da coordenação da *actio* com o direito subjetivo substancial, cuja tutela ela assegurava e abriu um debate que não se pode dizer encerrado.

Procurou também demonstrar que o conceito romano de *actio* não coincidia, em absoluto, com o conceito de ação (*klage*) no moderno direito germânico com a concepção dominante daquela época, que teve no civilista Savigny o expoente que lhe dera forma mais significativa (direito de acionar: o direito à tutela judicial, nascido da lesão de um direito). Sua marca indelével deveu-se em dizer que alguém tem uma *actio*, significa que alguém tem uma pretensão juridicamente reconhecível ou simplesmente, tem uma pretensão.

A expressão “alguém tem uma *actio*” significa traduzir em linguagem de nossa concepção jurídica, que alguém tem uma pretensão; não menos certo é que a *actio* serve, primordialmente, para designar, não a pretensão, senão o fato de se fazer valer essa pretensão diante dos tribunais.

Desenvolveu, dessa forma, sua pesquisa criando conceitos específicos e fronteiriços entre direito lesado e ação. Apesar de combater ideologicamente as idéias de seu opositor, acabou por aceitar algumas como, por exemplo, um certo *direito de agir, exercível contra o Estado e contra o devedor*.

Em 1857, Theodor Mütther consegue, através de brilhante trabalho científico, em ato de confronto a Windschëid, publicar uma obra intitulada “*Sobre a teoria da actio romana, do moderno direito de queixa, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações*”, defendendo idéias diametralmente opostas como, por exemplo, demonstrando que havia uma perfeita coincidência entre a *actio* romana e a *klage* germânica, distinguindo com nitidez direito lesado e ação, afirmando que da ação nasciam dois direitos de ordem pública que mereciam ser analisados com atenção: a) o direito do ofendido à tutela jurídica dirigida contra o Estado e a ser prestada por este; b) o direito do próprio Estado de eliminar tal lesão em detrimento de quem a praticou.

A palavra *agere* tinha como verdadeiro significado apresentar-se diante do *pretor*, falar, atuar em cooperação com o adversário. Era a *actio* um ato bilateral com que se iniciava o processo, ou mais exatamente, designaria não esse ato, senão o ritual do mesmo e especialmente a fórmula escrita do ritual. A *actio* é, pois, a fórmula da ação que deve se observar e se cumprir (*actio ad formam redacta*).

Quando desapareceram as *legis actio*, e com elas o comparecimento e a atuação solene das partes diante do *pretor*, os termos *agere* e *actio* subsistiram para significar o ato pelo qual o demandante iniciava o processo, e chegou inclusive a abarcar todo o procedimento que se desenrolava diante do *pretor*.

Esse procedimento encerrava-se com o conferimento da fórmula ao autor. A *actio* passou a ser fórmula da ação. No acionar do demandante, o mais importante era evidentemente o momento da *editio* da ação, na qual solicitava a fórmula para certos casos, pode se dizer que o autor teria uma pretensão a que se lhe conferisse essa fórmula, ainda antes desse conferimento, sempre e quando houvessem ocorrido as condições gerais, sob as quais se havia prometido a *actio*. O autor tem um direito a que se lhe outorgue a fórmula, ainda antes de sua *impetratio*, se bem que o pretor podia denegá-la quando não se dessem as condições sob as quais a prometeu.

Esta produtiva polêmica alcançou como resultados o avanço da ciência jurídica que ignorava tais conceitos e carecia de nova visualização para o conceito de ação. Na verdade, duas teorias que aparentemente eram contrárias, tornaram-se homogeneizadoras de uma só corrente filosófica.

Desta época em diante, o mundo jurídico adquiriu uma nova ótica para visualização da natureza jurídica da ação: *a teoria da ação como direito autônomo*. Também ficou conhecida como teoria do direito concreto à tutela que surgiu afastando o conceito civilista e colocou a ação como um direito autônomo, distinto de qualquer outro direito subjetivo.

A essa altura do desenvolvimento da ciência jurídica, já não se admitia o conceito ortodoxo dos civilistas que afirmavam ser a ação reconhecida somente quando uma decisão judicial a homologasse.

Os militantes dessa escola raciocinaram com a idéia de que só há exercício do direito de ação se o querelante, autor ou postulante obtiver sentença favorável em seu pleito. Entretanto, é contraditória tal idéia, posto que, em caso de sentença denegatória do mérito ou simplesmente indeferimento do pedido pleiteado sem julgamento do mérito, o postulante mobilizou a máquina judiciária onde se desenvolveu toda a marcha processual.

É o caso das ações declaratórias negativas e as ações julgadas improcedentes onde há ação sem que exista um direito que a legitime. E foi a partir deste raciocínio que essa corrente de pensamento fragmentou-se em duas: *a teoria da ação como direito autônomo absoluto* e *a teoria da ação como direito autônomo relativo*. Também contribuiu para o surgimento dessa escola a obra *Teoria das Exceções Processuais*, de Oscar Von Bulöw, implicando em determinar a autonomia da ciência processual.

A busca da instrumentalidade do processo junto ao direito material, segundo a visão marcante da terceira etapa de evolução, impõe que o culto exagerado às formas seja abolido para valorizar-se o binômio *processo x direito material* que, através da *relativização* de tutelas aptas a se enquadrarem ao direito material, quebrassem a supremacia e hegemonia absoluta do *ordo iudiciorum privatorum*, encerrando-se um período de cognição exauriente e plena.

Agora o que mais se destaca é o caráter instrumental do processo. A técnica processual terá sempre um papel importante na efetividade da jurisdição. Entretanto, quando se compara as características do processo relativas a certeza, a segurança jurídica e a celeridade, o sistema normativo tem se orientado, cada vez mais, para a celeridade, inclusive no processo penal onde a demanda por segurança jurídica é um dogma quase que intocável.

O requinte na utilização das formas processuais é perfeitamente louvável, embora seu exagero deponha contra a celeridade e, conseqüentemente, afastando o resultado da efetividade. A técnica processual somente tem importância se estiver voltada para a busca da efetividade da jurisdição. As formas processuais só têm sentido na medida em que cumpram uma finalidade.

Após esta brevíssima abordagem histórica que analisou e sedimentou a caminhada evolucionista do processo, pode-se prever e avaliar sua atual tendência na busca pela integral instrumentalidade que se insere no Estado Democrático de Direito.

Os valores mais significativos do processo diante desta nova realidade democrática é a sumarização das tutelas e a execução forçada. Portanto, a tradição que foi legada através do Direito Romano, acabou por potencializar-se durante o Estado Liberal. Assim, uma das maiores críticas direcionadas ao atual sistema processual é a mínima adaptação da cognição padrão do processo de conhecimento clássico diante das novas exigências sociais no campo jurisdicional.

A exagerada demora do processo (conhecimento e execução) é um dos grandes problemas enfrentados pela estrutura judicial e motivo da enorme insatisfação dos jurisdicionados. O litigante padece da angústia, principalmente aquele que tem razão no litígio, de imaginar o bem que lhe pertence perecer, visualizando a via processual como um caminho pouco atraente, tendo em vista que não traz a solução em tempo hábil, além de extremamente dispendiosa, sob o manto da *legalidade institucionalizada* de juízes e serventuários despreparados ou desidiosos que se escondem atrás de inúmeros prazos e uma seqüência de recursos que parecem intermináveis.

É bom enfatizar com veemência um voto de louvor àqueles magistrados e serventuários abnegados ao trabalho, dedicados ao extremo, às vezes com o sacrifício do convívio com a própria família, que lutam heroicamente para mudar essa realidade anacrônica de ineficiência da justiça brasileira. Os dados estatísticos comprovam essa amarga realidade.

O jurisdicionado não tem condição de compreender e muito menos aceitar que todos esses prazos e recursos a serem cumpridos são exatamente a projeção de valores que existem para proteger seus direitos individuais. O devido processo legal e a ampla defesa são princípios que nasceram para resguardarem direitos, mas também são usados para justificar a excessiva demora no trato com as atividades processuais. Triste e inaceitável incoerência.

É inaceitável colocar em confronto os valores segurança jurídica e celeridade. A sumarização de tutelas talvez seja o caminho adequado para a busca de um novo paradigma ou o redescobrimto de uma tutela de urgência que possa sanar tal lacuna.

As novas tendências que delimitam os preceitos contidos nos Arts. 273, 461-A e 745-A do CPC⁷⁸ e também o Art. 84 do Código de Defesa do Consumidor – CDC,⁷⁹ Lei n.º 8.078, de 11.11.1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, demonstram a evolução alcançada nos últimos anos.

Portanto, o caminho seguro trilhado pelo processo em todo o mundo, conforme apontam o desenvolvimento das doutrinas e os recentes parâmetros evolutivos, seguem a tendência da

⁷⁸ Art. 273. *O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)*

Art. 461-A. *Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)*

§ 1º *Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)*

§ 2º *Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)*

§ 3º *Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)*

Art. 745-A. *No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 6.12.2006).*

§ 1º *Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 6.12. 2006).*

§ 2º *O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subsequêntes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 6.12. 2006).*

⁷⁹ Art. 84. *Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

§ 1º *A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.*

§ 2º *A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).*

§ 3º *Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.*

§ 4º *O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.*

§ 5º *Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.*

sumarização da cognição e a ampliação dos mecanismos de execução, aliados a nova face dos direitos difusos e coletivos que têm imposto um novo parâmetro de plena legitimação.

As perspectivas e novas tendências para o processo penal passam pela sensibilidade de entender que é essencialmente necessário se proteger os direitos individuais do acusado, tendo em vista que o princípio da inocência lhe garante ampla proteção, tendo em vista a indisponibilidade máxima dos direitos relativos à pessoa humana.

Entretanto, isso não pode obstacularizar a celeridade processual ou posicionar-se de forma antagônica a ela, tendo em vista que a efetividade é fruto da agilidade processual. A criação dos juizados especiais criminais se transforma em um bom exemplo de que é possível gerir procedimentos céleres sem abrir mão da segurança jurídica.

No processo penal não há como se implementar procedimentos semelhantes à antecipação de tutela ou à sumarização de ritos. Portanto, jamais poderia se efetivar uma execução provisória da pena, posto que, o princípio da inocência e o altíssimo valor que se deve atribuir à liberdade humana, impedem tal prática.

Assim, a instrumentalidade processual a ser aplicada no processo penal abrange a idéia de fortalecimento dos mecanismos de garantia dos direitos individuais que estão consagrados na CF 1988. Desta forma, o Estado deve providenciar todos os meios de defesa ao acusado (que ainda não pode ser visto como condenado) para que esse possa defender-se amplamente e com agilidade, promovendo seus direitos individuais materiais e processuais, exercitando os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Neste ponto da análise que este trabalho implementa, torna-se imprescindível utilizar-se dos ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho⁸⁰ que leciona sobre os preceitos essenciais de relacionamento entre o direito constitucional e o direito processual, criando, com pioneirismo, um trabalho que interliga *Constituição e processo*. Trata-se de uma obra de direito comparado que analisa a constituição austríaca, segundo os ensinamentos de Hans Kelsen, bem como na tradição alemã, portuguesa, espanhola e italiana.

A conclusão que se chega ao se analisar toda a seqüência evolutiva do processo é a percepção das nítidas transformações sofridas pela ciência processual. Talvez haja alguma dificuldade

⁸⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Fórum, 2006, *passim*.

para os operadores do direito identificarem e valorarem essas alterações e mudanças nas relações sociais, tendo em vista serem elas, bastante sutis em determinados casos. Somente o historiador competente pode delinear e julgar um fato do passado com a precisão devida.

O jurista cauteloso deve se cercar desses estudos para captar qual a tendência histórica e que direção deve seguir. Desta análise consciente depende a tomada de posição correta que irá contribuir ou não para o progresso da sociedade humana. Observando atentamente o desenvolvimento do direito em seu tempo, poderá o operador do direito influir em sua direção, inclusive moldá-lo para determinadas condutas éticas.

O desenvolvimento do direito não se resume a obra do legislador, mas soma-se à prática jurídica cotidiana. Por isso que deve ser entendida a ciência processual como uma tendência que se amolda às políticas constitucionais que indicam parâmetros a serem seguidos e anunciam a transformação de concepções jurídicas clássicas. Portanto, o processo se mostra como uma manifestação da tensão social e das necessidades sociais como um apelo para que sejam eliminadas de maneira eficiente o mais urgente possível.

Assim, conclui-se esta brevíssima abordagem histórica sobre o trinômio sistemático que possibilitará uma análise minuciosa e direcionada para o objetivo principal deste trabalho que é a função social do processo.

3. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin⁸¹ elabora a sua Teoria dos Princípios,⁸² atingindo vários aspectos centrais dos temas que estão sendo debatidos atualmente pelos estudiosos do direito, teorizando a partir do sistema jurídico conhecido como “*common law*”. Essa teoria tem sido considerada de fundamental importância nas discussões da atualidade, tendo em vista tratar-se de uma doutrina que aborda questões consideradas uma evolução na elaboração do conceito de direito, do seu âmbito de validade e dos seus processos de aplicação.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal – STF, na qualidade de autoridades judiciárias da mais alta corte do país, posicionado como o tribunal guardião da Constituição, têm-se manifestado em diversas ocasiões utilizando-se das teses de Dworkin, Habermas, Alexy, Luhmann, Rawls e outros filósofos do Direito, para fundamentarem suas decisões, votos e relatórios que, por via de consequência, são aplicados através da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

Desta forma, pode-se citar como ilustrativo exemplo, a crescente utilização do *método da ponderação* nos julgamentos proferidos pelo STF, representando uma mudança no rumo da interpretação efetuada pelos tribunais, equivalente à adoção de uma nova hermenêutica na jurisprudência. No julgamento do crime de racismo e anti-semitismo, *HC n.º 82.424-RS*, foi utilizada a teoria de Alexy. Tal caso logo ganhou notoriedade, tendo em vista tratar-se de um suposto conflito entre o *princípio da liberdade de expressão* e o *princípio da dignidade da pessoa humana*, envolvendo a acusação de prática de racismo, durante a publicação de livros anti-semitas. As bases da ponderação foram bem explicitadas mediante votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Outro exemplo da utilização de princípios é o discurso⁸³ proferido em 23.04.2008 pelo Ministro Celso de Melo na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente do STF que enfatizou tratar-se de uma necessidade institucional o ativismo judicial e que é um

⁸¹ Ronald Dworkin é jusfilósofo, nascido em 1931, Worcester, Massachusetts, EUA, atualmente leciona a disciplina Teoria do Direito na University College London e na NY University School of Law, sendo considerado o sucessor de Hart e um dos principais representantes da filosofia jurídica anglo-saxônica.

⁸² A Teoria dos Princípios visa legitimar internamente o sistema jurídico, buscando a elaboração do conceito de direito, sua validade e pressupostos de aplicação.

⁸³ MELO, Celso de. Discurso proferido na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência do STF em 23 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 22 jul. 2008.

fato inquestionável a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais, traduzindo-se em inaceitáveis gestos de desprezo pela Constituição, caracterizando um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a CF 1988.

Justifica também o exercício do poder, utilizando-se de princípios, afirmando que esse não pode ser exercido de forma ilimitada, sendo que no Estado Democrático de Direito, não há lugar para o poder absoluto.

“Como sabemos, o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos poderes da república (ou daqueles que os integram) sobre os demais órgãos e agentes da soberania nacional”.⁸⁴

Assim, os estudos de Dworkin, elaboram um conceito de direito partindo das deficiências encontradas na teoria de Herbert Lionel Adolphus Hart⁸⁵ sobre o positivismo jurídico, afirmando que ele errou ao considerar que o direito é um sistema de regras que busca sua validade no que denominou de “*teste de pedigree*”, sem atribuir relevância ao seu conteúdo normativo. Ao conjunto dessas regras devem estar inclusos todos os casos e as exceções não poderão ser decididas mediante a aplicação do direito, mas através de um certo poder discricionário do juiz, baseado em seu discernimento pessoal.

Hart afirma que o caso aparentemente fácil e solucionado para o direito, muitas vezes não se soluciona assim. Sua oposição à Dworkin se expressa afirmando que a textura aberta do direito ao invés de propor um sistema dotado de completude.

Assim, o direito não pode ser visto como uma obra completa e acabada, ao contrário, deve permitir que mesmo em situações que, em princípio, apresentam-se como fáceis, seja possível debater os valores que devem apontar a sua correta aplicação.

⁸⁴ MELO, Celso de. Discurso proferido na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência do STF em 23 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 22 jul. 2008, p. 15.

⁸⁵ Herbert Lionel Adolphus Hart foi jusfilósofo (1907 - 1992), sendo um dos mais influentes do século XX. Autor da obra *O Conceito de Direito*, lecionou a disciplina *Teoria do Direito* na Oxford University, tendo desenvolvido uma sofisticada teoria sobre o positivismo jurídico, além de prestar relevantes contribuições à filosofia política.

Acrescenta que não pode o legislador se antecipar aos acontecimentos, determinando o exato alcance das normas jurídicas. Por isso, os juízes estariam sempre e em certa medida, gozando de discricionariedade nas decisões que devem tomar. Assim, o direito seria em parte criado pelos legisladores, restando certa margem para que os juizes complementassem o seu alcance prático. A síntese desse raciocínio é que Hart entende o direito como obra lacunosa, não devendo ser visto como um limite à atuação judicial.

“A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”.⁸⁶

Entretanto, a teoria de Hart deixa alguns questionamentos sem resposta e reveste-se de sua característica pragmática para analisar os casos considerados difíceis (*hard cases*), onde o juiz poderia utilizar-se de qualquer dos princípios disponíveis, finalizando por escolher aquele que lhe parece mais conveniente e adequado ao caso, apesar de Dworkin afirmar que existe um elenco de critérios para evitar tal situação. Aparentemente, a discricionariedade da escolha permanece como única forma de se evitar, a todo o momento, demonstrada a falha na legislação, reenviar matéria ao Poder Legislativo para exame e votação.

Neste ponto da análise, abre-se uma janela para os ares de novos temas como a *súmula vinculante*, que foi introduzida recentemente no ordenamento jurídico através da *Emenda Constitucional - EC n.º 45, de 8.12.2004*, que trouxe a chamada reforma do judiciário. Nesse aspecto, a teoria de Hart se apresenta bastante atual caso o raciocínio seja formulado no sentido de que o poder de legislar estaria sendo invadido pelo Poder Judiciário, à medida que se impõe uma única forma de interpretar, verticalizando as decisões no sentido de torná-las semelhantes às leis a serem seguidas.

Diante desse ângulo de visão, a discricionariedade dos tribunais superiores atribui-lhes o poder de criar o direito, surgindo o questionamento se não estaria sendo usurpada a função legislativa. Existe a necessidade de se buscar uma resposta, pois como poderá o juiz criar o direito sem violar o *princípio da separação dos poderes*. Assim, procura-se uma explicação convincente para definir onde começa a *função criativa do juiz* e onde termina a *função do legislador*.

⁸⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989, p.148.

Dworkin é um crítico implacável e rigoroso das escolas positivista e utilitarista, baseando-se na filosofia de John Rawls⁸⁷ e nos princípios do liberalismo individualista, pretendendo construir uma teoria geral do direito que não exclua nem o argumento moral nem o argumento filosófico.

Contrariando as teses de Jeremy Bentham,⁸⁸ propõe a tese principal por ele próprio denominada de Teoria Liberal do Direito, baseada nos direitos individuais, o que significa que sem direitos individuais não existe o direito.

É através da reflexão filosófica, política e jurídica atual que se vislumbra a superação do positivismo jurídico metodológico que domina a comunidade européia (academicismo e seu método da abstração generalizante), podendo se demonstrar as conexões necessárias entre o direito, a moral e a política para se construir uma teoria dos direitos baseada no direito à igualdade que difere das teorias puramente positivistas e leva a discussão à construção do argumento moral e dos direitos morais. A mencionada teoria reabilita o liberalismo radical igualitário como uma filosofia política determinada e coerente, distinta na estratégia do liberalismo tradicional, mas com um núcleo moral e político justificador do novo liberalismo progressista.

A teoria jurídica, além das funções cognoscitivas, também tem funções práticas de adequação do direito à mudança social. A utilização das capacidades humanas para resolver problemas justifica a existência da teoria jurídica, permitindo propor e resolver problemas de forma nova, através de seu aparato analítico.

Dworkin afirma que sua teoria, numa visão utilitarista, sustenta o direito e suas instituições voltadas ao serviço do bem estar geral e, desta forma, definiu *política*⁸⁹ como um objetivo a ser alcançado e *princípio*⁹⁰ como um padrão de justiça e equidade.

⁸⁷ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000, *passim*. RAWLS, John. A Theory of justice. Oxford University Press, 1996, *passim*.

⁸⁸ BENTHAM, Jeremy. *apud* HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 118. BENTHAM, Jeremy. *apud* HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 116.

⁸⁹ Para Dworkin, política estabelece um objetivo a ser alcançado, sendo aquele tipo de padrão que, geralmente, tem por objetivo a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

⁹⁰ Princípio é um padrão que deve ser observado porque trata-se de uma exigência de justiça ou equidade, inclusive buscando alguma outra dimensão da moralidade, independentemente de promoção de uma situação econômica, política ou social, considerada desejável.

A Teoria dos Princípios tem uma grande importância na discussão contemporânea, tendo em vista a legitimação interna do sistema jurídico, representando uma evolução para a elaboração do conceito de direito, de sua validade e de seus processos de aplicação.

Dworkin traz uma idéia de integridade, inovando com uma doutrina que questiona como deve ser compreendido o direito. Na visão dworkiana, o direito deve ser compreendido como um complexo de normas que tem como peculiaridade o poder de apresentar soluções jurídicas a quaisquer situações de fato, mesmo que tais casos pareçam não estarem regulados diretamente pelo ordenamento jurídico, por isso, sendo exigido que o direito seja visto como um sistema completo.

Quando Dworkin analisa esta nova visão integralista do direito,⁹¹ busca explicação em ensinamentos pós-positivistas sobre aquilo que é entendido como normas jurídicas que se subdividem em regras e princípios para tentar alcançar o fundamento de sua sustentação que é a integridade do direito.

As teses de Dworkin tem sido objeto de estudo e implementadas na jurisprudência e na doutrina brasileiras, inclusive, tendo conceitos de direito elaborados a partir da constatação de que os juízes não decidem somente com base em regras. O direito não seria um sistema exclusivamente composto de regras, mas um sistema composto de regras e princípios.

Portanto, o conceito de direito para Dworkin é composto de duas variáveis distintas que são as regras⁹² e os princípios.⁹³ As regras utilizam-se dos fundamentos apontados pelos princípios. Os princípios são normas que merecem um enorme destaque no ordenamento jurídico, tendo em vista que servem de fundamentos norteadores para a correta interpretação e aplicação do direito. Os princípios são como vetores a coordenar o sistema jurídico, não sendo possível uma aplicação direta, tendo em vista que, não possuem uma hipótese de incidência direta que decorresse uma consequência jurídica imediata. Portanto, os princípios seriam uma espécie de diretriz, um fundamento normativo, com o objetivo de alcançar a regra de direito mais adequada a ser aplicada no caso concreto.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271.

⁹² As regras são normas válidas ou inválidas apenas pelo fato de estarem de acordo ou não com a norma de reconhecimento que Dworkin chama de *teste de pedigree*.

⁹³ Os princípios não obtêm sua validade pela recondução a uma norma fundamental ou a uma norma de reconhecimento, mas é retirado da *praxis* do tribunal ou de um conjunto de regras e tem sua validade declarada no caso concreto e somente nesta instância poderá ter também o seu peso avaliado.

Humberto Ávila⁹⁴ também traz sua contribuição sobre o estudo evolutivo das normas afirmando que os princípios trazem em si um verdadeiro conteúdo axiológico e se complementariam com o comando das regras, sendo que, os princípios se submetem a uma ponderação entre si com a finalidade de determinar qual deles prevaleceria diante de determinado caso concreto.

A proposta inovadora de Dworkin estabelece uma modificação profunda no cenário do estudo das normas jurídicas, promovendo um verdadeiro ataque ao positivismo. Assim, introduz um processo complexo de interpretação judicial para fazer jus à exigência de que somente o fechamento operacional, ou seja, a utilização de técnicas interpretativas adequadas, garante a abertura para a cognição, diante do papel do juiz na aplicação do direito.

O exemplo mais famoso citado por Dworkin que se popularizou entre os estudiosos desta área é o caso *Riggs contra Palmer (115 N. Y. 506, 22 N. E. 188)*, em 1889, onde um tribunal de Nova Iorque julgou se teria direito a receber herança um cidadão que havia assassinado seu avô com esse objetivo, estando ele devidamente nomeado no testamento da vítima. Assim, o tribunal decidiu contrariamente à intenção do herdeiro assassino.

“O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: 'É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os feitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concebem essa propriedade ao assassino.' Mas o tribunal prosseguiu, observando que 'todas as leis e contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime'.⁹⁵

Outro clássico exemplo é o caso *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc (32 N. J. 358, 161, A 2 D 69)*, em 1969, onde o tribunal de Nova Jérsei enfrentou a questão no sentido de definir se determinado fabricante de automóveis poderia limitar os termos de sua responsabilidade a respeito de veículo defeituoso fabricado por sua indústria.

Apesar do autor da ação ter assinado um contrato prevendo a responsabilidade do fabricante limitada apenas ao conserto das partes defeituosas do veículo, o citado autor alegava que, especificamente nas circunstâncias do seu caso, estaria o fabricante obrigado a arcar com as

⁹⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26-31.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 25.

suas despesas médicas e de terceiros que haviam se envolvido em acidente ocorrido em função do referido defeito no automóvel e, desta forma, não deveria o fabricante ser protegido por regras de um contrato injusto.

“Não obstante isso, o tribunal concordou com Henningsen. Em vários pontos de sua argumentação, o tribunal apela aos seguintes padrões: '(a) Devemos ter em mente o princípio geral de que, na ausência de fraude, aquele que não lê o contrato antes de assiná-lo, não pode, mais tarde, minimizar seus encargos. (b) Na aplicação desse princípio, o preceito básico da liberdade das partes competentes para contratar é um fator importante. (c) A liberdade de contratar não é uma doutrina tão imutável a ponto de não admitir nenhuma ressalva na área que nos concerne. (d) Em uma sociedade como a nossa, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e na qual o seu uso é tão cheio de perigos para o motorista, os passageiros e o público, o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de seus carros. Conseqüentemente, os tribunais devem examinar minuciosamente os contratos para ver se os interesses do consumidor e do público estão sendo tratados com equidade. (e) Existe algum princípio mais familiar ou mais firmemente inscrito na história do direito anglo-americano do que a doutrina basilar de que os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de iniquidade e injustiça? (f) Mais especificamente, os tribunais em geral recusam a prestar-se a garantir a execução de uma 'barganha' na qual uma parte aproveitou-se injustamente das necessidades econômicas da outra”.⁹⁶

Portanto, tais exemplos demonstram claramente a diferença entre regras e princípios com base em sua natureza lógica, ou seja, as regras devem ser aplicadas à maneira do tudo-ou-nada (*all or nothing fashion*), sendo válida ou inválida, podendo conter exceções, enquanto que os princípios são aplicados através de uma política que os direcionam para um fim específico.

Um princípio como “*nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos*” enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, inclusive pode haver outros princípios que, ponderados em conjunto com o primeiro, levará a questão para outro entendimento.

Prosseguindo, deve-se analisar também a dimensão do peso ou importância dos princípios que as regras não têm. Nota-se que, quando os princípios se entrecruzam, deve-se levar em consideração a força relativa de cada um e a prevalência daquele que vai solucionar o conflito.

É necessário entender também que, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar uma mudança e deixar de aplicar a regra específica para determinado caso. Se fosse assim, nenhuma regra estaria a salvo e sucumbiria à força dos princípios.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 38-39. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 26.

“É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma, já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada”.⁹⁷

Dworkin procura demonstrar que os juízes, em suas sentenças, lançam mão de outros padrões além das regras que são os princípios. As regras possuem exceções que se encontram previstas no sistema normativo.

Entretanto, prossegue em sua cátedra argumentando que uma regra e sua exceção podem ser consideradas uma só regra como, por exemplo, o crime de homicídio e suas excludentes de criminalidade, partindo-se do pressuposto que os princípios não contêm exceções, sendo utilizados para abranger todos os casos, inclusive aquelas exceções não previstas pelas regras.

Dworkin segue demonstrando as diferenças entre regras e princípios e essa explicitação acaba por demonstrar como o sistema jurídico atua na formação da redundância, tendo em vista que a outra forma de considerar o problema (criar nova regra) é entender que o juiz, ao propor modificação da doutrina existente, está fazendo a partir do momento em que considera alguns padrões importantes (princípios) que estão opostos à doutrina anteriormente estabelecida para apreciar a *supremacia do Poder Legislativo* que são um conjunto de princípios que criam uma exigência na qual todos os tribunais devem demonstrar uma *deferência limitada* pelos atos do Poder Legislativo.

A equidade e a eficiência que são derivadas da consistência fazem parte de um conjunto de princípios que irradiam a doutrina do precedente. Enganam-se aqueles que pensam ser possível para os juízes escolher dentre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas aquelas que mais lhe convém ou agradem.

Ao contrário, o magistrado está adstrito ao peso e à ponderação de cada conjunto de princípios, porque se fosse diferente o entendimento e cada juiz pudesse fazer sua própria opção, não restaria regra que fosse considerada obrigatória.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 59-60. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 47.

Em contraponto, se o Estado acusa um cidadão de ter cometido um crime, terá a obrigação de provar e dar a ele a oportunidade de ser processado, independentemente do custo financeiro decorrente dessa atividade processual, passando por um procedimento justo e que respeite os direitos individuais.

“As pessoas tem um direito profundo de não ser condenadas por crimes de que são inocentes. Se um promotor acusasse uma pessoa que ele soubesse ser inocente, não seria justificativa nem defesa dizer que condenar a pessoa pouparia à comunidade certo gasto ou que, de alguma outra maneira, promoveria o bem-estar geral. Mas, em alguns casos, é incerto se alguém é culpado ou inocente de algum crime. Decorre daí, do fato de que cada cidadão tem o direito de não ser condenado se for inocente, que ele tem direito aos processos mais exatos possíveis para pôr à prova sua culpa ou inocência, não importa quão dispendiosos esses processos possam ser para a comunidade como um todo?”⁹⁸

Desta forma, quando o Poder Legislativo aprova uma lei, ele está convicto que a comunidade se beneficiaria como um todo unitário, numa espécie de solução utilitarista, ou seja, a lei foi aprovada por questões de princípio e não de política.

3.1. A LEGITIMAÇÃO INTERNA DO SISTEMA JURÍDICO

Antes de iniciar qualquer análise do ponto de vista da legitimação interna do sistema jurídico, será necessário ressaltar o modo pelo qual um juiz se posiciona quanto ao seu poder discricionário.

Segundo Dworkin, os positivistas buscaram a origem de poder discricionário na linguagem ordinária, onde se pode notar que tal conceito só se encaixa perfeitamente à medida que pode ser entendido como determinado empregado que foi incumbido de tomar uma decisão baseada em padrões previamente estabelecidos por uma autoridade superior ao mencionado empregado. Dworkin utiliza-se de uma metáfora para explicitar seu raciocínio.

“Tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições. Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: ‘poder discricionário de acordo com que padrões?’ Ou poder discricionário com relação a qual autoridade?’. Em geral, a resposta será dada pelo contexto, mas em alguns casos uma autoridade pode ter poder discricionário de um ponto de vista, mas não de outro.”⁹⁹

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 105.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 39.

Prosseguindo na análise, a comunidade ideal para Dworkin somente existe *concretamente* na decisão judicial. Quando se busca a prática, percebe-se que ela é um exemplo de como o sistema jurídico reconstrói o entorno a partir de seu próprio código.

Para Dworkin, o juiz é um jurista idealista que deve se guiar pelos parâmetros de um juiz especial, extremamente forte e potencialmente perfeito, que ele denominou de Hércules,¹⁰⁰ sendo essa terminologia (Hércules) a interpretação como símbolo que o sistema jurídico cria para representar a “*autopoiesis*”,¹⁰¹ legitimando seu próprio procedimento.

“Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a que chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”¹⁰².

A imagem do Hércules aparece pela primeira vez na obra de Dworkin em *casos difíceis (hard cases)*,¹⁰³ tendo como rival o juiz Herbert, que recepciona a teoria da decisão judicial, propondo-se a aplicá-la em suas decisões.

“Imaginemos outro juiz, a quem chamaremos de Herbert, que aceita essa teoria da decisão judicial e se propõe a aplicá-la em suas decisões. Herbert pode acreditar, ao mesmo tempo, que as mulheres têm um direito preferencial de abortar seus fetos, e que a maioria dos cidadãos pensa de outra forma. A presente objeção sustenta que ele deve resolver esse conflito tomando partido da democracia, de modo que, ao exercer seu poder discricionário para decidir os casos de aborto, deve decidir em favor das leis que o proíbem. Herbert pode concordar, e neste caso deveríamos dizer que pôs de lado sua moralidade em favor da moralidade do povo. Esta é, na verdade, uma maneira ligeiramente enganosa de colocar as coisas. Sua própria moralidade tornou decisivo o fato de que as pessoas têm um ponto de vista particular; ele não teve que se retratar para favorecer a substância dessa concepção. Por outro lado, Herbert poderia divergir. Herbert pode acreditar que os direitos preferenciais em geral, ou este direito em particular, devam prevalecer contra a opinião popular, inclusive no poder legislativo, de tal modo que, ao exercer seu poder discricionário, ele tem o dever de declarar inconstitucionais essas leis”.¹⁰⁴

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 153.

¹⁰¹ *autopoiesis* é a autoprodução do direito, através das interpretações como forma de legitimar o seu próprio procedimento.

¹⁰² DWORKIN, Ronald. *ibidem.*, p. 165. DWORKIN, Ronald. *ibidem.*, p. 153.

¹⁰³ *idem.*, *ibidem.*, p. 127-132. *idem.*, *ibidem.*, p. 115.

¹⁰⁴ *idem.*, *ibidem.*, p. 195-196. *idem.*, *ibidem.*, p. 183.

Hércules aparece novamente no livro *O Império do Direito (Law's Empire)*¹⁰⁵ tendo como rival o juiz Hermes, que defende a interpretação das leis conforme a intenção do legislador. Dworkin utiliza este artifício para explicar, passo a passo, como deveria acontecer toda a prática interpretativa. De qualquer forma, reconhece que o juiz real não poderia realizar sua tarefa da mesma forma que Hércules, mas propõe que ele seja um exemplo a ser seguido.

Dworkin reserva boa parte de suas análises para os chamados *casos difíceis (hard cases)*, afirmando que o positivismo jurídico fornece uma teoria para os casos difíceis, trazendo solução para aquelas situações em que a ação judicial não se enquadra em uma regra específica de direito.

Assim, surge a possibilidade de o juiz utilizar-se de um certo *poder discricionário* para decidir o caso de um jeito ou de outro. Segundo Dworkin, tal teoria é completamente inadequada, tendo em vista que, o juiz legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*). Mesmo quando não há regra clara a regular o caso, o juiz continuará tendo o dever de descobrir quais são os direitos das partes, inclusive nos casos difíceis, e não de inventar novos direitos retroativamente.

O entendimento de Dworkin é que a teoria da decisão judicial deveria ser mais sofisticada e contemplar o julgamento. Entretanto, o que se percebe é o julgamento sempre à sombra da legislação. Assim, os juízes não devem criar um novo direito, mas aplicar o direito criado por outras instituições.

“As leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”¹⁰⁶.

Dworkin afirma que os juízes não são legisladores delegados porque se parte do pressuposto que eles sentenciam baseados em decisões políticas já tomadas por outras pessoas, respondendo a fatos e argumentos com a mesma natureza daquela anteriormente instituída pelos legisladores. É um tipo de subordinação mais profunda que se caracteriza como

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, *passim*.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 116.

conceitual e política, através da qual se deduz não estarem agindo por iniciativa própria, mas subordinados ao poder maior.

“Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecimento pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas (...) Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípios justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade, consideração e respeito, é um argumento de princípio”.¹⁰⁷

Na jurisprudência brasileira começam a surgir casos em que os magistrados utilizam-se dos princípios, inclusive fundamentando suas decisões com as teses de Dworkin, como é exemplo o *Processo n.º 2001.30.00.000560-5*,¹⁰⁸ sendo requerente o *Ministério Público Federal contra Jornal Folha de São Paulo*, onde se postula a busca e apreensão na sede do citado jornal, de material jornalístico que sirva de prova de infração penal, onde parlamentares federais em 1997 haviam votado em favor de emenda na reeleição presidencial mediante suborno (compra de votos) em incidente que resultou no processo de cassação de deputados federais.

O magistrado fundamenta sua decisão formulando raciocínio que explica a utilização de *argumentos de política e argumentos de princípios*. Os argumentos de política se referem às normas elaboradas em benefício da sociedade na amplitude de toda a comunidade abrangida pela norma. Os argumentos de princípio tratam da norma específica em defesa de um direito individual, do direito de um grupo contra uma pessoa, um grupo, uma sociedade ou mesmo contra o governo.

O juiz desse caso argumentou que o direito ao sigilo da fonte se apresentava como argumento de política, tendo em vista que o interesse coletivo que se protege e até estimule informantes a denunciarem casos de corrupção ou má conduta de agentes públicos, deve ser incentivado. A ninguém é garantido o direito individual à não colaborar com o Estado na identificação de crimes e sua autoria.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129-130. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 117.

¹⁰⁸ Processo que teve como origem o Inquérito Policial n.º 2001.30.00.000311-7, da Justiça Federal do Estado do Acre, que trata de um pedido de expedição de *mandado de busca e apreensão* tendo como requerido o Jornal Folha de São Paulo.

3.2. A DIMENSÃO DA VALIDADE DO DIREITO

A fundamentação de Dworkin sobre a dimensão da validade do direito baseia-se na premissa que o direito não é um sistema exclusivamente composto por regras, mas um sistema composto por regras e princípios como já foi dito e minuciosamente analisado no item anterior, sendo que, a análise dos variados casos concretos que foram citados como exemplo, cria uma linha de raciocínio para demonstrar que os juízes, quando decidem, utilizam padrões outros que não são regras e que, aliás, diferem delas em vários aspectos.

Neste momento é necessário buscar a compreensão de que, regras e princípios podem desempenhar atividades bastante semelhantes, ficando reduzidas algumas diferenças à questão meramente semântica onde a forma é o fator de definição. Podem-se citar as regras que se caracterizam por possuírem termos com sentido amplo, geral, em aberto como, por exemplo, aquelas que contenham as palavras *justo*, *injusto*, *tempo razoável*, *significativo*, *negligente*, *boa-fé processual*, *lei complementar regulará*, etc..

Entretanto, isso não significa que parte da regra se transforma em princípio ou a abrangência de determinado termo tenha um efeito avassalador, porque até mesmo o mais amplo dos termos tem sua eficácia condicionada ao tipo de princípio e política do qual dependerá a referida regra. Assim, os ensinamentos de Dworkin são categóricos nesse sentido.

“Às vezes, regras e princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma. A primeira seção do *Sherman Act* afirma que será nulo todo contrato que implique proibição de comércio. A Suprema Corte teve que decidir se essa disposição deve ser tratada como uma regra, nos termos de sua própria formulação (anulando todos os contratos 'que proíbem comércio', o que ocorre com quase todos os contratos) ou como um princípio que fornece uma razão para a anulação de um contrato, na ausência de políticas contrárias em vigor. A suprema Corte interpretou a disposição como uma regra, mas tratou-a como se ela contivesse a expressão 'não razoável'. Isso permitiu que tal disposição funcionasse, do ponto de vista lógico, como uma regra (sempre que um tribunal considera que uma proibição é 'não razoável' está obrigado a considerar o contrato inválido) e, do ponto de vista substantivo, como um princípio (o tribunal deve levar em consideração vários outros princípios e políticas para determinar se uma proibição particular em circunstâncias econômicas particulares é 'não razoável'). Palavras como 'razoável', 'negligente', 'injusto' e 'significativo' desempenham freqüentemente essa função”.¹⁰⁹

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 44-45. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 32.

E prossegue afirmando que, quando uma regra contém um desses termos, a sua aplicação fica dependendo de princípios e políticas que extrapolam a mencionada regra. Assim, toda vez que houver a utilização desses termos poderá se deduzir que essa regra se assemelhe a um princípio, mas certamente que não chegará a transformar-se em um princípio.

Desta forma, nota-se que os princípios são argumentos em favor de determinada decisão, entretanto, isso não quer dizer que deverão ser aplicados em função de sua validade. Não cria uma invalidade o fato de não serem aplicados. Apenas as regras, quando válidas, existirá a obrigatoriedade de sua aplicação para o caso concreto, sob pena de sua invalidade, caso haja colisão entre regras. No caso dos princípios, a sua própria natureza impede que a circunstância de sua não utilização o invalide, porque a ponderação com os demais princípios vai definir qual deles serão utilizados para fundamentar o caso concreto.

Os casos não previstos nas regras são denominados por Dworkin como *lacunas* ou *antinomias*, onde lacuna será aquela situação em que os juízes não encontram um padrão expresso para a solução do litígio e antinomia define aquelas hipóteses em que uma regra fornece um padrão contraditório relativo a outro estabelecido por outra norma para um determinado caso concreto.

Assim, os princípios garantem a unidade do ordenamento jurídico que se demonstra deficitário somente com as regras, sendo que a origem dos princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, porque a reconstrução interpretativa que definem a existência ou não de princípios e sua validade são executadas pelo magistrado, onde os discursos de aplicação e justificação se fundem em um sistema jurídico único. O sistema jurídico produz seus próprios critérios de decisão na proporção de sua *autopoiesis*, decorrendo da atividade interpretativa do juiz que reconstrói a realidade na análise do caso concreto.

3.3. OS PROCESSOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

A forma e o modo de interpretar tem várias divergências e pode seguir inúmeros critérios naquilo que são chamados *casos limítrofes*, entretanto, não pode haver divergência sobre as situações que Dworkin resolveu chamar de *casos centrais*, onde se entende que qualquer divergência seria absurda.

“Se essa imagem simples das circunstâncias em que a verdadeira divergência é possível esgota todas as possibilidades, ela deve aplicar-se aos conceitos jurídicos, inclusive ao conceito de direito. É então que se coloca o dilema que exponho a seguir. Ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som”.¹¹⁰

O segundo termo desse dilema parece absurdo. Portanto, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fundamentais ocultas que devem estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Eles produzem e discutem as teorias semânticas do direito. Prossegue a análise afirmando que a divergência na interpretação é coerente quando advogados e juízes analisam um fato histórico ou social, no sentido de que tipo de palavra deve ser encontrado no texto de determinada lei ou sobre os fatos relativos à decisão judicial anterior porque, segundo Dworkin, grande parte das divergências no direito são de caráter teórico e não empírico.

“Os filósofos do direito em cuja opinião devem existir regras comuns tentam subestimar a divergência teórica por meio de explicações. Dizem que os advogados e juízes apenas fingem, ou que só divergem porque o caso que tem em mãos se situa numa zona cinzenta ou periférica das regras comuns. Em ambos os casos (dizem eles), o melhor a fazer é ignorar os termos usados pelos juízes e tratá-los como se divergissem quanto à fidelidade ou reforma do direito, e não quanto ao direito”.¹¹¹

Dworkin faz uma análise histórica da *tradição de cortesia* para demonstrar suas mudanças com o passar do tempo, considerando a dinâmica da interpretação com a observação dos juízes, decisões e argumentos que produzem cada resposta individual à tradição, assim como as respostas coletivas que durante longos períodos de tempo, produzem as grandes mudanças.

“Interpretar uma prática social é apenas uma forma ou ocasião de interpretação. As pessoas interpretam em muitos contextos diferentes e, para começar, devemos procurar entender em que esses contextos diferem. A ocasião mais conhecida de interpretação – tão conhecida que mal a reconhecemos como tal – é a conversação. Para decidir o que uma outra pessoa disse, interpretamos os sons ou sinais que ela faz. A chamada interpretação científica tem outro contexto: dizemos que um cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los. Ou, ainda, tem a interpretação artística: os críticos interpretam poemas, peças e pinturas a fim de justificar algum ponto de vista acerca de seu significado, tema ou propósito. A forma de interpretação que estamos estudando – a interpretação de uma prática social – é semelhante à interpretação artística no seguinte sentido: ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica”.¹¹²

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 55-56.

¹¹¹ *idem.*, *ibidem.*, p. 56.

¹¹² *idem.*, *ibidem.*, p. 60.

Buscando um melhor entendimento, Dworkin esclarece que existem três tipos de comunidades que compõem o Estado ou a comunidade como um todo que se engajam nos princípios da equidade, justiça ou devido processo legal onde as pessoas podem se ligar através de suas convicções, ideais ou projetos.

Na teoria de Dworkin, a pessoa do juiz centraliza o papel da esfera pública,¹¹³ admitindo que só existe a comunidade ideal efetivada nas decisões judiciais, ou seja, ela é o exemplo de como o sistema jurídico reconstrói o entorno a partir de seu próprio código.

Assim, pode-se entender que são três as etapas da interpretação no entendimento de Dworkin: A etapa *pré-interpretativa* garante o necessário consenso inicial a respeito de determinadas práticas jurídicas, de maneira que os advogados discutam sobre a mais eficiente interpretação a ser aplicada aos mesmos dados analisados. Na etapa seguinte que é chamada de *interpretativa*, consiste na atividade de compreender as justificativas que melhor fundamentam as respectivas práticas jurídicas hermenêuticas. A última etapa de interpretação que se convencionou chamar de *pós-interpretativa*, é aquela da decisão propriamente dita, onde se determina o que tais práticas exigem sob o ângulo interpretativo que mais nitidamente as justificam.

A partir daí, Dworkin utiliza-se da fórmula da redundância para a reconstrução da justiça, através da forma do conceito de integridade, recomendando que casos semelhantes deve ser tratados de forma parecida, sendo que resolveu denominá-los de *virtude da integridade política*.¹¹⁴ Por isso, as exigências da integridade são divididas pelo *princípio da integridade da legislação* que orienta aqueles que criam o direito por legislação a mantê-lo coerente com os princípios e o *princípio da integridade do julgamento*, que direciona os responsáveis por decidir o que é a lei, que a contemplem e a façam como sendo coerente no mesmo referido sentido.

Desta forma, a integridade política pressupõe uma personificação profunda da comunidade ou do Estado, inclusive, que haja um engajamento espontâneo destes através dos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal, sendo sob determinado aspecto, semelhante àquele em que certas pessoas possam se vincular através de suas convicções, ideais ou projetos.

¹¹³ A esfera pública tem como objetivo alcançar a verdade, a veracidade e a justiça, por intermédio da legitimidade como forma de criar o melhor direito com a representatividade da vontade popular ou uma forma de colocá-la em prática.

¹¹⁴ É o ideal político segundo o qual o Estado deve proceder em conformidade com um conjunto único e coerente de princípios.

Para Dworkin, somente o modelo de comunidade que se direciona em princípios satisfaz todas as condições de uma verdadeira comunidade associativa, uma sociedade pluralista. Assim, cada cidadão se coloca no papel de elemento respeitador dos princípios, tornando específica a responsabilidade voltada para a cidadania, direcionada para a equidade e a justiça, tanto da comunidade política quanto da comunidade particular. As atitudes políticas de todos os cidadãos expressam um profundo compromisso com a comunidade.

Somente a comunidade personificada pode ser a autora do princípio judiciário da integridade¹¹⁵ que expressa uma tendência à justiça e equidade que tem nas proposições jurídicas sua verdade que se derivou dos princípios de justiça, de equidade e do devido processo legal, oferecendo uma melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

“Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo. Suas próprias convicções morais e políticas estão agora diretamente engajadas. Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si mesmo complexo e, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política a outra; sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si.”¹¹⁶

Dworkin analisa os tipos de comunidades e as classifica em *comunidade de fato*, onde seus membros a tratam como se fosse um acidente de fato da história e da geografia o fato de viverem ali reunidos. O tipo seguinte é a *comunidade de regras*, que se deduz por uma sociedade política que aceita o compromisso geral de seguir e orientar-se em conformidade com as regras estabelecidas pela própria comunidade e entendem que nas regras estipuladas e eleitas ou negociadas por eles serão rigorosamente seguidas e nelas se encerram suas obrigações. O último tipo é a *comunidade de princípios*, onde seus membros aceitam que são administrados e governados por princípios comuns, além das regras criadas por um pacto político.

Concluindo este raciocínio, Dworkin entende que o melhor modelo é a comunidade de princípios porque preenche todos os parâmetros de uma verdadeira comunidade associativa, onde cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça, trazendo as

¹¹⁵ É aquele que instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, diante da realidade social.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 306. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 294.

responsabilidades para o campo particular, demonstrando um interesse constante pelos problemas da comunidade, onde os atos políticos expressam uma preocupação real e um constante compromisso que exija sacrifício, fundamentado em uma base racional de igualdade. Assim, sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é a personificação da própria dignidade.

Portanto, a idéia de justiça é considerada como fórmula de contingência do sistema jurídico, onde Dworkin se filia às idéias de Niklas Luhmann,¹¹⁷ determinando que as decisões jurídicas devem ser consistentes e fundamentadas, sendo aplicadas da mesma forma a todos os membros das comunidades, muito embora seu conteúdo seja autônomo baseado no caráter de igualdade e desigualdade.

Para Dworkin, a interpretação é feita em cadeia, assim como se entende um *romance* ou uma *novela* de programação seriada, sendo interpretada sob os aspectos da *dimensão de adequação*¹¹⁸ e da *fundamentação*.¹¹⁹

Assim como um escritor escreve o enredo de seu romance ou a trama de sua novela, o juiz deveria fundamentar sua sentença, onde um parágrafo deve estar coordenado com o próximo, sem deixar de considerar os capítulos anteriores (os precedentes), para que haja uma perfeita harmonia entre sua sentença e a jurisprudência (história) dos tribunais.

Dworkin classificou esta análise em parábola com o crítico e o escritor literário (*chain of law*) com o juiz de direito, vinculando-a a sua tese da resposta certa (*right answer thesis*) para demonstrar que mesmos nas situações em que surgem os casos difíceis (*hard cases*), haverá sempre uma resposta certa.

“A questão, portanto, de se existem casos sem nenhuma resposta certa em um determinado sistema jurídico – e se tais casos são raros ou numerosos – não é uma questão empírica comum. Acredito que em tais casos, se é que existem, devem ser extremamente raros nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Alguém que conteste isso não pode, se os argumentos deste ensaio estão certos, fundamentar seu argumento valendo-se simplesmente da tese da demonstrabilidade ou dos outros

¹¹⁷ Niklas Luhmann, foi um sociólogo alemão (1927-1998), nascido em Lüneburg, Alemanha, adepto da teoria do pensamento sistêmico, teorizou a sociedade como um sistema autopoietico, reduzindo a complexidade social, apregoando que o direito, no viés da *autopoiesis*, cria e se recria com base nos seus próprios elementos. LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 303.

¹¹⁸ Na aplicação de um princípio, é a atividade de avaliar seu peso no caso concreto relativo ao conjunto de normas existentes.

¹¹⁹ É a aplicação de um princípio que tenha por base uma teoria política que melhor justifique as práticas da sociedade, naquelas situações em que haja conflito de princípios.

argumentos *a priori* considerados anteriormente. E nem provavelmente terá êxito se tentar encontrar exemplos efetivos de casos sem nenhuma resposta certa numa investigação, caso a caso, dos relatos jurídicos. Cada relato de caso contém um parecer sustentando que, na comparação, um lado tem o melhor argumento no debate jurídico. Alguns casos trazem também um parecer discordante, mas isso também indica que um lado tem o melhor argumento. Talvez, tanto as opiniões da maioria como as da minoria estejam erradas. Talvez, tanto as opiniões da maioria como as da minoria estejam erradas. Talvez alguma combinação de análise jurídica e filosófica possa demonstrar que, nesse caso particular, nenhum argumento a favor de qualquer dos lados é comparativamente mais forte. Mas é extremamente improvável que um argumento de que é isso que aconteceu num determinado caso convença todos os juristas. Qualquer caso citado como exemplo por um estudioso será contestado pelos outros”.¹²⁰

Dworkin contesta a argumentação que prove estar errada a sua tese e afirma que, se tal raciocínio é correto deve ser originado e fundamentado em um argumento filosófico, contrariando a afirmativa de que no sistema jurídico complexo e amplo, seria pouco provável que duas teses se oponham a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, desta forma, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante.

Assim, parte do pressuposto que defende e fornece alguma idéia de ceticismo ou de indeterminação na teoria moral, a fim de tornar plausível a suposição que nenhuma de tais teorias pode ser preferida em detrimento da outra com base na moralidade política. Portanto, Dworkin entende que o mencionado argumento tenha sido disponibilizado, apesar de não se ter demonstrado, com exatidão, que isso seja impossível nessa citada circunstância.

Cabe aqui uma análise quanto à interpretação dos princípios e das políticas utilizadas na formação do processo diante dos direitos individuais de cada cidadão. Como já se afirmou, as pessoas têm um direito profundo de não serem condenadas por crimes de que são inocentes tendo direito a um processo justo a fim de que se prove sua inocência.

Segundo Dworkin, o mesmo problema que se visualiza na estrutura do processo criminal aparece também em ações civis, tendo em vista que os julgamentos oferecem menos que a garantia ideal de exatidão, afetando inclusive a economia que se justifica em considerações relativas ao bem-estar social.

A *teoria da decisão judicial* se refere mais amplamente à questão da prova diante do fato que se fundamenta no direito de vencer do queixoso ao ser estabelecido sem controvérsias pela doutrina como uma lei ou uma decisão anterior de um tribunal superior.

¹²⁰ DWORIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 215.

“Digo que os juízes julgam pleitos civis antes por meio de argumentos de princípio que de política, mesmo em casos muito difíceis. Quero dizer que só concedem o benefício que o queixoso exige se estão convencidos de que ele tem direito a esse benefício, ou que negam o benefício se estão convencidos de que o queixoso tem ou não o direito. Não afirmo, certamente, que os juízes nunca levam em conta as conseqüências sociais ao fixar normas de convencimento ou outras regras processuais. Assim, não constitui um exemplo contrário à minha afirmação quando os juízes consideram o interesse do público ao decidir se uma organização de proteção a crianças ou um ramo da imprensa deve revelar informações que têm relação com a decisão à sua frente”.¹²¹

Essas decisões, freqüentemente, não passam de questões de política que são tomadas em função de cálculo utilitarista de rotina. Um ilustrativo e importante exemplo é o *caso Bushell contra Secretary of the State for the Environment*,¹²² que se dispôs a discutir o que é o devido processo legal relativo à situação de construção de uma estrada e danos ao meio ambiente onde uma das partes envolvidas na questão quis lançar mão de dados contidos em determinado documento que demonstravam a previsão geral sobre o fluxo do tráfego e que a instituição governamental não queria permitir tal acesso.

“O Tribunal de Apelação e a Câmara dos Lordes deram origem a uma discussão fascinante sobre as exigências do que na Grã-Bretanha se denomina justiça natural e nos Estados Unidos, devido processo legal. No *caso Bushell contra Secretary of the State for the Environment*, por exemplo, surgiu a questão de se o departamento do meio ambiente, que manteve audiências para decidir sobre a construção ou não de uma estrada atravessando parte da cidade de Birmingham, poderia corretamente excluir do âmbito dessas audiências o seu próprio ‘Livro Vermelho’, um documento que estabelece certas previsões gerais sobre o fluxo de tráfego que o departamento não permitiu que os grupos que se opunham à estrada contestassem os números do Livro Vermelho, que ele propunha usar em relação com sua decisão, limitando-se, em vez disso, a ouvir questões puramente locais. Mais tarde, o departamento admitiu que os números do Livro Vermelho não eram precisos, pois não levavam em conta a redução prevista no uso de estradas devido aos custos elevados do combustível, embora, não obstante, argumentasse que sua decisão, que foi a de construir a estrada, era, de qualquer modo, a decisão correta”.¹²³

Dworkin analisa a influência do dano moral relativamente ao dano simples, abordando a temática do processo criminal, afirmando que a sociedade que submete questões de processo criminal a um cálculo utilitarista comum não está reconhecendo a independência ou importância do dano moral. Também não avalia e atribui importância à condenação acidental de uma pessoa inocente como dano moral.

Para se evitar o dano moral prioritariamente a todas as outras necessidades, mesmo que se escolhesse um processo criminal elaborado com perfeição para se evitar a condenação indevida

¹²¹ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 113.

¹²² (1979) 123 Sol Jo 605, CA; revisão [1980] 2 A11 ER 608, HL.

¹²³ DWORKIN, Ronald. *ibidem.*, p. 114.

do inocente, ainda assim, poderia surgir o dano moral porque poderia se dizer que a sociedade houvera negligenciado na educação dos jovens que foram diretamente prejudicados porque os recursos para a educação pública foram utilizados para melhorar a exatidão do julgamento criminal.

“Parece ainda mais claro que mesmo quando o dano simples que é também dano moral é um erro do ponto de vista utilitarista – quando a utilidade teria sido promovida se o dano simples tivesse sido evitado – a magnitude do dano simples pode ser muito diferente da magnitude do dano moral. Quando alguém velho, doente e fraco é executado por uma comunidade que erroneamente o considera culpado de traição, o dano simples, considerado em termos utilitaristas frios, pode ser bem pequeno, mas o dano moral muito grande. A diferença será importante quando se levantar a questão de se a possibilidade desse dano justifica a adoção de processos caros que reduzirão suas chances. Se, no cômputo geral, o incidente se inclui apenas na dimensão do dano simples, então não se pode absolutamente propor o argumento a favor de processos mais caros. Mas se ele é incluído na dimensão de seu dano moral, pode pesar muito”.¹²⁴

A própria experiência moral sabe distinguir dano moral e dano simples e, freqüentemente, aquela ofensa que inclui dano moral é considerada pior. Na vida cotidiana, as pessoas aceitam o risco substancial de sofrer injustiças em função de se obter algumas conquistas pessoais.

“Não é inevitável considerarmos a injustiça pior que o castigo merecido. A culpa aumenta o dano simples no segundo caso, e o orgulho recém-encontrado, pelo menos para pessoas fortes, pode reduzi-lo no primeiro. Mas a fenomenologia normal da própria culpa inclui a idéia do dano moral como um dano especial para outros, acima e além do dano simples que se causa a eles. Pois por qual outro motivo deveríamos sentir-nos culpados por causar dano deliberadamente se sentimos menos culpa, ou mesmo nenhuma, por causar o mesmo dano acidentalmente? E talvez a dor especial da culpa seja o reconhecimento da afirmação de Platão, de que quando um homem é injusto ele inflige dano moral a si mesmo”.¹²⁵

Na avaliação de Dworkin, é a própria sociedade que deve decidir qual a importância do dano moral. Há casos em que esta decisão deve ser deixada a cargo das instituições democráticas como forma de eleger o poder legislativo como porta-voz da comunidade nas questões morais que envolvem sensatez e sensibilidade quando se comporta de forma discordante de referido assunto.

“Não quero dizer que a avaliação correta dos danos morais em confronto com os danos simples, mesmo com o propósito de um justo levantamento dos riscos, é constituída por uma decisão social. Isso seria compreender erroneamente a idéia de dano moral e da comparação com o dano simples. O dano simples pode ser mais bem compreendido, talvez, em termos subjetivos: alguém sofre dano simples na medida em que a privação causa-lhe dor ou frustra planos que ele considera

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 122.

¹²⁵ *idem.*, *ibidem.*, p. 126.

importantes para sua vida. Mas o dano moral, como disse, é uma questão objetiva; e se alguém sofre ou não dano moral em algumas circunstâncias, bem como o peso ou importância relativa desse dano em comparação com o que os outros ganham por meio das práticas ou eventos que o produzem, são antes fatos morais que psicológicos. Nossa experiência moral comum demonstra apenas que reconhecemos o dano moral, mas não o consideramos como lexicamente mais importante que o dano simples ou as perdas de vários tipos. Não demonstra que estamos certos em nenhum dos aspectos”.¹²⁶

Dworkin afirma também que o legislador está desobrigado a fazer avaliações históricas do risco que vale a pena correr, no campo civil, quando adota alguma nova norma de convencimento destinada a economizar dinheiro ou a conseguir algum benefício concreto para a sociedade como um todo. Entretanto, a utilização de dispositivos que garantam aos cidadãos um tratamento igualitário em cada uma das decisões através da operação da cláusula da igualdade perante a lei.

“O primeiro desses dois direitos é um direito referente à própria norma jurídica. Todos têm o direito de que a legislação estabeleça processos civis que avaliem corretamente o risco e importância do dano moral, e esse é um direito perante os tribunais, quando essas instituições atuam de maneira explicitamente regulamentar como, por exemplo, quando o Supremo Tribunal aprova e publica regras de procedimento, independentemente de qualquer ação judicial. O segundo é um direito perante os tribunais em sua capacidade de prestação jurisdicional. É um direito à aplicação coerente da teoria de dano moral que figura na fundamentação da prática jurídica estabelecida. Nos Estados Unidos, o direito equivalente em julgamentos criminais é também um direito constitucional, por meio da cláusula de devido processo legal da Quinta e Décima Quarta Emenda da Constituição. Isso significa que os tribunais têm o dever de conhecer os processos de revisão estabelecidos por legislação expressa para verificar se a teoria histórica do dano moral, adotada nas tradições da prática criminal foi suficientemente respeitada. Não parece haver nenhum direito constitucional geral similar no campo civil. As cláusulas de devido processo legal foram interpretadas de modo a exigir, pelo menos, uma audiência e a forma de julgamento em certos tipos de processos civis que podem resultar na privação de propriedade”.¹²⁷

O detalhamento da doutrina de Rawls, segundo a análise de Dworkin, esclarecem que os cidadãos agem em seu próprio interesse, conforme padrões de racionalidade que tendem a optar pelos dois princípios da justiça por ele defendido que são a amplitude de liberdade política do cidadão compatível com uma igual liberdade para todos, e que as desigualdades econômicas em termos de riqueza e renda, não devem existir, beneficiando os membros menos favorecidos da sociedade. Os dois princípios da justiça de Rawls induzem a fazer juízos políticos habituais, permanecendo numa relação de equilíbrio reflexivo.

¹²⁶ DWORNIK, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 127.

¹²⁷ *idem.*, *ibidem.*, p. 136.

“Pode perfeitamente acontecer que, pelo menos para a maioria de nós, nossos juízos políticos habituais permaneçam nessa relação de equilíbrio reflexivo com os dois princípios de justiça de Rawls, ou pelo menos que assim possa ser feito através do processo de ajuste que acabei de descrever. Contudo, não fica claro como a idéia da posição original se ajusta a essa estrutura ou por que ela de fato desempenha algum papel, deve ser no processo de justificação, porque ela tem lugar no corpo da teoria que construímos para colocar nossas convicções, não fica claro por que precisamos da posição original para complementar os dois princípios do lado teórico do equilíbrio”.¹²⁸

Dworkin analisa os traços substantivos da teoria de Rawls, demonstrando que todos os cidadãos têm crenças na justiça que defende porque assim lhes parece justo, mas não porque tenham deduzido ou abstraído a partir de outras crenças. É baseado nisso que se acredita, por exemplo, que a escravidão é injusta e desumana.

A dedução de alguns filósofos é que isso são preferências subjetivas que se revestem com a linguagem da justiça. Para definir uma posição filosófica que justifique esse processo, basta que se analise a relação entre teoria moral e intuição moral.

Dworkin denomina de *teoria da coerência da moralidade* dividida em dois modelos gerais, o *natural*¹²⁹ e o *construtivo*,¹³⁰ que definem a coerência e explicam as razões de sua exigência, produzindo conseqüências para a filosofia moral.

Assim, pode-se entender que o modelo natural baseia-se em intuições que são indícios de princípios morais, formando o seguinte núcleo de avaliação constitutiva.

“O raciocínio moral ou filosófico é um processo de reconstrução dos princípios fundamentais pela correta ordenação dos juízos particulares, assim como um naturalista reconstrói a forma de um animal inteiro a partir dos fragmentos dos ossos que encontrou”.¹³¹

O modelo construtivo é semelhante a um modelo de decisão judicial praticado no *common law*, onde o juiz analisa os precedentes relevantes em contraste com os princípios e identifica qual deles se harmoniza com o direito pleiteado.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 244. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 232.

¹²⁹ O modelo natural afirma que as teorias da justiça descrevem uma realidade moral objetiva que são descobertas pelos cidadãos, desenvolvendo uma faculdade moral que produz intuições específicas de moralidade política.

¹³⁰ O modelo construtivo define as intuições de justiça como indícios da existência de princípios independentes e traços de uma teoria geral que será estabelecida e construída, adequando os juízos particulares que lhe servem de base para a ação de um programa coerente.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *ibidem.*, p. 249. DWORKIN, Ronald. *ibidem.*, p. 237.

“Parte do pressuposto diferente – e, sob certos aspectos, bem mais complexo – de que homens e mulheres têm a responsabilidade de adequar os juízos particulares que lhes servem de base para a ação a um programa coerente de ação ou, pelo menos, que as autoridades que exercem o poder sobre os homens tenham esse tipo de responsabilidade”.¹³²

Prosseguindo em suas análises, Dworkin esclarece que uma teoria profunda que se baseia em metas ou deveres não pode ser sustentada e se transforma em um apêndice inútil, ambíguo e gerador de confusão. A teoria baseada em deveres não valoriza a intuição justa que tende a defender o interesse de cada um e assim, impor certos deveres a si e a seus sucessores.

“Sem dúvida é possível argumentar, como muitos filósofos fizeram, que o auto-interesse de um homem consiste em cumprir o dever que a lei moral lhe impõe, ou porque Deus pode castigá-lo se não proceder assim, ou porque cumprir seu papel na ordem natural é sua atividade mais satisfatória, ou, como pensava Kant, porque ele só pode ser livre se observar as regras que, de maneira coerente, pudesse querer como universais”.¹³³

Dworkin esclarece que alguns filósofos não admitem que os cidadãos possuam direitos além daqueles que a lei lhes outorga. Enfatiza suas análises com o pensamento de Bentham que declarou serem os direitos morais “*um contra-senso em pernas de pau*”, mas deixa claro que nunca compactou com esse raciocínio, dizendo-se seguidor de uma teoria política ortodoxa.

“A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens. Esta fusão tem conseqüências importantes para os debates sobre a desobediência civil”.¹³⁴

A síntese deste raciocínio é o entendimento de Dworkin no sentido de que os governos devem abrir mão da idéia de que os cidadãos nunca têm o direito de violar a lei e, conseqüentemente, evitar a definição de direitos que possam ser anulados em função de supostas razões de bem-estar geral no sentido de proporcionar uma nova visão de convívio e inter-relacionamento com o governo, irrelevando as abstrações extremas da lei.

“Ainda assim cabe perguntar se, afinal, vale a pena levar os direitos tão a sério. A índole norte-americana, pelo menos nos termos de sua própria auto-imagem, está em não levar nenhuma doutrina abstrata a seu extremo lógico. Talvez seja hora de ignorar as abstrações e nos concentrarmos, em vez disso, na tarefa de oferecer à maioria de nossos cidadãos uma nova compreensão de em que consiste o interesse de seu governo por seu bem-estar e do direito que eles têm de governar”.¹³⁵

¹³² DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 250. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 238.

¹³³ *idem.*, *ibidem.*, p. 272. *idem.*, *ibidem.*, p. 260.

¹³⁴ *idem.*, *ibidem.*, p. 285. *idem.*, *ibidem.*, p. 273.

¹³⁵ *idem.*, *ibidem.*, p. 313. *idem.*, *ibidem.*, p. 301.

A idéia de tentar transformar a sociedade em ambiente de cidadãos iguais não é paradoxal ao direito de um indivíduo de igual proteção, mesmo que, às vezes, sejam observados alguns pequenos conflitos com políticas sociais que são necessárias em outros segmentos da comunidade. Assim, observa-se a necessidade de definir o conceito central para fundamentar os direitos individuais.

“Pode-se dizer que eles têm dois tipos diferentes de direitos. O primeiro é o direito a igual tratamento (*equal treatment*), que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Todo cidadão, por exemplo, tem direito a um voto igual em uma democracia; este é o cerne da decisão da Suprema Corte de que uma pessoa deve ter um voto mesmo se um arranjo diferente e mais complexo assegurar melhor o bem-estar coletivo. O segundo é o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*), que é o direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa”.¹³⁶

Após esta minuciosa análise, pode-se concluir que não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança de tese na formação do livre convencimento do magistrado diante da necessidade da decisão. Existe a necessidade de se respeitar à hierarquia dos princípios que, em casos concretos, poderá se afirmar que um determinado princípio é mais importante que o outro.

Entretanto, o critério de escolha dos princípios não pode ficar dependendo das preferências pessoais do juiz, porque se fosse assim, não poderiam afirmar a obrigatoriedade de regra nenhuma. A suposição é que num sistema jurídico completo e abrangente é improvável que duas teses se contrariem a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante.

3.4. OS CASOS DIFÍCEIS (*HARD CASES*)

Dworkin procura explicar como o direito integralista deve funcionar, recorrendo a um julgador que ele mesmo considera utópico ao qual chama de Hércules que é um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade.

Os casos diretamente tutelados pelo direito não haveria qualquer necessidade de se socorrer de procedimentos pormenorizados para a correta aplicação do direito. O juiz Hércules, quando a

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 349-350. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 337.

ele fossem dirigidos casos difíceis para julgamento, deveria, antes de apontar a solução jurídica para o caso, visualizar todas as respostas possíveis que o direito poderia para ele apontar e, assim, deveria interpretar a lei e as decisões proferidas no passado, a casos semelhantes na busca do melhor conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal.

As propostas de Dworkin sobre a interpretação dos casos difíceis (*hard cases*) se sedimentam através de sua preocupação com a edificação dos critérios interpretativos utilizados pelos juízes no momento da decisão do caso concreto ao deparar-se com normas de caráter aberto que devem ser complementadas pela interpretação do magistrado em virtude de sua imprecisão de sentido.

Segundo Dworkin é inaceitável o pensamento positivista no qual o juiz possui o poder discricionário para decidir questões escolhendo dentre as diversas possibilidades de interpretação da norma, aquela que entender mais adequada, quando o caso concreto não conseguir apresentar uma subsunção de tipo na regra jurídica.

É necessário que o juiz garanta os direitos institucionais das partes lançando mão de alguns princípios que funcionarão por meio de um juízo de ponderação. Tais direitos existem, muito além dos direitos criados por uma decisão judicial.

Dworkin entende existir apenas uma resposta correta para cada caso concreto apresentado ao magistrado e propõe uma teoria dos direitos pragmáticos. A resposta correta deverá estar fundada em princípios individuais para ser empregada nos *hard cases*, sendo que o juiz deve estabelecer o conteúdo moral de sua decisão, porque apenas a aplicação da lei de modo mecânico à questão de fato, não basta. Também não é permitido ao magistrado ter a liberdade para eleger a solução que entender mais acertada dentre as várias soluções apresentadas pelo ordenamento jurídico.

O modelo silogístico está baseado no entendimento de que não existem *hard cases*, tendo em vista que a tarefa judicial pode ser lógico-dedutiva, vinculando-se estritamente à atividade do magistrado aos preceitos da lei. O modelo positivista defende a utilização da discricionariedade dissociada da preocupação em legitimar as decisões por meio de princípios.

Dworkin valorizou a função dos princípios na solução dos casos difíceis e criou uma importante diferenciação conceitual entre regras e princípios. Afirmou que os princípios estão inseridos na categoria das normas jurídicas, assim como as regras.

As regras não agregam importância diferenciada dentro de um sistema jurídico, posto que, uma vez que se encontrarem em conflito, uma delas irá suprimir a outra, sendo excluída do mundo jurídico aquela de menor peso, ou seja, elas são disjuntivas e peremptórias.

Para os princípios que estão em conflito, o intérprete irá realizar um *juízo de ponderação* para verificar qual deles se adapta melhor ao caso concreto ou ainda quais deles se harmonizam, sendo que o outro não aplicável permanece válido, podendo ser utilizado em outras hipóteses. Os princípios não apresentam obrigatoriedade de aplicação, eles apenas apontam as razões que orientam o magistrado a tomar determinada decisão.

3.5. A TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA (*RIGHT ANSWER THESIS*)

Dworkin trava uma discussão¹³⁷ com os positivistas, segundo a tradição jurídico-filosófica do convencionalismo e com os realistas que fundamentam o pragmatismo, a respeito da possibilidade de uma resposta correta (*right answer thesis*) para os chamados casos difíceis (*hard cases*), com o objetivo de negar a tese segundo a qual, diante daqueles casos que inexistisse incidência de uma regra expressa, o juiz estaria autorizado, por meio do poder discricionário, criar um direito novo e aplicá-lo retroativamente ao caso concreto.

O clássico exemplo de Dworkin é o caso *Tom contra Tim* que assinaram um contrato no domingo, sendo que, existia uma lei que invalidava contratos sacrílegos, ou seja, que fossem assinados em dias feriados e santificados. Entretanto, Tom processa Tim para obrigá-lo a cumprir o que fora pactuado, mas encontra um argumento contrário no sentido da invalidade do negócio jurídico. Caso se leve em consideração os conceitos de contrato válido, crime e responsabilidade civil para algumas situações, pode-se verificar que os magistrados têm o dever de decidir as demandas. Desta forma, tais conceitos são identificados por Dworkin como *dispositivos*, tendo a característica da *tese da bivalência*.

¹³⁷ DWORCKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 437.

Muito embora a tese positivista queira negar a bivalência para os conceitos dispositivos, essa ambigüidade sobre a questão de direito subjacente ao caso, não pode excluir a possibilidade de uma resposta correta.

Dworkin utiliza-se de um exemplo relativo a uma partida de tênis para demonstrar seu raciocínio. É sabido que os árbitros têm o dever de marcar falta toda vez que um dos tenistas execute um saque inteiramente fora da quadra e também tem a obrigação de não marcar essa falta se a bola não sair completamente. Portanto, existe um lapso entre proposições que afirmam que um árbitro tem o dever de marcar a falta, mas isso está distante da admissão de existência de um espaço entre as proposições de que a bola caiu inteiramente dentro ou completamente fora da quadra. Assim, deduz-se que os conceitos dispositivos são usados para descrever as ocasiões do dever oficial, mas não se pode abstrair que esses conceitos devam ser próprios e ter a mesma estrutura que o conceito de dever.

“Dirá, corretamente, que o conceito de contrato válido não descreve simplesmente as circunstâncias factuais sob as quais os juízes têm certo dever. Podemos facilmente imaginar as regras do tênis sendo mudadas, de modo que, por exemplo, o juiz tenha o dever de marcar falta se a bola cair na linha da quadra. Mas não podemos imaginar uma mudança nas regras do Direito, de modo que os juízes não tenham mais nem sequer o dever *prima facie* de aplicar um contrato válido; em todo caso, se tal mudança ocorresse, certamente diríamos que o próprio conceito de contrato teria mudado radicalmente”.¹³⁸

Existem diferenças de significado entre uma proposição que afirma um contrato como válido e outra que afirma que os juízes têm o dever de impor promessas constitutivas desses contratos. Sob o ângulo de visão da teoria semântica, há uma carência de validade para uma teoria do direito, pois se entendem absolutamente normais que o primeiro ponto oferece um argumento favorável ao segundo e não uma simples repetição.

“Esses conceitos propiciam um tipo especial de ponte entre certos tipos de eventos e as afirmações conclusivas sobre direitos e deveres válidos, quando provado que esses eventos ocorreram. Ambos designam premissas para afirmações conclusivas e insistem em que, se as premissas que designam não ocorrerem, é válida a afirmação conclusiva oposta, não apenas a negação da primeira. A necessidade de conceitos que tenham essa função na argumentação jurídica surge porque os conceitos de direito e dever em que se inserem as afirmações conclusivas são estruturados, isto é, porque há um espaço entre as afirmações conclusivas opostas. Sua função é negar que o espaço assim oferecido possa ser explorado pela rejeição das duas afirmações opostas”.¹³⁹

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 182.

¹³⁹ *idem.*, *ibidem.*, p. 184.

Desta forma, fornecerá um melhor argumento a favor da proposição que é a tese contrária tomada como inválida, por exemplo, o anteriormente citado contrato de Tom. É correto analisar que uma proposição jurídica é verdadeira se fornece a melhor justificativa para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas.

Ao contrário, a proposição é falsa se fornecer um argumento melhor a favor dessa proposição inversa. Assim, o raciocínio jurídico que se caracteriza como mais complexo também fará uso de um conceito próximo ao de coerência normativa.

Dworkin conclui seu raciocínio, afirmando que a dimensão da moralidade parte do pressuposto que as justificativas, quando apresentadas, vão se adequar igualmente aos dados jurídicos. Entretanto, uma delas oferece uma justificativa melhor através da teoria política ou moral.

“(…) se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral; isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm. A disponibilidade dessa segunda dimensão torna ainda mais improvável que algum caso específico não tenha nenhuma resposta certa. Mas a força da segunda dimensão – e o caráter da indeterminação que introduz – será objeto de disputa, porque juristas que sustentam tipos diferentes de teoria moral irão avaliá-las de maneira diferente. Céticos morais declarados argumentarão que a segunda dimensão não acrescenta nada porque nenhuma teoria é superior, em matéria de moralidade política, a nenhuma outra”.¹⁴⁰

Dworkin abre um novo nível de debate, tendo em vista as objeções colocadas por aqueles que negam a possibilidade de uma resposta correta. Somente o argumento filosófico pode aceitar a tese de que existe uma resposta correta para casos difíceis, contestando que em um sistema jurídico complexo e abrangente seja improvável que duas teses divirjam a ponto de exigir respostas diferentes.

Assim também, deve fornecer argumentos que justifiquem certo ceticismo moral. Caso contrário, seria necessário preferir uma das teorias, com base na moralidade política para além do qual tenha se mostrado impossível.

A compreensão positivista do direito segundo a qual o direito é um sistema normativo composto por um conjunto de regras foi severamente combatida por Dworkin que contrapôs a esse entendimento afirmando que no ordenamento jurídico existe o gênero *norma* que englobam as espécies *regra* e *princípio*.

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 184.

Conclui sua análise sobre esta temática, afirmando que a diferença entre princípios e regras tem natureza lógico-argumentativa, onde ambos direcionam seus padrões para as decisões particulares sobre a obrigação jurídica para o caso concreto, mas são absolutamente distintas quanto aos parâmetros que disponibilizam para o sistema jurídico.

4. A TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS

Jürgen Habermas¹⁴¹ é o principal estudioso da segunda geração da Escola de Frankfurt¹⁴² e desenvolveu a Teoria do Discurso,¹⁴³ onde aponta o agir comunicativo¹⁴⁴ como superação da razão iluminista¹⁴⁵ transformada num novo parâmetro que encobre a dominação burguesa que é a razão instrumental.¹⁴⁶

O importante é cultivar o *logos* da troca de idéias, opiniões e informações entre os sujeitos históricos estabelecendo o diálogo. Sua teoria tem conotações normativas além de sua característica descritiva, procurando esclarecer as condições necessárias para uma legitimação e sustentação do Estado Democrático de Direito. Habermas procurou transcender o aspecto negativo da modernidade, projetando o caminho que levaria à implementação de um projeto democrático dentro dos horizontes jurídicos.

Para melhor compreensão do contexto onde se insere a Teoria do Discurso, faz-se necessário entender que Habermas interpretou o processo de modernização das sociedades ocidentais utilizando o método que denominou de reconstutivo com a finalidade de formular sua teoria da sociedade, objetivando a concepção do Direito.

A integração social surge quando se atinge o equilíbrio oriundo da tensão entre facticidade e validade. O método reconstutivo utiliza-se das seguintes etapas: mundo da vida, instituições arcaicas e sociedade secularizada. Através desses estágios se alcançará o Direito. Assim, conforme entendimento anterior, o mundo da vida é o lugar das relações sociais espontâneas,

¹⁴¹ Jürgen Habermas é filósofo e sociólogo, nascido em 1929, na cidade de Düsseldorf, Alemanha. Foi professor da Universidade Johan Wolfgang Goethe, em Frankfurt, tendo sido colaborador de Theodor Adorno.

¹⁴² A Escola de Frankfurt surgiu em 1923 e ficou conhecida por ter desenvolvido uma teoria social denominada *Teoria Crítica da Sociedade*, defendendo idéias marxistas não ortodoxas que reuniu um grupo de intelectuais em torno dessa linha de pensamento, tendo como ilustres componentes da primeira geração: Walter Benjamin, Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Theodor Adorno e Erich Fromm; e na segunda geração: Jürgen Habermas, Karl-Otto Apel e Herbert Schadelbach.

¹⁴³ A Teoria do Discurso é uma aplicação à filosofia jurídica, podendo ser considerada em prol da integração social, consolidando a democracia e a cidadania. Visa possibilitar a resolução de conflitos vigentes na sociedade como a melhor solução que tem sua origem na participação e consentimento de todos os afetados pela lide.

¹⁴⁴ O Agir Comunicativo é a série de atos que pretende o fim da arbitrariedade e da coerção nas questões que envolvem toda a comunidade, através de uma proposta de participação igualitária e amplamente ativa da parte de todos os cidadãos nos conflitos que permeiam o ambiente social, buscando a tão sonhada justiça.

¹⁴⁵ A razão iluminista é autônoma e independente das verdades religiosas e das verdades inatas dos racionalistas, referindo-se a uma razão que se curva às evidências empíricas e matemáticas.

¹⁴⁶ A razão instrumental é aquela que nasce quando o sujeito do conhecimento toma a decisão de que conhecer é dominar e controlar a natureza e os seres humanos. Este é um conceito criado por Max Horkheimer no contexto de sua teoria crítica para designar o estado em que os processos racionais são plenamente operacionalizados.

daqueles vínculos inquestionáveis e das certezas pré-reflexivas, onde as ações desenvolvem-se harmonicamente, fornecendo um padrão de interpretação constituído do saber natural. Nas instituições arcaicas o saber é realizado através da força das tradições que ligam a autoridade e o sagrado a um poder factual.

Habermas entende que validade e facticidade não se separam, porque a força do fático é mantida pela validade através de certezas do mundo da vida ou através de convicções disponíveis na comunicação que são direcionadoras do comportamento. Entretanto, nas sociedades secularizadas não se torna possível a integração social através deste recurso pelo consenso da tradição.

As alternativas possíveis deixam de ser canalizadas, gerando dificuldade e uma tendência ao dissenso. Assim, não é mais possível a integração social através de uma ordem sacra que se utiliza do medo ou fascínio para reger a sociedade.

Habermas utiliza-se do conceito de agir comunicativo, orientado pelo entendimento, para explicitar como acontece a relação entre ação comunicativa e Direito, sendo que a tensão entre facticidade e validade inerente na linguagem, é conectada com a integração de indivíduos socializados através da comunicação. Demonstra também que, o processo de modernização da civilização ocidental é a racionalização do mundo vivido, liberando as tradições culturais que vão provocar a inclusão de novos mecanismos de integração social para o Direito moderno.

A Teoria do Discurso surge como alternativa teórica ao conceber uma opção que equilibra as alternativas políticas anteriores, onde o senso comum centraliza o processo de formação da vontade política. Sua alternativa é aquela baseada na racionalidade. Através da racionalidade comunicativa que se conceberão as alternativas de viabilização fática do Direito.

Para Habermas, estão abaladas as pretensões a direitos iguais, pela dissociação dos membros do Direito advinda do estatuto do cidadão liberal, enfraquecendo a capacidade estatal de manter interna e externamente a identidade da convivência jurídica desejável. A regulação da esfera pública¹⁴⁷ sempre se demonstrou deficiente, pressupondo a inexistência de critérios

¹⁴⁷ A esfera pública atribui importância aos espaços para discussões que se fundamentam no poder comunicativo enfatizado por Habermas através da Teoria do Discurso, pressupondo-se o questionamento de um fato, na sua verdade, autenticidade, justiça. Quando os atos não são legítimos e também não podem ser negociados, superados ou suprimidos, opta-se por reinstaurá-los em novas bases.

universalistas, conduzindo a um constitucionalismo aberto que caminha para a fragmentação da sociedade.

Assim se fundamentam as idéias de Marcelo Neves¹⁴⁸ que se harmonizam aos ensinamentos de Habermas, dizendo que a sociedade de classes não funcionaria sem o permanente processo de legitimação das desigualdades e das hierarquias que lhe são inerentes.

A presença do Estado continua necessária na organização, na realização e nas sanções integralizadoras da norma, assim formando a vontade política que cria os programas e os implementa como etapa dessa legitimação. Fazendo uma transposição das idéias de Habermas, deslocando-se a visão sociológica para o substrato natural das sociedades pós-estatais, chega-se a conclusão que a única previsibilidade possível é aquela dos interesses do capital.

A teoria discursiva de Habermas fundamenta-se através das críticas dirigidas às idéias de Niklas Luhmann, Ronald Dworkin e Robert Alexy, através de uma dupla perspectiva: o sistema¹⁴⁹ e o mundo da vida.¹⁵⁰ Assim, analisando o direito na sociedade moderna como um sistema de produção que se retro-alimenta através da *autopoiesis*, Habermas afirma que o sistema refere-se à denominada *reprodução material* regida pela lógica instrumental, ou seja, adequação de meios a fins, enquanto que, o mundo da vida, distingue-se pela *reprodução simbólica*, através da rede de significados que compõem determinada visão de mundo, caracterizados pelos fatos objetivos, normas sociais ou conteúdos subjetivos.

É conhecido o diagnóstico habermasiano de *colonização do mundo da vida pelo sistema*, que analisa a crescente instrumentalização desencadeada pela modernidade, principalmente com o surgimento do direito positivo que reserva o debate normativo aos técnicos e especialistas.

Habermas resgata uma discussão sobre um dos mais interessantes temas do Iluminismo e da modernidade que é a afirmação do sujeito ao estruturar a sociedade civil diante do Estado. A visualização subjetiva da própria identidade vai se efetivar na dialética da intersubjetividade do sujeito com o outro através da *ação comunicativa*, desenvolvendo uma interação reflexiva. A

¹⁴⁸ NEVES, Marcelo. Teoria do Direito na modernidade tardia. *in* Direito e Democracia. Entrevistas a Katie Arguello. Letras contemporâneas, Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 111.

¹⁴⁹ Os mecanismos de regulação sistêmica são baseados no mundo da vida por meio da institucionalização jurídica dos mercados e das organizações burocráticas.

¹⁵⁰ Mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades dos indivíduos socializados.

sociedade vai constituir-se através da formação de estruturas objetivas que interagem por meio da linguagem e da ação.

A *Razão comunicativa* proposta por Habermas é substancialmente diferente da *razão prática* que foi defendida anteriormente pela filosofia do Direito e pela filosofia da História. A razão prática sempre buscou ser uma fonte de prescrições para a atuação social do sujeito individual ou mesmo do Estado. A razão comunicativa tem por objetivo definir os parâmetros e procedimentos do discurso através dos quais os sujeitos sociais podem chegar a um entendimento legítimo que ocasione a integração social das expectativas compartilhadas.

Ficou evidente a falha teórica do socialismo de Estado que o levou praticamente à extinção com o fim da guerra fria entre o bloco dos países socialistas soviéticos liderados pela antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas - URSS contra o império capitalista americano, os Estados Unidos da América - EUA, e seus aliados, provando que a imposição de uma forma de vida como instituída pelo modelo socialista representou um completo fracasso se comparado ao estilo de vida americano, fundamentado em ampla propaganda tendo como ícone a liberdade.

Assim, o entendimento de Habermas é no sentido de prosseguir com seu discurso afirmando que o socialismo como protótipo das condições necessárias para formas de vidas emancipadas suscita o perfeito entendimento entre os participantes, onde se visualiza a necessidade de auto-organização democrática da comunidade. Por isso, analisa tal circunstância e afirma que a tarefa sobre-humana de continuar levando a domesticação social e ecológica do capitalismo no âmbito da sociedade mundial que se sente ameaçada é tarefa da filosofia que se utiliza dos variados conceitos para definir suas metas, a exemplo da razão comunicativa, que ele assim conceitua.

“A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros”.¹⁵¹

¹⁵¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 20. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 18.

Desta forma, Habermas inicia um inteligente e intrigante questionamento: “*como explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como é o das pretensões de validade transcendentais?*”¹⁵² Afirma que o direito positivo que se apresenta como um sistema de normas moderno, através do *medium* desse direito se obtém a melhor opção para explicar esse fenômeno.

Uma de suas características é possibilitar o surgimento de comunidades artificiais como, por exemplo, as associações de membros livres e iguais, que é o resultado de inúmeras negociações e cuja força é resultante da permanente ameaça de sanções externas, inclusive através da racionalidade dos acordos motivados.

Outro traço marcante é a análise da tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem, buscando seu significado e verdade. A própria ruptura com o normativismo é decorrente da renúncia ao conceito fundamental de razão prática, apesar da evolução conceitual trazer a razão comunicativa que ainda conserva fragmentos idealistas desta herança no sentido de buscar um contexto modificado para uma teoria extremamente comprometida com o esclarecimento.

Seu questionamento seguinte traz a preocupação com a razão comunicativa: “*Em que sentido a razão comunicativa poderia incorporar-se em fatos sociais?*”¹⁵³ Sem a intenção de pretender recapitular os pontos fundamentais da teoria do agir comunicativo, é relevante lembrar como se apresenta a relação entre facticidade e validade após a *guinada lingüística*.

Os pensamentos ultrapassam os limites de uma consciência individual mesmo que se originem em épocas diferentes, enquanto que as representações são atribuídas a um sujeito plenamente identificável e eventual, mantida no campo da consciência e acessível apenas de modo privado. De outra forma, o pensamento geral se apóia em regras gramaticais e sinais lingüísticos, estando completamente aberto e acessível a todos.

Por isso, Habermas entende que o conteúdo de todo pensamento completo determina-se por um estado de coisas expresso numa proposição que se justifica na pretensão de verdade de um proponente através de argumentos fortes para que seja defensável diante de um opositor,

¹⁵²HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 23.

¹⁵³ *idem.*, *ibidem.*, p. 27. *idem.*, *ibidem.*, p. 25.

sendo que, após tal situação seja racionalmente aceita pela comunidade. Assim, Habermas interpreta a tensão entre facticidade e validade através dos diferentes tipos de argumentação e nos pressupostos pragmáticos.

“O modo como esse espectro alargado de validade está situado no mundo da vida impõe uma generalização do conceito peirceano da comunidade de comunicação ilimitada e da busca cooperativa da verdade entre cientistas. A tensão entre facticidade e validade, que Peirce descobriu nos pressupostos iniludíveis da argumentação que permeiam a prática científica, pode ser detectada também nos pressupostos de diferentes tipos de argumentação e, inclusive, nos pressupostos pragmáticos dos atos de fala singulares e dos contextos interacionais por eles conectados”.¹⁵⁴

A superação do risco de contrariedade entre o nível arcaico e o mundo da vida ocorre quando, através do mecanismo de coordenação da ação que considera o entendimento lingüístico, os atores que agem por pretensões de validade na construção de ordens sociais, tendo em vista o modo de reconhecimento de pretensões de validade normativa.

Assim, a solução do mencionado problema começa a ser entendida como integração social não violenta, trazendo o seguinte questionamento: “como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de um partido possam ser ‘engatadas’ nas do outro?” Desta forma, o surgimento de padrões de comportamento e da ordem social dá-se, no campo das intenções e ações, de modo menos conflituoso.

Habermas afirma que as forças ilocucionárias das ações de fala coordenam a ação onde a própria linguagem é explorada para a consolidação da integração social e como tal considerada uma fonte primária, tendo seus fundamentos na teoria do agir comunicativo.¹⁵⁵

Portanto, não há outra forma da sociologia ter acesso ao seu campo de objetos senão através da compreensão hermenêutica do sentido sob o espectro da tensão entre facticidade e validade. Assim, Habermas nos traz o questionamento seguinte no sentido da reconstrução das condições da integração social para se chegar ao conceito de mundo da vida: “*como é possível*

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 34. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 32.

¹⁵⁵ A teoria do agir comunicativo pertence ao reino do inteligível, de modo não transcendental, através da prática comunicativa cotidiana, com a intenção catalisar a força idealizadora dos pressupostos pragmáticos dos atos da fala.

surgir ordem social a partir de processo de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade?”¹⁵⁶

“A motivação racional para o acordo, que se apóia sobre o ‘*poder dizer não*’, tem certamente a vantagem de uma estabilização *não-violenta* de expectativas de comportamento. Todavia, o alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual”.¹⁵⁷

Essa análise leva a entender que é a qualidade que falta ao saber objetivo determina a qualidade de um saber condensado que, às vezes, é utilizado sem se saber que é falível e falsificável, não tendo um nexos interno com validade criticável no instante em que é emanado, decompondo-se em pano de fundo do mundo da vida.

Portanto, algumas instituições detentoras do poder, despertam algum fascínio por aglutinarem a fusão de duas etapas que se mostram incompatíveis. Neste caso há um misto de atração e repulsa por um poder vingador e a força de convicções que nascem dessa referida fonte mística. É através desse quadro situacional que se pode analisar o problema típico de sociedades modernas.

Em sociedades tradicionais o direito ainda se alimenta da força do sagrado. Nota-se a hierarquia de leis na fusão sacral entre facticidade e validade, agravando o problema de integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados, seguindo a tradição européia de o direito estabelecido pelo governante permanece subordinado. Assim, cresce o risco de contrariedade entre os domínios do agir comunicativo desvinculado das autoridades eclesiais e das instituições fortes.

“Parece haver uma saída através da regulamentação normativa de interações estratégicas, sobre as quais os próprios atores se entendem. A natureza paradoxal de tais regras pode revelar-se à luz da premissa, segundo a qual a facticidade e a validade se separam, na perspectiva dos próprios sujeitos agentes, formando duas dimensões mutuamente excludentes”.¹⁵⁸

¹⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 45. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 40.

¹⁵⁷ *idem.*, *ibidem.*, p. 45. *idem.*, *ibidem.*, p. 40.

¹⁵⁸ *idem.*, *ibidem.*, p. 46. *idem.*, *ibidem.*, p. 43-44.

Prosseguindo a análise, verifica-se que Habermas adotou, com sua formação de analista em comunicação, uma postura identificada com a Teoria Crítica,¹⁵⁹ promovendo normas para a relação de não dominação sobre os outros e uma noção mais ampla da razão, direcionando seus estudos que foram fundamentados em três idéias: a esfera pública; a reconciliação da hermenêutica e do positivismo; e a teoria da ação comunicativa.

Assim, observa-se que na esfera pública, no lugar comum, ou seja, externo à vida doméstica, à igreja, ao governo, exatamente aí, existe um espaço para as pessoas discutirem sobre a vida. Neste ambiente é que são debatidas, examinadas e argumentadas as idéias. Segundo as análises de Habermas, este espaço tem diminuído em função da atuação do poder da mídia e da influência das grandes corporações, sendo essa uma estratégia de divisão e conquista.

O fenômeno da Internet¹⁶⁰ transformou-se no mais recente e espetacular evento da esfera pública, onde as informações estão disponíveis a qualquer usuário que queira localizá-las e utilizá-las de modo rápido e fácil, sem a tradicional sistemática complicada que enfrenta o usuário, tradicionalmente, para se ter acesso a uma informação, sendo o fenômeno da rapidez a garantia de seu sucesso, em detrimento da confiabilidade da informação que pode ser sanada através da análise científica.

Quanto à reconciliação da hermenêutica e do positivismo, Habermas deixa claro que a lógica das ciências naturais não é a mesma lógica aplicada às ciências humanas, tendo em vista que, há também uma realidade objetiva e que as ferramentas das ciências naturais são bem preparadas para explorá-las.

Os símbolos com os quais a sociedade e cultura são estruturadas, exigem uma interpretação, porque toda metodologia deve possuir um esquema interpretativo para o desenvolvimento da ação social. Habermas desenvolve uma hipótese que potencializa um terceiro nível de lógica que é o de poder e dominação para ser compreendido usando-se a lógica da Teoria Crítica.

¹⁵⁹ A Teoria Crítica é principalmente um modo de fazer filosofia que integra os aspectos normativos de reflexão filosófica com as realizações explicativas das ciências sociais, unindo teoria e prática. Ela tem suas raízes no pensamento platônico e se caracteriza pela pura contemplação desinteressada com a realidade, operando a partir de princípios gerais para se construir um saber racional que denuncie o irracional que existe na história e na sociedade, onde a verdade adota uma forma de adequação com as coisas e tem uma dimensão instrumental.

¹⁶⁰ Internet é a grande rede mundial de computadores que se comunica através de um protocolo denominado TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol), disponibilizando informações e serviços a qualquer usuário que esteja a ela conectada através de uma estação de trabalho (computador, palm-top, notebook, celular, etc), sendo originalmente desenvolvida para o exército americano utilizá-la em caso de catástrofe ou guerra mundial. Hoje a Internet é usada, em grande parte, para a pesquisa acadêmica e a atividade comercial. FREEDMAN, Alan. Dicionário de Informática. 12. ed. trad. São Paulo: Makron Books, 2006, p. 262.

Sobre a Teoria da Ação Comunicativa, Habermas analisa que qualquer pessoa que usa a linguagem presume que ela pode ser justificada em quatro níveis de validade: inteligência; verdade; direitos sociais ou normas; e sinceridade. A utilização de regras semânticas deve ser inteligível por todos. O conteúdo do que é dito deve ser verdadeiro. O emissor deve ser sincero no que diz, sem querer ludibriar o receptor para que a comunicação não seja distorcida.

4.1. A FUNÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE MODERNA

A interpretação do fenômeno da modernidade para Habermas é identificada como se a evolução social consistisse num processo de diferenciação de segunda ordem. Assim, analisa a modernidade sob duas perspectivas: a racionalidade do mundo da vida e a complexidade do sistema. Sob o ponto de vista do sistema, a sociedade moderna é caracterizada pelo *desacoplamento* do mundo da vida de dois sistemas específicos: o político e o econômico.

O sistema econômico é visto principalmente como a evolução do sistema de intercâmbio característico das sociedades primitivas para o modo de produção capitalista. *O sistema político* está vinculado ao desligamento do poder político das formas de autoridade derivadas do sistema de parentesco, ao surgimento do Estado e ao monopólio que este passa a ter da sanção e do uso da força.

Segundo a visão de Habermas, sua teoria entende como funções integrativas do direito a regeneração de códigos dos sistemas políticos e econômicos, a viabilização da comunicação entre os sistemas e o mundo da vida, a formação de um sistema de ação através do qual as instituições de direito se reproduzem juntamente com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e a capacidade subjetiva de interpretação do direito no âmbito do mundo da vida.

Ressalta-se também a importância de dimensionar a validade do direito através de um quadro impositivo onde o Estado interliga-se com a força de um processo de normatização do direito, garantindo a liberdade, fundando a legitimidade, por via da racionalidade que se operacionaliza no comportamento.

Sobre as dimensões da validade do direito, Habermas analisa as idéias de Immanuel Kant¹⁶¹ que enfatiza a relação interna do direito baseada na coerção e liberdade.

“Para Kant, a relação entre facticidade e validade, estabilizada na validade jurídica, apresenta-se como uma relação interna entre coerção e liberdade, fundada pelo direito. De si mesmo, o direito está ligado à autorização para o uso da coerção; no entanto esse uso só se justifica quando ‘elimina empecilhos à liberdade’, portanto, quando se opõe a abusos na liberdade de cada um. Essa ‘relação interna entre o poder geral e recíproco de usar a força e a liberdade de cada um’ se manifesta na pretensão de validade do direito”.¹⁶²

Kant e Rousseau¹⁶³ desenvolveram um pensamento democrático segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica que foi desenvolvida sob o alicerce dos direitos subjetivos só pode ser atingida através da força integradora da sociedade que une todos os cidadãos livres e iguais.

Desta forma, nota-se que os dois componentes da validade do direito (coerção e liberdade) são delineados para os destinatários conforme a escolha e a visão do ator. Portanto, o conceito do direito moderno que operacionaliza e intensifica a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento, absorve o pensamento democrático.

“Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”.¹⁶⁴

Kant e Rousseau pretenderam fazer uma conciliação entre Direitos Humanos e soberania do povo para se chegar a uma resposta que se mostrasse consistente sob o espectro da modernidade, sendo que Habermas denominou de interpretação mútua, onde Kant entendeu que na prática legislativa não se poderia atribuir direito que infringisse a autonomia privada, posto que, seria um terrível contra-senso a idéia de alguém ser injusto consigo. Todavia, ao

¹⁶¹ Immanuel Kant foi filósofo, nascido em Königsberg, Prússia (1724 - 1804), considerado como o último grande filósofo dos princípios da era moderna. É um ilustre representante do Iluminismo, tendo direcionado seus estudos para a teoria do conhecimento, epistemologia, metafísica e ética. Ficou famoso, sobretudo, pela sua concepção conhecida como transcendentalismo (todos nós trazemos forma e conceitos a priori para a experiência concreta do mundo, os quais seriam de outra forma impossíveis de determinar).

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 48. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 46.

¹⁶³ Jean-Jacques Rousseau nasceu na Suíça (1712 - 1778), foi filósofo, escritor, teórico, político e compositor musical. É uma das figuras marcantes do Iluminismo na França, sendo um precursor do romantismo. É associado freqüentemente às idéias anticapitalistas e considerado um antecessor do socialismo e comunismo. Suas idéias políticas tiveram grande influência nas inspirações ideológicas da Revolução Francesa.

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *ibidem.*, p. 52. HABERMAS, Jürgen. *ibidem.*, p. 49.

entender a soberania popular através de fórmula de leis gerais, Rousseau afirmava a necessidade de atribuição de iguais liberdades subjetivas.

Entretanto, o fato de o Direito adequar-se a moral permaneceu como encargo que essas concepções não modificaram como, por exemplo, o sujeito coletivo (o povo) expresso na obra *Contrato Social* ou o sujeito singular (o “eu”) narrado na *Crítica da Razão Pura*.

Assim, chega-se a conclusão que Direitos Humanos e soberania popular não podem ser interpretados de modo absoluto, tendo em vista que isso reduziria o Direito à moral. Portanto, esses valores devem ser relativizados através de uma pressuposição mútua, e não simplesmente interpretados.

Na análise de Habermas, a típica tradição platônica de oposição entre idéia e realidade foi superada e agora passam a serem concebidas incorporadas à linguagem ligadas internamente através da facticidade dos signos.

“Após a *guinada analítica da linguagem*, levada a cabo por Frege e Peirce, foi superada a oposição clássica entre idéia e realidade, típica da tradição platônica, interpretada inicialmente de modo ontológico e, a seguir, segundo os parâmetros da filosofia da consciência. As idéias passam a ser concebidas como incorporadas na linguagem, de tal modo que a facticidade dos signos e expressões lingüísticas que surgem no mundo liga-se internamente com a idealidade da universalidade do significado e da validade em termos de verdade. A generalidade semântica de significados lingüísticos obtém sua determinabilidade ideal no *médium* de sinais e expressões que sobressaem, como tipos reconhecíveis, da corrente de eventos lingüísticos e processos de fala (por exemplo, testemunhos escritos), seguindo regras gramaticais”.¹⁶⁵

É através dos mercados e do poder administrativo que as sociedades modernas são integradas, inclusive mediante normas e processos de entendimento. Os mecanismos de integração social e formadores de sistema (dinheiro e poder administrativo) que coordenam as ações de modo objetivo.

Alicerçados nas ordens do mundo da vida que se integram à sociedade através do agir comunicativo, guiando-se pelos caminhos da institucionalização do direito. Assim, pode-se observar que existe uma tensão entre o idealismo do direito constitucional e o materialismo de uma ordem jurídica, que espelha a desigualdade do poder social e sua má distribuição que se assemelha às abordagens filosóficas e empíricas do direito.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 55. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 53.

Torna-se extremamente necessária a análise do trabalho de Otfried Höffe¹⁶⁶ sobre a filosofia de Kant que simboliza e sedimenta o pensamento filosófico ocidental, influenciando várias gerações rumo à modernidade.

Kant desenvolveu uma compreensão das idéias iluministas que se manteve equidistante de um iluminismo ingênuo e de uma atitude contra-iluminista, segundo a qual tudo o que existe é bom e belo. A filosofia de Immanuel Kant representa não só o apogeu intelectual, mas também uma transformação do iluminismo europeu.

“Kant fundamenta as limitações do domínio, estabelece para a idéia moderna dos Direitos Humanos o mais elevado padrão de medida e desenvolve os elementos filosóficos do direito privado e do direito público, nomeadamente da propriedade, do Estado como instância de garantia e de arbitragem para a propriedade e a pena criminal. Também no pensamento jurídico e estatal Kant encontra-se na tradição do Esclarecimento, que aqui conduz de Grócio e Hobbes, por Pufendorf, Locke, Thomasius e Wolff, a Hume e Rousseau. Mas, como na crítica da razão teórica e da razão prática, Kant procura não simplesmente integrar os diversos elementos metodológicos, e então também temáticos do Esclarecimento. Muito antes, ele adota uma posição diferenciada. Ele seleciona os elementos racionais de seus predecessores, e com isso não apenas segue sua idéia fundamental da filosofia como conhecimento *a priori*, mas também a crítica racional prática com sua legislação independente da experiência”.¹⁶⁷

Kant fundamenta Direito e Estado a partir de princípios jurídicos, ou seja, uma razão prática pura. O direito natural abriga a filosofia kantiana, sendo esse um direito racional crítico. As instituições básicas do Direito como propriedade, Estado, pena criminal não podem ser deduzidas da experiência que o indivíduo tem de si mesmo e do mundo, tendo em vista ser essa experiência duvidosa, na medida em que é mutável, sendo considerada *a mãe da ilusão*.

“Em oposição a um excessivo racionalismo, que quer deduzir o direito positivo de fundamentos racionais, Kant sabe que a Filosofia está limitada à pequena parte da determinação fundamental de conceitos e princípios. Como ciência independente da experiência, a Filosofia do Direito não pode substituir nem o legislador nem o juiz ou erudito em Direito. Por outro lado, estes dependem do filósofo, a saber, da fundamentação de princípios *a priori* do Direito, em que a constituição e as leis se provam como racionais”.¹⁶⁸

Finaliza o raciocínio dizendo que os elementos empíricos são de extrema importância para a doutrina filosófica jurídica que irão fundamentar o conceito de Direito e seus institutos como vida, família, propriedade, etc..

¹⁶⁶ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII.

¹⁶⁷ *idem.*, *ibidem.*, p. 232.

¹⁶⁸ *idem.*, *ibidem.*, p. 234.

4.2. OS NÍVEIS DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

A teoria de Habermas procura esclarecer as condições necessárias para uma legitimação do direito, visando transcender o aspecto negativo da modernidade, projetando os passos necessários para a implementação de um projeto democrático no âmbito do direito. Os meios de regulação sistêmica são alicerçados no mundo da vida através da institucionalização jurídica dos mercados e das organizações burocráticas.

Assim, o processo democrático de elaboração da legislação se desloca de um âmbito especializado para o mundo da vida, sustentando a defesa de uma esfera pública ativa que regenere o sistema político, permitindo que se observe o fato de haver sempre o risco de que os sistemas ampliem o seu âmbito de ação, partindo do princípio de uma *colonização* das formas espontâneas de reprodução social caracterizadas no *mundo da vida*.

Assim, ao analisar a esfera pública, Habermas entende que sua constituição é formada por uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, fundamentado no espaço social gerado no agir comunicativo, sem utilizar-se das funções e dos conteúdos da comunicação cotidiana.

Portanto, define esfera pública com precisão, afirmando tratar-se de um fenômeno social elementar sem incluí-lo entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social, ou seja, é uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões.

Habermas demonstra que a questão democrática e a formação do sujeito afirmando que o homem só adquire consciência de si mesmo através do outro a partir do momento que desenvolve uma interação reflexiva através da linguagem. Assim, na comunicação lingüística, o diálogo sem coações externas constitui o caminho para a alienação, perdendo-se a individualidade do sujeito e recuperando-se a autonomia social.

Através dos processos de formação da vontade e opinião democráticas que se formam as estruturas de reconhecimento mútuo para as relações sociais intermediadas pelo dinheiro e poder, fazendo a domesticação social da economia de mercado capitalista, observando as trocas entre mundo da vida e o sistema técnico-instrumental.

A proposta de Habermas tem sua relevância na associação da democracia à comunicação livre de coações, enfatizando a construção de uma esfera pública onde se desenvolvem as relações comunicativas, inclusive as interações sociais.

Habermas ensina que a possibilidade da existência de um tipo de sociedade sem conflitos ou antagonismos agudos de classe e sem opressão que tenha como objetivo a solução racional dos conflitos de interesses por meio da discussão pública dos referidos interesses segue a tendência da decisão racional consensual sobre as normas que a devem reger.

Portanto, Habermas utiliza-se de uma análise ampla para visualizar o direito sob variadas perspectivas buscando a origem de sua legitimidade. Geralmente, os estudiosos demonstram uma excessiva preocupação com a aplicação do direito, buscando entender melhor o processo de interpretação. Todavia, enfrentam um obstáculo natural que é o código do sistema jurídico, onde suas análises ficarão sempre limitadas na busca da legitimidade, finalizando seu esforço interpretativo a casos controversos.

Assim, observa-se que existem três níveis de legitimação do direito: a legislação, a aplicação e a jurisdição constitucional. Sobre a legislação é importante ressaltar que no direito moderno a legitimação é vista como uma tensão entre os Direitos Humanos, ampliados na autonomia privada e o princípio da soberania do povo, que é a autonomia pública.

A legislação atua na legitimação do direito abstraída da ponderação do princípio da segurança jurídica e do princípio da pretensão de tomar decisões corretas, sendo que, a validade e a aplicação da ordem jurídica fica ligada ao princípio da segurança jurídica.

A jurisdição constitucional, sob a análise de Habermas, fundamenta que o controle abstrato de normas faz parte de um autocontrole do Poder Legislativo, por isso que não pode ser prerrogativa do sistema jurídico. O que se torna mais relevante é a racionalidade do processo de autocompreensão democrático da legislação para que se verifique a legitimação do direito.

4.3. LEGISLAÇÃO, APLICAÇÃO DO DIREITO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Habermas afirma que há três níveis de legitimação do direito através dos quais se atingirá os objetivos delimitados em prol da integração social. A análise da legitimação em nível de

legislação demonstra que esse modelo busca *os destinatários são ao mesmo tempo autores de seus direitos*, onde os Direitos Humanos e a soberania do povo passam a serem entendidos como co-originários, sendo que, essa teoria pretende reconstruir os dois conceitos a partir de um modelo de legislação própria elaborada e modificada para a Teoria do Discurso, onde o direito entra em contato com a moral através do processo de formação democrática da legislação.

Prossegue Habermas afirmando a força que há no nível dos conflitos constitucionais para se preocupar em formular uma teoria adequada aos pressupostos da legitimação democrática do direito, transcendendo os objetivos daquela teoria formulada por Luhmann. Esta distinção de pretensão está refletida na forma como analisa a jurisdição constitucional, visualizando um certo desequilíbrio entre a estrutura das normas do Estado clássico de direito, originado pelo crescimento do poder da justiça e da ampliação do espaço de decisão judicial, em detrimento da autonomia do cidadão.

Observa-se que em um nível pós-metafísico, deve haver uma atuação complementar entre a moral e o direito, não sendo permitida a atuação hierárquica entre ambos, tendo em vista que essa idéia faz parte do mundo pré-moderno. Existe a necessidade de delineamento abstrato de um novo conceito de autonomia para que se possa combinar tanto com a figura do princípio moral quanto com o princípio da democracia. Assim, a reconstrução se torna possível porque as pretensões de justificação de uma fundamentação pós-convencional direcionada para o Princípio do Discurso.

“O nexó interno entre direito objetivo e subjetivo, de um lado, entre autonomia pública e privada, de outro, só pode ser explicitado se levarmos a sério, tanto a estrutura intersubjetiva dos direitos, como a estrutura comunicativa da autolegislação, e as explicarmos adequadamente. Todavia, antes de me dedicar a essa tentativa, e antes de introduzir o sistema dos direitos apoiado numa teoria do discurso, convém clarear a relação entre direito e moral. Pois as dificuldades analisadas não dependem apenas das colocações falsas da filosofia da consciência, como também do fato de o direito moderno, ao manter a distinção entre direito natural e positivo, assumir uma hipoteca. Ele apega-se a uma reduplicação do conceito de direito que não é plausível, do ponto de vista sociológico, e precária, do ponto de vista normativo”.¹⁶⁹

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 139. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 135.

Um de seus aspectos normativos é a imparcialidade dos juízos práticos e atinge o nível da neutralidade com relação ao direito e à moral, numa abstração que se refere às normas de ação em geral.

Desta forma, evita-se o estreitamento teórico-moral do conceito de autonomia e reconstrói-se a interpretação do conceito de Direitos Humanos com um enfoque jurídico, não obstante o seu conteúdo moral.

Deve-se ressaltar que o princípio do discurso se diferencia do princípio moral. Enquanto o princípio do discurso explica o ponto de vista sob o qual é possível fundamentar imparcialmente normas de ação, o princípio moral se transforma em uma regra de argumentação diante da universalização em que se transforma o princípio do discurso.

Habermas reconstruiu o princípio da democracia na forma de gênese lógica dos direitos e a reconstrução do princípio da moral a partir do princípio do discurso, colocando o conceito de autonomia num patamar mais geral e também mais neutro.

A reconstrução de forma abstrata a constituição da sociedade civil se assemelha à teoria de John Rawls. Segundo a análise de Habermas, trata-se de direitos fundamentais necessários para a garantia da autonomia privada e pública, legitimando o direito e o poder público. O princípio do discurso reconstrói um certo tipo de contratualismo que lança as bases para que seu conteúdo seja reconstruído na esfera pública.

“Já foi ventilado o significado das expressões *direito positivo* e *regulamentação legítima*. O conceito *forma jurídica*, que estabiliza as expectativas sociais de comportamento do modo como foi dito, e do princípio do discurso, à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral, nos fornece os meios suficientes para introduzir *in abstracto* as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito. (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. Esses direitos exigem como correlatos necessários. (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito. (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”.¹⁷⁰

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 159. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 155.

Habermas lança a idéia de *gênese lógica dos direitos*, através de uma série de direitos fundamentais que geram o próprio código do direito. Os direitos fundamentais assumem o papel de regulador na teoria habermasiana, determinando o *status* das pessoas do direito.

O direito se apresenta como o *medium* por meio do qual as liberdades de um podem ser compatíveis com a do outro. Assim, a liberdade é vista como primeiro elemento na gênese lógica dos direitos.

Estas categorias de direitos acima mencionados surgem da aplicação do princípio do discurso ao *medium* do direito, através das condições da formalização jurídica de uma socialização horizontal. Eles regulam as relações entre os civis livremente associados, antes de qualquer organização objetiva ou jurídica de um poder do Estado e por isso não podem ser interpretados no sentido de direitos liberais de defesa. Esses direitos fundamentais irão garantir a autonomia privada, sendo que esses sujeitos jurídicos se reconhecem reciprocamente em seu papel de destinatários da lei.

Existem também os direitos fundamentais à participação nos quais os civis exercitam sua autonomia política, através dos quais eles criam direitos legítimos, estando eles em igualdade de chances naqueles processos de formação da opinião e da vontade.

Também se devem referenciar os direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados.

Ao se analisar mais detalhadamente a aplicação do direito como nível de legitimação do sistema jurídico, visualiza-se a tensão que existe entre facticidade e validade, onde se percebe ser imanente ao direito, expressando-se no âmbito da jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e o da pretensão de se tomar decisões corretas.

A validade e aplicação da ordem jurídica é uma tendência ligada ao princípio da segurança jurídica. Quanto à aplicação, exige-se que as decisões jurídicas sejam tomadas de modo consistente, enquanto que a justificação cria a exigência de decisões justificadas racionalmente no âmbito da ordem jurídica. Desta forma, surge a necessidade de harmonizar esses dois parâmetros da decisão judicial para que haja estabilidade da sentença, garantindo, ao mesmo tempo, a segurança jurídica e a correção.

Habermas analisa essa questão e sustenta a tese de que na sociedade moderna já se atingiu o nível de fundamentação pós-tradicional, através da qual deve-se entender que a separação completa entre direito e moral deve ser um pressuposto primordial. Ele também reconstrói os estudos de Dworkin sobre direito e moral. O que Dworkin afirma fundamenta a situação na qual o direito positivo absorveu os conteúdos morais. Esta tese é aceita por Habermas.

Entretanto, ele a reconstrói baseado na Teoria do Discurso para afirmar que o direito entra em contato com a moral por meio de um procedimento de formação democrática da norma. Todos os conteúdos morais são reconstruídos para o sistema jurídico, apresentando seus respectivos equivalentes funcionais.

Ele segue afirmando que a moral como medida para o direito correto tem seu lugar na comunicação política da esfera pública, inclusive na formação política da vontade do legislador. Propõe uma relação entre a formação discursiva do direito e sua justificação através dos critérios de decisões.

Para Dworkin, seu entendimento entre direito e moral exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídica que tende a visualizar a aplicação do direito numa dimensão que se submete às exigências do código binário do direito. Em síntese, Dworkin entende que os conteúdos morais se transformam em princípios.

“Pouco importa o modo como Dworkin entende a relação entre direito e moral: sua teoria dos direitos exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas. Com isso ele rompe o círculo no qual se enreda a hermenêutica jurídica com seu recurso a *topoi*¹⁷¹ historicamente comprovados de um *ethos*¹⁷² transmitido. Dworkin interpreta o princípio hermenêutico de modo construtivista. A partir de uma crítica ao positivismo no direito, especialmente à sua tese da neutralidade (a) e à assunção de um sistema jurídico autônomo fechado (b) ele desenvolve suas idéias metódicas acerca de uma interpretação construtiva (c)”¹⁷³.

Habermas prossegue analisando a tese de Dworkin para afirmar que ele contesta a idéia da legitimação do direito por meio da legalidade do procedimento que cria a norma para o direito. Assim, a uniformidade do código jurídico se estabelece através de um complexo sentido de validade do direito legítimo, trazendo uma explicação para as decisões baseadas em princípios,

¹⁷¹ O termo *topoi* tem origem latina e significa *tópico*, recurso externo, solução, remédio externo.

¹⁷² *Ethos*, na sociologia, significa os valores que o indivíduo precisa seguir para ter suas ações aceitas pela sociedade.

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 256-257. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 253-256.

demonstrando que os argumentos de origem extralegal nos discursos jurídicos, conduzem-se através de argumentos e considerações pragmáticas, éticas e morais.

Os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem neutra do direito que através de um código jurídico posiciona-se no sentido de que o discurso jurídico não depende da moral e da política.

O terceiro nível de legitimação do direito é a jurisdição constitucional. É através dela que Habermas demonstra todo seu empenho no sentido de esclarecer a força dos conflitos constitucionais e defender uma teoria adequada aos pressupostos da legitimação democrática do direito.

Segundo os pressupostos da Teoria do Discurso, o controle abstrato das normas não pode ser prerrogativa do sistema jurídico, sendo um controle próprio do Poder Legislativo. O enfoque se dá sobre a legitimidade do direito através da racionalidade do procedimento de autocompreensão.

Se o controle de constitucionalidade está direcionado ao sistema jurídico poderá se perceber que haverá um aumento do poder da justiça, criando-se um maior espaço para as decisões judiciais em detrimento da autonomia dos cidadãos, ameaçando o equilíbrio da estrutura de normas estatais.

“Na visão da teoria do discurso, a lógica da divisão de poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, o executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo. Por isso, quem segue C. Schmitt e proclama o presidente do Reich, ou seja, o ponto mais alto do executivo, como ‘guarda da constituição’, transforma o sentido da divisão de poderes no Estado democrático em seu contrário. A lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto-reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei”.¹⁷⁴

Seguindo os parâmetros da Teoria do Discurso, o controle abstrato das normas pertence ao legislador de modo indiscutível. Assim estas funções são reservadas a ele e podem assumir o

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 300-301. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 295-296.

papel de processo judicial que não pode ser transmitida a um tribunal constitucional, a não ser que se faça uma complexa fundamentação dos motivos porque o discurso sobre os direitos fundamentais antecede as decisões tomadas internamente no processo legislativo.

Isto implica dizer que a fundamentação da argumentação jurídica não está no discurso. Nestes casos encontram-se apenas as determinações dos direitos fundamentais que são amplas e impregnadas de pura ideologia.

Quanto à interpretação do controle da norma de maneira procedimental será verificado no plano político-jurídico. O mais importante é entender que os fatos a serem analisados diante da norma constitucional a respeito de constitucionalidade de lei, não deve ser constituída na análise estrutural da norma, mas o estudo de como a lei foi produzida.

Habermas adota um critério de diferenciação entre normas e valores para afirmar que as normas tem um sentido deontológico¹⁷⁵ e se manifestam obrigatoriamente através de um agir deontológico, preenchendo expectativas generalizadas. Elas têm uma codificação binária e posicionam-se pela obrigatoriedade absoluta.

Assim, o conjunto de sistemas de normas preenche critérios diferentes dos valores, tendo uma forma de aplicação diferenciada, ou seja, partindo-se do pressuposto que o sentido correto é aquele através do qual as normas válidas propiciam uma ação igualmente boa para todos. Já os valores se referem a um agir teleológico e são entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente, determinando relações de preferências.

A gradual pretensão de validade dos valores levam ao entendimento que têm uma obrigatoriedade relativa e analisado como correto o comportamento que em longo prazo torna-se bom para nós se vislumbrado numa constelação de valores.

A primazia estrita conferida a pontos de vistas normativos é decorrente de certos conteúdos teleológicos que entram no direito e, no entendimento de Habermas, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador. Portanto, diluir a Constituição numa ordem concreta de valores é negar o caráter jurídico específico nesta norma.

¹⁷⁵ O termo deontologia tem origem grega (*dever, tratado + estudo*) sendo introduzido em 1834 por Jeremy Bentham para referir-se ao ramo da ética cujo objeto de estudo são os fundamentos do dever e as normas morais.

As afirmações de Habermas somente podem ser interpretadas e analisadas mediante o pensamento pós-metafísico, sendo que o rompimento com a tradição metafísica e religiosa teve como consequência a fundamentação dos valores com base em princípios neutros.

Portanto, caso ocorra uma condução dos valores materiais a serem realizadas diante do tribunal constitucional, estas instâncias se transformarão em tribunais extremamente autoritários.

Assim, caso haja uma colisão de valores, a tendência dos tribunais é entenderem que todas as razões poderão adquirir o caráter de argumentação objetiva que faz desmoronar a linha principal do discurso jurídico relativo à compreensão da norma e dos princípios de direito.

“No caso de uma colisão de normas, certos princípios, tais como, por exemplo, a ‘capacidade funcional’ do exército alemão, o cuidado do direito, a ‘paz’ específica de certas esferas, a ‘segurança do Estado como poder de ordem e de paz’, o comportamento fiel à federação ou a ‘fidelidade à federação’, fornecem certamente pontos de vista que permitem introduzir argumentos num discurso jurídico; todavia, esses argumentos não ‘contam’ mais do que os princípios jurídicos, à luz dos quais esses bens e princípios podem ser justificados. Ora, esse limiar é nivelado a partir do momento em que, contra toda intuição, princípios do direito são equiparados a bens, finalidades e valores: ‘garantias constitucionais da liberdade concorrem neste caso com ‘princípios’ contraditórios, não somente em seu conteúdo, mas também em toda sua estrutura como, por exemplo, a capacidade funcional dos empresários na economia global. O Tribunal Constitucional Federal transforma esses bens coletivos (como também os outros) em encargos constitucionais imediatos, que o legislador é obrigado a cumprir, tendo em vista certos custos para os direitos da liberdade, inerentes a certas situações. Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. Isso também vale para normas ‘abertas’, não referidas a casos exemplares facilmente identificáveis – como é o caso dos programas condicionais – e formulados sem um sentido específico de aplicação, necessitando de uma ‘concretização’ metodicamente inofensiva”.¹⁷⁶

Portanto, a análise de Habermas segue no sentido de esclarecer a forma e a melhor metodologia no sentido em que deve atuar um tribunal constitucional, ou seja, sua atuação deve ser no sentido deontológico das normas, inclusive mantendo-se dentro dos limites estipulados pelos discursos de aplicação.

Nos regimes de exceção, o soberano direcionará suas decisões para o privado, ao invés de assumir o lugar que lhe compete na esfera pública política, preenchendo adequadamente o espaço de sua obrigatória atuação. Entretanto, deverá o tribunal constitucional atuar como

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 322. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 315-316.

guardião da democracia deliberativa em conformidade com suas competências pré-estabelecidas na aplicação do direito, fazendo funcionar os mecanismos de defesa do regime democrático. Assim, poderá o tribunal constitucional atuar livremente no cumprimento de sua missão constitucional.

4.4. A TEORIA FILOSÓFICA DA JUSTIÇA

A Teoria da Justiça de John Rawls¹⁷⁷ traz os fundamentos de uma teoria dos direitos legislativos, argumentando que as instituições sobre a justiça pressupõem não apenas que as pessoas têm direitos, mas que um desses direitos é fundamental e até mesmo axiomático.

Esse direito, que é o mais fundamental de todos, é uma concepção nítida do direito à igualdade, que Dworkin denominou direito à igual consideração e respeito (“*right to equal concern and respect*”).

Essa teoria é uma das mais importantes teses desenvolvidas no século XX, onde Rawls pretende elaborar uma teoria da justiça que seja mais uma alternativa para sair do ciclo criado pelas doutrinas utilitarista e intuicionista que, há tanto tempo dominam a tradição filosófica.

Na visão de Rawls, a sociedade é uma associação de pessoas relativamente auto-suficientes que, através de suas relações, reconhecem a existência de regras de condutas como obrigatórias para serem cumpridas e obedecidas, com o objetivo de realizar o bem comum através de um sistema de cooperação social.

Assim contextualizadas, surgem a identidade de interesses e os conflitos de interesses entre as pessoas, podendo concordar ou não pelos mais diversos motivos, quanto às formas de repartição dos benefícios e dos ônus originados através do convívio social.

“Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social”.¹⁷⁸

¹⁷⁷ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3. RAWLS, John. A Theory of justice. Oxford University Press, 1996, p. 5.

¹⁷⁸ *idem.*, *ibidem.*, p. 5. *idem.*, *ibidem.*, p. 7.

A famosa idéia de John Rawls tenta demonstrar que se homens e mulheres agirem somente em seu próprio interesse, fatalmente irão escolher os princípios da justiça, seguindo às orientações de sua racionalidade, onde cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade política, inclusive prezando pela própria liberdade.

Segundo a cátedra de Rawls, os princípios de justiça social têm uma clara e definida origem *substancial* e não *formal* como se imaginava e por isso sustenta a idéia que a preocupação da justiça verificada na atribuição de direitos e liberdades fundamentais das pessoas, possibilitando a existência real de igualdade de oportunidades econômicas, inclusive criando condições de melhoria e minimização de diferenças entre os segmentos sociais.

Desta forma, a base fundamental da sociedade é a justiça, ou seja, o modo pelo qual as instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de atributos advindos da cooperação social.

Os princípios de justiça social que são os parâmetros na escolha de critérios políticos, devem ser aplicados para diminuir as desigualdades sociais da base social que são muitas e difusas. A concepção de justiça é aquela voltada para a equidade (*fairness*) que fundamentam a democracia constitucional baseada na perfeita equidade entre as pessoas.

“Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualitariamente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos (...) minha esperança é a de que a justiça como equidade pareça razoável e útil, mesmo que não seja totalmente convincente, para uma grande gama de orientações políticas ponderadas, e portanto expresse uma parte essencial do núcleo comum da tradição democrática”.¹⁷⁹

Também as desigualdades relativas a poder, riqueza, renda e outros recursos não devem existir a não ser na proporção em que beneficiem os membros que se encontrarem em situação mais precária na sociedade.

A relação de equilíbrio reflexivo com os dois princípios da justiça de Rawls harmoniza-se com os juízos políticos habituais através de um processo de ajuste que, no entendimento de Dworkin não está claro como a idéia da posição original se ajusta a essa estrutura, ou seja, se desempenha algum papel nesse contexto.

¹⁷⁹ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XIII-XIV, 66. RAWLS, John. A Theory of justice. Oxford University Press, 1996, p. XV-XVI, 68.

“A posição original não está entre as convicções políticas habituais que pensamos ter, e que procuramos justificar apelando ao equilíbrio reflexivo. Se ela desempenha algum papel, deve ser no processo de justificação, porque ela tem lugar no corpo da teoria que construímos para colocar nossas convicções em equilíbrio. Contudo, se os dois princípios de justiça estiverem, eles mesmos, em equilíbrio reflexivo com nossas convicções, não fica claro por que precisamos da posição original para complementar os dois princípios do lado teórico do equilíbrio”.¹⁸⁰

As teorias sobre a justiça, de uma maneira geral, acabam por se submeterem à comparação com as próprias instituições em funcionamento na sociedade. É possível se adotar uma posição filosófica através da qual se orienta a relação entre teoria moral e intuição moral. Dworkin resolveu denominá-la de *teoria da coerência da moralidade*, guiando-se pela técnica do equilíbrio.

Existem dois modelos gerais, o *natural*¹⁸¹ e o *construtivo*,¹⁸² que definem a coerência, dimensionando as razões de sua exigência que terão como conseqüência uma significativa produção para a filosofia moral. O modelo natural permite o desenvolvimento de uma faculdade moral (alguns homens a possuem) de produzir *intuições específicas de moralidade política* em determinadas situações como, por exemplo, sedimentar o sentimento de que a escravidão é injusta para o ser humano e para a humanidade.

“O principal instrumento dessa descoberta é uma faculdade moral que pelo menos alguns homens possuem, que produz intuições específicas de moralidade política em situações determinadas, tal como a intuição de que a escravidão é injusta. Essas intuições são indícios da natureza e da existência de princípios morais mais fundamentais e abstratos, da mesma forma que as observações físicas são indícios da existência e da natureza das leis fundamentais da física. O raciocínio moral ou filosófico é um processo de reconstrução dos princípios fundamentais pela correta ordenação dos juízos particulares, assim como um naturalista reconstrói a forma de um animal inteiro a partir dos fragmentos dos ossos que encontrou”.¹⁸³

O modelo construtivo é semelhante a um modelo de decisão judicial do “*common law*”, onde o juiz pretenda formular uma teoria geral da moralidade, a partir de suas intuições, sendo os precedentes específicos análogos às intuições, pretendendo obter um ajuste entre os precedentes e um conjunto de princípios a fim de justificar as decisões atuais e futuras que excedam aos citados precedentes.

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 244. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 232.

¹⁸¹ O modelo natural abriga uma posição filosófica que pode ser sintetizada como descrevendo uma realidade moral objetiva, pois não são criadas por homens ou sociedades, mas descobertas por eles.

¹⁸² O modelo construtivo é aquele que trata as instituições da justiça como traços estabelecidos de uma teoria geral a ser construída, partindo do pressuposto da adequação dos juízos particulares que lhe servem de base para as atividades de um programa coerente de ação.

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. *ibidem.*, p. 249. DWORKIN, Ronald. *ibidem.*, p. 237.

“O segundo modelo, o construtivo, não é estranho aos juristas. É análogo a um modelo de decisão judicial no direito costumeiro. Suponhamos que um juiz se veja diante de uma exigência nova, por exemplo, uma exigência de indenizações com base no direito jurídico à privacidade, direito ainda não reconhecido pelos tribunais. Ele deve analisar os precedentes que pareçam, de algum modo, relevantes para ver se algum princípio que esteja, digamos, ‘embutido’ em tais precedentes diz respeito ao pretendido direito à privacidade. Poderíamos conceber esse juiz como na situação de um homem que, a partir de suas intuições morais, pretenda formular uma teoria geral da moralidade”.¹⁸⁴

Dworkin prossegue analisando as idéias de Rawls e afirma que uma teoria profunda baseada em metas é de difícil sustentação, assim como uma teoria baseada em deveres, pois se torna um apêndice inútil e ambíguo, gerador de confusão. Mesmo assim não é possível supor que a teoria profunda possa ser baseada em deveres.

“Sem dúvida é possível argumentar, como muitos filósofos fizeram, que o auto-interesse de um homem consiste em cumprir o dever que a lei moral lhe impõe, ou porque Deus pode castigá-lo se não proceder assim, ou porque cumprir seu papel na ordem natural é sua atividade mais satisfatória, ou como pensava Kant, porque ele só pode ser livre se observar as regras que, de maneira coerente, pudesse querer como universais”.¹⁸⁵

Dworkin faz uma análise detalhada sobre os direitos que os cidadãos possuem além daqueles que a lei lhe outorga, ou seja, que direitos particulares os cidadãos realmente possuem. Na prática que dá o real limite dos direitos individuais é o governo que se utiliza de força policial para impor a vontade das autoridades administrativas e judiciárias, independente de estar correto ou não o ponto de vista governamental.

“A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens. Esta fusão tem conseqüências importantes para os debates sobre desobediência civil. (...) Mas isso deixa abertas duas questões importantes. Não nos esclarece se a Constituição, mesmo corretamente interpretada, reconhece todos os direitos morais que os cidadãos têm, e como nos diz se, como muitos supõem, os cidadãos têm o dever de obedecer à lei mesmo quando esta infringe seus direitos morais”.¹⁸⁶

Dworkin faz uma análise detalhada sobre os direitos que os cidadãos possuem além daqueles que a lei lhe outorga, ou seja, que direitos particulares os cidadãos realmente possuem. Na prática que dá o real limite dos direitos individuais é que o governo se utiliza da força policial para impor a vontade das autoridades administrativas e judiciárias, independente de estar correto ou não o ponto de vista governamental.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 250. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 248.

¹⁸⁵ *idem.*, *ibidem.*, p. 272. *idem.*, *ibidem.*, p. 260.

¹⁸⁶ *idem.*, *ibidem.*, p. 285. *idem.*, *ibidem.*, p. 273.

“Ainda assim cabe perguntar se, afinal, vale a pena levar os direitos tão a sério. A índole norte-americana, pelo menos nos termos de sua própria auto-imagem, está em não levar nenhuma doutrina abstrata a seu extremo lógico. Talvez seja hora de ignorar as abstrações e nos concentrarmos, em vez disso, na tarefa de oferecer à maioria de nossos cidadãos uma nova compreensão de em que consiste o interesse de seu governo por seu bem-estar e do direito que eles têm de governar”.¹⁸⁷

Dworkin faz uma análise detalhada sobre os direitos que os cidadãos possuem além daqueles que a lei lhe outorga, ou seja, que direitos particulares os cidadãos realmente possuem. Na prática, quem dá o real limite dos direitos individuais é o governo que utiliza a força policial para impor a vontade das autoridades administrativas e judiciárias, independente de estar correto ou não o ponto de vista governamental.

“Pode-se dizer que eles têm dois tipos diferentes de direitos. O primeiro é o direito a igual tratamento (*equal treatment*), que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Todo cidadão, por exemplo, tem direito a um voto igual em uma democracia; este é o cerne da decisão da Suprema Corte de que uma pessoa deve ter um voto, mesmo se um arranjo diferente e mais complexo assegurar melhor o bem-estar coletivo. O segundo é o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*), que é o direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa”.¹⁸⁸

Após todas as análises empreendidas neste trabalho e depois de percorrer o caminho trilhado pelos parâmetros das teses de Dworkin e Habermas, inclusive entendendo o ser humano personificando a idéia de uma espécie que anseia por ser livre tanto quanto o ar que respira e, por isso, desde que a humanidade exercitou seu poder de raciocínio através de uma reflexão filosófica racional, idealizou a questão política da liberdade.

Entretanto, séculos e séculos se passaram para, somente após a Revolução Francesa e a Independência das colônias americanas, ficar perceptível ao mundo a busca por um novo paradigma de mudança que iniciasse o processo de democratização das sociedades.

Atualmente esse assunto transformou-se em discussão rotineira e moralmente obrigatória em todos os fóruns de debates internacionais, tendo em vista que, a maioria dos regimes políticos ocidentais rotulam-se como estados democráticos, inclusive fazendo do termo democracia seu símbolo de racionalidade, apesar dos constantes ataques à liberdade humana, implementados através de políticas econômicas excludentes, guerras étnicas, confrontos religiosos ou simplesmente ganância imperialista.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 349-350. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 348.

¹⁸⁸ *idem.*, *ibidem.*, p. 285. *idem.*, *ibidem.*, p. 273.

A reflexão filosófica racional serve para lembrar a humanidade que a solução mais viável para a estruturação de uma sociedade livre e solidária é o culto à liberdade que tem no Estado Democrático de Direito seu ícone mais valoroso e representativo.

Nesse contexto, surge a Teoria do Discurso elaborada por Habermas, amplamente analisada neste trabalho, que fundamentou seu estudo naquilo que denominou *agir comunicativo*, construído sobre a base da reviravolta lingüístico-pragmática do século XX que posicionou a linguagem como prioritária no conhecimento e no agir humanos. Tal teoria foi criada em prol da integração social, buscando a realização da democracia e da plena cidadania.

Portanto, utilizando-se a racionalidade intersubjetiva pretendeu-se atingir a dimensão jurídica para fundamentar uma nova concepção de democracia que consiga dissipar a tensão existente entre liberdade subjetiva de ação e soberania popular, solucionando esse contra-senso da atualidade existente entre autonomia pública e privada.

O indivíduo e a coletividade, muitas vezes, representaram os pontos mais luminosos no contexto da vida da humanidade e as ciências trabalharam no sentido de definir a perfeita interação entre ambos.

A busca da compreensão sobre o relacionamento harmônico entre homem e sociedade possibilita o entendimento e o planejamento do curso da história, ressaltado o aspecto do evento imponderável e a alternância entre pensamento e ato, intenção e atitude efetiva. O perfeito equacionamento social se dá através da democracia com o objetivo de se atingir e garantir a liberdade do homem.

O pensamento político passou por fases alternadas entre a valorização coletivista e individualista da liberdade no período antigo. Agora, na modernidade, existe uma lacuna a ser preenchida relativa a autonomia do indivíduo na concepção da liberdade.

Quando o indivíduo participa do poder soberano chama-se autonomia pública, porém, ao referir-se à esfera individual do livre exercício da vontade, denomina-se autonomia individual. A prevalência de qualquer uma delas representa o declínio e o perecimento da outra.

O início do pensamento filosófico racional aconteceu por volta do século VII a.C, ocasião em que os filósofos gregos Tales (de Mileto) e Demócrito (de Abdera) elaboraram uma ciência da natureza objetivando a busca do conhecimento do mundo em que viviam, onde o homem era

mais um componente aí inserido. Passaram então a recusar a explicação mítica do mundo, utilizando-se das transformações da natureza para entender as próprias modificações do ser humano como componente desse sistema. Nascia então o pensamento filosófico racional.

O filósofo Protágoras desenvolve o princípio do *homo mensura* que significava o homem como medida de todas as coisas. Para os sofistas, a expansão e o intenso crescimento das cidades gregas representou a busca de uma experiência democrática colocando o homem como centro de todas as coisas e não a natureza, surgindo a fase do relativismo gnosiológico, com a negação da verdade absoluta, inclusive defendendo a relatividade do Direito e da Justiça, tendo em vista ser a lei uma simples convenção humana. A sofística conseguiu sedimentar conceitos que delinearão o afastamento de quaisquer tipos de universalismos, absolutismos ou até mesmo mistificações ao redor de valores sociais.

De outra forma, a metafísica¹⁸⁹ que se posiciona em pólo oposto ao da fisiologia¹⁹⁰ (natureza) e da sofística,¹⁹¹ empenhou-se em estudar as estruturas regionais, definindo a posição de cada coisa no cosmos, resgatando a normatividade do conhecer e do agir humano.

O lugar da auto-realização humana vai se dar na ordem cósmica, onde encontra o fundamento derradeiro de todo seu conhecimento e ações, em conformidade com sua posição junto ao eterno e imutável.

Estando o agir humano de acordo com sua essência determinada pela ordem cósmica, o ordenamento jurídico também deverá estar em conformidade com a ordem natural para que possa realizar a essência humana, assim como a ordem humana é pré-determinada. Foi através da metafísica que contempla o princípio da ordem natural pré-determinada que o Nazismo¹⁹² defendeu a idéia que a etnia ariana era superior as demais, segundo uma ordem natural,

¹⁸⁹ O termo metafísica tem origem grega (*meta*, depois de, além de + *physis*, natureza ou físico) é o ramo da filosofia que estuda a essência do mundo. A saber, é o estudo do ser ou da realidade e tenta esclarecer as noções de como as pessoas entendem o mundo, incluindo a existência e a natureza do relacionamento entre objetos e suas propriedades, espaço, tempo, causalidade e possibilidade.

¹⁹⁰ O termo fisiologia tem origem grega (*physis*, natureza ou físico + *logos*, palavra ou estudo) é o ramo da biologia que estuda as múltiplas funções mecânicas, físicas e bioquímicas nos seres vivos. De uma forma mais sintética, a fisiologia estuda o funcionamento do organismo.

¹⁹¹ O termo sofística tem origem no grego antigo e significa *sábio, instruído, fazer raciocínios capciosos*. Diante da filosofia, é um raciocínio válido, mas inconclusivo, pois é contrário às suas próprias leis. Chama-se sofista ou sofístico ao conjunto de pensadores, oradores e professores gregos do século V a.C.

¹⁹² O termo tem origem alemã (*nationalsozialistische*) derivada de Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores alemães – NSDAP, e designa a política da ditadura que governou a Alemanha de 1933 a 1945, o Terceiro Reich. O nazismo é associado a uma prática nacionalista e totalitária de socialismo, sendo anticapitalista e antiliberal que levou Adolf Hitler ao poder enquanto líder do NSDAP.

patrocinando uma guerra atroz que resultou em milhares de mortes, onde foram praticados todos os tipos de violência contra a liberdade, perpetrando um fatídico crime contra a humanidade.

Desta forma, também agiu Platão reservando o governo da *polis* exclusivamente para os sábios que seriam os únicos capazes de contemplar a verdade através da filosofia e executá-la na sociedade, ou ainda, Aristóteles justificando a escravidão ou a submissão da mulher, alegando a natureza inferior de ambos diante da ordem natural.

Por outro lado, é inegável a importância da metafísica para o pensamento racional, tendo em vista que, foi através dela, a primeira análise sobre a facticidade e normatividade, iniciando o pensamento humano no sentido de ultrapassar a violência fática, em conformidade com uma ordem cósmica e buscar a construção de uma sociedade com o ideal de racionalidade.

Para se analisar o paradigma da mudança do pensamento clássico (cosmocêntrico-ontológico) para o pensamento moderno (antropocêntrico-subjetivo), foi necessário uma profunda transformação das idéias medievais para as reflexões modernas, através da edificação de idéias sobre a realidade concebida.

Portanto, abandona-se à ordem natural e nasce uma nova ordem: a consciência universal do homem, baseada na subjetividade, segundo os estudos de Descartes que inaugura uma nova fase do pensamento humano, afirmando que *cogito, ergo sum*, onde a realidade não é mais externa ou anterior ao homem, mas somente possível a partir de sua consciência.

Nesta fase, Immanuel Kant transforma-se no maior teórico dessa corrente filosófica, postulando a completa impossibilidade do conhecimento ontológico que supera a metafísica, iniciando uma nova fase do conhecimento humano baseado na subjetividade universal.

Segundo Kant, o homem é sujeito ativo do seu conhecimento e de sua ação no mundo, sendo que a determinação de tudo, ou seja, *a priori* não é mais através da ordem cósmica, pois o incondicional é a consciência transcendental.

Carla Faralli¹⁹³ leciona que a crise do positivismo jurídico tem início na segunda metade da década de sessenta do século XX. Todavia, utiliza como marco inicial da filosofia do direito contemporâneo, o surgimento da obra de Hart que vem para modificar as clássicas escolas do pensamento filosófico: jusnaturalismo, juspositivismo e realismo jurídico.

A novidade que surge é a presença de inúmeros novos autores que, com seu discurso, parecem não se filiarem a nenhuma das escolas clássicas e tampouco tecem alguma crítica às mencionadas linhas de pensamento, pois que, somente se preocupam com novas pesquisas.

Também se pode dizer que o pós-positivismo abriu caminho através das idéias de Dworkin que critica a tese de Hart para sustentar a separação entre o direito e a moral, afirmando que os ordenamentos jurídicos não se compõem apenas de estruturas normativas, sendo que, os *princípios*¹⁹⁴ vão além do direito estabelecido. Outro aspecto é o desenvolvimento e a contribuição neoconstitucionalista de Ota Weinberger e Neil MacCornick que fazem críticas ao modelo juspositivista.

Prossegue em sua cátedra afirmando que sua proposta pedagógica é reconhecer a importância de ambos os autores e desenvolver uma teoria institucionalista do direito para explicar a existência das normas, instituições jurídicas e outros objetos similares, permitindo e justificando sua tendência ao idealismo e posicionando-se contrária às idéias dos realistas e materialistas, evitando o risco do reducionismo que é comum nas teorias realistas que simplificam o direito a uma série de comportamentos e perdem de vista o elemento normativo que é essencial para a experiência jurídica em qualquer caso.

¹⁹³ “Otra de las características que singularizan al debate filosófico-jurídico contemporáneo es la notable ampliación experimentada por su ámbito temático. Ámbito en el que se han abierto nuevos campos, al punto que se ha afirmando, y no sin razón, que estamos asistiendo a una sobreabundancia de las investigaciones más diversas. De tal manera que, sin que se haya renunciado del todo al tratamiento de los problemas tradicionales de la disciplina – cuyo marco cubría, como es notorio, desde la teoría de la justicia hasta la teoría de la ciencia jurídica, o desde la teoría de la norma a la teoría del ordenamiento jurídico – el filósofo del Derecho se encuentra cada vez más comprometido con la toma en consideración de una serie tan numerosa como variada de nuevas cuestiones, dotadas todas ellas de una elevada especialización, que requieren su aproximación a los flancos propios ora del filósofo moral, ora del filósofo de la política, ora del informático, del médico o del sociólogo”. FARALLI, Carla. La filosofía del derecho contemporánea. tema y desafíos. 2. ed., 5. reimp., Madrid: Universidad Complutense, 2007, p. 11-12.

¹⁹⁴ “Los principios jurídicos representan unas prescripciones genéricas, un standart que debe ser tomado en consideración, y no porque provoque o contribuya al mantenimiento de una determinada situación (ya sea ésta económica, política o social) que se considera deseable, sino en cuanto que hacerlo constituye una exigencia de justicia, de imparcialidad o de corrección, o de cualquier otra dimensión del la moralidad. En la concepción dworkiana del derecho se concibe como una práctica social, que se encuentra integrada tanto por un conjunto de reglas, como por una serie de valores que dichas reglas pretenden y deben desarrollar”. FARALLI, Carla. La filosofía del derecho contemporánea. tema y desafíos. 2. ed., 5. reimp., Madrid: Universidad Complutense, 2007, p. 24-25.

Faralli formula seu raciocínio científico e filosófico, apontando *novas fronteiras para a filosofia do direito*,¹⁹⁵ afirmando que nos últimos anos a sociedade passou por inúmeras e rápidas transformações.

A informática contribuiu nessas mudanças em todos os níveis sociais produzindo uma revolução tecnológica, criando variadas possibilidades, ampliando a capacidade de ação dos seres humanos, inclusive relativo à fecundação artificial, transplante de órgãos, clonagem e tantas outras amplas possibilidades que têm deixado as populações perplexas, envoltas à profundos questionamentos morais que dizem respeito a delimitação da área de intervenção sobre a vida humana.

Desta forma, soma-se a essa tendência, os grandes fluxos migratórios dos países pobres para os territórios das nações ricas, modificando as antigas estruturas populacionais e, conseqüentemente, o cenário mundial, além de ampliar o pluralismo jurídico para questionar os velhos conceitos de sectarismo social, xenofobia, cidadania, nacionalidade, soberania e outros tantos fenômenos daí decorrentes, abrindo espaço para os estudiosos de várias áreas do conhecimento, inclusive a filosofia do direito.

4.5. A TEORIA SOCIOLÓGICA DO DIREITO

Conforme a concepção clássica de sociedade, o indivíduo devia total submissão ao todo coletivo que era hierarquicamente superior, o que dava ensejo aos regimes totalitários e autoritários.

Entretanto, a concepção moderna de sociedade é individualista, contratualista, fundamentada na preservação da liberdade individual, onde a parte antecede o todo, ou seja, o indivíduo

¹⁹⁵ “En los últimos treinta años la sociedad ha conocido transformaciones profundas a la vez que rapidísimas: la informática ha entrado a formar parte de la vida de todos nosotros a distintos niveles, produciendo una especie de revolución, que ha sido parangonada por algunos analistas del presente a la revolución que en su día provocara la introducción de la imprenta; la investigación en el ámbito médico y, más en general, en el ámbito científico ha abierto inmensas nuevas posibilidades, e incrementado las capacidades de acción de los seres humanos, en orden al dominio de la naturaleza (fecundación artificial, trasplantes de órganos, clonación, etc.), al tiempo que ha generado una serie de perplejidades y de lacerantes interrogantes morales que conciernen a la delimitación de los límites de la intervención sobre la vida humana y no humana”. FARALLI, Carla. La filosofía del derecho contemporánea. tema y desafíos. 2. ed., 5. reimp., Madrid: Universidad Complutense, 2007, p. 253.

antecede a sociedade e a liberdade individual é o espaço para o exercício de suas preferências, sem a interferência da coletividade.

Desta forma, a democracia antiga era o regime de uma cidade, de um povo, que ignorava a vida privada, unicamente voltada para a coisa pública onde não havia liberdade individual, mas somente a liberdade do cidadão que se efetivava através da participação na *polis*.

A idéia de liberdade foi concebida a partir da autodeterminação como participação na formulação das normas jurídicas e exercício do poder político e não apenas nos moldes liberais de preservação do espaço para que o indivíduo ali estivesse livre de coações. Essa ambigüidade foi gerada pela concepção contratualista, concebendo tanto o princípio liberal como também o princípio democrático da soberania popular.

Habermas afirma que Hobbes, segundo a perspectiva de Kant, é o teorizador de um estado constitucional burguês sem democracia, onde o soberano somente poderá distribuir suas ordens na linguagem do direito moderno, que garante uma ordem propiciadora às pessoas privadas de liberdades subjetivas, conforme leis gerais.

Segundo Hobbes, o contrato social é então um modelo do direito privado como um meio para atingir determinado fim, ao contrário de Kant que concebeu ser o contrato social uma institucionalização do direito natural a iguais liberdades de ação subjetiva, visto que para ele o livre arbítrio encontra-se limitado pelo Direito.

A participação popular no exercício da soberania exige a submissão do poder político a esfera da liberdade individual como única forma viável de restituir aos indivíduos aqueles direitos que já possuíam antes do estado social.

Segundo Habermas, o que vai diferenciar os sistemas políticos é a proporcionalidade estabelecida entre o poder soberano e os poderes individuais, ou seja, a delimitação entre a participação do indivíduo na elaboração de leis e a garantia de seus espaços livres de ação estatal, unicamente no âmbito de atuação de sua liberdade individual. É a tensão existente entre a autonomia pública (soberania popular) e a privada (Direitos Humanos).

Habermas entende a democracia como a estabilização da tensão existente entre autonomia pública e privada, estabelecendo uma relação de co-originariedade entre soberania popular e

Direitos Humanos, sem que haja qualquer tipo de preferência entre uma ou outra, ou seja, a institucionalização jurídica do Princípio do Discurso fundamenta o Princípio da Democracia.

Habermas procura entender como se dá a integração social possibilitada por uma tensão entre facticidade e validade, no sentido da manutenção da ordem social que denominou método reconstrutivo na formulação da teoria da sociedade que se baseia em três categorias: mundo da vida, instituições arcaicas e sociedade secularizada.

A teoria habermasiana busca a implementação da liberdade, da autonomia através da forma democrática inserida no Princípio do Discurso, através da fusão entre a autonomia política, pública e da autonomia individual, privada. Sua teoria filosófica se fundamenta na norma jurídica de cunho pragmático-universal, buscando o sentido da validade jurídica, ou seja, coerção e liberdade.

A efetivação através do sistema de direitos de uma forma democrática é a demonstração do sentido, do ponto de ligação entre as duas dimensões (público e privado). O Princípio da Democracia é concebido como a institucionalização jurídica do Princípio do Discurso.

Tal proposta encontra alicerce na reviravolta lingüístico-pragmática, fazendo a distinção entre razão comunicativa e razão prática através do *médium* lingüístico, que coloca a linguagem como termo possibilitador e limitador do conhecimento humano.

De acordo com Habermas, a democracia e o direito estabelecem umnexo interno, equidistante e primordial entre autonomia pública (soberania popular) e privada (Direitos Humanos). Segundo a concepção liberal, o cidadão é o portador de direitos subjetivos, concebidos estes como direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites às pessoas do direito se vêem livres de coações externas.

Os direitos políticos de participação na formação da vontade política devem ser interpretados como direitos positivos e não como garantias de preservação da liberdade diante de coações externas, devendo agir segundo o que preceituam as regras. Conforme a concepção republicana, através da ordem jurídica objetiva é que surgem os direitos subjetivos que devem permitir e assegurar a integridade de uma convivência equitativa, autônoma e fundamentada sobre o mútuo respeito.

O modelo de democracia para Habermas deve estender-se até uma política deliberativa que abranja as formas comunicativas do modelo liberal e do republicano, constituindo-se numa vontade comum, entrelaçadas em auto-entendimento mútuo de caráter ético e um equilíbrio entre interesses divergentes por meio de uma fundamentação moral.

Luchi analisa a doutrina de Habermas sobre a relação entre sociedade e Estado diante de uma política deliberativa sob o espectro democrático e afirma que é necessária uma reconstrução da autocompreensão da teoria empirista da democracia que retira do conceito de poder a exigência de legitimidade, inclusive criando uma equiparação do poder político ao poder social. Assim, demonstra uma concepção de democracia normatizada e definida através de três modelos: o liberal, o republicano e a democracia deliberativa.

“Os três modelos são analisados a partir de diversas chaves conceituais: a relação entre sociedade e Estado na visão de cada um, os conceitos de legitimidade e soberania popular, *status* do cidadão e sistemas de direitos, bem como a compreensão do processo político”.¹⁹⁶

Prossegue sua cátedra afirmando que o empirismo político elimina do conceito de poder político sua constitutiva vinculação com o direito legítimo e o reduz a um tipo de poder social, quando analisa as inconsistências das teorias empiristas da democracia.

“A democracia baseada em voto universal, respeitando-se a maioria, apóia-se em uma compreensão moderna da liberdade. Essa resulta de uma secularização da visão judeu-cristã de que todo homem tem igual valor diante de Deus e, de outro lado, substitui a origem transcendente da validade dos mandamentos por uma validade imanente que se ancora na vontade dos sujeitos”.¹⁹⁷

Adiante, explica que o *modelo liberal* fundamenta-se em figura de pensamento que busca as origens na filosofia da consciência e leva em consideração a não eliminação da distância entre sociedade e Estado, onde o todo é transferido para o conjunto de normas constitucionais que regulam as relações de interesse e poder entre os indivíduos.

Entretanto, deverá criar liames entre ambos através de um processo democrático, onde o poder e o interesse dos cidadãos individualizados devem se equilibrar através dos parâmetros constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

¹⁹⁶ LUCHI, José Pedro. Para uma teoria deliberativa da democracia. Revista de Informação Legislativa, ano 43, n. 172, outubro/dezembro, Brasília: RIL, 2006, p. 73-74.

¹⁹⁷ *idem.*, *ibidem.*, p. 74.

Leciona que o *modelo republicano* sedimenta-se na centralização do Estado que é interpretado como *um sujeito em grande formato* e tem a vantagem de ver a auto-organização da sociedade pela vida comunicativa e não apenas por negociações entre diversos interesses opostos.

Sua desvantagem em relação ao modelo liberal é que os discursos políticos são interpretados como estritamente éticos e então de modo por demais idealista, ficando na dependência da virtude de cidadãos voltados ao bem comum. Trata-se de um *ator coletivo* que se atribui a *praxis* de autodeterminação, formado pelo conjunto dos cidadãos.

O modelo teórico da *democracia deliberativa* aponta para uma exigência normativa, tendo a formação da opinião e da vontade políticas como ponto central. Assim, Habermas pensa que sua teoria permite ligação com uma ciência social que vê o sistema político não como centro nem como modelo estrutural da sociedade, mas um sistema entre outros, encarregado da solução para riscos de integração social.

“A democracia não se sustenta se o voto for baseado em mero capricho. Porque maus políticos poderiam sempre se reeleger e a lisura e *fairness* do processo político estariam ameaçadas, e com isso também a integração social. Mesmo que não tematizado, o horizonte de universalidade de um consenso baseado em ‘boas razões’ deve permanecer como pano de fundo de um processo político democrático, que tem, sim, momentos de imprevisibilidade, mas cujos princípios e grandes linhas devem assumir tais momentos num complexo que mantenha a dinâmica de integração social e, então, um horizonte de universalidade”.¹⁹⁸

Ao se analisar a teoria sociológica do direito faz-se necessário entender que o agir comunicativo permite liberar o potencial de racionalidade da linguagem que, segundo Habermas, poderá mobilizá-lo para funções da integração social, através de um processo evolutivo da sociedade. Desta forma, o direito moderno vai permeando as lacunas funcionais de ordens sociais que são as responsáveis pela integração social.

“Contraopondo-se ao ceticismo das teorias sociais do direito, as teorias filosóficas da justiça destacam, decididamente, o conteúdo moral das ordens jurídicas modernas. Tais construções racionais do direito servem para a fundamentação de princípios, segundo os quais uma sociedade bem ordenada deveria ser organizada; porém, nessa tentativa, elas se distanciam tanto da realidade das sociedades contemporâneas, a ponto de encontrarem dificuldades no momento de especificar condições para a realização desses princípios”.¹⁹⁹

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 64. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 62.

¹⁹⁹ *idem.*, *ibidem.*, 66. *idem.*, *ibidem.*, 62.

Ao tratar das desigualdades sociais, Habermas analisa as idéias de Adam Smith,²⁰⁰ suscitando a classificação marxista na interpretação da sociedade burguesa, demonstrando o desencantamento do direito por obra das ciências sociais.

“Com Adam Smith e Ricardo, desenvolve-se uma economia política que interpreta a sociedade civil como esfera do comércio e do trabalho social dominada por leis anônimas. Hegel, seguindo a economia política, atribui-lhe o nome de ‘sistema das necessidades’, no qual os indivíduos são destituídos de toda a liberdade real. Enquanto crítico da economia política, Marx reconhece na anatomia da sociedade burguesa apenas estruturas nas quais o processo de auto-aproveitamento do capital se distancia dos indivíduos que se alienam a si mesmos, a fim de produzir formas cada vez mais drásticas de desigualdade social”.²⁰¹

Habermas tem uma forma clara de analisar esse fato, entendendo a sociologia funcionalista do direito que se posiciona irrevelando o sentido do complexo modo de validade do direito.

“A diferença entre ser e dever-ser, entre validade em termos de verdade e validade normativa, é reduzida a apenas duas possibilidades de reação: o aprender e o não-aprender, que representam uma alternativa, porém, somente em relação a expectativas cognitivas”.²⁰²

Assim, quando se fala em elevar o nível de aceitação real de decisões motivadas é necessário deixar claro que essa é a função dos argumentos jurídicos. Os participantes visualizam as ficções necessárias, pois é isso que tem significado na visão do observador sociológico.

No dizer do jurista: os argumentos justificam a decisão e não as decisões os argumentos, tendo em vista sua difícil substituição como garantias para os contextos de decisão. Existe uma confrontação teórica e empírica a respeito do fechamento auto-referencial do sistema jurídico tentando definir se há um *minimum* epistêmico na sociedade moderna.

“Teubner trata essa questão em dois níveis: no do ‘saber fático’ econômico, técnico, psiquiátrico e científico em geral que é estranho e precisa ser traduzido para o código do direito e aí reconstruído, sem que o sistema jurídico possa assumir ‘a completa autoridade epistêmica’ para a confiabilidade do saber estranho assim

²⁰⁰ Adam Smith nasceu na Escócia (1723 - 1790), foi economista e filósofo. Teve como cenário para a sua vida o século XVIII, que ficou conhecido como o *século das luzes*. É considerado o pai da economia moderna e um dos mais importantes teóricos do liberalismo econômico. Sua obra mais famosa é *Uma investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações* que continua sendo uma referência para as gerações de economistas. Seus estudos procuraram demonstrar que a riqueza das nações resultava da atuação de indivíduos que, movidos apenas pelo seu próprio interesse (*self-interest*), promoviam o crescimento econômico e a inovação tecnológica.

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 68. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 64.

²⁰² *idem.*, *ibidem.*, p. 74. *idem.*, *ibidem.*, p. 70.

incorporado; e no nível regulativo do ‘influenciamento’ indireto de áreas sociais estranhas”.²⁰³

No entendimento de Habermas, todo evento comunicativo está vinculado a dois diferentes discursos onde a informação é constituída por um modo novo que acontece simultaneamente em eventos comunicativos. No discurso jurídico especializado e institucionalizado observa-se uma certa interferência do direito com outros discursos sociais. A comunicação geral difusa, apesar da amplitude de sua origem, não significa que seja um superdiscurso multidimensional para que haja troca de informações entre as formas de discursos.

A Teoria da Justiça de John Rawls²⁰⁴ surgiu em 1971 em meio a um polêmico ataque das ciências sociais ao normativismo²⁰⁵ do direito racional, enquanto que a filosofia do direito voltou a valorizar a tradição do direito nacional. Iniciou-se uma fase de discursos ingênuos entre filósofos, juristas e economistas, sendo que esses optaram por resgatar teoremas do século XVII e XVIII, tentando iniciar um resgate ao direito racional diante da impotência do dever-ser.

“Em sua ‘Teoria do direito’, Rawls desenvolvera a idéia de uma sociedade ‘bem ordenada’ sob as modernas condições de vida. Esta forma um sistema que possibilita a cooperação justa entre parceiros do direito, iguais e livres. As instituições fundamentais de tal sociedade precisam ser configuradas de acordo com um esquema fundamentado à luz da justiça entendida como imparcialidade (*fairness*), merecendo destarte o assentimento racionalmente motivado de todos os cidadãos”.²⁰⁶

Entretanto, segundo o entendimento de Habermas, a inter-relação entre a teoria pós-metafísica da justiça e a forma com a qual ela apareceu nos Estados Unidos não quer significar que o sistema de princípios liberais e as instituições típicas dos americanos tenha se consolidado através da teoria de Rawls.

“Entretanto, a atitude contextualista de Rorty não é plausível: se o objetivo teórico de Rawls fosse tão modesto, como explicar então o considerável esforço de fundamentação despendido por ele em prol de sua teoria? Rorty junta os dois níveis de argumentação, que Rawls distingue, confundindo o sentido reconstrutivo que o

²⁰³ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 78. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 74.

²⁰⁴ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000, *passim*. RAWLS, John. A Theory of justice. Oxford University Press, 1996, *passim*.

²⁰⁵ Segundo os defensores da normatividade, os fenômenos mentais do tipo racionais não podem se explicados pelas leis naturais. Atualmente, o normativismo tem ganhado popularidade entre os filósofos. John McDowell defende, seguindo Wilfrid Sellars, a distinção entre o espaço lógico das razões, típico da racionalidade, e o espaço lógico das leis, típico da natureza.

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *ibidem.*, p. 84. HABERMAS, Jürgen. *ibidem.*, p. 79.

equilíbrio reflexivo possui no contexto da justificação, com o sentido de um auto-entendimento ético ou de esclarecimento da existência, que a teoria da justiça assume quando é capaz de iluminar seu próprio contexto de surgimento”.²⁰⁷

Habermas afirma que Dworkin deveria procurar uma inserção menos contingente para que a eficácia dos princípios liberais não comprometesse as tradições já existentes e a fundamentação de princípios abstratos e flutuantes de justiça.

“Essa teoria inteiriça deve inserir o conceito deontológico da justiça numa ética consoante: Os filósofos liberais que adotam a visão restrita segundo a qual o liberalismo é uma teoria do justo e não do bom, enfrentam o problema de explicar os motivos que levam as pessoas a serem liberais (...) Eles tentam encontrar razões morais ou motivacionais que levam as pessoas a colocar de lado suas convicções sobre a vida boa quando agem politicamente. Eu penso que os liberais devem rejeitar essa visão restrita de sua teoria. Eles devem tentar, ao contrário, conectar a ética e a política ao construir uma visão sobre a natureza ou caráter da vida boa, que faz a moralidade política liberal parecer algo muito mais contínuo do que descontínuo, com visões filosóficas atraentes sobre a vida boa”.²⁰⁸

Existem alguns direitos que os cidadãos têm que se atribuir mutuamente, deixando transparecer que existe uma tensão entre facticidade e validade permeando o sistema dos direitos, enfatizando a característica da ambivalência da validade jurídica.

“Kant apóia-se neste artigo, ao formular o seu princípio geral do direito, segundo o qual toda ação é eqüitativa, quando sua máxima permite uma convivência entre a liberdade de arbítrio de cada um e a liberdade de todos, conforme uma lei geral. O primeiro princípio da justiça, de Rawls, ainda segue a máxima: ‘Todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais’. O conceito da lei explicita a idéia do igual tratamento, já contida no conceito do direito: na forma de leis gerais e abstratas, todos os sujeitos têm os mesmos direitos”.²⁰⁹

Habermas ensina que os direitos garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, onde se explica o surgimento da legitimidade a partir da legalidade, onde observa que o direito moderno elimina a responsabilidade dos indivíduos com as normas morais que são deslocadas para as leis para garantir sua compatibilidade por meio do processo legislativo. Assim, sob o ângulo de visão do liberalismo²¹⁰ ortodoxo, a autonomia privada deve se equilibrar com a autonomia pública, entendendo os Direitos Humanos como núcleo da questão de soberania do povo.

²⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 89. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 86-87.

²⁰⁸ *idem.*, *ibidem.*, p. 91. *idem.*, *ibidem.*, p. 86-87.

²⁰⁹ *idem.*, *ibidem.*, p. 114. *idem.*, *ibidem.*, p. 109-110.

²¹⁰ O liberalismo é a doutrina ou corrente do pensamento político que defende a maximização da liberdade individual mediante o exercício dos direitos e da lei, defendendo uma sociedade caracterizada pela livre iniciativa integrada num contexto definido.

“O liberalismo ortodoxo apenas renovou essa compreensão individualisticamente reduzida dos direitos subjetivos, a qual simplesmente provoca uma interpretação funcionalista da ordem dos direitos privados que passa ser a moldura para o intercâmbio econômico capitalista: o pensamento do direito subjetivo mantém viva a idéia de que o direito privado e a proteção do direito, fundamentado por aquele, serve, em última instância, para a manutenção da liberdade do indivíduo na sociedade e de que a liberdade individual constitui uma das idéias fundamentais, em função da qual existe o direito. Pois, no âmbito do pensamento do direito subjetivo, o direito privado é o direito dos membros do direito, independentes entre si, agindo de acordo com suas próprias decisões”.²¹¹

Para Habermas, os direitos subjetivos não podem ser fundamentados com base em um modelo extraído do direito privado, criando uma discordância com o pensamento de Hobbes que no entendimento de Kant não leva em consideração a diferença estrutural entre a figura de legitimação do contrato de socialização e um contrato privado que conclui com clareza meridiana que *“o direito é a limitação da liberdade de cada um à condição de sua concordância com a liberdade de todos, na medida em que esta é possível segundo uma lei geral”*.

A consciência da lógica de questões éticas e morais, segundo processos de socialização e tradições culturais reflexivas, ampliam-se as estruturas do agir orientado ao entendimento. As argumentações são obtidas através de formas de reflexão de o próprio agir comunicativo.

Os questionamentos éticos e morais através de seu sentido próprio criam um confronto no domínio das idéias normativas na modernidade. Portanto, nesse momento, o que Habermas põe em questão é o receio da tirania da maioria, na visão dos liberais, inclusive o dimensionamento dos Direitos Humanos baseados nas tradições metafísicas e religiosas.

“Os Direitos Humanos e o princípio da soberania do povo formam os ideais em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno; e isso não é mera casualidade. Pois a essas idéias vêm somar-se os conteúdos que sobrevivem, de certa forma, depois que a substância normativa de um *ethos* ancorado em tradições metafísicas e religiosas passam pelo crivo de fundamentações pós-tradicionais (...) Os liberais evocam o perigo de uma ‘tirania da maioria’, postulam o primado de Direitos Humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político. Ao passo que os representantes de um humanismo republicano dão destaque ao valor próprio, não-instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que, aos olhos de uma comunidade naturalmente política, os Direitos Humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente. Na visão liberal, os Direitos Humanos impõem-se ao saber moral como algo dado, ancorado num estado natural fictício; ao passo que na interpretação republicana a vontade ético-

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 119. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 115.

política de uma coletividade que se está auto-realizando não pode reconhecer nada que não corresponda ao próprio projeto de vida autêntico”.²¹²

Habermas analisa o raciocínio de Rousseau e afirma que ele exagerou nas definições sobre a ética do cidadão, conforme se fundamenta no conceito republicano de sociedade, tendo em vista as bases de uma comunidade homogênea e integrada em tradições culturais comuns. Assim, quanto mais estiverem em divergência os costumes e a lei, tanto maior será necessário o poder de coerção.

Segue analisando as idéias de Kant que defendem o pressuposto de existir uma relação de complementaridade entre moral racional e direito positivo. A teoria moral estabelece os conceitos superiores que são a vontade e o arbítrio, a ação e a mola impulsionadora, o dever e a inclinação, a lei e a legislação, sendo que, posteriormente, servirão para determinar o agir e o julgar moral.

“Na sua *Introdução à metafísica dos costumes*, Kant procede diferentemente. Ele parte do conceito fundamental da lei da liberdade moral e extrai dela as leis jurídicas, seguindo o caminho da redução. A teoria moral fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e mola impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação, que servem inicialmente para a determinação do agir e do julgar moral. Na doutrina do direito, esses conceitos fundamentais da moral são reduzidos a três dimensões. Segundo Kant, o conceito do direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao arbítrio dos destinatários; abrange a relação externa de uma pessoa com outra; e recebe a autorização para a coerção, que um está autorizado a usar contra o outro em caso de abuso”.²¹³

Habermas analisa a distinção entre moral e direito iniciando por um questionamento que identifica as pendências morais e jurídicas com base nos mesmos problemas: *como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente?*

Entretanto, apesar de inúmeros pontos em comum, a moral e o direito se distinguem *prima facie* em decorrência de que a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, enquanto que o direito adquire obrigatoriamente o nível institucional por ser um sistema de símbolos e de ações.

²¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 133-134. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 129.

²¹³ *ibem., ibidem.*, p. 140. *ibem., ibidem.*, p. 136.

Os participantes de discursos racionais que consentem em submeterem-se aos efeitos das normas de ação, sendo atingidos por elas, acabam por darem-lhe legitimidade. Habermas explica que discurso racional é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validades problemáticas, através de obrigações ilocucionárias.

“Entram nesta formulação conceitos carentes de uma explicação. O predicado ‘válidas’ refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provocadas pela regulamentação geral através de normas. E ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validades problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permite o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente. Com relação à versão abstrata de “D”, é importante frisar que os temas e contribuições, bem como o tipo de argumentos que ‘contam’, não podem ser reduzidos *a fortiori*. Pois o princípio moral resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses. O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com o auxílio de argumentos morais”.²¹⁴

Habermas sinaliza as orientações de Kant afirmando que eram três as abstrações referentes aos destinatários que servia para caracterizar a legalidade de modos de agir.

“Como já foi salientado, Kant caracterizara a legalidade de modos de agir, servindo-se de três abstrações que se referem aos destinatários, não aos autores do direito. Em primeiro lugar, o direito não leva em conta a capacidade dos destinatários em ligar a sua vontade, contando apenas com sua arbitrariedade. Além disso, o direito abstrai da complexidade dos planos de ação ao nível do mundo da vida, limitando-se à relação externa da atuação interativa e recíproca de determinados agentes sociais típicos. Finalmente, o direito não considera, conforme vimos, o tipo de motivação, contentando-se em focar o agir sob o ponto de vista de sua conformidade à regra”.²¹⁵

Prossegue no raciocínio afirmando que a subtração da legitimação leva as instituições naturais a ruírem, sendo necessário a reconstrução através do direito. A modernização social cria a exigência da organização de tipo novo no modo construtivo. Instituições como a família e a

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142-143. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 138-139.

²¹⁵ *ibem., ibidem.*, p. 147. *ibem., ibidem.*, p. 143.

escola são reformuladas através do direito através de um sistema de ação que são os mercados, as empresas, as administrações que vão compor a institucionalização jurídica.

É possível a fundamentação dos direitos através da Teoria do Discurso, conjugando o princípio do discurso, a forma do direito e o princípio da democracia. Quando se introduz o direito como complemento da moral, esses direitos são delineados conforme a liberdade de arbítrio e atores singularizados e tipificados.

Para Habermas, as idéias de Kant sobre as liberdades subjetivas de ação são constituídas através de um código jurídico na figura dos direitos subjetivos, onde a liberdade de cada um deve conviver com a liberdade de todos.

“O princípio kantiano, que estatui um direito às liberdades subjetivas de ação, pode ser entendido da seguinte maneira: deve ser constituído um código jurídico na figura de direitos subjetivos, os quais imunizam os sujeitos jurídicos contra a imputação da liberdade comunicativa. Entretanto, o princípio jurídico não exige apenas o direito a liberdades subjetivas em geral, mas também iguais liberdades subjetivas. A liberdade de cada um deve poder conviver com a igual (*gleiche*) liberdade de todos, segundo uma lei geral. (...) A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica dos direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos”.²¹⁶

Assim, caso se queira representar o processo circular que se legitima e se fecha aos recursos, não há que se pensar em ser paradoxal com o surgimento da legitimidade a partir da legalidade, tendo em vista que o princípio do discurso assume a figura de um princípio da democracia e a forma jurídica de relações interativas não são suficientes, por si mesmas, para a fundamentação de qualquer tipo de direito. Desta forma, o exercício da autonomia política representa uma interpretação e configuração desses mencionados direitos.

“Resumindo, é possível constatar que o direito a iguais liberdades subjetivas de ação, bem como os correlatos dos direitos à associação e das garantias do caminho do direito, estabelecem o código jurídico enquanto tal. Numa palavra: não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos. Nesta institucionalização jurídica do *médium* jurídico, ainda não se trata dos conhecidos direitos fundamentais liberais. Mesmo prescindindo do fato de que, neste nível, ainda não se pode falar de um

²¹⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 156. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 153.

poder do Estado organizado, contra o qual os direitos de defesa deveriam dirigir-se, os direitos fundamentais, inscritos no próprio código do direito, continuam, por assim dizer, insaturados. Eles precisam ser configurados e interpretados por um legislador político, de acordo com as circunstâncias”.²¹⁷

Portanto, Habermas conclui que o código do direito não pode ser instaurado *in abstracto* e a regulação da convivência por intermédio do direito positivo deve ser feita pelos civis atribuindo-se reciprocamente determinados direitos.

Em linha de conclusão deste capítulo, torna-se extremamente importante abstrair da teoria de Habermas o entendimento do diagnóstico correto como fenômeno jurídico da modernidade, podendo se afirmar que as condições de legitimação democrática do direito somente poderiam ser mantidas através de uma divisão de tarefas.

Portanto, o modelo proposto vai além da mera observância da modernidade segundo um ângulo de visão neutro ou apenas positivo. A dupla concepção de sociedade permite que se faça um diagnóstico original de todas as patologias da modernidade.

A síntese das idéias de Habermas e contribuições trazidas pela Teoria do Discurso serão objeto de novo debate no Capítulo 6, onde se analisarão as conseqüências e possibilidades de mudanças na busca da função social do processo.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 162. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 159.

5. O ACESSO À JUSTIÇA

A forma mais significativa de iniciar qualquer análise sobre acesso à justiça,²¹⁸ seguindo a temática deste trabalho, será direcionando o olhar para os três modelos normativos de democracia que Habermas apresenta como sendo um retorno dialético da modernidade que trouxe duas respostas à questão da legitimidade do Direito, podendo ser entendidos como dois modelos normativos de democracia que se expressam pelas compreensões liberal e republicana de política que os comunitaristas lideraram os debates iniciados nos EUA.

Esta dupla reação da modernidade para fundamentar o Direito e a democracia a fim de proteger a liberdade contra o absolutismo²¹⁹ e também contra as ordens sociais de base metafísico-religiosa.

Habermas tem uma proposta de democracia e de Direito que estabelece umnexo interno entre autonomia pública e privada, ou seja, busca harmonizar soberania do povo e Direitos Humanos e apresenta um terceiro modelo normativo de democracia a fim de superar os modelos existentes, denominando-o *política deliberativa* que, no seu entendimento, trata-se de modelo republicano, sendo a afirmação do sentido democrático que visa a auto-organização da sociedade pelos cidadãos através de acordo mútuo por via da comunicação. Assim, esse conceito deve abranger as duas formas comunicativas adotadas pelo modelo liberal e pelo modelo republicano, constituindo-se em vontade comum que atinja o equilíbrio dos interesses divergentes através da fundamentação moral.

A participação popular na formação da vontade política através de processo democrático é o objetivo da Teoria do Discurso que institucionaliza o processo de exercício da autonomia pública e não se opõem à vontade soberana que também não se mantém alheia aos direitos individuais subjetivos, pois é formada através deles.

A relação entre igualdade de fato e de direito não pode ser determinada tendo em vista direitos subjetivos privados, o que tem como consequência o esquecimento da esfera privada que

²¹⁸ O termo justiça, na concepção de Felix E. Oppenheim, significa “*um fim social, da mesma forma que a igualdade, a liberdade, a democracia ou o bem-estar (...) é uma noção ética fundamental e não determinada*”. Cf. BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. v. I, Tradução Carmen C. Varriale, *et al*, 13. ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2007, p. 660-666.

²¹⁹ Absolutismo é a teoria política que defende a idéia de uma pessoa (geralmente, um monarca) deter e concentrar o poder absoluto, sem interferência de outra forma de poder ou controle interno e externo. Os teóricos associados a esta idéia são Maquiavel, Jean Bodin, Jaime I de Inglaterra, Boussuet e Thomas Hobbes.

foram gerados pela disputa entre os paradigmas liberal e social e em nada contribuem para a formulação de uma proposta democrática. Para Habermas, a igualdade de fato e de direito somente poderão ser determinadas pelos cidadãos, segundo sua proposta democrática.

Depois desta breve análise sob a ótica habermasiana, é interessante ressaltar que no Estado contemporâneo, os direitos fundamentais garantidos pela Constituição tem eficácia imediata, apesar dos enormes obstáculos que dificultam o seu exercício por causa das condições adversas decorrentes da desigualdade entre os cidadãos.

Muito embora esta pesquisa respeite os limites das demais áreas e não corra o risco de conceituar ou emitir parecer multidisciplinar, torna-se impossível delinear qualquer análise sobre o direito de acesso à justiça sem tomar posição em defesa da cidadania.

O acesso à justiça somente se torna possível quando o Estado desenvolve atividades essenciais voltadas para a educação básica da população no sentido de formar o cidadão, criando-lhe a consciência de seus direitos, inclusive de seus deveres sociais, valorizando os direitos fundamentais e a dignidade humana, permitindo seu acesso ao Direito.

O Estado deve proteger a sociedade oferecendo assistência social àqueles trabalhadores que estejam momentaneamente desempregados, os jovens em busca do primeiro emprego, a criança, o idoso, a mulher (no que tange à maternidade), as minorias discriminadas e todos aqueles que demandem proteção especial ou apresentarem deficiências através de um salário irrisório que não lhes ofereçam as condições mínimas de sobrevivência.

A estrutura estatal tem a responsabilidade de proporcionar o acesso à justiça. Todavia, o acesso à justiça é muito mais do que se possa entender como acesso a um tribunal e possibilidade de peticionar em busca de um direito legítimo. O acesso à justiça é um direito fundamental que engloba, preliminarmente, o acesso ao Direito, adquirindo-se consciência de todas as possibilidades jurídicas para a defesa de determinado direito.

Entretanto, as mazelas do Estado brasileiro têm levado as pessoas a aceitarem como normal a ineficiência estatal no sentido de deixar de cumprir aquelas prestações positivas que deveriam ser disponibilizadas aos cidadãos, restando apenas o difícil acesso à justiça como última esperança de ver seu direito respeitado, conforme preceitua o inciso XXXV, do Art. 5º da CF

1988,²²⁰ através do princípio da inafastabilidade do controle judicial, garantindo o acesso à justiça, além de um conjunto de princípios que se harmonizam a esse e compõem um rol de proteção às garantias individuais e coletivas.

A própria evolução da sociedade civil trouxe modificações na idéia de acesso à justiça, sendo que, diante da concepção social, as transformações se consolidaram, sob o espectro dos direitos fundamentais que foram analisados em três dimensões (direitos civis e políticos; direitos econômicos, sociais e culturais; e direitos de solidariedade e fraternidade), que transformou fundamentalmente o conceito de acesso à justiça.

Na concepção de Cândido Rangel Dinamarco,²²¹ o acesso à justiça se caracteriza por uma jurisdição que atue concretamente o direito, diante da previsão de um poder estatal que seja controlado pela sociedade, a fim de que se possam eliminar os conflitos existentes na comunidade de modo justo, em busca da pacificação social que terá como ferramenta a educação para viabilizar que os indivíduos adquiram a consciência de seus direitos e aprendam a respeitar o direito alheio.²²²

Por sua vez, a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado deve observar algumas limitações naturais, como a observância dos requisitos de admissibilidade para a apreciação do mérito da causa, dentre muitas outras justificáveis pelo sistema jurídico, o que não acarreta qualquer violação ao direito constitucional de ação.

A cátedra de Dinamarco ensina que a prestação da tutela jurisdicional deve guiar-se respeitando algumas limitações como a observância dos requisitos de admissibilidade na apreciação do mérito da causa, além de outras limitações não justificáveis que são extraídas ao

²²⁰ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 1. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 127.

²²² *idem.*, *ibidem.*, p. 127-137.

arrepio da lei pela burocracia dos serviços disponibilizados pelo Poder Judiciário e da irrisória abrangência de certas causas julgadas, ou ainda, abstraídas da realidade econômica, tendo em vista a falta de recursos financeiros da parte hipossuficiente que se depara com a extrema precariedade da assistência judiciária, diante de um horizonte social que aponta para uma realidade oriunda da falta de cultura da população brasileira, diante da estrutura política estatal que vive o mito da discricionariedade administrativa, restringindo excessivamente a intervenção do Poder Judiciário no controle de atos administrativos, carecendo de mudança que pode ser observada pela utilização da jurisprudência.²²³

Durante a década de setenta, Mauro Cappelletti e Bryant Garth,²²⁴ implementaram estudos no sentido de demonstrar o funcionamento de diversos sistemas jurídicos, dedicando maior tempo na comprovação das barreiras de acesso à justiça.

Assim, definiram que tal acesso pode ser entendido sob dois ângulos de visão: a possibilidade de acesso igual de todos pelo sistema e a justiça nas decisões proferidas para o indivíduo e para a sociedade.

Cappelletti e Garth indicam como primeira barreira o fato de que são altas as despesas necessárias para a solução de uma lide como, por exemplo, o pagamento de custas judiciais e os honorários advocatícios, inclusive aquelas referentes às pequenas causas, onde se observa que o valor das custas, em alguns casos, poder ser maior que o valor da pretensão.

A possibilidade das partes se caracteriza como a segunda barreira no acesso à justiça. Entretanto, o que se coloca em questão não é somente o fator financeiro, mas também à capacidade jurídica pessoal.

É óbvio que aquele que possuir boa condição financeira estará em vantagem quanto à possibilidade de contratar um advogado mais competente, com maiores recursos técnicos, compondo uma equipe jurídica com amplas possibilidades de sucesso. Essa mencionada capacidade é analisada sob vários ângulos: o reconhecimento da existência de um direito, os

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 1. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 112-113.

²²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 22-23.

conhecimentos relativos a forma de ajuizar uma demanda e também a disposição psicológica para recorrer ao Poder Judiciário.²²⁵

Cappelletti e Garth abordam também sobre os obstáculos enfrentados na representação dos interesses difusos, tendo em vista que o indivíduo sente grande resistência em ingressar com uma ação que reivindique direitos coletivos que, no campo das dificuldades, torna-se muito penoso reunir uma coletividade em prol da defesa de um direito. Assim, os referidos autores aprofundaram-se nas pesquisas que ficaram conhecidas como Projeto Florença, dimensionando o acesso à justiça sob o rótulo de *ondas renovatórias de acesso à justiça*.²²⁶

A constante procura por novos métodos que possam tornar efetivos os direitos diante da realidade que demonstra ser a tutela repressiva ineficiente na consolidação dos direitos sociais, o sistema judiciário anseia por reformas estruturais e procedimentais, inclusive estimulando a utilização de métodos alternativos para soluções extrajudiciais como a arbitragem que se mostra mais célere, apesar dos elevados custos de sua implementação.

Existem também a conciliação que busca o entendimento das partes a fim de reduzir o ajuizamento de demandas junto ao Poder Judiciário e também como proposta de mudança que busca alternativas mais econômicas na solução dos conflitos sociais.

A mediação é o método alternativo de solução extrajudicial que consiste na intervenção de terceiro, auxiliando as partes a chegarem a uma solução consensual sobre a demanda, sem decidir a lide, posicionando-se de forma passiva como um facilitador ou intervindo e propondo soluções diante dos problemas apresentados, na figura de um avaliador.

Assim também é a cátedra de Humberto Dalla Bernardina de Pinho²²⁷ que afirma serem meios híbridos, no direito brasileiro, a conciliação obtida em audiência ou no curso de processo já instaurado, a transação penal, a remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, preceituada no Art. 148, inciso II, Art. 180, inciso II e Art. 201, inciso I, todos da Lei nº

²²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 22-23.

²²⁶ A locução *ondas renovatórias de acesso à justiça* significa solução de problemas relativos ao acesso da parte a um tribunal, onde a primeira onda é a garantia de assistência jurídica aos pobres, a segunda onda, a representação dos interesses difusos e a terceira onda, a modificação dos meios, das técnicas e das formas de atuação do direito para torná-lo mais efetivo, harmonizando todas as *ondas*.

²²⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias, in Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004, p. 9-14.

8.069/90 e o termo de ajustamento de conduta, preceituado no Art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85 e o Art. 211 da Lei nº 8.069/90, celebrado numa ação civil pública.

“Nunca é demais lembrar que a conciliação, no seu aspecto processual, é um gênero, do qual são espécies: a imposição, a submissão e a transação, conforme a intensidade da disposição do direito efetivada pela(s) parte(s) interessada(s). E finalmente temos a figura da arbitragem, que numa definição singela, porém precisa, é a prática alternativa, extrajudiciária, de pacificação antes da solução de conflitos de interesses envolvendo os direitos patrimoniais e disponíveis, fundada no consenso, princípio universal da autonomia e da vontade, através da atuação de terceiro, ou de terceiros, estranhos ao conflito, mais de confiança e escolha das partes em divergência”.²²⁸

Humberto Dalla afirma que a mediação apresenta diferença da negociação, ou seja, existe a figura do terceiro mediador, onde sua função principal é auxiliar as partes na resolução do conflito.

“Normalmente essas partes, após um fracassado processo de negociação, chegam a conclusão de que não são capazes, por elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo. Buscam, num terceiro, uma forma de viabilizar a via consensual, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la”.²²⁹

Prossegue sua análise idealizando que a visão positiva de qualquer conflito, entendendo como algo inevitável para o aperfeiçoamento humano, considerando a concepção de realidade que projeta um pautado pela retidão, o que possibilita a noção de diferentes modelos de realidade.

“A mediação é um trabalho artesanal. Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam. É imprescindível que exista uma forma de triagem e filtragem no início do processo conflituoso. Essa triagem deve ser feita de forma conjunta por todos os operadores do direito, dos advogados aos juízes”.²³⁰

Diante dessa análise, é possível perceber que a mediação se presta a solucionar os confrontos de cunho eminentemente emocional, decompondo os elementos psicológicos e jurídicos em busca da solução mais adequada para o caso específico.

²²⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias, *in* Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004, p. 14.

²²⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, *in* Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004, p. 4.

²³⁰ *idem.*, *ibidem.*, p. 9.

“Um confronto de cunho eminentemente emocional é passível de solução mais adequada se for submetido inicialmente à mediação. É necessário decompor os elementos psicológicos e jurídicos e examinar qual deles prepondera naquele caso específico, a fim de que se possa utilizar o ‘remédio’ adequado (...) Mais uma vez ressaltado, a questão não é de divisão ou repartição de competências entre adjudicação e mecanismos de ADR’s, e muito menos de utilização generalizadas de formas de solução alternativas, mas sim de combinação, mediante um racional e efetivo processo de triagem, no qual todos os jurisdicionados têm muito a ganhar”.²³¹

Assim, pode-se perceber que os ensinamentos de Humberto Dalla coadunam-se com uma tendência de pensamento que visualiza o instituto da mediação sem a intenção de imaginá-lo como a grande solução para a crise do judiciário. Ao contrário, entende que a mediação apresenta-se como mais uma alternativa de solução para o acesso à justiça e sua efetividade.

Desta forma, apresenta um conceito moderno de jurisdição que procura se afastar das definições clássicas que se afirmam na *justa composição da lide* ou na *atuação concreta da lei*. Aqui fica demonstrado uma nova concepção que se enquadra com perfeição na visão contemporânea de jurisdição que é o espaço adequado para que o Estado possa aplicar os preceitos constitucionais ao caso concreto.

Portanto, o processo como mecanismo de aperfeiçoamento da qualidade na prestação jurisdicional se harmoniza com a idéia de que é possível compor o litígio de maneira adequada e externa às fronteiras do Poder Judiciário.

Também nesse sentido, Leonardo Greco²³² ensina com clareza que, privar um cidadão de ter acesso ao Direito, é um completo desvirtuamento das responsabilidades estatais e inversão dos valores de busca da justiça.

“Pressuposto indispensável do acesso ao Direito é a transparência do Estado no trato de questões que possam afetar a esfera de interesses dos cidadãos, aos quais é indispensável assegurar o direito de influir eficazmente nas decisões do poder público, através dos mais diversos instrumentos de participação democrática (...) Essa visão deformada da responsabilidade do Estado distorceu também o papel da Justiça. De guardiã das liberdades individuais e dos direitos dos cidadãos foi transformada em administrativa da moratória do Estado e em eficiente proteteladora do pagamento das suas dívidas e do cumprimento das suas obrigações para com os cidadãos”.²³³

²³¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, in Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004, p. 22.

²³² GRECO, Leonardo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197.

²³³ *idem.*, *ibidem.*, p. 200-201.

Assim, a máquina estatal vai lançando mão dos inúmeros privilégios e prazos processuais dilatados para se transformar em inadimplente contumaz das condenações judiciais que beneficiam os cidadãos, deixando de incluir os *precatórios*²³⁴ de sua dívida no orçamento da União.

Os direitos fundamentais foram constitucionalizados em vários países do mundo e os tribunais internacionais desenvolveram jurisprudência em defesa dos Direitos Humanos, através de instâncias supranacionais como a Corte Européia de Direitos Humanos – CEDH, que efetivou preceitos básicos sobre os direitos fundamentais que se denominou garantias fundamentais do processo, sendo amplamente recepcionadas por todos os países que adotam a dignidade da pessoa humana com fundamento do Estado Democrático de Direito.

O devido processo legal (*due process of law*) foi a denominação utilizada para o conjunto de garantias firmadas pelas Emendas V e XIV da Constituição dos EUA, trasladados também para a CEDH.

A CF 1988, no título reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, preceitua as bases do direito de acesso à justiça, através de dogmas constitucionais prevendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito (Art. 5º, inciso XXXV), afirmando também que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (Art. 5º, inciso LIV), garantindo aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o princípio do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Art. 5º, inciso LV), proibindo a criação de juízo ou tribunal de exceção (Art. 5º, inciso XXXVII), estipulando também que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (Art. 5º, inciso LXXIV), inclusive assegurando uma razoável duração do processo, judicial ou administrativo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Art. 5º, inciso LXXVIII), este último, acrescentado pela EC n.º 45/2004, constituindo-se em mais um pilar do direito de acesso à justiça.

Apesar de todos os preceitos dispostos no Art. 5º serem auto-aplicáveis, infelizmente a mera existência do inciso LXXVIII não garantirá sua aplicabilidade na prática porque muito são os

²³⁴ O precatório é a figura jurídica executória, criada através do Art. 100 da CF 1988 (modificado pela EC n.º 20/2000) que admite o crédito que o cidadão tem contra o Estado através de condenação judicial com trânsito em julgado, permitindo que este seja parcelado.

obstáculos interno e externos ao sistema normativo, inclusive a alegação de ser tal preceito uma *cláusula aberta*, utilizando esta característica como justificativa infundada para poder ignorá-la.

O fato de ser uma cláusula aberta não lhe retira sua imperatividade, porque todas as normas constitucionais são superiores, em nível hierárquico. Assim, não se poderá considerar que tal preceito se resume a uma mera ilação, um conselho, uma advertência, posto que, sua força imperativa advém da soberania popular.

Está muito claro que a regra contida nesse mencionado inciso visa a rápida entrega da prestação jurisdicional, querendo garantir a todo cidadão a razoabilidade da duração do processo, confiando em sua celeridade de tramitação. Entretanto, a lentidão dos processos se eterniza em provimentos judiciais excessivamente lentos, consolidando o completo descrédito do Poder Judiciário junto aos jurisdicionados.

Outra análise importante a se fazer é a da responsabilização estatal pela demora na prestação jurisdicional, onde se observa que a evolução teórica deste instituto deveu-se, primeiramente, à consagração do Estado Social ocorrida no final do século XX, passando a ser elaborada a partir dos princípios do direito público que se definiram em duas teorias distintas, seguindo a tese de Hely Lopes Meirelles²³⁵ e podem ser analisadas da seguinte forma:

A teoria da falta do serviço ou da culpa administrativa que foi definida no campo do direito privado com as características do direito público, através de um mecanismo de adaptação da noção de culpa que consistia na desvinculação da responsabilidade do Estado da idéia de culpa individual do servidor público, direcionando-a para a culpa do serviço público.

A teoria do risco administrativo que admite a invocação das causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade civil do Estado, estabelecendo que a responsabilidade civil estatal prescinde da aferição de qualquer elemento subjetivo que se configura unicamente através da relação de causalidade entre o dano suportado pelo lesado e a conduta do agente público.

A teoria do risco integral representa uma concepção da teoria do risco administrativo levada às últimas conseqüências, através da qual a Administração Pública fica obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.

²³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 622.

“Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de direito público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade (...) a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí porque foi acoimada de ‘brutal’, pelas graves conseqüências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza”.²³⁶

A CF 1988 consagrou a responsabilidade²³⁷ do Estado definida através de critérios objetivos que delinea a culpa, independentemente da responsabilidade do agente causador do dano, assim como o direito de regresso que recairá sobre o servidor público que deu causa, oportunizando a discussão sobre o elemento subjetivo.

O preceito constitucional não admite exceções e engloba todas as dimensões da responsabilidade civil do Estado, incluindo além das atividades administrativas, também as legislativas e jurisdicionais, inclusive estendendo a responsabilidade estatal também às pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços de natureza pública.

Como se vê, não basta que o cidadão menos favorecido ou aqueles reconhecidamente pobres tenham acesso à justiça unicamente no sentido de chegar até um tribunal estatal. O acesso à justiça demanda, antes de tudo, o acesso ao Direito. Ao cidadão pobre, o Estado deve assegurar o direito a um advogado particular para assessorá-lo em sua tomada de decisão, dando-lhe consciência de seus direitos.

Greco²³⁸ ensina que existem três obstáculos a impedirem o acesso à justiça: barreiras econômicas, barreiras geográficas e as barreiras burocráticas. As barreiras econômicas são as custas processuais, os honorários advocatícios, os riscos da sucumbência e toda sorte de gastos que envolvem uma ação judicial e seu autor, desmotivando-o a ingressar em juízo, principalmente quando o valor da causa é baixo.

²³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 622.

²³⁷ Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
§ 6º - *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

²³⁸ GRECO, Leonardo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 206-209.

As barreiras geográficas são a falta de juízes nas comarcas pequenas e interioranas que, muitas vezes, as partes têm que percorrer centenas de quilômetros para atenderem ao chamado judicial e comparecer à sede do juízo, utilizando-se de precários meios de transportes.

Portanto, somente quando o Poder Judiciário se fizer presente em todas as áreas habitadas do país será possível se assegurar o efetivo acesso à justiça para os cidadãos. As barreiras burocráticas são a falta de equipamentos e pessoal especializado no Poder Judiciário que transforma um simples despacho numa espera desproporcional.

Diante dessa completa desestrutura funcional, a inadimplência e a litigância de má-fé estimulam a interposição de recursos completamente inviáveis com fins meramente protelatórios, beneficiando o demandado e retardando indefinidamente o acesso do cidadão ao bem da vida que lhe pertence de direito.

Kazuo Watanabe²³⁹ demonstra a importância da participação da sociedade na administração da justiça com o objetivo de buscar a celeridade processual e uma maior proximidade do Poder Judiciário com a comunidade o que lhe traria uma maior credibilidade.

Norberto Bobbio²⁴⁰ ensina que os direitos fundamentais devem ser efetivados para que tudo não redunde em meras declarações solenes e que a busca pela garantia dos direitos dos cidadãos, também inclua os meios processuais para se evitar os danos decorrentes do excessivo tempo de duração do processo.

“Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.²⁴¹

É necessário elevar o olhar também para as *garantias fundamentais do processo*, que na visão de Luigi Paolo Comoglio,²⁴² dividem-se em *garantias individuais* que se referem à proteção dos direitos e interesses subjetivos das partes e *garantias estruturais* que são aquelas condições prévias que devem possuir a organização judiciária.

²³⁹ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. in DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 133.

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 45.

²⁴¹ *idem.*, *ibidem.*, p. 45.

²⁴² COMOGLIO, Luigi Paolo. Ferri, Conrado. TARUFFO, Michele. Lezioni sul processo civile. 2. ed., Il Mulino: Bologna, 1998, p. 57.

Assim, seguindo a doutrina de Comoglio, as garantias individuais são *o acesso amplo à justiça* por todos os cidadãos, ou seja, um direito que todos devem ter a possibilidade de exercer, dirigindo-se ao Poder Judiciário sempre que um direito seu estiver ameaçado ou violado e obter uma resposta sobre sua pretensão para que possam conviver em sociedade.

A *imparcialidade do juiz* também é uma garantia individual, devendo haver um juiz equidistante das partes para examinar a questão e dar provimento àquele que possuir a razão. Não pode o magistrado servir à finalidade subjetiva de qualquer das partes, posto que, seu julgamento deve ser guiado pelo correto cumprimento da lei.

A *ampla defesa* é a atividade das partes que devem possuir o direito de apresentar todas as alegações que entenderem necessárias, inclusive propondo e produzindo provas que demonstrem a veracidade de sua pretensão, em prejuízo da alegação de seu adversário.

Também serão assegurados os *direitos dos pobres* de agir e defender-se em igualdade de condições em qualquer grau de jurisdição. A carência de recursos econômicos desses indivíduos sempre representou um grande obstáculo no acesso à justiça, haja vista a quantia em dinheiro que se deve possuir para cobrir os gastos envolvidos na demanda judicial.

A garantia do *juiz natural* também é devida ao cidadão para julgar sua pretensão por um juízo competente e instituído antes da ocorrência do fato, devidamente nomeado em lei.

O princípio da *inércia* determina que a jurisdição somente interfira na vida do cidadão quando for acionada por algum interessado, ressalvados os casos excepcionais em que a jurisdição se faz presente por tratar-se de interesses privados, nas exceções contidas no Art. 383 do CPP e Art. 462 do CPC.

A ampla possibilidade de influir na formação do juízo de valor é o *contraditório* que é a consequência do princípio político da participação democrática através da audiência bilateral, o direito de apresentar alegações, propondo e produzindo provas, a suficiência dos prazos para a prática, além de propor um contraditório eficaz e também o contraditório participativo, onde todos os interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa.

A *oralidade* é o direito da parte de influir diretamente na decisão da causa, podendo ser renunciável. Entretanto, isso não quer dizer a exclusão do direito a um diálogo mais

humanizado e público com o magistrado, funcionando como instrumento de autodefesa. Assim, mesmo que o procedimento adotado não exija provas orais, a parte pode requerê-lo antes do julgamento, sendo esse um direito que integra o princípio do contraditório.

A *coisa julgada* é uma garantia constitucional que assegura a estabilização do processo, ou seja, gera a segurança jurídica para aquele a quem o juiz atribuiu o direito. Daí em diante ele poderá usufruir desse direito sem ser novamente molestado pelo adversário.

Por último, tem-se a *renúncia ao acesso à justiça*, que se trata da possibilidade de renunciar ao direito de acionar a máquina judiciária, seja em decorrência de compromisso arbitral, desistência da ação, desistência de recurso ou renúncia ao direito de recorrer, devendo o ato ser espontâneo e absolutamente livre, isento de quaisquer tipos de coação, e ainda, que o renunciante tenha exata noção das conseqüências e dos efeitos que decorrerão de seu ato.

As garantias estruturais do processo são aquelas decorrentes da organização judiciária, começando pela *impessoalidade da jurisdição* que se baseia na competência e idoneidade do juiz que demonstra seu elevado espírito público e sua firmeza de caráter.

A *permanência da jurisdição* refere-se aos órgãos jurisdicionais que devem ser instituídos em caráter permanente e compostos por magistrados vitalícios, nomeados na forma da lei. Portanto, ficam proibidos os tribunais de exceção ou juízos instituídos para o fim específico de julgar determinado caso, influenciados por interesses pessoais ou de certos grupos.

A *independência dos juízes* deve prevalecer sobre qualquer outra autoridade pública que pode ser equacionada sob os seguintes parâmetros: o modo de designação dos juízes, a duração dos mandatos, a existência de garantias e a aparência ou não de independência. O fato que garante a independência do magistrado é que ele não esteja vinculado a nenhuma vontade externa e somente se oriente pela vontade da lei.

A *motivação das decisões judiciais* é a apresentação dos motivos que levam o magistrado a decidir dessa ou daquela forma. Assim, demonstra-se claro respeito ao contraditório, fazendo-se referência as alegações e provas que foram apresentadas pelas partes. Portanto, a fundamentação das decisões judiciais permite que as partes e o público em geral entendam a forma como foram avaliadas as provas produzidas e por qual razão foi atribuído maior ou menor valor a cada uma delas.

A *igualdade concreta* é o indicativo de que as partes devem ser tratadas igualmente a fim de que tenham a mesma oportunidade para chegar ao final do processo com sucesso. Por isso deverá o magistrado suprir qualquer deficiência que uma das partes apresente relativo a sua defesa para que ambas se apresentem em *paridade de armas*.

O exercício da jurisdição não pode ser dificultado por barreiras criadas através de interesses acessórios ou externos ao objetivo principal que é a jurisdição. A *inexistência de obstáculos ilegítimos* é uma garantia processual que deve ser observada e para assegurar a eficácia do exercício da jurisdição relativa aos pressupostos de exame de mérito que se circunscrevem nos pressupostos processuais e nas condições da ação, somente são admissíveis na medida em que garantam a tutela jurisdicional efetiva. Caso contrário, prevalecem a liberdade formal e o antiformalismo. Portanto, não se admite a criação de limites internos que dificultem o exercício do direito de ação, assim como os ônus financeiros exagerados ao pagamento de custas, perícias, depósitos, inclusive com honorários advocatícios.

O juiz deverá possuir uma margem de variação que lhe permita estabelecer a paridade de armas, possibilitando o cumprimento das atividades técnicas do processo, caracterizando-se como um *procedimento legal, flexível e previsível*, possibilitando que cada uma das partes faça valer seu direito ou possa demonstrar sua procedência. Preservando a previsibilidade do procedimento, o magistrado garante o regular desempenho do processo, podendo as partes planejar suas estratégias, isentando-se de repentinas mudanças de rumo que acarretariam cerceamento ao seu direito de defesa.

A *publicidade* dos atos processuais transformou-se numa das mais importantes garantias processuais, pois permite o controle dos atos judiciais para que não haja comodismo ou arbitrariedade do magistrado no desempenho de suas funções, sendo possível também observar o respeito à dignidade humana e a todos os direitos das partes. Mesmo que haja supressão da publicidade naqueles casos em que se exige proteção à intimidade ou interesse geral da coletividade, ainda assim, será garantida a presença das partes e dos seus advogados aos atos processuais orais, como pressupostos da plenitude de defesa.

O *duplo grau de jurisdição* é uma garantia processual, sendo que, as cortes constitucionais e os tribunais humanitários internacionais têm entendido tratar-se de uma garantia constitucional para a jurisdição penal e uma garantia infraconstitucional para a jurisdição civil. Baseando-se

nessa premissa, os juízes têm negado diuturnamente recursos, adotando critérios pouco claros e impondo obstáculos irracionalmente formalistas por entender que isso esvaziaria as prateleiras ou evitaria o acúmulo de processos nessa contraproducente armazenagem.

O *respeito à dignidade humana* é a garantia processual atribuída à parte no sentido de ser tratado com dignidade e honradez, sendo protegida sua intimidade, liberdade e propriedade. Portanto, é inaceitável que a parte seja tratada de forma humilhante, devendo ser repudiadas as provas ilícitas. As garantias processuais acima listadas aplicam-se ao processo penal, somando-se a elas o rol de garantias fundamentais voltadas para a proteção da liberdade e dos direitos da personalidade.

Essas garantias buscam, principalmente, assegurar ao acusado o respeito à dignidade humana, sendo eles: o direito de ser informado da investigação e do conteúdo da acusação, o direito à autodefesa, o direito a um defensor, o contraditório e a ampla defesa, a proibição de auto-incriminação, a identificação e inquirição das testemunhas, o princípio acusatório, as condições para o pleno exercício da defesa, o controle judicial de medidas restritivas, o ônus probatório da acusação, o duplo grau de jurisdição, a proibição de provas ilícitas e os direitos da vítima.

Numa visão sociológica, Horácio Wanderlei Rodrigues²⁴³ afirma que é necessário imaginar o Estado como organização política da sociedade e considerá-lo como uma instituição situada temporal e espacialmente, partindo da clássica definição que o Estado é a ordem jurídica soberana, tendo por fim o bem estar de um povo localizado em determinado território. E continua sua análise, fundamentando alguns elementos essenciais como a ordem jurídica que é o acordo firmado através do direito, exercida mediante a soberania desse povo, no limite de suas fronteiras, buscando a satisfação dos interesses e das necessidades dessa comunidade que o institui.

“Frente a essas observações, pode-se chegar a três princípios básicos, indispensáveis à caracterização do estado contemporâneo democrático: (a) o compromisso concreto com a sua função social, representada na justiça social, parâmetro hodierno da expressão bem comum. Inclui essa o acesso aos bens materiais e imateriais necessários à plena realização da pessoa humana. (b) o caráter intervencionista, necessário à consecução desse seu objetivo maior; e (c) a estruturação através de uma ordem jurídica legítima, que respeite a liberdade (pluralismo) e garanta efetivamente a participação”.²⁴⁴

²⁴³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.19.

²⁴⁴ *idem.*, *ibidem.*, p. 21.

Assim, através desse modelo é possível examinar os Estados existentes e fazer uma análise comparativa entre o Estado liberal que garante a liberdade e a participação, procurando ser o mínimo intervencionista, em contraste com o Estado socialista, que se estruturou buscando o cumprimento de sua função social e caracterizou-se como extremamente intervencionista. Atualmente divulga-se a utópica idéia que todas as nações democráticas existentes no mundo, num futuro próximo, garantirão com eficiência a plena liberdade de expressão e ação, adstritas aos limites determinados pela própria sociedade, posicionando-se contrariamente às contradições e a pluralidade que são orgânicas em qualquer comunidade.

A pretensão é que sejam organizados em níveis sociais que assegurem a todos os seus associados uma vida digna e saudável, onde todas as pessoas tenham suas necessidades básicas supridas, inclusive a realização de seus ideais como ser humano. Por isso é que o ser humano criou a jurisdição que se instrumentalizou através do direito processual, servindo de veículo garantidor dos direitos individuais, coletivos e difusos, através da edição de normas que definem a maneira pela qual serão resolvidos os conflitos e as insatisfações.

O direito de acesso à justiça deve ser entendido também como o direito de acesso a uma instituição adequadamente organizada que deve possuir instrumentos processuais que permitam a realização do direito, seja para postular algum direito ou defender-se de qualquer imputação ou acusação.

Outra brilhante contribuição de Horácio Rodrigues quando trata do direito de acesso à justiça é o direito à informação, porque a igualdade de acesso somente será alcançada quando for possível obter um nivelamento cultural por meio da informação e da orientação que possibilitará ao indivíduo o correto entendimento e integral conhecimento da existência de determinado direito, permitindo que sua decisão seja tomada com plena consciência no sentido da demanda, do acordo ou da desistência.

“O sistema educacional e os meios de comunicação, bem como as instituições públicas em geral, numa sociedade complexa e difusa como é a contemporânea, tem um duplo papel fundamental no que se refere ao acesso à justiça. Em primeiro lugar, o esclarecimento de quais são os instrumentos adequados para a sua reivindicação e efetivação. Em segundo lugar, devem criar uma mentalidade de busca dos direitos, de educação para a cidadania: o respeito aos direitos passa pela consciência de que seu desrespeito levará à utilização dos mecanismos estatais de solução de conflito”.²⁴⁵

²⁴⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.38.

A falta de instituições governamentais que disponibilizem assistência jurídica extrajudicial, ou seja, aquela que se compõem de profissionais responsáveis pela orientação preventiva do cidadão, levando-lhe esclarecimentos sobre seus direitos, sempre representou um grande obstáculo no acesso à informação e, conseqüentemente, no acesso à justiça. Caso não haja organismos preparados para esse fim, onde a população possa fazer consultas sempre que pairar dúvidas jurídicas sobre determinados casos, a efetividade processual será uma mera intenção, posto que, o indivíduo não estará tendo acesso ao Direito.

6. A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO

Inicialmente é necessário analisar o conceito de processo em sua acepção comum para, posteriormente, definir sua função social. Utilizando-se das brilhantes idéias contidas na obra que representa um legado para a comunidade jurídica mundial, Eduardo J. Couture²⁴⁶ definiu processo como sendo o progresso, o transcurso de tempo, a ação de ir adiante, o desenvolvimento, tendo em vista ser uma seqüência ordenada de procedimentos.

Prossegue seu raciocínio afirmando que o processo jurídico é um acúmulo de atos que seguem sua própria ordem temporal, sua dinâmica, inclusive a forma de desenvolver-se com regularidade. Assim, da mesma forma que se efetua qualquer processo físico, químico, biológico, intelectual, o processo jurídico vai se desenvolvendo e avançando até sua conclusão.

Couture²⁴⁷ leciona também que a relação jurídica é o vínculo que a norma de direito estabelece entre o sujeito de direito e o sujeito do dever. A relação jurídica processual consiste no conjunto de ligações que a lei impõe entre as partes e o órgão jurisdicional.

Entretanto, apesar dos variados vínculos, isso não impede que o processo seja visto como uma unidade, uma relação jurídica. A título de comparação, da mesma forma pela qual o testemunho, a notificação e o inventário são em si mesmos um ato, composto a sua vez e uma série de atos menores, nada impede que o processo se conceba como uma relação jurídica constituída por outros tantos vínculos menores.

Entretanto, existem outras acepções para processo como, por exemplo, referindo-se ao expediente judicial, aos papéis escritos que consignam os atos judiciais das partes e do órgão

²⁴⁶ “Podemos definir, pues, el proceso judicial, en una primera acepción, como la secuencia o serie de actos que se desenvulven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. Pero esos actos constituyen en sí mismos una unidad. La simple secuencia, como se verá más adelante, no es proceso, sino procedimiento. La Idea de proceso es necesariamente teleológica, como se dice reiteradamente en este libro. Lo que la caracteriza es su fin: la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada. En este sentido, proceso equivale a causa, pleito, litigio, juicio”. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Colección. Maestros del derecho procesal, n. 1. 4. ed. 2. reimp., Buenos Aires: B de F, 2007, p. 99.

²⁴⁷ “La relación jurídica procesal consiste en el conjunto de ligámenes, de vinculaciones, que la ley establece entre las partes y los órganos de la jurisdicción recíprocamente, y entre las partes entre sí. El hecho de que esos ligámenes y vínculos sean muchos, no obsta a que el proceso sea en sí mismo una unidad, una relación jurídica. Por la misma razón por la cual el testamento, la notificación o el inventario so en sí mismos un acto, compuesto a su vez de una serie de actos menores, nada obsta a que el proceso se conciba como una relación jurídica, unitaria, orgánica, constituída por un conjunto de relaciones jurídicas de menor extensión”. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Colección. Maestros del derecho procesal, n. 1. 4. ed. 2. reimp., Buenos Aires: B de F, 2007, p. 100.

jurisdicional. É muito comum em qualquer idioma que uma palavra tenha mais de um significado.

Primeiramente pode-se entender processo como uma seqüência, constituindo-se uma ação humana que se projeta no tempo. Sob a ótica da relação jurídica, o processo é um fenômeno intertemporal que se projeta no espaço.

Trata-se de um conceito, um objeto jurídico ideal, construído pelo pensamento dos juristas. Noutra acepção, o processo é expediente ou conjunto de documentos, ou seja, é um objeto físico que ocupa um espaço no mundo material.

Couture finaliza sua análise, consignando que essas interpretações demonstram a variedade de um fenômeno que é complexo, sendo ao mesmo tempo, uma relação temporal, um conceito ideal e um objeto material.

Seguindo a definição anteriormente colocada, processo é um produto da cultura humana que se forma pela seqüência de atos interdependentes, a fim de solucionar uma lide, vinculando o juiz e as partes a vários direitos e obrigações.

José Joaquim Calmon de Passos²⁴⁸ faz um detalhado enredo, definindo o significado de cada termo da locução *função social do processo* para iniciar sua análise afirmando que é um conceito repleto de variadas faces.

“Função social, conseqüentemente, pode ser entendida como o resultado que se pretende obter com determinada atividade do homem ou de suas organizações, tendo em vista interesses que ultrapassam os do agente. Pouco importa traduza essa atividade exercício de direito, dever, poder ou competência. Relevantes serão, para o conceito de função, as conseqüências que ela acarreta para a convivência social. O modo de operar, portanto, não define a função, qualifica-a”.²⁴⁹

Prossegue seu raciocínio demonstrando a importância de se fazer uma exata distinção entre atividade e o operar do indivíduo voltado para seus objetivos pessoais, comparando-os aos objetivos relacionados à comunidade que ultrapassam as intenções individuais e buscam os interesses da convivência social.

“A palavra função, no campo do direito, adquiriu relevância com o chamado Estado de Direito Democrático. A igualdade essencial de todos os homens – postulado

²⁴⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A função social do processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em 22 jul. 2008, p. 1.

²⁴⁹ *idem.*, *ibidem.*, p. 1.

básico da democracia – implica a resultante, necessária, de que todo poder humano é fruto de outorga, formaliza-se como competência e efetiva-se como serviço. Esse pensamento representou um ganho no esforço civilizador de eliminar da convivência social toda e qualquer forma de arbítrio. O processo civilizatório deu à força bruta caráter de dominação necessitada de justificação, transmutou a dominação em poder como serviço aos homens, segundo a vontade (lei) divina, fundamento de sua legitimação, até aos nossos dias em que todo poder só se legitima como serviço aos homens – função – exercício nos estritos termos da competência e da legitimação formalmente postas pela vontade geral, expressa nas leis (humanas). O agente público passou a não ter vontade própria, sim a da lei – competência (atribuição) que se faz dever (retribuição) pelo que se fala hoje, não em poder, sim, mais adequadamente, em função legislativa, executiva e jurisdicional. A própria autonomia privada teve suas fronteiras delimitadas pela lei – o agente privado não pode querer o que a lei lhe proíbe nem se omitir de querer o que ela lhe impõe”.²⁵⁰

Calmon de Passos analisa a definição de função social como oriunda do setor público, sendo que, nas últimas décadas, o setor privado tem absorvido essa tendência e imposto condutas que repercutem diretamente nos interesses sociais, exercitando faculdades que decorrem da liberdade e estruturam a vida social.

“Nosso século transportou para a área privada reflexão que fora feita para o setor público. Passou-se a falar em função social da propriedade, função social da empresa, função social do capital, etc.. As forças que haviam aberto brechas na muralha política também agora tentavam fazê-las na muralha econômica. E essa reflexão produziu frutos em nosso século, do Estado intervencionista e do dirigismo contratual, inclusive tentando-se definir a função social dos meios de comunicação. Já não é apenas o agente público que deve exercitar os poderes que lhe são reconhecidos como dever de servir nos limites da outorga que lhe foi conferida, também aos agentes privados se interdita o exercício das faculdades que decorrem da liberdade que lhes é reconhecida e assegurada de modo a determinarem um desserviço aos interesses sociais”.²⁵¹

O pensamento social democrático surgiu de uma matriz teórica gerada na função social dos direitos subjetivos públicos e privados, como consequência da autonomia do agir humano que alicerçou o liberalismo político e econômico, surgindo como uma reação a nova visão introduzida na cultura ocidental pelo Iluminismo.

“Esse novo cuidado com a função social do agir humano é consequência de uma reação à visão que o Iluminismo introduziu na cultura ocidental – a descentração do indivíduo em face da sociedade. A modernidade se contrapôs, de forma radical, ao comunitarismo da Idade Média e da Antiguidade, mesmo clássica, sem se retornar à velha absorção do indivíduo pela sociedade, buscou-se definir limites à autonomia privada, com vistas a preservar a convivência social desejável. A ênfase dada à racionalidade (laicizada) individual e consequente autonomia do agir humano, que embasaram o liberalismo político e o liberalismo econômico, provocou disfuncionalidades que o originaram a chamada questão social e provocaram, com seu absolutismo, a reflexão que levou à antítese das concepções

²⁵⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A função social do processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em 22 jul. 2008, p. 2.

²⁵¹ *idem.*, *ibidem.*, p. 2.

coletivistas, cuja síntese foi o pensamento social-democrático, matriz da elaboração teórica da função social dos direitos subjetivos, público e privados”.²⁵²

Torna-se bastante interessante lançar um olhar sobre o imenso campo das funções públicas para se dimensionar a função social do processo. A realidade que se descortina à frente desta pesquisa é a idéia do processo como produção do direito e que oferece como resultado final uma decisão judicial.

É a codificação do *saber do homem* direcionado para um procedimento criado por ele próprio e que vai demandar uma profunda reflexão sobre esse mesmo homem que produz o conhecimento. O homem cria o processo e lhe dá determinada finalidade. Assim, será coerente analisar sobre *por que* e *para que* foi criado o processo.

Calmon de Passos entende que a resposta mais adequada é aquela que afirma ser o Direito uma ciência social que possui como técnica civilizadora a solução dos conflitos inevitáveis que decorrem da convivência humana, tendo em vista que esses relacionamentos não acontecem de forma *ordenada*, ao contrário, revelam-se verdadeiramente turbulentos decorrentes de uma variada dimensão de interesses, devendo ser inseridas num espaço regulador na proporção em que se demonstrarem como conflitos sociais emergentes.

“Nessa linha de preocupação, tentemos apurar o nosso pensamento, para o que devemos perguntar-nos por que e para que o homem produz o Direito. A única resposta aceitável, a meu ver, é a de que o Direito se faz necessário como técnica civilizadora da solução dos conflitos inevitáveis que decorrem da convivência humana. As causas desses conflitos podem ser aqui descuradas, visto como nos basta, para o fim que nos propomos, a certeza de que há conflitos reclamando composição e que essa composição, para ser frutuosa, deve ser decisão de terceiro, estranho ao conflito, e decisão com força de submeter os contendores, à revelia de suas vontades, ou seja, decisão de conflito por quem investido de poder político”.²⁵³

O intervencionismo do Estado é uma realidade da juridicização da convivência humana, levando-a a regular uma vasta área da vida social. Entretanto, a ampliação das funções estatais em nada alterou substancialmente a função de julgar, porque cumpre a função legislativa que é eminentemente política e constitucionalmente autorizada para formular políticas, definir diretrizes, princípios e regras, estruturando planos os quais farão se submeter as atividades dos agentes públicos, aí incluídos os juízes e a atividade jurisdicional, nos estritos limites da lei.

²⁵² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A função social do processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em 22 jul. 2008, p. 2.

²⁵³ *idem.*, *ibidem.*, p. 3.

Assim, Calmon de Passos faz uma análise profunda e uma afirmação impactante quando trata natureza jurídica do direito (que não existe como objeto material), sendo fruto do *agir comunicativo* da sociedade que jamais existiria dissociado do homem, porque a ação e o discurso são as maneiras pelas quais os seres humanos se manifestam e se inter-relacionam.

“Ontologicamente, portanto, nada é jurídico ou antijurídico, lícito ou ilícito na conduta humana. O jurídico é sentido e significação que se empresta a determinados atos dos homens, para que seja atendida uma específica função socialmente imprescindível. Daí afirmar, com propósito de causar impacto, que o direito não existe como objeto material. Nem é sólido, nem líquido, nem gasoso. Não tem estrutura atômica nem molecular. Nem é animal, nem vegetal, nem mineral. Conseqüentemente, não existe como natureza. E isso afirmo para conscientizar as pessoas de que o direito não nos é dado, como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico) só existindo enquanto produzido, representado, sempre, pelo resultado do agir comunicativo dos homens, um que fazer setorial no fazer comunicativo global que é a sociedade, jamais reificando, jamais se entificando dissociado do homem e de sua vontade”.²⁵⁴

Uma nova dimensão surge quando se pensa o direito no mundo do *dever ser*. A realidade indissociável de uma compreensão do *querer* dos seres humanos em comunidade. Nesse caso, jamais haverá uma dissociação entre produto e produtor, pois o produto, assim como o processo, só existe enquanto se faz efetivo, presente, associado ao seu criador, ou seja, enquanto instrumento de viabilização do direito material.

Calmon de Passos utiliza-se de seu exemplo mais poético para detalhar sua cátedra e explanar sua intenção. Assim, o virtuose traz a existência à composição. Seu silêncio representa o nada absoluto. Foi ele que compôs a música e cada acorde. Mas ela só literalmente passa a existir com sua atividade de intérprete ao expressar os acordes musicais.

“Para ajudar um pouco a compreensão do que vem a ser afirmado, evoco a música. Ela existe como fenômeno, realidade sensível, fora do processo de sua produção. Quando o cantor silencia, quando o virtuose deixa de tocar seu instrumento, tudo cessa. A música não é mais como realidade objetiva. A partitura na qual foram consignadas as notações musicais, que permitem reproduzir a melodia por outrem que não o seu criador ou primitivo executor, não é melodia, não é som, não é música, nem harmonia, nem acordes. É nada para o ouvido e para a sensibilidade do homem. Uma pura possibilidade, um nada sem o homem que desse nada faça ressurgir a melodia tornada notação musical após sua criação. E cada reprodução da melodia será um ato criador, porque marcada pela personalidade e pela técnica do intérprete, semelhante, não igual, contudo ou até mesmo desfigurada pela incompetência do executor”.²⁵⁵

²⁵⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A função social do processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em 22 jul. 2008, p. 6.

²⁵⁵ *idem.*, *ibidem.*, p. 7.

Portanto, o direito existe enquanto processo de sua criação, inclusive sua aplicação na realidade da convivência humana, porque os textos escritos, as normas, os códigos, etc., são somente expectativas de aplicação através do exercício do direito de ação. O processo é uma produção humana para atender a uma função essencial que é a pacificação dos cidadãos em conflito. Calmon de Passos conclui sua análise com brilhante pensamento que demonstra sua visão moderna e sua crença na mudança da sociedade.

“Só pela via política há transformação e só pela transformação individual se chega à transformação social e política. Não é a ordem jurídica que emancipa, sem a conversão que a rebeldia persistente, o estranhamento audacioso e lúcido, a ruptura consumada é que move montanhas. Não somos nem o futuro nem a revolução. Quando outros pretendem emancipar-nos ou nos propomos emancipar alguém, o que estamos fazendo em verdade é manter a dependência e a dominação. Não somos nem o futuro nem a revolução”.²⁵⁶

Couture²⁵⁷ entende que a função social do processo pode ser analisada sob a ótica do interesse individual ou do interesse social. A idéia de processo é necessariamente teleológica, tendo em vista que somente se pode explicá-la analisando sua finalidade.

O processo não se justifica como um fim em si mesmo. O fim a que se propõe o processo é em dirimir o conflito de interesses submetido à jurisdição. Essa finalidade pode ser privada ou pública. Portanto, o processo satisfaz ao mesmo tempo, o interesse individual comprometido com o litígio e o interesse social de assegurar a efetividade do direito mediante a obra incessante da jurisdição.

Analisando a *função privada do processo*,²⁵⁸ constata-se que, ao ser retirado do indivíduo a faculdade que esse detinha de fazer justiça pelas próprias mãos, o lapso temporal da história em que o homem evoluiu e abandonou a autotutela, adotou-se o processo como instrumento idôneo para obter a satisfação de seus interesses legítimos por ato da jurisdição, conforme anteriormente detalhado no Capítulo 2.

²⁵⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A função social do processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em 22 jul. 2008, p. 12.

²⁵⁷ “*El fin del proceso, agregábamos, es el de dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción. Ese fin es privado y público, según trataremos de demostrarlo. Satisface, al mismo tiempo, el interes individual comprometido en el litigio, y el interes social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción*”. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Colección. Maestros del derecho procesal, n. 1. 4. ed. 2. reimp., Buenos Aires: B de F, 2007, p. 118.

²⁵⁸ “*La primera de todas las concepciones sobre la naturaleza del proceso debe ser, pues, una concepción eminentemente privada: el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones. Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idôneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido*”. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Colección. Maestros del derecho procesal, n. 1. 4. ed. 2. reimp., Buenos Aires: B de F, 2007, p. 119.

Portanto, a primeira concepção sobre a natureza do processo deve ser eminentemente privada, onde o direito satisfaz as aspirações do indivíduo. Assim, caso o indivíduo não tenha segurança de que o processo possa ser o instrumento hábil a dar-lhe razão ou, caso contrário, fazer-lhe justiça quando desprovido de razão, sua crença no direito acaba por desaparecer.

Ao se analisar o processo sob o ângulo de visão do demandado, percebe-se o caráter privado de modo mais acentuado que do ponto de vista do autor. Desta forma, o processo como garantia individual ampara a pessoa e a defende do abuso de autoridade do juiz, seja na área civil ou penal.

Sobre a *função pública do processo*,²⁵⁹ a primeira premissa a ser analisada é que o direito satisfaz uma necessidade individual, sem menosprezar a idéia de que a proteção social encontra-se embutida na tutela jurídica. As pesquisas contemporâneas afirmam que o interesse da coletividade é a primeira instituição a ser protegida pelo processo civil.

Várias pesquisas contemporâneas afirmam que, para o processo civil como instituição, está em primeiro lugar o interesse da coletividade, já que seus fins são a realização do direito e a garantia da paz jurídica. O particular pode ocupar o tempo e as energias dos tribunais estatais na medida que haja necessidade de tutela jurídica.

Couture finaliza sua análise sobre a função social do processo, afirmando que, o interesse da coletividade não precede ao interesse privado, senão que se tem em idêntico plano que este. O Estado não tem no processo um interesse superior a soma dos interesses individuais. O que ocorre é que o processo serve ao direito como um instrumento de criação vivificante, como uma constante renovação das soluções históricas que foram moldadas no passado. O individual permanece um abundante resíduo de interesses não individuais que têm ficado satisfeitos.

Outro enfoque interessante sobre a função social do processo é aquele que recorda procedimentos e práticas que constroem e consolidam os direitos fundamentais. Nesse aspecto,

²⁵⁹ “*El Estado no tiene en el proceso un interés superior a la suma de los intereses individuales. Lo que ocurre es que el proceso sirve al derecho como un instrumento de creación vivificante, como una constante renovación de las soluciones históricas forjadas en el pasado. El derecho se realiza cada día en la jurisprudencia. Satisfecho el interés individual, queda todavía un abundante resíduo de interés no individuales que han quedado satisfechos. En este sentido, y acaso sólo en este, corresponde compartir la teoría que señala al proceso como el médío idóneo de asegurar la lex continuitatis del derecho, su efectividad en la experiencia jurídica. Ese es, sin Duda, su fin social, proveniente de la suma de los fines individuales*”. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Colección. Maestros del derecho procesal, n. 1. 4. ed. 2. reimp., Buenos Aires: B de F, 2007, p. 120.

Chaïm Perelman²⁶⁰ analisa a possibilidade de fundamentação dos direitos do homem numa perspectiva de busca do fundamento absoluto que deve ceder a prioridade de uma dialética, à medida que os princípios que se constroem para sistematizar e hierarquizar os Direitos Humanos, da forma como são originados, estão permanentemente envolvidos com a experiência moral e as reações da consciência.

“O recurso ao razoável para fundamentar os Direitos Humanos, permitindo precisar e hierarquizar esses direitos consoante a contribuição deles para o progresso de uma racionalidade concreta, fornece uma ilustração de minha tese geral. Pois ele mostra que apenas aqueles que conferem algum valor ao progresso do pensamento teórico, em especial da filosofia, que concebem esse progresso sob forma da elaboração, na história, de concepções cada vez mais razoáveis, poderiam vincular-lhe uma teoria dos Direitos Humanos, associada a uma dialética do razoável. Mas vê-se que o fundamento assim elaborado não seria um fundamento absoluto, nem o único fundamento concebível, e que os direitos que ele permitiria justificar não seriam definidos de um modo desprovido de toda ambigüidade e de toda indeterminação. Mas esse exemplo mostra em que sentido o empreendimento é possível, e que a teoria dos Direitos Humanos, assim fundamentada, não seria a expressão de uma arbitrariedade irracional”.²⁶¹

Assim, o respeito pela dignidade humana é condição para uma concepção jurídica dos Direitos Humanos, sendo necessário garantir esse respeito de modo que se possa ir além do campo que é realmente protegido, não restando alternativa senão entender que existe um sistema de direito com um poder de coação. Portanto, o respeito pela dignidade humana é considerado na atualidade como um princípio geral de direito comum que deve imperar por todos os povos civilizados.

Desta forma, a busca por novos paradigmas que fundamentem o processo como verdadeiro instrumento de harmonização social, deve buscar em novas doutrinas segundo as quais os Direitos Humanos sejam sua base sólida.

Perelman faz uma citação sobre religião, utilizando-a como exemplo, onde afirma que a profecia só pode prevalecer-se da autoridade divina no seio da comunidade religiosa que admite a autoridade divina invocada. A opinião coletiva somente poderá ser superada através de valores universalmente aceitos. Por isso, a filosofia teve grande importância na formação da sociedade ocidental.

“O grande mérito da filosofia, no Ocidente, foi o de ter feito da verdade e da razão instrumentos de emancipação do pensamento. A essa emancipação do indivíduo está associado o nome de Sócrates, cuja atitude revolucionária foi salientada por sua

²⁶⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 392.

²⁶¹ *idem.*, *ibidem.*, p. 399-400.

condenação à morte, ‘porque corrompia a juventude e abalava a autoridade dos pais’”.²⁶²

Perelman ensina que a proteção aos Direitos Humanos iniciou-se com a proteção e o respeito da atividade filosófica. Também contribui para isso a busca pela proteção do direito do indivíduo à verdade, em prol de sua autonomia, alcançando o respeito à dignidade, havendo ainda um longo caminho a se trilhar para a completa evolução da consciência nas sociedades ocidentais.

Uma abordagem tratando da gênese dos Direitos Humanos e do conflito fundamental que há entre o homem e a própria estruturação da sociedade poderá resgatar para esse trabalho a temática da função social do processo, introduzindo na discussão desse assunto o entendimento sobre a dignidade humana e sua correlação com os Direitos Humanos.

Ressalte-se também que o progresso científico e o avanço tecnológico da atualidade não foram suficientes para trazer soluções aos problemas básicos da humanidade como a fome, a miséria, a pobreza, a segregação racial, além das demais mazelas geradas pelo modelo econômico adotado pela maioria dos países ou impostos pelas grandes potências às nações emergentes, em desenvolvimento ou recém surgidas sob o contexto de uma comunidade internacional sectária e dominadora.

Um dado relevantíssimo para fundamentar a argumentação desta pesquisa é o fato que a comunidade internacional “fecha os olhos” para os povos carentes e a constatação é de uma realidade cruel, ou seja, existem dois terços da população mundial vivendo abaixo da linha da pobreza, com vinte e cinco por cento dos seres humanos sem acesso à água potável, além de um absurdo nível de concentração de riqueza. Isto se transforma num clamoroso convite aos operadores do direito para que se sensibilizem e adotem uma visão crítica da sociedade, tomando posições que sinalizem o paradigma da mudança para os administradores públicos e os representantes do povo.

Neste contexto dramático que se arrasta por centenas e centenas de gerações, surge como solução para os graves problemas de desigualdades sociais e segregação de grupos minoritários, a ideologia dos Direitos Humanos através de sua história de lutas por uma sociedade mais fraterna e justa, tendo em vista o fato de incorporar o ideal de compromisso com a dignidade da pessoa humana, em contraste com a concepção de sociedade originada no

²⁶² PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 406.

modelo de globalização econômica excludente, impessoal, massificada e insensível aos problemas das minorias marginalizadas pela comunidade internacional.

Os Direitos Humanos são o tema central na busca pela efetividade e segurança jurídica, entendendo-se como projeto de garantia do Estado Democrático de Direito e do pleno exercício da cidadania.

Segundo as concepções de João Baptista Herkenhoff,²⁶³ os Direitos Humanos devem ser entendidos como aqueles direitos que o homem possui por sua própria natureza humana.

“Por Direitos Humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir”.²⁶⁴

O amplo e preponderante princípio da dignidade da pessoa humana é a pedra de toque do sistema jurídico dos países civilizados, sendo a sua proteção o objetivo maior do Direito. É este princípio que deve nortear a integração entre a ordem internacional e nacional, fundamentando as teses de Fábio Konder Comparato²⁶⁵ que se debruça incessantemente sobre o tema Direitos Humanos, produzindo trabalhos de altíssimo nível para a ciência jurídica.

A dignidade da pessoa humana é o último relicário dos Direitos Humanos e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. Todavia, seu conteúdo é de difícil elucidação sendo, pois, enquadrado no que se denomina de conceitos jurídicos indeterminados.

Embora de intrincada definição, a idéia de dignidade acha-se ínsita em qualquer ser humano, pelo simples fato de sê-lo, havendo possibilidade de fácil identificação de violação do princípio no caso concreto. Assim, não há impedimento algum de sua aplicação na prática social, vez que é possível apontar as violações reais contra a dignidade humana.

O sistema de Direitos Humanos situa-se no ápice do ordenamento jurídico, sendo imperioso ao poder jurisdicional que observe as normas e princípios do sistema de Direitos Humanos, quando do julgamento dos conflitos sociais.

²⁶³ HERKENHOFF, João Baptista. *Gêneses dos Direito Humanos*. 2. ed. Aparecida, SP: Santuário, 2002, p. 19.

²⁶⁴ *idem.*, *ibidem.*, p. 19.

²⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, *passim*.

Na tarefa de julgar, o magistrado não pode ignorar as normas relativas aos Direitos Humanos, pois estas são de aplicação imediata, conforme consta no parágrafo 1º do Art. 5º da CF 1988, sendo correta a idéia de que na aplicação do direito, os princípios se sobrepõem às regras, o que acarreta a necessidade lógica de se interpretarem estas em função da norma de princípio. Existindo colisão entre dois princípios, há de se dar preferência àquele que melhor reflita o respeito à dignidade humana. A finalidade última do ato de julgar consiste em fazer justiça. Uma decisão judicial que negue, no caso concreto, a dignidade humana é imoral e juridicamente insustentável.

Estas são as idéias centrais da obra literária de Comparato que entende os Direitos Humanos não apenas como um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito, mas um caminho para se conquistar a democracia como valor universal, onde todos os povos a entendam como um sentimento insubstituível na vocação humana de tomar a si o destino individual e coletivo de um povo, uma nação.

Flávia Piovesan²⁶⁶ entende que, o importante é discutir sobre a universalidade da aplicação dos Direitos Humanos no cenário mundial globalizado que possui especificidades sociais e culturais de caráter local que colocam em destaque a discussão referente às questões como soberania, dignidade humana e autodeterminação dos povos em contraposição a valores ligados particularmente às tradições religiosas e ao poder político.

Piovesan implementa um estudo que analisa a relação entre três fenômenos: a democratização política no Brasil, a participação do país no movimento internacional dos Direitos Humanos, mediante a ratificação de tratados e a efetiva proteção dos Direitos Humanos pelo Estado brasileiro. Trata-se de uma pesquisa esclarecedora que aborda os compromissos internacionais assumidos pelo país e a ordem interna brasileira.

Através de seus estudos sobre Direito Constitucional Internacional e Direitos Humanos se criaram a oportunidade de enxergar o assunto sob o ângulo da preocupação com a garantia da efetividade universal dos direitos a regular a vida em sociedade sob a égide da legitimidade normativa.

²⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e direito constitucional internacional. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, *passim*.

Sua análise traz a visão que os Direitos Humanos têm um lugar cada vez maior na consciência política e jurídica contemporânea e os juristas só podem se congratular com seu progresso. Implicam eles, com efeito, um estado de direito e o respeito das liberdades fundamentais sobre as quais repousa toda democracia verdadeira e pressupõem há um tempo um âmbito jurídico pré-estabelecido e mecanismos de garantia que assegurem sua efetiva implementação. Os Direitos Humanos tendem a tornar-se, por todo o mundo, a base da sociedade.

Dalmo de Abreu Dallari²⁶⁷ inicia sua cátedra invocando o Art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH,²⁶⁸ ensinando que o ponto de partida para o verdadeiro entendimento dos DH é preparação do intelecto e da consciência para a compreensão dos elementos teóricos e informações históricas na busca da significação humana e social desses direitos.

“A expressão Direitos Humanos é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem ter asseguradas, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social”.²⁶⁹

Prossegue ensinando que a sociedade humana deve ter como valor máximo a pessoa humana. A pessoa é um ser inteligente, dotado de consciência e vontade própria, possuindo uma dignidade que o coloca acima de todas as coisas na natureza.

“O respeito pela dignidade humana da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos. O crescimento econômico e o progresso material de um povo têm valor negativo se forem conseguidos à custa de ofensas à dignidade de seres humanos. O sucesso político ou militar de uma pessoa ou de um povo, bem como o prestígio social ou a conquista de riquezas, nada disso é válido ou merecedor de respeito se for conseguido mediante ofensas à dignidade e aos direitos fundamentais dos seres humanos”.²⁷⁰

Dalari afirma que somente com o espírito de fraternidade, instituto preceituado no Art. I da DUDH será possível buscar o entendimento sobre a necessidade de respeitar a dignidade

²⁶⁷ DALARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed., São Paulo: Moderna, 2004, p. II.

²⁶⁸ *Art. I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.* DALARI, Dalmo de Abreu. *ibidem.*, p. II.

²⁶⁹ *idem.*, *ibidem.*, p. 12.

²⁷⁰ *idem.*, *ibidem.*, p. 15.

humana baseada na idéia de que todos precisam de proteção e de proteger seu semelhante, surgindo uma solidariedade natural decorrente da fragilidade humana.

Este é o ponto de partida para a consolidação dos DH que tanto se debate neste início do século XXI. Portanto, ao serem respeitados os DH de todos, trilhando o caminho da solidariedade recíproca, eliminando o egoísmo e o individualismo do relacionamento das pessoas, a humanidade poderá viver em paz e harmonia, pois as injustiças sociais serão eliminadas do convívio em sociedade.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁷¹ ensinam que o processo é um instrumento utilizado para o exercício da jurisdição pelo magistrado, seguindo os procedimentos traçados na lei que devem estar de acordo com as normas e os valores constitucionais.

“Como o poder, nas democracias, é legitimado pela participação daqueles que são atingidos pelo exercício, a participação no procedimento que culmina na criação da lei dá-se através da eleição de representantes capazes de criá-la, isto é, através da chamada democracia representativa. Como o juiz não é eleito, a pergunta que deve surgir é no sentido de como o exercício do poder jurisdicional é legitimado. O exercício do poder jurisdicional somente é legítimo quando participam do procedimento que terminará na edição da decisão aqueles que serão por ela atingidos. Em outros termos, somente existirá procedimento legítimo e, portanto, processo, quando dele participarem aqueles que serão atingidos pela decisão do juiz”.²⁷²

Marcelo Neves²⁷³ traz para a comunidade jurídica seu brilhante trabalho sobre o Estado Democrático de Direito sob um ângulo de visão multidisciplinar, analisando os paradigmas divergentes e fundamentos normativos dos focos de tensão entre as complexas teorias de Habermas e Luhmann.

Entretanto, a maior contribuição do mencionado trabalho é a temática que aborda os modelos de evolução social, principalmente a abordagem à evolução social como desenvolvimento da consciência moral e da evolução do direito, em conformidade com o modelo habermasiano.

Trata-se de uma inovação teórica que não se poderia deixar de mencionar nessa análise, ou seja, a compreensão enfática das condições estruturais do Estado Democrático de Direito no

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: processo de conhecimento. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

²⁷² *idem.*, *ibidem.*, p. 54.

²⁷³ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XVII.

contexto global e as respectivas conseqüências da evolução social como processo de evolução do direito, através do desenvolvimento da consciência moral.

“No modelo habermasiano da evolução social, desenvolvido nos quadros da teoria da ação comunicativa e da ética do discurso (posteriormente denominada, mais precisamente, teoria do discurso), não se desconhece o significado do aumento da complexidade sistêmica como aspecto relevante do processo evolutivo da sociedade. Entretanto, a ênfase é atribuída à ‘lógica do desenvolvimento’, considerando-se, decisivamente, os estágios da consciência moral. Habermas inverte o vetor na determinação do processo evolutivo, argumentando que a complexificação e a correspondente diferenciação social dependem, para a sua continuidade, do desenvolvimento de ‘mecanismos de aprendizado’”.²⁷⁴

Neves prossegue em seu discurso afirmando que a experiência brasileira enquadra-se como um caso típico de modernidade periférica, porque se observa a diferenciação funcional e o surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania que não tem conseguido acompanhar a elevação da complexidade e do desaparecimento do moralismo tradicional.

“Isso implica obstáculos graves à realização do Estado Democrático de Direito. Não me refiro aqui às experiências autoritárias de 1937-45 e 1964-84. Nesses casos, trata-se de uma negação direta e expressa do Estado de Direito, estando a subordinação de Têmis a Leviatã prescrita claramente nas próprias leis constitucionais”.²⁷⁵

Nesse caso, interessam aquelas situações em que o modelo textual de Constituição do Estado Democrático de Direito é adotado, mas não há concretização dos direitos. A evolução que ocorre nos textos constitucionais não foi acompanhada pelas garantias desses direitos na prática. O Estado permanece letárgico, dominando o Poder Judiciário, sendo o código político violado freqüentemente por força de fatores sociais adversos.

“Contrariamente a essa tradição jurídico-sociológica, tenho destacado que se trata de insuficiente fechamento (normativo) por força das injunções de fatores sociais diversos. Além da sobreposição destrutiva do código hipertrófico ‘ter/não-ter’ e de particularismo relacionais difusos, a autonomia operacional do direito é atingida generalizadamente por intrusões do código político. Mas cabe aqui acrescentar que, por sua vez, a política, enquanto não está vinculada à diferença ‘lícito/ilícito’ como seu segundo código, também sofre graves limitações no concernente a *autopoieses*: é sistematicamente bloqueada por pressões imediatas advindas do ambiente social do Estado, distanciando-se do modelo procedimental previsto no texto da Constituição”.²⁷⁶

²⁷⁴ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 25.

²⁷⁵ *idem.*, *ibidem.*, p. 244.

²⁷⁶ *idem.*, *ibidem.*, p. 245.

Essas considerações deixam transparecer as dificuldades e obstáculos que a sociedade brasileira enfrenta para se estruturar e legitimar o Estado Democrático de Direito e, dentro da temática desta pesquisa, as condições ideais para se buscar e viabilizar a verdadeira função social do processo.

Soma-se a isso, o fato de que o caso brasileiro de constitucionalização dos direitos enfrenta obstáculos ainda maiores porque a instrumentalização sistêmica do direito através dos meios denominados *dinheiro* e *poder* não tem sido equilibrada por sua indisponibilidade e pela imparcialidade da atuação estatal que deveria se fundamentar na presença de uma *consciência moral universalista* e numa *racionalidade procedimental* orientada para o dissenso, a divergência e a pluralidade de idéias.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁷⁷ apresenta suas lições sobre processo, afirmando que a dimensão alcançada pelo direito constitucional em relação a todos os ramos do direito é intensa no que diz respeito à ciência processual. Prossegue em sua lição, declarando que a conformação e a organização do processo e do procedimento trata-se, simplesmente, de um equacionamento dos conflitos entre princípios constitucionais em permanente tensão, sofrendo as influências dos fatores sociais, políticos, econômicos e até culturais, inclusive o direcionamento político e as estratégias de poder num determinado lapso espacial e temporal.

“Assim, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material, que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. O juiz, por sua vez, não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão”.²⁷⁸

Habermas entende que o discurso jurídico tem como objeto primordial o discurso filosófico diante de uma dimensão institucional sobre a justiça. A função social integradora do direito apóia-se nos conceitos filosóficos para tentar visualizar além da própria contemplação sociológica interna, buscando uma visão externa ao processo.

²⁷⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. [et al.]. Processo e constituição. org. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 2.

²⁷⁸ *idem.*, *ibidem.*, p. 7.

“A isso corresponde a interpretação de Max Weber, segundo a qual as ordens sociais somente podem obter durabilidade enquanto ordens legítimas. A ‘validade de uma ordem deve significar mais do que uma simples regularidade determinada pelo costume ou pelos interesses envolvidos por um agir social’, uma vez que o ‘costume’ se apóia numa familiaridade rude, quase mecânica, ao passo que ‘o agir ordenado legitimamente’ exige a orientação consciente por um acordo suposto como legítimo: *‘por acordo nós queremos entender o seguinte estado de coisas: que um agir orientado por expectativas do comportamento dos outros tem uma chance empírica ‘válida’ de ver estas expectativas preenchidas, porque existe objetivamente uma possibilidade de que estas tratarão como ‘válidas’ para seu comportamento aquelas expectativas, apesar da inexistência de um acordo (...) Na medida em que é condicionada por tais chances de ‘acordo’, a essência do agir comunitário deve chamar-se ‘agir por consentimento’*”.²⁷⁹

Para se falar em função social do processo é necessário analisar o conceito de *mundo da vida* e sua rede ramificada de ações comunicativas que permeiam o espaço social em determinado lapso temporal, conforme define Habermas com o devido cuidado no sentido de não superdimensioná-la.

“O conceito ‘mundo da vida’, da teoria da comunicação, também rompe com o modelo de uma totalidade que se compõe de partes. O mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades de indivíduos socializados. Por isso, o mundo da vida não pode ser tido como uma organização superdimensionada, à qual os membros se filiam, nem como uma associação ou liga, na qual os indivíduos se inscrevem, nem como uma coletividade que se compõe de membros. Os indivíduos socializados não conseguiriam afirmar-se na qualidade de sujeitos, se não encontrassem apoio nas condições de reconhecimento recíproco, articuladas nas tradições culturais e estabilizadas em ordens legítimas e vice-versa”.²⁸⁰

No entendimento de Habermas, as ações formam o *medium* através do qual as tradições jurídicas são reproduzidas junto com as instituições do direito, sendo compartilhadas junto com as capacidades subjetivas da interpretação de regras do direito, segundo a teoria do agir comunicativo que determina ser a ordem legítima uma parte integrante do mundo da vida enquanto atua reflexivamente.

Existem alguns princípios que influenciam diretamente a reconstrução do Estado Democrático de Direito. Para isso, Habermas afirma que a reconstrução do direito situa-se no plano de uma explicação do significado que, através de pressupostos, os membros da comunidade jurídica buscam apoio a fim de se legitimarem mutuamente, sem levar em consideração os motivos de ordem metafísica ou religiosa.

²⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 96. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 92.

²⁸⁰ *idem.*, *ibidem.*, p. 111. *idem.*, *ibidem.*, p. 107.

A relação interna entre direito e política se baseiam na ótica de uma função estabilizadora do sistema. Os direitos subjetivos passam a serem obrigatórios para a comunidade a partir do momento que são elaborados e votados ou outorgados por organismos constituídos para esse fim que os impõe à coletividade, tendo em vista a forma jurídica com a qual tais direitos são revestidos para imputar-lhes legitimidade.

Desta forma, o delineamento do Estado pela Teoria do Discurso tenta demonstrar que os cidadãos expressam sua soberania através das corporações e círculos de comunicação, inclusive se formaliza o raciocínio quanto a pretensão a iguais direitos aos membros de uma coletividade.

“A pretensão a iguais direitos, numa associação espontânea de membros do direito, pressupõe uma coletividade limitada no espaço e no tempo, com a qual os membros se identificam e à qual eles podem imputar suas ações como partes do mesmo contexto de interação. A fim de constituir-se como comunidade de direito, tal coletividade precisa dispor de uma instância central autorizada a agir em nome do todo”.²⁸¹

Quando a soberania se expressa nessas corporações que lhe permitem a despersonalização, ou seja, destitui-se o sujeito individual, é que o poder comunicante pode criar uma interligação entre a estrutura estatal e a vontade dos membros da comunidade.

²⁸¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 170. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 167.

7. EFETIVIDADE PROCESSUAL

Para se argumentar sobre efetividade processual, faz-se necessário entender que, nessa fase da história republicana de nosso país, o Estado Social se solidifica cada vez mais e o aumento do interesse pelos ideais de justiça social é uma realidade inexorável, onde se busca incansavelmente a minimização das desigualdades, garantindo o acesso à justiça para todos os cidadãos.

Desta forma, a função jurisdicional adquire uma importância destacável das demais atividades estatais, sendo necessário buscar a qualidade, a agilidade e a eficiência em prol de se alcançar resultados significativos que tragam a pacificação social.

O excessivo atraso na entrega da prestação jurisdicional é conseqüência de inúmeros fatores como, por exemplo, a insuficiência de magistrados e servidores para fazerem frente às demandas, bem como os inúmeros artifícios processuais à disposição dos litigantes.

Assim, constata-se que o questionamento relativo à obrigação de indenizar os danos decorrentes da atividade jurisdicional morosa, inclusive quando confrontadas com a disposição contida no Art. 5º, inciso LXXVIII, da CF 1988, foi elevada a categoria de direito fundamental à razoável duração do processo.

Segundo a cátedra de Greco, a justiça somente atingirá seu objetivo principal que é garantir a eficácia dos direitos fundamentais se entender que na base de tudo está a decisão rápida e justa. Não há como negar que perde a eficácia aquela decisão demorada onde o direito ao gozo do bem da vida é adiado indefinidamente por causa da demora na decisão do processo.

A própria convenção européia e também a americana afirmam que os Direitos Humanos serão garantidos através de decisões rápidas, dentro de um prazo razoável. Assim, as tutelas de urgência se transformaram numa “indústria” de liminares e tutelas antecipatórias, sendo que, a única possibilidade de atraso plenamente justificável é aquela decorrente da necessidade de proteção judiciária aos direitos de garantir à parte contrária, exatamente o mesmo direito de acesso ao Direito e a justiça pelo exercício de sua defesa plena, inclusive, assegurando ao juiz o tempo indispensável a uma cognição adequada e perfeita formação do juízo de valor.

Entretanto, o maior desafio reside na garantia de um tribunal independente que solidifique os Direitos Humanos através de decisões competentes e rápidas, exaradas por magistrados com

independência funcional e imbuídos numa sobriedade cidadã que o faça trabalhar com empenho diante de sua relevantíssima atividade social que é a judicatura.

A sociedade espera que os magistrados tomem uma posição definitiva em favor da coletividade, agindo integralmente pautados por parâmetros de responsabilidade social e comprometimento com a cidadania, porque a pior consequência do excesso de trabalho, da falta de estímulo na busca de modernização e mudanças que atinjam resultados satisfatórios é satisfazer-se com a rotina medíocre, aceitando a indiferença burocrática com o conformismo derrotista.

“Os juízes precisam com frequência renovar a sua têmpera, avaliar o desempenho do Judiciário e de si próprios e aferir se estão com eficiência atendendo à demanda social por Justiça, inserindo nesse processo necessariamente mecanismos de consulta pública e de participação democrática que contribuam para o constante aprimoramento de sua atividade. Os cidadãos precisam confiar no Judiciário como garantia da eficácia dos seus direitos e de uma convivência social pacífica e justa. Essa confiança resulta menos do valor intelectual dos juízes e da erudição das suas decisões, e mais da consciência dos cidadãos de que o Judiciário de fato assume a responsabilidade de buscar com todo o empenho a realização daqueles objetivos, enfrentando e superando todos os obstáculos que se antepõem e colocando-se efetivamente à disposição de todos que dele necessitam”.²⁸²

O quadro que se delineia é a ansiedade social no sentido de esperar que os juízes entendam verdadeiramente a importância de sua atividade, afastando-se das vaidades inominadas em função do cargo que ocupam, posicionando-se com serventuários da justiça responsáveis que têm a missão impostergável de pacificar a sociedade turbulenta.

Portanto, a busca pela efetividade processual que demonstre um adequado padrão de qualidade quanto a resultados finais deve partir do pressuposto que, a garantia da tutela efetiva dos direitos no processo somente se concretizará quanto for capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que ele faz jus diante do ordenamento jurídico.

Assim, vislumbra-se um novo horizonte no cumprimento das sentenças judiciais que, oportunamente, garanta as situações jurídicas fundamentadas contra os riscos da demora na prestação da tutela jurisdicional de emergência ou específica.

Comoglio refere-se à proteção constitucional e faz apologia a efetividade, afirmando que a tutela jurisdicional realizada no processo de conhecimento assume a forma típica de um

²⁸² GRECO, Leonardo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 214.

provimento de condenação, principalmente se quem a obteve não possuir meios para realizar de modo eficaz e adequado a tutela executiva.

“(...) o reconhecimento de uma forma de tutela, que seja adequada às características substanciais do direito a tutelar e, onde ocorra, seja suscetível de uma eficaz execução mesmo em via coativa ou forçada, com os instrumentos para tal fim predispostos pelo ordenamento jurídico”.²⁸³

Vale lembrar que a Administração Pública não pode se eximir de garantir o cumprimento efetivo das decisões judiciais, porque como todo cidadão, também ela tem o dever de submeter-se aos desígnios da lei e do Direito.

Carlos Santiago Nino²⁸⁴ apresenta seu trabalho que demonstra os fundamentos do direito constitucional segundo o qual a democracia necessita ser implementada através do resgate dos direitos fundamentais. Desta forma, a associação entre liberalismo e desprezo pela vontade popular é o fator que mais tem contribuído para o desgaste do ideal constitucional que se funde no ideário liberal.

Calmon de Passos ensina que não é o direito que condiciona o processo, mas o processo que condiciona o direito, ou seja, a norma jurídica de caráter geral é algo determinado pelo processo de sua produção, um processo de natureza política.

Assim, verifica-se que o processo exige extremada disciplina em todos os aspectos, sob pena de valorizar o arbítrio dos julgadores. O processo de produção do direito prossegue para editar a norma reguladora de um conflito precisamente demarcado.

Faz-se necessária a delimitação das circunstâncias, de tempo, de lugar e das pessoas, onde o processo vai condicionar o direito. O processo reclama rigorosa disciplina e não pode ser dissociado do direito.

²⁸³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del giusto processo (modelli a confronto), in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano LII, Giuffrè: Milano, 1998, p. 922.

²⁸⁴ “En verdad, la tensión entre liberalismo y democracia parece evidente y ha sido notada recurrentemente, tanto por filósofos como por políticos prácticos. La cuestión se presenta acerca de la relación entre los derechos individuales y las decisiones democráticas. Existen en principio, las siguientes alternativas acerca de esa relación: a) se puede sostener que los derechos individuales limitan siempre las decisiones que se toman a través del proceso democrático; b) se puede afirmar, en cambio, que las decisiones mayoritarias prevalecen en todos los casos sobre los derechos individuales, hasta el punto de que los derechos individuales son fijados a través de tales decisiones, y c) se puede adoptar una posición ecléctica que conduzca a distinguir entre tipos de derechos, de modo que algunos de ellos condicionen el proceso democrático y otros resulten de ese proceso”. NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, p. 195.

“É essa evidência que o modismo da *instrumentalidade do processo* camufla, ou conscientemente – perversidade ideológica, a ser combatida, ou por descuido epistemológico – equívoco a ser corrigido. Ele parece ignorar ou finge ignorar o conjunto de fatores que determinaram uma nova postura para o pensar e aplicar o direito em nossos dias, como sejam a crise da razão instrumental, severamente posta a nu deste século, os avanços originados pelos estudos semiológicos, a revalorização do político, a partir dos desencantos existenciais recolhidos da experiência do capitalismo tardio e da derrocada do socialismo real, a crise do Estado do Bem Estar Social e, principalmente, as revoluções que têm raiz no progresso técnico-científico, acelerado depois da Segunda Grande Guerra Mundial. São elas a revolução eletrônica, seguida pelas revoluções das comunicações, dos novos materiais, da biotecnológica, todas incorporando lógicas próprias que determinaram a hibridização das várias lógicas organizativas as quais, por sua vez, influenciaram a mudança radical operada na ciência organizacional, com inevitável repercussão sobre o Estado e o direito. Tudo isso denuncia a existência de um novo paradigma, a pedir seja repensado o que ontem tínhamos com certeza”.²⁸⁵

A partir do século XIX, o processo evoluiu muito e passou do caráter de mera ciência jurídica para o que hoje se esboça em classificá-lo como *status civilis processualis*, numa nova dimensão acrescida aos parâmetros da cidadania e alçado como preceito constitucional, superando a característica anterior de ser considerado apenas *instrumento*, diante da pré-existência do direito material que se entendia de natureza divina.

Assim, depois de enfrentada e superada a crise da modernidade, surge um novo modo de pensar o processo baseado na racionalidade, produzido pelo homem e sob o império das leis da razão, revitalizando o conteúdo normativo da razão prática kantiana. Desta forma, o processo deixou de ser visto como mero instrumento que não tinha o poder de interferir na substância do direito e a ele deveria ser submetido e também as leis da racionalidade.

As reformas pontuais efetuadas recentemente no direito processual, introduzidas pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002 e Lei nº 11.383, de 6.12.2006 ou qualquer outra que venha trazer modificações, sem que se tenha feito anteriormente um estudo de impacto sobre o ordenamento jurídico visto como um sistema unitário, no sentido de assessorar o legislador para o objetivo maior que é a política processual, segue uma forte tendência de ocasionar um desequilíbrio processual.

Desta forma, introduz-se modificações no processo de execução ou outro instituto jurídico qualquer, hipertrofiando o papel do juiz que detém o poder na relação processual, sendo esse

²⁸⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 22 jul. 2008, p. 2.

cercado pelo melhor aparelhamento jurídico, o que acentuará o desequilíbrio entre as partes processuais.

Portanto, qualquer reforma ampla ou pontual que tenha por intenção solucionar a crise judiciária e implementar a efetividade processual, deverá afastar-se da idéia de incentivar o litígio e favorecer o arbítrio. Tal situação cria um ambiente que estimula os operadores do direito inescrupulosos a postularem e decidirem distanciados da ética e, lamentavelmente, sem a técnica devida, o que tem transformado o espaço forense no ambiente ideal para se praticar a desídia, a má-fé processual, alimentada pela vaidade que ajuda a oprimir os mais fracos e hipossuficientes.

O prazo razoável para a prestação jurisdicional efetiva será aquele estritamente necessário para que a decisão seja executada, respeitando-se o prazo necessário para que o magistrado faça sua adequada cognição e assegure ao adversário o pleno exercício de sua defesa, conforme se exige na efetivação das garantias processuais. Quanto maior o tempo para o julgamento e a decisão final da causa, maior será a instabilidade das partes, gerando a insegurança jurídica que depõe contra o Estado Democrático de Direito.

O que deve ser literalmente combatido é o exagerado tempo gasto com demorados lapsos temporais na distribuição, julgamento, publicações, redação de acórdãos e tantos outros atos que intermedeiam o procedimento.

Assim, Greco ensina que os prazos desiguais entre as partes que englobam Administração pública e administrado, via de regra, militam contra este último porque o representante estatal atrasa na prática dos atos e, conseqüentemente, o início da contagem dos prazos são excessivamente postergados.

“O direito à prestação jurisdicional em prazo razoável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva. A demora no julgamento cria uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível com a noção de segurança jurídica exigível em toda sociedade democrática. A jurisdição deve assegurar a quem tem razão o pleno gozo do seu direito durante o máximo tempo possível. O ideal seria que esse gozo fosse assegurado durante todo o tempo de duração do próprio direito, desde o seu nascimento até o seu desaparecimento”.²⁸⁶

²⁸⁶ GRECO, Leonardo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 269.

Portanto, a propositura da ação no processo civil e a instauração da investigação preliminar no processo penal deverão ser, respectivamente, o termo inicial do *prazo razoável*, sendo o termo final a efetiva satisfação do direito pleiteado.

8. CONCLUSÃO

As inúmeras mudanças que estão ocorrendo da sociedade capitalista contemporânea acabam por exigir uma análise mais detalhada de cada fenômeno social, utilizando-se de instrumentos adequados para se obter um diagnóstico mais preciso e uma interpretação mais correta de seu funcionamento.

Muitos aspectos devem ser rediscutidos quanto à função social do processo como instrumento de harmonização e pacificação social, tendo em vista a transformação dos destinos da individualidade de cada pessoa e, principalmente, dos anseios da coletividade.

A apatia de uma nação jovem cuja mentalidade coletiva não consegue dar importância ao traçado de seu destino, também é muito preocupante. Pior que isso, seria aquela situação catastrófica que se soma a uma crise instalada no Estado soberano através de problemas econômicos, cultura inflacionária, mudanças climáticas, inundações, terremotos, escândalos morais ou simplesmente com o surgimento da corrupção governamental generalizada para influir decisivamente na formação e constituição ética desse povo, escravizando-o em virtude dos interesses internacionais, condenando-o ao sofrimento diário dissimulado pela globalização consumista.

O respeito à *dignidade da pessoa humana* é a garantia processual mais importante porque através desse princípio decorrerão vários outros que, em síntese, serão atribuídos ao indivíduo no sentido de ser tratado com dignidade e honradez, sendo protegida sua intimidade, liberdade e propriedade. Portanto, é inaceitável que a pessoa, no exercício da plena cidadania, compondo como parte no processo, seja tratada de forma humilhante.

As *garantias processuais* somam-se a um rol de *garantias fundamentais* voltadas para a proteção da liberdade e dos direitos da personalidade. Essas garantias buscam, essencialmente, assegurar ao acusado (ou requerido) o respeito à dignidade humana.

Uma análise muito cautelosa desta pesquisa se submete e respeita os estritos limites das demais áreas do conhecimento. Mas a ousadia do *jovem espírito de pesquisador* se propõe a correr riscos de completa exposição às críticas e assim, vai delineando os problemas e pesquisando as soluções, mesmo quando essas premissas se encontram posicionadas no intermédio conceitual

multidisciplinar, porque sem essa arriscada incursão, tornar-se-ia impossível implementar qualquer análise sobre o direito de acesso à justiça e posicionar-se em defesa da cidadania.

O acesso à justiça somente se torna possível através de uma política estatal que garanta direitos individuais e coletivos, desenvolvendo atividades essenciais voltadas para a educação básica da população no sentido de desenvolver e formar o cidadão, viabilizando o surgimento da consciência de seus direitos e a aquisição da responsabilidade pelo cumprimento de seus deveres pessoais e sociais, valorizando os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, permitindo seu acesso ao Direito.

O Estado deve proteger a sociedade, disponibilizando apenas a assistência social indispensável àqueles trabalhadores que amargam a tristeza de estarem momentaneamente desempregados, aos jovens em busca do primeiro emprego, à criança, ao idoso, à mulher (no que tange à maternidade), às minorias discriminadas e a todos aqueles que demandarem proteção especial ou apresentarem deficiências, criando condições propícias para que o próprio indivíduo conquiste e proporcione à sua família a necessária alimentação, moradia, saúde, educação e lazer através de um salário adequadamente justo, resgatando-lhe a dignidade de participar como membro da sociedade a que pertence e não por intermédio da humilhante caridade e “esmola governamental”.

Caso isso não ocorra, fica difícil imaginar que haveria alguma “fórmula mágica” a imputar plena eficácia aos direitos individuais e coletivos preceituados na Constituição. A sordidez gerada pela pobreza elimina qualquer possibilidade de crença na dignidade humana e na honra, levando as pessoas a sobreviverem através de esmolas colhidas na mendicância, na prostituição de seus corpos e almas ou na rendosa atividade do tráfico de drogas, seqüestros, roubos e todos os demais tipos de crimes. Para romper com esse ciclo vicioso, o intervencionismo estatal deve atuar nas áreas de maior carência e nas regiões que necessitem da presença efetiva do Estado através de saneamento básico, educação, segurança, incentivo à produção e ao trabalho e todas aquelas demais recomendações técnicas traçadas e projetadas pelas Ciências Sociais. O resultado disso será a formação de um cidadão consciente de seus direitos e deveres, permitindo-lhe o acesso à justiça e ao pleno gozo da cidadania.

Neste contexto amplamente analisado, entende-se que a função social do processo deve ser visualizada sob a ótica do interesse individual ou do interesse social, tendo em vista que, a

idéia de processo é necessariamente teleológica e somente se justifica através da análise de sua finalidade que pode ser privada ou pública.

Não há uma justificativa interna para o processo, uma razão de ser por si só. Sua finalidade é dirimir o conflito de interesses submetido à jurisdição. Portanto, a obra incessante da jurisdição assegura a efetividade do processo, satisfazendo, ao mesmo tempo, o interesse individual que está vinculado apenas ao litígio e o interesse social de garantir o exercício do direito e a manutenção da harmonia social.

Assim, finalizando as análises integradas, deve-se ressaltar a importância de *modernização* dos processos de conhecimento, de execução e cautelar no âmbito do Processo Civil e da implementação de rotinas céleres que não violem os direitos fundamentais no Processo Penal e tenham fundamentação e legitimidade na Constituição, utilizando-se dos avanços tecnológicos e das novas descobertas como ferramentas seguras e ágeis. Sem essas reformas, parece impossível obter qualquer melhoria e atingir índices de efetividade processual adequados.

A idéia central é a necessidade de uma *reforma processual humanizadora*, bem diferente daquelas reformas pontuais recentemente implementadas, que habilite o juiz a manusear os instrumentos e meios adequados para enfrentar os desafios impostos pelo anacronismo dos problemas geridos pelo Poder Judiciário, capaz de prevenir e de dimensionar adequadamente os atos do processo com *celeridade*, *baixo custo*, mantendo a *gratuidade* aos indivíduos hipossuficientes, exercendo com segurança as responsabilidades gerenciais e normativas que a magistratura lhe impõe, guiando-se pelo *princípio da cooperação* no processo, assunto amplamente discutido no mundo jurídico da atualidade.

Portanto, a consolidação do acesso à justiça no Brasil deve ser um trabalho abnegado e construído pelos especialistas e operadores do direito, com a efetiva participação da sociedade, a fim de se atingir um nível de desenvolvimento que permita a convivência harmônica dos indivíduos.

O núcleo da crise de ineficiência e falta de efetividade processual que tanto tem feito padecer de angústia e decepção aos fracos e hipossuficientes está inserido no inteligente questionamento de Calmon de Passos, anteriormente analisado nesta pesquisa, que demonstra a distorção que há em se ter colocado como objetivo das anunciadas reformas processuais, apenas a solução para o acúmulo de processos e recursos, sem buscar o âmago da questão e,

conseqüentemente, ficou distanciada de uma solução perene e adequada, sendo que “*a pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada*”. E a resposta obtida é aquela dramática situação que se observa nas comarcas e tribunais de todo o Brasil, ou seja, ineficiência e morosidade que se abrigam sob o véu translúcido e virginal da justiça.

Pode-se perceber também a necessidade de uma urgente *ampliação da tutela diferenciada* (mediação, arbitragem, justiça interna das associações, juizados especiais, juízes de paz e juízes leigos, procedimentos de cognição sumária) para atuarem como instrumentos paradigmáticos das mudanças necessárias.

A mediação é o método alternativo de solução extrajudicial que se baseia na intervenção de terceiro, objetivando auxiliar as partes a alcançarem uma solução consensual sobre o objeto do desentendimento, sem decidir o litígio, atuando como um facilitador que se posiciona de modo passivo, intervindo e propondo soluções para os problemas em questão.

Outra nova ferramenta que se destaca e promete trazer resultados satisfatórios para a justiça brasileira é a conciliação, instrumento esse que busca o entendimento das partes em litígio, surtindo o efeito semelhante a uma “*triagem*” dos casos e seleção dos litígios de acordo com sua complexidade.

Através dessas atividades e de outros institutos de ampliação de tutela diferenciada acima referidos, busca-se reduzir o ajuizamento de demandas junto ao Poder Judiciário e também como proposta de mudança à procura de alternativas mais econômicas na solução dos conflitos sociais.

Neste contexto, apesar de todos os preceitos dispostos no Art. 5º da CF 1988 serem entendidos como auto-aplicáveis, inclusive aqueles parâmetros estudados ao longo deste trabalho no interesse da linha de pesquisa, contidos nos incisos XXXV, XXXVII, LIV, LV, LXXIV e LXXVIII, infelizmente a mera existência deles não garante sua aplicabilidade na rotina prática, porque muito são os obstáculos internos e externos ao sistema normativo, inclusive as alegações referentes ao inciso LXXVIII (*EC n.º 45/2004, de 08.12.2004*) que trata da razoável duração do processo a todos que demandarem no âmbito judicial ou administrativo, através dos meios adequados que garantam a celeridade de sua tramitação, segundo o qual, alguns críticos afirmam ser uma *cláusula aberta*, utilizando esta característica

como justificativa infundada e sem sentido com o claro objetivo de ignorar a auto-aplicabilidade do mencionado inciso.

Ainda que tal preceito constitucional fosse uma cláusula aberta, isto não lhe subtrairia sua imperatividade que é uma característica das normas constitucionais, posicionando-se em nível hierárquico superior. Portanto, seria inadmissível considerar que esse preceito se resume a uma mera ilação, um conselho, uma advertência, posto que, sua força imperativa advém da soberania popular.

Não há dúvida quanto ao fato que a regra contida nesse referido inciso visa a rápida entrega da prestação jurisdicional, querendo garantir a todo cidadão a razoabilidade da duração do processo, exigindo celeridade em sua tramitação. Entretanto, a lentidão dos processos se eterniza em provimentos judiciais excessivamente morosos, perpetuando o completo descrédito do Poder Judiciário junto aos jurisdicionados.

Em linha de conclusão, observa-se que a contribuição filosófica oriunda da tese de Ronald Dworkin através de sua Teoria dos Princípios vem somar-se à idéia de que *a sociedade contemporânea carece de uma política voltada para a construção de mecanismos que propiciem a consolidação da democracia.*

A Teoria dos Princípios atinge vários aspectos centrais dos temas que se debatem atualmente pelos operadores do direito, teorizando a partir do sistema jurídico que se fundamenta na doutrina do precedente, conhecido como “*common law*”. Essa teoria foi considerada de fundamental importância nas discussões da atualidade, tendo em vista tratar-se de doutrina que aborda questões que representam uma evolução na elaboração do conceito de direito, do seu âmbito de validade e dos seus processos de aplicação.

A reabilitação do liberalismo radical igualitário surge como uma filosofia política determinada e coerente, distinta na estratégia do liberalismo tradicional, mas com um núcleo moral e político justificador do novo liberalismo progressista.

A teoria jurídica, além das funções cognoscitivas, também demonstrou funções práticas de adequação do direito à mudança social. A utilização das capacidades humanas para resolver problemas justifica a existência da teoria jurídica, permitindo propor e resolver problemas de uma maneira nova, através de seus instrumentos analíticos.

Assim também surge a brilhante contribuição da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas, analisando os parâmetros relativos ao processo de formação do sujeito, onde se percebe a necessidade de se recuperar a dimensão da interatividade do processo de formação do indivíduo, dando ênfase a uma maior participação de cada cidadão na formação das normas que comporão o sistema.

A Teoria do Discurso institucionaliza o processo democrático de participação na formação da vontade política, através de direitos fundamentais e princípios do Estado Democrático de Direito pelo exercício da autonomia do indivíduo. Desta forma, os direitos subjetivos são condição para o exercício da democracia. Portanto, esses direitos não se opõem à vontade soberana e nem essa se posiciona completamente alheia aos direitos individuais subjetivos.

Para Habermas, o *princípio da democracia* é concebido como a institucionalização jurídica do *princípio do discurso*. Desta forma, será através deste mencionado princípio que se proporá uma solução para os limites das respostas apresentadas pela tradição para a legitimidade do Direito e fundamentação normativa da democracia.

Segundo Habermas, a fonte de integração social é o agir comunicativo através de uma concepção intersubjetiva ou comunicativa do Direito, onde se possa observar um nexos interno sob o parâmetro da racionalidade, deixando para trás uma tradição metafísica e subjetivista do Direito, desenvolvendo uma proposta baseada na reviravolta lingüístico-pragmática que ocorreu no século XX, a qual coloca a linguagem como condição possibilitadora e limitadora do conhecimento, onde a razão comunicativa se distingue da razão prática através do *médium* lingüístico.

A Teoria do Discurso possibilitou a visualização da dicotomia entre direito positivo e direito natural, onde a razão comunicativa estabeleceu uma relação de complementação entre Direito e moral.

Portanto, a democracia entendida como regime de efetivação da liberdade, não pôde ser devidamente compreendida sob os parâmetros filosófico-políticos apresentados até o presente momento, devendo superar a falta de inspiração jurídica na busca de uma nova resposta filosófica que solucione o problema da grave crise que se instalou na sociedade moderna. No tocante a esta pesquisa, postula-se a criação de um novo perfil de processo que atue como instrumento de pacificação da sociedade turbulenta.

Desta forma, a solução apresentada por Habermas foi a superação da razão prática pela comunicativa ou intersubjetiva que coloca a linguagem como a *priori* do conhecimento e agir humanos, buscando a participação nos processos decisórios, não entendendo o discernimento jurídico como algo individual.

Habermas entende que o *princípio democrático*, diante dessa realidade, será a juridificação do *princípio do discurso*, o que significa que cabe ao Direito, através do processo democrático, garantir o uso público das liberdades comunicativas, ou seja, liberdade de posicionar-se em relação às pretensões de validade criticáveis, entre elas a pretensão de validade jurídica, sendo que tal fato implicaria na *participação mais ampla do indivíduo em todos os procedimentos e deliberações de decisões relevantes para definição de um código de direitos, priorizados pela força do melhor argumento, legitimando o Direito e a Democracia*.

A participação popular na formação da vontade política através de processo democrático é o objetivo da Teoria do Discurso que institucionaliza o processo de exercício da autonomia pública e não se opõe à vontade soberana que também não se mantém alheia aos direitos individuais subjetivos, pois é formada através deles.

Portanto, a função social do processo deve garantir a cada cidadão, seja ele privilegiado de recursos financeiros ou hipossuficiente, o direito de acesso à justiça e, conseqüentemente, a apreciação de sua pretensão pelo órgão jurisdicional, independentemente do resultado obtido, tendo em vista interesses que ultrapassam os do indivíduo. Pouco importa traduza essa atividade em exercício de direito, dever, poder ou competência. Relevantes serão, para o conceito de função social, as conseqüências que ela acarreta para a convivência da sociedade, ou seja, a pacificação da comunidade.

O Estado não tem no processo um interesse superior a soma dos interesses individuais. Ocorre que o processo serve ao direito como um instrumento de criação vivificante, como uma constante renovação das soluções históricas que foram moldadas no passado.

Desta forma, a síntese final desta pesquisa aponta para o entendimento que a verdadeira função social do processo repousa em alcançar a justiça, ou seja, garantir a eficácia dos direitos fundamentais, sob os parâmetros do princípio da dignidade da pessoa humana que tem suas origens na concepção jurídica dos Direitos Humanos, tendo como ponto central a decisão rápida e justa, fazendo da celeridade processual uma aliada na busca pela harmonização social,

afastando a idéia de que celeridade seja sinônimo de violação de direitos fundamentais e deponha contra a segurança jurídica. Um processo lento, uma decisão demorada onde o direito ao gozo do bem da vida é adiado indefinidamente por causa da demora na decisão do processo possui muito mais chances de se transformar em um processo fatalmente injusto.

Concluiu-se pela necessidade de buscar um novo perfil de celeridade processual, utilizando-se dos avanços tecnológicos, das técnicas processuais, da estruturação adequada do Poder Judiciário com equipamentos modernos e recursos humanos qualificados e permanentemente treinados, a fim de que se possa dar uma resposta rápida aos anseios sociais, sem atropelos, procedimentos precipitados ou julgamentos sumários, tendo em vista o respeito às garantias constitucionais que se fundamentam no princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo uso das contribuições apresentadas pelas teses filosóficas instrumentalizadas na Teoria dos Princípios e na Teoria do Discurso que trazem o entendimento, através da reflexão filosófica racional, da *superação do positivismo jurídico* para se construir uma nova teoria dos direitos baseada na igualdade que seja diferente das teorias positivistas contemporâneas e conduza à discussão e construção do argumento moral e dos direitos morais, superando a falta de inspiração jurídica na busca de um novo horizonte para a sociedade mundial, conforme a proposta apresentada nesta modesta pesquisa.

9. REFERÊNCIAS

- 1 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. [et al.], **Processo e constituição**. org. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- 2 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- 3 ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- 4 ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- 5 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Fórum, 2006.
- 6 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**, 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- 7 BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. v. I e II, trad. Carmen C. Varriale, [et al.], 13. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007,
- 8 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.
- 9 CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1973.
- 10 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **A função social do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em: 22 jul. 2008.
- 11 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 22 jul. 2008.
- 12 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. trad. rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- 13 CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.
- 14 COMOGLIO, Luigi Paolo. Ferri, Conrado. TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2. ed., Il Mulino: Bologna, 1998.
- 15 COMOGLIO, Luigi Paolo. **Valori etici e ideologie del giusto processo (modelli a confronto)**. in Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano LII, Giuffrè: Milano, 1998.

- 16 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- 17 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil. Colección. Maestros del derecho procesal, n. 1**. 4. ed. 2. reimp., Buenos Aires: B de F, 2007.
- 18 DALARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed., São Paulo: Moderna, 2004.
- 19 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, 5. ed., v. I, II, III e IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- 20 DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harward University Press, 1978.
- 21 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- 22 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- 23 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. trad. Luís Carlos Borges. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- 24 FARALLI, Carla. **La filosofía del derecho contemporánea. tema y desafíos**. 2. ed., 5. reimp., Madrid: Universidad Complutense, 2007.
- 25 FREEDMAN, Alan. **Dicionário de Informática**. 12. ed. trad. São Paulo: Makron Books, 2006.
- 26 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- 27 GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- 28 HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- 29 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. trad. Flávio Beno Siebeneichler. volume I, 2.ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- 30 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. trad. Flávio Beno Siebeneichler. volume II, 2.ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- 31 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**, 2. ed., São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- 32 HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

- 33 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989.
- 34 HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos humanos**. 2. ed., Aparecida, São Paulo: Santuário, 2002.
- 35 HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- 36 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Introdução à história social e política do processo**. in WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de história do direito, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- 37 LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.
- 38 LUCHI, José Pedro. **A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do estado**. in Linguagem e socialidade. org. José Pedro Luchi. Vitória: EDUFES, 2005.
- 39 LUCHI, José Pedro. **Para uma teoria deliberativa da democracia**. Revista de Informação Legislativa, ano 43, n. 172, outubro/dezembro, Brasília: RIL, 2006.
- 40 LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- 41 MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. vol. 1, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- 42 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- 43 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- 44 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- 45 MELO, Celso de. **Discurso proferido na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência do STF em 23 de abril de 2008**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 22 jul. 2008.
- 46 NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviafã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- 47 NEVES, Marcelo. **Teoria do direito na modernidade tardia**. in Direito e Democracia. Entrevistas a Katie Arguello. Letras contemporâneas, Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.
- 48 NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

- 49 PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- 50 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- 51 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias**. in Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.
- 52 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Mediação: a redescoberta de um velho alidado na solução de conflitos**. in Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.
- 53 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- 54 PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciência del proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963.
- 55 RAWLS, John. **A Theory of justice**. Oxford University Press, 1996.
- 56 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- 57 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- 58 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 18. ed., vol. III, São Paulo: Saraiva, 1999.
- 59 THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.
- 60 WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. in DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- 61 ZAGANELLI, Margareth Vetis. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Acesso à justiça e o problema da efetividade do processo**. in Cadernos de Direito Processual. Revista do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo, ano 1, número 1, agosto/dezembro, Vitória: RPPG-UFES, 2006.
- 62 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- 63 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: relações entre processo e constituição**. in MITIDIERO, Daniel Francisco. ZANETI JÚNIOR, Hermes. Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: SAFE, 2004.

10. SUGESTÕES DE LEITURAS RELACIONADAS AO TEMA

- 1 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- 2 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- 3 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista Forense, v. 388-separata, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- 4 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A nova execução**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- 5 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. [et al.]. **Do formalismo valorativo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- 6 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. [et al.]. **Eficácia e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- 7 ALVIM, Arruda. **Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós**. Revista de Processo. REPRO 97, ano 25. jan./mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- 8 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. 1. ed., Belo Horizonte: FDUFG, 1995.
- 9 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- 10 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- 11 BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- 12 BIAVATI, Paolo. CARPI, Federico. **Diritto processuale comunitario**. 2. ed., Milano: Giuffrè, 2000.
- 13 BRETONNE, Mário. **História do direito romano**. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.
- 14 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- 15 CALAMANDREI, Piero. **Estudo de direito processual na Itália**. trad. Karina Fumberg. Campinas, SP: LZN, 2003.
- 16 CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

- 17 CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- 18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. trad. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- 19 CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. trad. Hebe A. M. Caleti Marengo. São Paulo: Minelli, 2005.
- 20 CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 3. ed., trad. Hebe A. M. Caleti Marengo. Campinas: Edicamp, 2003.
- 21 CONDE, Francisco Munõz. **Teoria general del delito**. 2. ed., Bogotá: Sergio Fabris, 1988.
- 22 CINTRA, Antônio Carlos Araújo de, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 22. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- 23 CASTELLA, Eduardo Marcelo. **Investigação criminal e informática**. Curitiba: Juruá, 2005.
- 24 CHIAVARIO, Mário. **Diritto ad un processo equo**. Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova: Cedam, 2001.
- 25 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. Os conceitos fundamentais. A doutrina da ações. 2. ed., trad. J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1965.
- 26 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- 27 COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal: la constitución y el proceso civil**. 4. ed., v. 1, Buenos Aires: Depalma, 2003.
- 28 COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal: pruebas em materia civil**. 4. ed., v. 2, Buenos Aires: Depalma, 2003.
- 29 COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal: el juez, las partes y el proceso**. 4. ed., v. 3, Buenos Aires: Depalma, 2003.
- 30 COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- 31 DIDIER, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. O juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.
- 32 DIDIER JR, Fredie. [et al.]. **Leituras complementares de processo civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

- 33 DIDIER JR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- 34 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de la prueba judicial**. v. 1, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- 35 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de la prueba judicial**. v. 2, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- 36 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania do mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- 37 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.
- 38 GHETTI, Pablo Sanges. **Direito e democracia sob os espectros de Schmitt**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.
- 39 GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- 40 GOES, Gisele Santos Fernandes. **Teoria geral da prova: aspectos polêmicos**. Salvador: Juspodivm, 2005.
- 41 HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. trad. Guido Antonio de Almeida, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- 42 HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. trad. Lúcia Aragão, rev. Daniel Camarinha da Silva, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- 43 HESPANHA, Antonio Manuel. **Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução**. in HESPANHA, António Manuel. *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1993.
- 44 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 4. ed., trad. Alexandre Fradique Mourujão e Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1997.
- 45 LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. prefácio Aurélio Wander Bastos, 2.ed., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- 46 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, trad. atual. Ada Pellegrini Grinover, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- 47 LUCHI, José Pedro. **A superação da filosofia da consciência em Jürgen Habermas: a questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade**. 1999. 555 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universitas Gregoriana, Roma.
- 48 LUCHI, José Pedro. **Propedêutica habermasiana ao direito**, in Sofia, Revista de Filosofia, n. 7, Vitória: RF, 2001.

- 49 LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Seleção e Apresentação João Pissara, trad. Anabela Carvalho, 3. ed., Lisboa: Veja, 2001.
- 50 MARINS, Graciela Iurk. **Produção antecipada de prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- 51 MITIDIERO, Daniel Francisco. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao Estudo do Processo Cível**. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o protocolo do MERCOSUL para cooperação jurisdicional em medidas cautelares: perfil de um processo transnacional para a efetividade. Curitiba: SAFE Editora, 2004.
- 52 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder: estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- 53 NOBRE, Marcos. [et al.] **O que é pesquisa em direito?**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- 54 GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- 55 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- 56 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.
- 57 RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. org. Erin Kelly, trad. Álvaro De Vita, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- 58 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- 59 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3. ed., v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- 60 SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- 61 SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- 62 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 39. ed., vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- 63 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. vol. I, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- 64 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2006.
- 65 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: relações entre processo e constituição**. *in* MITIDIERO, Daniel Francisco. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004.

11. GLOSSÁRIO

*** Conceitos extraídos do texto desta dissertação e também das obras *Dicionário de Informática e Dicionário de Política*, integrantes da bibliografia deste trabalho.

ABSOLUTISMO: é a teoria política que defende a idéia de uma pessoa (geralmente, um monarca) deter e concentrar o poder absoluto, sem interferência de outra forma de poder ou controle interno e externo. Surgiu no século XVIII e difundido na primeira metade do século XIX, indicando nos círculos liberais os aspectos negativos do poder monárquico ilimitado e pleno. Os teóricos associados a esta idéia são Maquiavel, Jean Bodin, Jaime I de Inglaterra, Boussuet e Thomas Hobbes.

AÇÃO: é o direito subjetivo público de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto, ou seja, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional.

AGIR COMUNICATIVO: é a série de atos que pretende o fim da arbitrariedade e da coerção nas questões que envolvem toda a comunidade, através de uma proposta de participação igualitária e amplamente ativa da parte de todos os cidadãos nos conflitos que permeiam o ambiente social, buscando a tão sonhada justiça.

ARGUMENTO TELEOLÓGICO: é aquele que se baseia em uma finalidade, uma causa final, um fim. Analisa-se nesse tipo de argumento se os objetivos estão sendo cumpridos ou desviados.

ARGUMENTO DE POLÍTICA: é aquele que atua, por exemplo, em favor de um subsídio para a indústria que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional. O argumento de política se refere às normas elaboradas em benefício da sociedade na amplitude de toda a comunidade abrangida pela norma.

ARGUMENTO DE PRINCÍPIO: é aquele que justifica uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo, por exemplo, o argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade, consideração e respeito. O argumento de princípio trata da norma

específica em defesa de um direito individual, do direito de um grupo contra uma pessoa, um grupo, uma sociedade ou mesmo contra o governo.

ARISTOCRATISMO: é o governo no qual o controle fica nas mãos de uns poucos cidadãos ricos e socialmente importantes. O termo tem origem grega (*aristokratia*) e significa “governo dos melhores”.

AUTOCOMPOSIÇÃO: é iniciativa conciliatória no sentido de viabilizar que, uma das partes em conflito, ou ambas, abduquem do interesse ou parte dele, buscando o entendimento. É subdividida em desistência que é a renúncia à pretensão; submissão que enseja renúncia a resistência oferecida à pretensão e transação que são mútuas concessões.

AUTOPOIESIS: é a autoprodução do direito, através das interpretações como forma de legitimar o seu próprio procedimento. O termo foi criado pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, em 1945, para designar a célula enquanto algo “*auto-criado*”. De origem biológica, termo passou a ser usado em outras áreas como a sociologia e o direito.

AUTOTUTELA: caracteriza-se pela ausência de um juiz imparcial e independente diante das partes onde a decisão de determinado litígio é imposta pelo mais forte.

AXIOLOGIA: estudo ou teoria dos valores. Assim como ocorre no estudo dos princípios que trazem em si um verdadeiro conteúdo axiológico e se complementariam com o comando das regras.

CEPTICISMO: atitude ou doutrina segundo a qual o homem não pode chegar a qualquer conhecimento indubitável. Dúvida de tudo.

COMMON LAW: é um sistema jurídico originalmente baseado em leis costumeiras e não em leis escritas, que foi desenvolvido a partir da doutrina do precedente. Geralmente, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, vinculando todas as decisões futuras. Quando as partes discordam quanto o direito aplicável, um tribunal idealmente procuraria uma solução dentre as decisões precedentes dos tribunais competentes. Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o raciocínio usado naquela decisão anterior (princípio conhecido como *stare decisis*). Entretanto, se o tribunal concluir que a controvérsia em exame é fundamentalmente diferente

de todos os casos anteriores, decidirá como “assunto de primeira impressão” (*matter of first impression*). É o sistema adotado na Inglaterra e nos Estados Unidos da América.

CIVIL LAW: é um sistema jurídico baseado em leis escritas que foram promulgadas através do tradicional processo legislativo. É utilizado em alguns países da Europa e também no Brasil.

DEMOCRACIA: é um regime de governo onde o poder de tomar decisões políticas importantes está com os cidadãos, que o fazem, indiretamente através de seus representantes eleitos ou diretamente, em consulta ao próprio povo, dentro de um sistema de governo que pode ser presidencialista ou parlamentarista, republicano ou monárquico.

DEMOCRACIA DELIBERATIVA: é o modelo teórico que, segundo Habermas, aponta para uma exigência normativa, tendo a formação da opinião e da vontade políticas como ponto central, permitindo a ligação com uma ciência social que vê o sistema político não como centro nem como modelo estrutural da sociedade, mas um sistema entre outros, encarregado da solução para riscos de integração social.

DEONTOLOGIA: o termo tem origem grega (*dever, tratado + estudo*) sendo introduzido em 1834 por Jeremy Bentham para referir-se ao ramo da ética cujo objeto de estudo são os fundamentos do dever e as normas morais. A deontologia em Kant fundamenta-se em dois conceitos que lhe dão sustentação: a razão prática e a liberdade. Agir por dever é o modo de conferir à ação o valor moral, por sua vez a perfeição moral só pode ser atingida por uma vontade livre. O imperativo categórico no domínio da moralidade é a forma racional do dever-ser, determinando a vontade submetida à obrigação. O predicado “*obrigatório*” da perspectiva deontológica, designa na visão moral o “respeito de si”.

DIMENSÃO DE ADEQUAÇÃO: na aplicação de um princípio, é a atividade de avaliar seu peso no caso concreto relativo ao conjunto de normas existentes.

DIREITO: o termo **Direito** é usado em sentido amplo e significa vínculo axiológico com os valores sociais. O termo **direito** significa o direito estatal, a legislação. Em sentido amplo, é o sistema de normas de conduta imposto por um conjunto de instituições para regular as relações sociais.

DIREITOS HUMANOS: também chamados de direitos do homem são entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana,

pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir. Podem ser classificados em civis, políticos e sociais. O constitucionalismo moderno tem, na promulgação de um texto escrito contendo uma declaração dos DH e da cidadania, um dos seus momentos centrais de desenvolvimento e de conquista, que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder.

DIGNIDADE: atitude que confere honraria a quem a pratica. É o exercício da honestidade. É uma premissa cultural antropológica do Estado constitucional que centraliza suas preocupações nos grandes temas que fundamentaram o constitucionalismo desde suas origens como a liberdade, a igualdade, a justiça e a segurança jurídica.

DOGMATISMO: ponto fundamental e indiscutível da doutrina. Atitude arrogante de afirmação ou negação. É o *filos*, a crença, geralmente ingênua e não crítica.

EQÜIDADE: é a disposição de reconhecer igualmente o direito de cada indivíduo. A eqüidade fundamenta a concepção de justiça (*fairness*) que consolida a democracia constitucional baseada na perfeita igualdade entre as pessoas. Os princípios de justiça social que são os parâmetros na escolha de critérios políticos, devem ser aplicados para diminuir as desigualdades sociais da base social que são muitas e difusas.

ESCOLA DE FRANKFURT: surgiu em 1923 e ficou conhecida por ter desenvolvido uma teoria social denominada *Teoria Crítica da Sociedade*, defendendo idéias marxistas não ortodoxas que reuniu um grupo de intelectuais em torno dessa linha de pensamento, tendo como ilustres componentes da primeira geração: Walter Benjamin, Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Theodor Adorno e Erich Fromm; e na segunda geração: Jürgen Habermas, Karl-Otto Apel e Herbert Schadelbach.

ESFERA PÚBLICA: tem como objetivo alcançar a verdade, a veracidade e a justiça, por intermédio da legitimidade como forma de criar o melhor direito com a representatividade da vontade popular ou uma forma de colocá-la em prática, atribuindo importância aos espaços para discussões que se fundamentam no poder comunicativo enfatizado por Habermas através da Teoria do Discurso, pressupondo-se o questionamento de um fato, na sua verdade, autenticidade, justiça. Quando os atos não são legítimos e também não podem ser negociados, superados ou suprimidos, opta-se por reinstaurá-los em novas bases.

ESPAÇO CIBERNÉTICO: define o ambiente onde a sociedade desenvolve variadas atividades através da utilização da tecnologia da informação. O termo *cyberspace* foi criado por William Gibson em seu romance *Neuromancer*, para referir-se a uma rede de computadores imaginária onde as pessoas se conectavam usando seus cérebros (há época, ficção científica). Atualmente, através do fenômeno da Internet, o espaço cibernético é utilizado para os mais variados tipos de atividades humanas (comércio, pesquisa, comunicações, etc.).

ETHOS: na sociologia, significa os valores que o indivíduo precisa seguir para ter suas ações aceitas pela sociedade.

FISIOLOGIA: o termo tem origem grega (*physis*, natureza ou físico + *logos*, palavra ou estudo) é o ramo da biologia que estuda as múltiplas funções mecânicas, físicas e bioquímicas nos seres vivos. De uma forma mais sintética, a fisiologia estuda o funcionamento do organismo.

FUNDAMENTAÇÃO: é a aplicação de um princípio que tenha por base uma teoria política que melhor justifique as práticas da sociedade, naquelas situações em que haja conflito de princípios.

HEDONISMO: tendência a considerar que o prazer individual e imediato é a finalidade da vida. Tem a origem e o sentido de *doçura*. A atual cultura consumista cria necessidades artificiais que não têm limites ou restrições para ensinar um hedonismo insaciável incapaz de postergar a satisfação do prazer ou de planificar com sensatez o futuro em médio prazo.

INTERNET: é a grande rede mundial de computadores que se comunica através de um protocolo denominado TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol), disponibilizando informações e serviços a qualquer usuário que esteja a ela conectada através de uma estação de trabalho (computador, palm-top, notebook, celular, etc), sendo originalmente desenvolvida para o exército americano utilizá-la em caso de catástrofe ou guerra mundial. Hoje a Internet é usada, em grande parte, para a pesquisa acadêmica e a atividade comercial, sendo a principal das novas tecnologias de informação e comunicação (TICs). Contrariamente ao que se divulgam por aí, Internet não é sinônimo de *world wide web* (que utiliza hipermídia na formação básica), sendo este um dos muitos serviços oferecidos na

Internet. Conforme estatísticas referenciadas em março de 2007, a Internet é usada por 16,9% da população mundial, ou seja, aproximadamente 1,1 bilhão de pessoas.

INSTITUIÇÕES ARCAICAS: é uma das etapas do método reconstrutivo para se alcançar o Direito, onde o saber é realizado através da força das tradições que ligam a autoridade e o sagrado a um poder factual.

JURISDIÇÃO: é o poder atribuído ao Estado para fazer cumprir as leis e punir que as infringir, ou seja, é a função própria e exclusiva do Poder Judiciário de *dizer o direito*, que atua através do direito objetivo na composição dos conflitos de interesses. A compreensão do conceito de jurisdição está estreitamente ligada às concepções políticas e sociais da comunidade em determinado momento histórico.

JUSTIÇA: é um fim social, da mesma forma que a igualdade, a liberdade, a democracia ou o bem-estar. É uma noção ética fundamental e não determinada. É um conceito normativo. O termo justiça (do latim *iustitia*), diz respeito à igualdade de todos os cidadãos. É o princípio básico de um acordo que objetiva manter a ordem social através da preservação dos direitos em sua forma legal, através da constitucionalidade das leis ou na sua aplicação a casos específicos em um litígio.

LIBERDADE: a palavra liberdade tem uma notável conotação laudatória. Por esta razão, tem sido usada para acobertar qualquer tipo de ação, instituição ou política considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo, até a prosperidade econômica. Os escritos políticos raramente oferecem definições explícitas de liberdade em termos descritivos. O conceito de liberdade interpessoal ou social se refere às relações de interação entre pessoas ou grupos, ou seja, ao fato de que um ator deixa outro ator livre para agir de determinada maneira. Em filosofia, "liberdade" designa, de uma maneira *negativa*, a ausência de submissão, de servidão e de determinação, isto é, ela qualifica a independência do ser humano. De maneira *positiva*, liberdade é a autonomia e a espontaneidade de um sujeito racional, ou seja, ela qualifica e constitui a condição dos comportamentos humanos voluntários.

LIBERALISMO: é a doutrina ou corrente do pensamento político que defende a maximização da liberdade individual mediante o exercício dos direitos e da lei, defendendo uma sociedade caracterizada pela livre iniciativa integrada num contexto definido.

MODELO LIBERAL: fundamenta-se em figura de pensamento que busca as origens na filosofia da consciência e leva em consideração a não eliminação da distância entre sociedade e Estado, onde o todo é transferido para o conjunto de normas constitucionais que regulam as relações de interesse e poder entre os indivíduos.

MODELO REPUBLICANO: sedimenta-se na centralização do Estado que é interpretado como *um sujeito em grande formato* e tem a vantagem de ver a auto-organização da sociedade pela vida comunicativa e não apenas por negociações entre diversos interesses opostos, onde os discursos políticos são interpretados como estritamente éticos e então de modo por demais idealista, ficando na dependência da virtude de cidadãos voltados ao bem comum.

MODELO NATURAL: o modelo natural abriga uma posição filosófica que pode ser sintetizada como descrevendo uma realidade moral objetiva, pois não são criadas por homens ou sociedades, mas descobertas por eles.

MODELO CONSTRUTIVO: o modelo construtivo é aquele que trata as instituições da justiça como traços estabelecidos de uma teoria geral a ser construída, partindo do pressuposto da adequação dos juízos particulares que lhe servem de base para as atividades de um programa coerente de ação.

METAFÍSICA: o termo tem origem grega (*meta*, depois de, além de + *physis*, natureza ou físico) é o ramo da filosofia que estuda a essência do mundo. A saber, é o estudo do ser ou da realidade e tenta esclarecer as noções de como as pessoas entendem o mundo, incluindo a existência e a natureza do relacionamento entre objetos e suas propriedades, espaço, tempo, causalidade e possibilidade.

MUNDO DA VIDA: configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades dos indivíduos socializados.

NAZISMO: o termo tem origem alemã (*nationalsozialistische*) derivada de Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores alemães – NSDAP, e designa a política da ditadura que governou a Alemanha de 1933 a 1945, o Terceiro Reich. O nazismo é associado a uma prática

nacionalista e totalitária de socialismo, sendo antipcapitalista e antiliberal que levou Adolf Hitler ao poder enquanto líder do NSDAP.

NORMATIVISMO: Segundo os defensores da normatividade, os fenômenos mentais do tipo racionais não podem se explicados pelas leis naturais. Atualmente, o normativismo tem ganhado popularidade entre os filósofos. John McDowell defende, seguindo Wilfrid Sellars, a distinção entre o espaço lógico das razões, típico da racionalidade, e o espaço lógico das leis, típico da natureza.

ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA: significa solução de problemas relativos ao acesso da parte a um tribunal, onde a primeira onda é a garantia de assistência jurídica aos pobres, a segunda onda, a representação dos interesses difusos e a terceira onda, a modificação dos meios, das técnicas e das formas de atuação do direito para torná-lo mais efetivo, harmonizando todas as *ondas*.

PODER DISCRICIONÁRIO: o significado mais geral da palavra poder revela a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referido a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais. Segundo Dworkin, os positivistas buscaram a origem de poder discricionário na linguagem ordinária. Entretanto, utiliza-se de uma expressão metafórica para defini-lo como “o espaço vazio no centro de uma rosca” circundado por uma faixa de restrições. Em geral, a autoridade pode ter poder discricionário de um ponto de vista, mas não de outro.

POLÍTICA: O termo política é derivado do grego antigo (*politeía*), que indicava todos os procedimentos relativos à *pólis*, ou cidade-Estado. Por extensão, poderia significar tanto cidade-Estado quanto sociedade, comunidade, coletividade e outras definições referentes à vida urbana. Segundo Dworkin, política estabelece um objetivo a ser alcançado, sendo aquele tipo de padrão que, geralmente, tem por objetivo a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

POSITIVISMO: é o conjunto de doutrinas de Augusto Comte que atribuem à Constituição e ao processo da ciência positiva importância capital para o progresso do conhecimento. Através da reflexão filosófica racional, busca-se a *superção do positivismo jurídico* para se construir uma nova teoria dos direitos baseada na igualdade que seja diferente das teorias positivistas

contemporâneas e conduza à discussão e construção do argumento moral e dos direitos morais.

PRINCÍPIO: é um padrão que deve ser observado porque se trata de uma exigência de justiça ou equidade, inclusive buscando alguma outra dimensão da moralidade, independentemente de promoção de uma situação econômica, política ou social, considerada desejável. Os princípios não obtêm sua validade pela recondução a uma norma fundamental ou a uma norma de reconhecimento, mas é retirado da *praxis* do tribunal ou de um conjunto de regras e tem sua validade declarada no caso concreto e somente nesta instância poderá ter também o seu peso avaliado.

PRINCÍPIO JUDICIÁRIO DA INTEGRIDADE: É aquele que instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, diante da realidade social.

PROCESSO: a palavra processo tem origem latina, derivada de *proceder* (*pro* + *cedere* = *procedere*) e significa a ação de avançar, ir para frente. É o conjunto sequencial e peculiar de ações que objetivam atingir uma meta. Para o Direito, processo é um produto da cultura humana que se forma pela seqüência de atos interdependentes, a fim de solucionar uma lide, vinculando o juiz e as partes a vários direitos e obrigações.

PROCEDIMENTO: significa a maneira através da qual o processo segue sua ordem, ou seja, o modo de encadeamento dos atos do processo. É o ritual de elaboração do processo.

RAZÃO COMUNICATIVA: Habermas concebe a razão comunicativa e a ação comunicativa, ou seja, a comunicação livre, racional e crítica, como alternativa à razão instrumental e superação da razão iluminista, “*aprisionada*” pela lógica instrumental, que encobre a dominação. Assim pretende a recuperação do conteúdo emancipatório do projeto moderno.

RAZÃO ILUMINISTA: é autônoma e independente das verdades religiosas e das verdades inatas dos racionalistas, referindo-se a uma razão que se curva às evidências empíricas e matemáticas.

RAZÃO INSTRUMENTAL: é aquela que nasce quando o sujeito do conhecimento toma a decisão de que conhecer é dominar e controlar a natureza e os seres humanos. Este é um

conceito criado por Max Horkheimer no contexto de sua teoria crítica para designar o estado em que os processos racionais são plenamente operacionalizados.

RECONCILIAÇÃO DA HERMENÊUTICA E DO POSITIVISMO: existe uma realidade objetiva que as ferramentas das ciências naturais são bem preparadas para explorá-las. Segundo Habermas, a lógica das ciências naturais não é a mesma lógica que se aplica às ciências humanas, porque a sociedade e a cultura são domínios estruturados ao redor de símbolos. Os símbolos exigem interpretação. Qualquer metodologia que sistematicamente negligencia o esquema interpretativo pelo qual a ação social acontece, está destinada ao fracasso. Ele desenvolve uma hipótese de um terceiro nível de lógica: o de poder e dominação que serão entendidos usando a lógica da teoria crítica.

REGRAS: são normas válidas ou inválidas apenas pelo fato de estarem de acordo ou não com a norma de reconhecimento que Dworkin chama de *teste de pedigree*.

RETÓRICA: eloquência oratória. Conjunto de regras relativas à eloquência.

SISTEMA: Os mecanismos de regulação sistêmica são baseados no mundo da vida por meio da institucionalização jurídica dos mercados e das organizações burocráticas.

SOBERANIA POPULAR: em sentido lato, o conceito político-jurídico de soberania indica o poder de mando de última instância, numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra este poder supremo exclusivo e não derivado. O princípio da soberania popular está vinculado à idéia de liberdade, sendo concebida a partir da autodeterminação dos povos como participação na formulação das normas jurídicas e exercício do poder político.

SOFÍSTICA: tem origem no grego antigo e significa *sábio, instruído, fazer raciocínios capciosos*. Diante da filosofia, é um raciocínio válido, mas inconclusivo, pois é contrário às suas próprias leis. Chama-se sofista ou sofístico ao conjunto de pensadores, oradores e professores gregos do século V a.C.

SOCIEDADE SECULARIZADA: é uma das etapas utilizadas pelo método reconstutivo para se alcançar o Direito e atingir a integração social através do equilíbrio oriundo da tensão entre facticidade e validade que se busca na tradição. As alternativas possíveis deixam de ser canalizadas, gerando dificuldade e uma tendência ao dissenso. A impossibilidade de integração

social através de uma ordem sacra viabiliza a utilização do medo ou do fascínio para reger a sociedade.

TELEOLOGIA: é uma doutrina que estuda os fins últimos da sociedade, humanidade e natureza. Suas origens remontam há época de Aristóteles (384 – 322 a.C) com a sua noção de que as coisas servem a um propósito.

TEORIA DOS PRINCÍPIOS: idealizada por Ronald Dworkin, também conhecida como Teoria Liberal do Direito, elabora um conceito de direito partindo das deficiências encontradas na teoria de Hart sobre positivismo jurídico, baseada nos direitos individuais.

TEORIA DO DISCURSO: idealizada por Jürgen Habermas, é considerada em prol da integração social e, como consequência, da democracia e da cidadania, propondo o fim da arbitrariedade e da coerção nas questões que circundam a comunidade, garantindo uma maneira de haver uma participação mais ativa e igualitária de todos os cidadãos nos litígios que os envolvem, buscando a justiça. Visa possibilitar a resolução de conflitos vigentes na sociedade como a melhor solução que tem sua origem na participação e consentimento de todos os afetados pela lide.

TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA: entende que a linguagem pode ser justificada em quatro níveis de validade: o inteligível, o verdadeiro, os direitos sociais (e as normas) e a sinceridade do emissor. Assim, a comunicação não será distorcida.

TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO: pertence ao reino do inteligível, de modo não transcendental, através da prática comunicativa cotidiana, com a intenção catalisar a força idealizadora dos pressupostos pragmáticos dos atos da fala.

TEORIA CRÍTICA: é principalmente um modo de fazer filosofia que integra os aspectos normativos de reflexão filosófica com as realizações explicativas das ciências sociais, unindo teoria e prática. Ela tem suas raízes no pensamento platônico e se caracteriza pela pura contemplação desinteressada com a realidade, operando a partir de princípios gerais para se construir um saber racional que denuncie o irracional que existe na história e na sociedade, onde a verdade adota uma forma de adequação com as coisas e tem uma dimensão instrumental.

TEORIA ZETÉTICA: é um método usado para desvendar problemas por meio da argumentação. É através da utilização de técnicas adequadas valorizando o questionamento que se chega às respostas precisas, seguindo-se a linha do *problematizar para solucionar*.

TOPOI: O termo *topoi* tem origem latina e significa *tópico*, recurso externo, solução, remédio externo.

VIRTUDE DE INTEGRIDADE POLÍTICA: é o ideal político segundo o qual o Estado deve proceder em conformidade com um conjunto único e coerente de princípios.

12. ÍNDICE

- Absolutismo, 129, 148
- Agir Comunicativo, 86-87, 90-92, 96, 98, 112, 120, 124, 150, 161, 174
- Argumentos
 argumentos de política, 67
 argumentos de princípios, 67
- Argumento Teleológico, 15
- Alexy, 32, 56, 88
- Aristocratismo, 20
- Ação
 direito de ação, 21, 34, 37, 39, 49, 51, 142, 151
 teoria da ação, 46, 51, 93, 94, 159
- Autopoieses*, 65, 69, 88
- Autotutela, 43, 44, 151
- Autocomposição, 44
- Cognitio Extraordinem*, 38, 46
- Casos Difícies, 65, 66, 72, 73, 82, 84
- Common Law*, 16, 56, 66, 78, 109, 173
- Democracia
 democracia representativa, 16, 19, 158
 democracia antiga, 117
 democracia deliberativa, 107, 119, 120
- Deontologia, 105
- Dimensão de Adequação, 73
- Direito Romano, 31, 37, 38, 42, 44, 47, 52
- Dworkin, 16, 17, 19, 25, 31, 56-75, 81-84, 88, 103-107, 110, 115, 123, 173
- Efetividade, 15, 18-24, 27-29, 34, 51-54, 145, 151, 156, 163-167, 171
- Escola de Frankfurt, 86

Esfera Pública, 17, 25, 71, 87, 93, 98-101, 106, 159

Estado Democrático de Direito, 18, 20, 25-35, 52, 57, 86, 112, 136, 155, 158-161, 167

Ethos, 103, 124

Fisiologia, 113

Fundamentação, 40, 68, 73, 77-97, 100, 106, 119-127, 141, 153, 174

Função

função do direito, 94

função social do processo, 17-21, 27, 32, 55, 128, 146-154, 160, 169, 170, 175

função jurisdicional, 24, 36-41, 47, 163

função legislativa, 36,

função negativa, 20 58, 148, 149

função positiva, 25

função privada do processo, 151

função pública do processo, 152

Gênese Lógica dos Direitos, 101, 102, 127

Garantias

garantias constitucionais, 31, 35, 106, 175

garantias fundamentais, 19, 29, 136, 139, 143, 169

garantias processuais, 19, 142, 143, 167, 169

Habermas, 16, 19, 25, 31, 56, 86-130, 158-174

Internet, 93

Jurisdição, 15, 18, 22, 34-36, 39-46, 51-65, 99-102, 135, 140, 142, 151, 158, 171

Justiça, 20-23, 28-34, 45, 52, 62, 71, 77, 81, 100, 107-109, 120, 129, 130, 170

Kant, 95, 97, 110, 114, 117, 123-127, 166

Liberdade, 16, 21, 28, 54, 62, 77, 81, 89, 94-96, 101, 106, 114, 117, 121, 143, 157

Liberalismo

liberalismo tradicional, 59, 173

liberalismo individualista, 59

liberalismo radical, 59, 173

liberalismo progressista, 59, 173

liberalismo ortodoxo, 124

liberalismo político, 148

liberalismo econômico, 148

Legitimação, 20, 25, 54, 60, 64, 88, 98, 100, 124, 148

Luhmann, 17, 32, 56, 73, 88, 158

Modelo

 modelo natural, 78, 109

 modelo construtivo, 78, 109

Metafísica, 106, 113, 114, 122, 124, 125, 161, 174

Mundo da Vida, 25, 86, 88, 91-94, 98, 118, 126, 161

Nazismo, 113

Normativismo, 90, 122

Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça, 133

Ordo Iudiciorum Privatorum, 38, 44, 45, 51

Per formulas, 44, 45

Política, 23-27, 31, 59, 62, 71, 77, 84, 88, 102, 119-123, 129, 143, 148-151, 155, 173

Processo, 15, 19, 42-55

Procedimento, 20, 26, 30-32, 38

Princípio

 princípio do devido processo legal, 195

 princípio do direito de ação, 21, 39

 princípio da dignidade, 20, 56, 155

 princípio da inafastabilidade do controle judicial, 39, 131

 princípio judiciário da integridade, 72

 princípio da legalidade, 40

 princípio da liberdade de expressão, 56

 princípio da separação dos poderes, 58

Rawls, 32, 56, 57, 78, 107

Razão

 razão iluminista, 86, 109

 razão instrumental, 86, 166, 190

Sistema, 25, 65, 89, 95

Sofística, 113

Sociedade

- sociedade contemporânea, 20, 23, 173
- sociedade moderna, 23, 25, 29, 88, 94, 103, 174
- sociedade organizada, 15
- sociedade pós-moderna, 20
- sociedade pós-industrial, 30

Teoria

- teoria crítica, 93, 191
- teoria dos princípios, 16, 18, 31, 56, 60, 173, 176
- teoria do discurso, 16-18, 31, 86, 100, 103, 112, 127, 159, 162, 173, 176
- teoria filosófica, 107, 118
- teoria sociológica, 116, 120
- teoria da decisão judicial, 65, 74
- teoria zetética, 19

Tese da Única Resposta Correta, 82

Trilogia Estrutural, 34, 39

Topoi, 103