

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO – DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Pedro Manoel Abreu

**O PROCESSO JURISDICIONAL COMO UM *LOCUS* DA
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E DA CIDADANIA INCLUSIVA**

Florianópolis

2008

PEDRO MANOEL ABREU

**O PROCESSO JURISDICIONAL COMO UM *LOCUS* DA DEMOCRACIA DA
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E DA CIDADANIA INCLUSIVA**

Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Doutorado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Doutor em na área de concentração Direito, Estado e Sociedade.

Orientador: Professor Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues

Florianópolis

2008

Autor: **Pedro Manoel Abreu**

Título: **O Processo Jurisdicional como um *locus* da Democracia Participativa e da Cidadania Inclusiva**

Palavras chave: 1. Estado democrático de direito 2. Democracia. 3. Democracia moderna e contemporânea 4. Democracia participativa 5. Poder Judiciário 6. Poder Judiciário democrático 7. Processo jurisdicional 8. Processo como *locus* do exercício democrático 9. Cidadania. 10. Cidadania inclusiva.

Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade e aprovada com Distinção e Louvor, em sua versão final na forma prevista no Regimento no CPGD/UFSC.

Florianópolis, SC, 15 de dezembro de 2008.

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues-UFSC
Orientador

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer
Coordenador CPGD

PEDRO MANOEL ABREU

**O PROCESSO JURISDICIONAL COMO UM *LOCUS* DA DEMOCRACIA
PARTICIPATIVA E DA CIDADANIA INCLUSIVA**

Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Doutorado, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade.

Florianópolis, SC, 15 dezembro de 2008.

Orientador: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues, UFSC

Presidente: Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer, UFSC

Membro: Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto, UFSC

Membro: Prof. Dr. Orides Mezzaroba, UFSC

Membro: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy, CESUSC

Membro: Prof. Dr. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, UCS

*Uma justiça que se cumpra
Um direito que nos respeite
(Saramago)*

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
RESUMEN.....	10
1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O ESTADO DE DIREITO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	34
2.1 A liberdade como signo político da modernidade.....	37
2.2 O projeto político da modernidade e o surgimento do Estado Moderno.....	45
2.3 Evolução do Estado Moderno.....	54
2.4 O modelo liberal da divisão dos poderes.....	64
2.5 O Estado contemporâneo: do Estado constitucional ao Estado social.....	81
2.6 Visões conceituais: do Estado de direito ao Estado democrático de direito.....	97
2.7 As tensões do Estado contemporâneo.....	108
2.8 O Estado democrático de direito no Brasil.....	115
2.9 Concluindo o capítulo:.....	118
3 A DEMOCRACIA MODERNA E A DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA.....	126
3.1 O signo da igualdade material como desafio para a consolidação de uma democracia substantiva.....	128
3.2 Aspectos históricos e políticos da democracia e da república como formas de governo da Antiguidade clássica ao Estado moderno.....	139
3.3 Evolução conceitual e os novos desafios da democracia contemporânea frente à complexidade da sociedade globalizada.....	154
3.4 A democracia representativa e seus fundamentos históricos, políticos e filosóficos.....	167
3.4.1 A conquista da representação política e da atividade parlamentar na Inglaterra.....	170
3.4.2 A conquista da representação política nos Estados Unidos da América.....	174
3.4.3 O modelo representativo europeu após a Revolução Francesa.....	176
3.5 A crise do sistema representativo.....	189
3.6 A democracia participativa como fundamento de cidadania inclusiva.....	207
3.7 Concluindo o capítulo.....	218
4 NOVOS DESAFIOS DE UM PODER JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO FRENTE À COMPLEXIDADE DA VIDA CONTEMPORÂNEA.....	230
4.1 O signo da solidariedade ou da fraternidade como desafio da sociedade contemporânea.....	233
4.2 O Estado contemporâneo e a institucionalização do direito na vida social.....	241

4.3 A politização do Judiciário e a judicialização do político na sociedade contemporânea	251
4.4 A representação funcional do Judiciário, peculiar numa sociedade marcada por déficit de democracia, e a representação argumentativa das Cortes Constitucionais	262
4.5 A fórmula do <i>judicial review legislation</i> americano e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade	274
4.6 O significado da interpretação e o papel dos juízes na criação do direito	284
4.7 Desafios da democratização do Poder Judiciário e sua crise de legitimidade numa sociedade em transformação	290
4.8 A cidadania como fundamento político para o exercício democrático do Judiciário....	297
4.8.1 Da exclusão social como entrave para a consolidação de uma cidadania inclusiva	303
4.9 Do acesso à justiça como condição de um Judiciário democrático e cidadão	308
4.9.1 Visões conceituais de acesso à justiça	311
4.9.2 Breve esboço histórico dos movimentos de acesso à justiça	318
4.9.3 O acesso à justiça e os novos conflitos na sociedade contemporânea	323
4.10 Concluindo o capítulo	326
5 O PROCESSO JURISDICIONAL COMO UM <i>LOCUS</i> DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E DE CIDADANIA INCLUSIVA	338
5.1 O desafio de uma justiça cidadã como perspectiva de uma cidadania inclusiva	341
5.2 O processo jurisdicional como estratégia de poder do Estado	350
5.3 O <i>status activus processualis</i> como fundamento para uma cidadania inclusiva e ampliação do círculo de intérpretes para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta	365
5.4 Limites e possibilidades da constituição da ciência do Direito na perspectiva da tradição do Direito Processual e sua pretensão epistemológica de verdade	377
5.5 O novo direito processual civil imantado pelo constitucionalismo contemporâneo e a desconstrução da tradição científico-racional do processo	388
5.6 A (re)definição do conceito de jurisdição e a tarefa de julgar vista como efetivação social integradora da ordem jurídica, através de um discurso de adequação	405
5.7 O processo jurisdicional como expressão dialética de democracia participativa	417
5.8 O processo jurisdicional como <i>locus</i> do exercício democrático	430
5.9 Concluindo o capítulo	440
6 CONCLUSÃO	458
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	511

RESUMO

A tese em apreço, *O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva*, formula a proposição de que o processo é um microcosmo da democracia, dentro do concerto político em que se apresenta o Estado democrático de direito na sociedade contemporânea. Concomitantemente, trabalha com um conceito expandido de *cidadania inclusiva*, para situar, no plano individual e coletivo, um novo *status* processual de atuação da sociedade civil na consecução do catálogo de direitos proclamados e ainda não efetivados na Constituição. Nessa perspectiva, a idéia central é a democracia, que se irradia como força expansiva e como valor, no plano macro, na configuração do Estado democrático de direito, na conformação do Estado contemporâneo e na redefinição do Poder Judiciário democrático, atuando este como verdadeira agência receptícia e construtora da cidadania, frente à complexidade da vida e dos novos direitos emergentes da sociedade complexa em que vivemos. O Judiciário, concebido autonomamente, numa visão liberal de divisão de funções, fundante do Estado moderno, assume agora novos desafios, transformando-se radicalmente, ao passar a ter um crescente envolvimento com a questão social, tendo papel destacado na agenda pública e na sociabilidade. Deixou de ser um poder periférico, encapsulado em si mesmo, inacessível, distante da agenda pública e dos atores sociais, para converter-se, agora, numa instituição fundamental à democracia brasileira. De outro lado, o processo jurisdicional se habilita, num plano micro, como um *locus* da democracia e instrumento de democracia participativa e de garantia da cidadania, consolidando os escopos do Estado democrático de direito. Sob o prisma político-filosófico, por outro lado, transparece que a humanidade realiza, cíclica e historicamente, o processo de desenvolvimento do Estado liberal na construção do projeto da Modernidade, através de signos, que representam, no plano ideológico, a consolidação progressiva e ascendente do ideário político da Revolução Francesa – os signos da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Essa idéia é operacionalizada na pesquisa, destacando-se esses valores que consolidam no Estado de direito a liberdade, na democracia a igualdade, e que projetam a utopia da solidariedade como desafio da construção de uma sociedade fraterna, em nível universal, valor abordado como norte para um judiciário democrático. Por último, destaca-se a denominada *justiça cidadã*, como perspectiva de um processo como expressão da democracia e da cidadania. No plano metodológico, a pesquisa faz um périplo sobre os diversos aspectos fundantes do Estado democrático de direito, da democracia, do Judiciário e do processo, e os signos políticos da modernidade, numa leitura interdisciplinar, enlaçando a história, a teoria política, a filosofia e a ciência jurídica. Enfim, é esse o universo da pesquisa, que tem a ousadia de vislumbrar no processo e na jurisdição a concretização da democracia e da cidadania, princípios fundamentais do Estado democrático de direito da República Federativa do Brasil.

ABSTRACT

The present thesis, *The judicial process as a locus to participative democracy and inclusive citizenship*, proposes an approach to judicial process as a microcosm of democracy, in face of the position occupied by democratic states in contemporary political environment. Concomitantly, it works with an expanded concept of inclusive citizenship, situating, individual and collective spheres considered, a new procedural role and *status* to civil society in providing effectiveness to the bill of rights proclaimed by the Constitution but yet to be accomplished. From such a perspective, democracy is the central idea, irradiating as an expansive force and as a value, in a macro analysis, in Democratic State configuration, in the establishment of contemporary State. It also redefines the Judiciary as playing a fundamental role in democracy, receiving and processing social demands and reinforcing citizenship, as it faces the complexity of life in society and its emerging rights. By this approach, the Judiciary, conceived under liberal influence as an autonomous power, one of the separated powers of the Modern State, assumes new challenges and responsibilities. By this radical transformation, the Judiciary moves toward a larger involvement in social issues, and assumes a distinguished role in the public agenda and in social life. It leaves behind a past of marginal, inaccessible power, of alienation from social agenda and social actors, to become a fundamental institution for Brazilian democracy. From another angle, judicial process, from a micro perspective, becomes a *locus* to democracy and a means to participative democracy and to citizenship protection, consolidating the Democratic State scope. From a philosophic-political viewpoint, however, humanity appears to cyclically and historically provide the development of the liberal State in the construction of Modernity, through the use of different signs, that represent, ideologically, the progressive consolidation of the ideals of the French Revolution - Liberty, Equality and Fraternity. This concept is considered in the present research, underlining liberty as a value incorporated by the Liberal State, equality as a central value to Democratic State, and solidarity as an utopia, the challenge of building a fraternal and universal society, which is a guideline to a democratic Judiciary. At the end, the thesis emphasizes the so called "*justiça cidadã*" (inclusive justice), as the perspective of judicial process as an expression of democracy and citizenship. Methodologically, the research circumnavigates the many aspects of the fundamentals of Democratic State, of democracy, of Judiciary and of litigation, as well as the political signs of modernity, in a interdisciplinary approach, involving history, political theory, philosophy and juridical science. Such is the universe in which the present work is situated, boldly aiming to discern in jurisdiction the materialization of democracy and citizenship, fundamental principles of the Democratic State of the Brazilian Republic.

RESUMEN

La presente tesis, *El proceso jurisdiccional como un locus de la democracia participativa y de la ciudadanía inclusiva*, formula la proposición de que el proceso es un microcosmo de la democracia, dentro del concierto político en que se presenta el Estado democrático de derecho en la sociedad contemporánea. Concomitantemente, trabaja con un concepto extendido de *ciudadanía inclusiva*, para situar, en el plan individual y colectivo, un nuevo *status* procesal de actuación de la sociedad civil en la consecución del catálogo de derechos proclamados y aún no efectivados en la Constitución. Bajo esa perspectiva, la idea central es la democracia, que se irradia como fuerza expansiva y como valor, en el plan macro, en la configuración del Estado democrático de derecho, en la conformación del Estado contemporáneo, y en la redefinición del Poder Judicial democrático, actuando este como verdadera agencia receptiva y constructora de la ciudadanía, frente a la complejidad de la vida y de los nuevos derechos emergentes de la sociedad compleja en que vivimos. El Judicial, concebido autónomamente, en una visión liberal de división de funciones, fundante del Estado moderno, asume ahora nuevos desafíos, transformándose radicalmente, al pasar a tener un creciente involucramiento con la cuestión social, teniendo papel destacado en la agenda pública y en la sociabilidad. Ha dejado de ser un poder periférico, encapsulado en si mismo, inaccesible, distante de la agenda pública y de los actores sociales, para convertirse, ahora, en una institución fundamental para la democracia brasilera. Por otra parte, el proceso jurisdiccional se habilita, en un plan micro, como un *locus* de la democracia y en un instrumento de democracia participativa y de garantía de la ciudadanía, consolidando los escopos del Estado democrático de derecho. Bajo el prisma político-filosófico, por otro lado, transparece que la humanidad realiza, cíclica e históricamente, el proceso de desarrollo del Estado liberal en la construcción del proyecto de la Modernidad, a través de signos, que representan, en el plan ideológico, la consolidación progresiva y ascendente del ideario político de la Revolución Francesa – los signos de libertad, igualdad y fraternidad. Esa idea está operacionalizada en la investigación, destacándose esos valores que consolidan en el Estado de derecho la libertad, en la democracia la igualdad y que proyectan la utopía de la solidaridad como desafío de la construcción de una sociedad fraterna, a nivel universal, valor abordado como norte para un judicial democrático. Por último, se destaca la denominada *justicia ciudadana*, como perspectiva de un proceso como expresión de la democracia y de la ciudadanía. En el plan metodológico, la investigación hace un periplo sobre los diversos aspectos fundantes del Estado democrático de derecho, de la democracia, del Judicial y del proceso, y los signos políticos de la modernidad, en una lectura interdisciplinar, enlazando la historia, la teoría política, la filosofía y la ciencia jurídica. Por fin, es ese el universo de la investigación, que tiene la osadía de vislumbrar en el proceso y en la jurisdicción la concretización de la democracia y de la ciudadanía, principios fundamentales del Estado democrático de derecho de la República Federativa de Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O autor teve ensejo de pesquisar, no programa de mestrado, os juizados especiais cíveis num contexto histórico, político, jurídico e social, fazendo uma leitura desse instrumento instigante de justiça popular no Brasil, inteiramente afinado com o movimento universal da democratização do acesso à justiça.

O tema, sob o ponto de vista teórico, foi desenvolvido numa perspectiva de democracia participativa, de pluralismo jurídico e de cidadania, operacionalizando o conceito cappellettiano de justiça coexistencial.

Comprovou-se, naquele trabalho, que o surgimento dos juizados de pequenas causas no Brasil coincidiu com a retomada da democracia no país, quando a sociedade brasileira passou a cobrar do Judiciário certo protagonismo político no processo de consolidação do regime democrático.

A proposta, na presente tese, é aprofundar essa leitura, ampliando o leque da pesquisa para o universo do processo jurisdicional, de um modo geral, trabalhando o conceito referido por Cândido Dinamarco de que o processo é o microcosmo da democracia, ou seja, um *locus* para o exercício democrático.

Concomitantemente, trabalha-se com um conceito expandido de cidadania inclusiva, para situar, no plano individual e coletivo, um novo *status activus processualis* de atuação da sociedade civil na consecução do catálogo de direitos proclamados e ainda não efetivados na Constituição.

A idéia central é a democracia, que se irradia como força expansiva e como valor, no plano macro, na configuração do Estado democrático de direito, na conformação do Estado contemporâneo, na redefinição do Poder Judiciário democrático, atuando este como verdadeira agência receptícia e construtora da cidadania, frente à complexidade da vida e dos novos direitos emergentes da sociedade em que vivemos.

O Judiciário, concebido autonomamente, numa visão liberal de divisão de funções, fundante do Estado moderno, assume agora novos desafios,

transformando-se radicalmente, ao passar a ter um crescente envolvimento com a questão social, tendo papel destacado na agenda pública e na sociabilidade. Deixou de ser um poder periférico, encapsulado em si mesmo, inacessível, distante do debate político e dos atores sociais, para converter-se numa instituição central à democracia brasileira.

De outro lado, o processo jurisdicional se habilita, num plano micro, como um *locus* da democracia e em instrumento de democracia participativa e de garantia da cidadania, consolidando os escopos do Estado democrático de direito.

Sob o prisma político-filosófico, por outro lado, transparece que a humanidade realiza, cíclica e historicamente, o processo de desenvolvimento do Estado liberal na construção do projeto da Modernidade, através de signos, que representam, no plano ideológico, a consolidação ascendente do ideário político da Revolução Francesa – os signos da *liberdade*, da *igualdade* e da *fraternidade*.

Essa idéia é operacionalizada na pesquisa, destacando-se esses valores que consolidam no Estado de direito a liberdade, na democracia a igualdade, e que projetam a utopia da solidariedade como desafio da construção de uma sociedade fraterna, em nível universal.

Originariamente o processo caracterizou-se como mero instrumento de poder político, uma mera praxe, disciplinando tanto quanto possível de modo racional o agir arbitrário do governante autocrático, absoluto, nada significando para o indivíduo, para o governado (súdito), destituído de direitos públicos subjetivos.¹

Subseqüentemente, na democracia liberal, revestiu-se de caráter constitucional, impondo limites ao agir do Estado e definindo-se uma área de liberdades e de direitos tutelados contra o arbítrio (direitos subjetivos). O processo transformou-se então, na hipótese de violação, em instrumento do cidadão e de todo sujeito de direito, tanto contra o poder público como contra os particulares. Deixou de ser mera praxe, tornando-se o exercício de um direito público subjetivo à atividade do

¹ PASSOS, J.J. Calmon de. Democracia, Participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 94.

Estado-juiz.²

Nesse quadrante estar-se-ia caminhando para o processo como instrumento político de participação, porquanto a democratização do Estado o teria alçado à condição de garantia constitucional, enquanto a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política.³

Nessa ótica, assinala Calmon de Passos que não se trata de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, mas de fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre, agora, proteger o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos “o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade”. Despe-se o processo, assim, de sua condição de meio para efetivação de direitos já formulados e converte-se em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo.⁴

O processo, com essa feição, transforma-se num problema de ordem política, que não encontra equacionamento na dogmática jurídica, desafiando os processualistas, instados a recuperar para os juristas a condição de cientistas políticos, “sob pena de fazerem um discurso sem ouvintes e exercitarem uma ciência sem objeto”.⁵ E esse processo novo, insurgente, na leitura de Calmon de Passos, estaria assentado basicamente nos seguintes princípios:

- a) superação do mito da neutralidade do juiz e do apoliticismo, instituindo-se uma magistratura socialmente comprometida e controlada, mediadora e confiável tanto para a solução dos conflitos individuais como dos conflitos sociais, que gere as soluções normativas de compromisso e conciliação dos contrários;
- b) suplantação da inteligência do processo como garantia de direitos individuais, transformando-o em instrumento político de participação na dicção do direito “pelos corpos intermediários e de provocação da atuação dos agentes públicos e privados no

² Idem, *ibidem*, p. 94.

³ Idem, *ibidem*, p. 95.

⁴ Idem, *ibidem*, p. 95.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 95.

tocante aos interesses coletivos ou transindividuais por cuja satisfação foram responsáveis”; e

c) superação do mito da separação dos poderes e da efetivação do controle do poder pelo sistema de freios e contrapesos, instituindo-se controles sociais sobre o exercício do poder político e do poder econômico, “servindo o processo como instrumento de atuação desses controles nas situações que forem constitucional e legalmente definidas”.⁶

Nesse passo, um dos mais importantes princípios gerais do processo jurisdicional é o princípio do contraditório, hoje expressão essencial do próprio acesso à justiça e, sobretudo, atividade dialética na produção das alegações e das provas de conteúdo eminentemente participativo, que permite uma releitura de conceitos como o de processo, procedimento e jurisdição.

O denominado contraditório participativo, instaurado principalmente na segunda metade do século XX, não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor dos seus interesses, como em verdade impõe ao juiz o dever de abdicar a postura meramente burocrática e receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, de dupla via, tecendo juntos a solução da causa.⁷ Nessa linha de entendimento, para Picardi⁸ o contraditório deixou de ser mero instrumento de luta das partes para transformar-se num instrumento operacional do juiz e em pressuposto do próprio julgamento.

Essa mudança qualitativa é percebida agudamente por Fazzalari ao destacar que a noção de processo, diversa do procedimento moldado pelos administrativistas, está ligada à participação dos interessados no *iter* procedimental, desde a fase preparatória do provimento até ao modo dialético de tal participação, porquanto o contraditório é o dizer e o contradizer, em simétrica paridade.⁹

⁶ Idem, *ibidem*, p. 95-96.

⁷ GRECO, Leonardo. Contraditório, o princípio. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006, p. 155.

⁸ Ver, a propósito do tema, PICARDI, Nicola. “Il principio del contraddittorio”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, ano LIII, 1998.

⁹ GRECO, Leonardo. *Ibidem*, p. 155. Ver: FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 781 p.

Dentro dessa perspectiva de contraditório participativo, para doutrina mais atualizada, com destaque para Fazzallari, Marinoni, Aroldo Plínio Gonçalves e Marcelo Cattoni, o direito à prova é o resultado da necessidade de se garantir à parte a adequada participação no processo, sendo o seu objetivo não a defesa em sentido negativo, mas a efetiva influência no procedimento jurisdicional.

O contraditório do nosso tempo, em suma, é a projeção no processo do primado da dignidade humana, a impor o poder de as partes influírem concretamente e não apenas formalmente nas decisões judiciais, estabelecendo-se uma forma dialógica de entendimento entre os sujeitos principais do processo.

Para Greco, o contraditório se reveste, nesse panorama, do mais elevado significado como princípio basilar do próprio Estado de Direito, porque a democracia do nosso tempo é essencialmente participativa, por isso que a todos os indivíduos, nos limites dos seus interesses, é assegurado o direito de participação na formação da vontade estatal. Essa participação, nesse diapasão, é um dos elementos fundamentais de legitimação democrática do poder conferido aos juízes.¹⁰

Baptista da Silva, quando acena para as diretrizes políticas a serem seguidas, no plano jurídico, para o estabelecimento do Estado democrático, interpreta que a reforma deva orientar-se fundamentalmente para o horizonte da *participação política*, cada vez mais efetiva e abrangente.¹¹ Conclui que a democracia verdadeira só poderá ser a que privilegia e estimula a *participação*, de forma tão intensa e constante quanto possível, comparada a um mecanismo extremamente delicado, cujo funcionamento não é automático, estando a exigir operadores treinados e competentes.¹²

Dinamarco¹³ sublinha que o processualista moderno adquiriu a consciência de que o processo é instrumento a serviço da ordem constitucional, a refletir as bases do regime democrático, nela proclamados. O processo, nesse enfoque,

¹⁰ GRECO, Leonardo. *Ibidem*, p. 159.

¹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Cândido Rangel Dinamarco; Kazuo Watanabe (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 109.

¹² SILVA, Ovídio Baptista da. *Op. cit.*, p. 113.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25.

pode ser entendido como “o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações de liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”.¹⁴

O processo jurisdicional se habilita, assim, como um *locus* da democracia, ou seja, um *locus* para o exercício democrático e instrumento especialmente de democracia participativa e de garantia da cidadania, consolidando os escopos do Estado democrático de direito.¹⁵

A Constituição de 1988 definiu uma ampla e compreensiva declaração de direitos fundamentais, criando ao mesmo tempo instrumentos institucionais para que tais direitos encontrassem efetividade no plano fático. A descoberta do caminho constitucional para demarcar mudanças substantivas na sociedade brasileira tornou-se um embrião de uma verdadeira mutação institucional na relação entre os três Poderes e na sociedade com o Poder Judiciário. Na aurora da democratização do país a edição da lei que dispôs sobre a ação civil pública, em 1985, já descortinara amplas possibilidades para que o direito, suas instituições e procedimentos viessem a se tornar instrumentos de animação da vida republicana.¹⁶

O novo ordenamento jurídico visava, de fato, segundo Werneck Vianna, mobilizar a cidadania para a participação em defesa dos seus direitos e implicava uma velada descrença quanto às instituições da democracia representativa no sentido de que pudessem animar a vida republicana.¹⁷

A chamada revolução processual do Direito surgiu nos anos sessenta, no contexto dos movimentos por direitos civis e dos conflitos sociais nos Estados Unidos da América, com a reforma de 1966 da *Federal Rules of Civil Procedure* (1938),

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 25.

¹⁵ Sobre o tema ver: ABREU, Pedro Manoel. “O processo jurisdicional como um *locus* da democracia, pelo viés da participação”. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Direito e Processo**: Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 781-790.

¹⁶ WATANABE, Kazuo. “Prefácio”, in MILARÉ, Edis. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

¹⁷ VIANNA, Luiz Werneck. “O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação”. In: **Boletim Cedex**. Debate com Renato Lessa: “Os 20 Anos da Constituição da República de 1988” [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por pmabreu@brturbo.com.br em 16.dez.2008.

institucionalizando as *class actions* como instrumento de tutela dos direitos coletivos. A idéia foi recepcionada por teóricos italianos, dentre os quais Mauro Cappelletti, encontrando eco no Brasil, que foi o responsável pela implantação pioneira, dentre os países de *civil law*, da *class action* com a designação de ação civil pública. Tal ação abriu espaço para que os direitos coletivos ganhassem legitimidade junto ao Judiciário. Os cidadãos se defendendo de ações do Estado ou de empresas, criaram uma nova arena de participação, cujo território, apesar de externo à arena clássica da democracia representativa, nasceu com a vocação de intervir em matéria de políticas públicas. Nessa perspectiva passou-se a reclamar a admissão de papéis políticos a serem cumpridos pelo sistema da Justiça, reconhecido como um novo *locus* para a participação na vida pública, facilitando, de outro lado, o acesso a ele por parte dos cidadãos.¹⁸

O movimento de idéias que germinaram na elaboração da ação civil pública amplificou na ambiência da Constituinte, a sua influência. A democratização da Europa ibérica, com a promulgação das Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978, principalmente a primeira, repercutem largamente nos círculos da *intelligentzia* especializada da doutrina constitucional. O caminho democrático já se afirmara nos países europeus após a vitória sobre o nazi-fascismo, especialmente na Alemanha, França e Itália, sob a influência da Declaração dos Direitos do Homem, de 1948. Nessa arquitetura, limita-se o poder soberano e das maiorias, inscrevendo-se os princípios e direitos fundamentais proclamados pelas Cartas Constitucionais. Os atos legislativos do poder político tornam-se passíveis de escrutínio, em nome da defesa dos direitos fundamentais, por uma corte constitucional, dotada de capacidade para declará-los, quando provocada. Assim, o *judicial review*, experiência americana, se generaliza no Ocidente europeu, aproximando o Judiciário e o poder político, quebrando uma tradição hegemônica do positivismo jurídico de afastamento. De poder isolado em sua autonomia institucional, o Judiciário passa, então, a ser incorporado como novo ator na expressão da vontade soberana.¹⁹

Na sociedade brasileira, “um caso de capitalismo retardatário e de

¹⁸ Idem, ibidem, p. 3,4 e 5.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 5 e 6.

democracia incipiente”, consoante Werneck Vianna, “a presença expansiva do direito e de suas instituições, mais do que indicativa de um ambiente social marcado pela desregulação e pela anomia, é a expressão do avanço da agenda igualitária em um contexto que, tradicionalmente, não conheceu as instituições da liberdade”.²⁰

O regime militar, além de trazer o aporte de uma nova onda expansiva do capitalismo nacional, produziu igualmente, “do ponto de vista da sociabilidade e da vertebração associativa, uma verdadeira lesão no tecido social, aprofundando a atitude de indiferença política da população, e dificultando, pela perversão individualista, a passagem do indivíduo ao cidadão”.²¹ Na década de 80 chegou-se à democracia política, por essa razão, sem cultura cívica, “sem vida associativa enraizada, sem partidos de massa e, mais grave ainda, sem normas e instituições confiáveis para a garantia da reprodução de um sistema democrático”.²²

Nessa contingência, com a democracia política e o Estado de Direito consolidados, “o direito, seus procedimentos e instituições passam a ser mobilizados em favor da agregação e da solidarização social, como campo de exercício de uma pedagogia para o civismo”.²³

A expansão do direito e do Poder Judiciário, em uma sociedade que jamais conheceu, de fato, a liberdade, se reveste, portanto, de uma dupla inspiração. De um lado, nasce, como em outros contextos nacionais contemporâneos, da ocupação de um vazio deixado pela crise das ideologias, da família, do Estado e do sistema da representação; de outro, reitera uma prática com raízes profundas na história brasileira, em que o direito, como instrumento de ação de uma *intelligentia* jurídica, se põe a serviço da construção da cidadania e da animação da vida republicana.²⁴

Carvalho acentua que um dos raros esforços, no país, para tornar acessível a justiça aos carentes foi a criação do Juizado de Pequenas Causas. Por isso mesmo acredita que a disseminação desses juizados pelas periferias das grandes

²⁰ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.150.

²¹ Idem, *ibidem*, p.150.

²² Idem, *ibidem*, p.153.

²³ Idem, *ibidem*, p. 153.

²⁴ Idem *ibidem*, p.153.

idades e pelo campo poderia ter um efeito revolucionário, porque pela primeira vez na nossa história os pobres teriam acesso à justiça. O simples fato desse acesso limitar-se às pequenas causas ainda assim sinalizaria na perspectiva de que a justiça é para todos e que o cidadão tem direito à sua proteção.²⁵

Desde a década de 90, a processualística convencional tem merecido severas críticas por sua manifesta incapacidade de incorporar os novos atores e conflitos emergentes das transformações estruturais do país. O advento da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, é ilustrativo da ênfase dada à questão do acesso à justiça democratizado e da possibilidade de expandir-se a capacidade da jurisdição de intervir institucionalmente no plano da sociabilidade.²⁶

Nessa tessitura, o Judiciário fica exposto à questão social na sua forma mais bruta ao se defrontar com os fatos mais angustiantes da vida real, onde são atores a expressiva maioria da população carente, tomando conhecimento dos dramas do seu cotidiano, dos seus clamores e de suas expectativas de justiça. Os juízes desses Juizados, por isso mesmo, ainda que não tendo a compreensão dessas circunstâncias e dessas atribuições, passam a atuar como “engenheiros” potenciais da organização social, dependendo dos nexos que lograrem estabelecer com outras agências da sociedade civil e da sua própria capacidade como gestores institucionais. Nesse horizonte, os Juizados são o reduto da “invenção” social e institucional do magistrado.²⁷

O protagonismo do Judiciário, nesse quadrante da vida nacional, ainda que não desejado por ele como instância de poder, é outro efeito inesperado da transição política do país para a democracia, num quadro mais amplo, em nível mundial, de reestruturação das relações do Estado e da sociedade, em razão das grandes transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo.²⁸

²⁵ CARVALHO, José Murilo de. **A construção da Cidadania no Brasil**. México : Fundo de Cultura Econômica, 1993, p.220-221.

²⁶ VIANNA, Luiz Werneck et al. *Ibidem*, p. 155.

²⁷ *Idem*, *ibidem*, p.155.

²⁸ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro:

Mesmo não estivesse o Judiciário preparado para esse protagonismo institucional, e isso pudesse significar fator de crise, a erosão do padrão normativista, tradicional ao juiz brasileiro, tem aberto espaço para a inovação institucional no exercício da jurisdição.²⁹

A Carta Política de 1988 redefiniu as relações entre os Três Poderes, dando eficácia ao sistema do *judicial review*, especialmente quando admitiu personagens institucionais da sociedade civil com direito à participação no controle de constitucionalidade das leis. A par disso, para mitigar o déficit de democracia, constitucionalizou novos institutos garantidores de direitos dos indivíduos e grupos diante do Estado e do mercado, como os da ação popular e da ação civil pública, possibilitando a criação do direito a partir de sua abertura processual às demandas sociais. Redefiniu as funções do Ministério Público, incumbindo-lhe, agora, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em torno do direito, construiu-se esse novo lugar da esfera pública, mobilizando formas e mecanismos da representação funcional, envolvendo o Poder Judiciário, o Ministério Público, o sindicalismo, as ONGs e a vida associativa em geral, sem a pretensão de concorrer com o sistema de representação política.³⁰

O descrédito da representação política decorrente da hegemonia neoliberal trará consigo a emergência da representação funcional. O vazio do Estado do bem-estar será preenchido pelas instituições da Justiça, muro de lamentações da cena contemporânea, na metáfora de Garapon. Os indivíduos desprotegidos, sem conhecer canais visíveis no sistema político a que possam ter de recorrer para suas demandas, acodem ao juiz. De forma incomum, a questão do acesso à Justiça se torna obrigatória na agenda política. O Judiciário investe-se de uma capilaridade sem paralelo na história ocidental, robustecido por uma legislação que jurisdiciona quase todos os aspectos da vida social – “da família à escola, da cidade ao meio ambiente, e num contexto de partidos e sindicatos debilitados e de um Estado que procura se

Revan, 1997. p.12.

²⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**, p.13.

³⁰ VIANNA, Luiz Werneck. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.11-12.

desonerar de obrigações sociais”.³¹

Aqui a representação funcional, longe de ser invasão deletéria no papel do soberano por parte do ativismo judicial, constitui-se numa afirmação do Poder Judiciário operada com a intervenção do Legislativo, dotando a sociedade de novos instrumentos de defesa e de aquisição de direitos, conformando-se em mais uma arena para a democracia brasileira.³²

É justamente pela via da participação político-jurídica, segundo Gisele Cittadino, traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa. Essa *abertura constitucional* permitiria que cidadãos, partidos políticos, associações, entre outros, integrassem o círculo de intérpretes, democratizando o processo interpretativo e concretizando a própria Constituição, especialmente garantindo a efetividade do sistema de direitos nela assegurados. E para viabilizar essa participação jurídico-política é criada pelo próprio ordenamento constitucional uma série de instrumentos processuais-procedimentais objetivando garantir a efetividade dos direitos fundamentais.³³

A pesquisa versa, portanto, sobre o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva, tema que será abordado em quatro capítulos – no primeiro, versando sobre o Estado de direito e o Estado democrático de direito. No segundo, sobre a democracia moderna e contemporânea. No terceiro, sobre os novos desafios de um Poder Judiciário democrático frente à complexidade da vida contemporânea. No quarto capítulo, sobre o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva.

A conquista do Estado democrático de direito representa uma verdadeira saga na história da civilização ocidental, nascida sob o signo da liberdade, através de lutas revolucionárias burguesas e consolidada politicamente e juridicamente com o

³¹ VIANNA, Luiz Werneck. “O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação”. *Ibidem*, p. 7.

³² *Idem*, *ibidem*, p. 11-12.

³³ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Op. cit. 31-32.

surgimento do Estado Constitucional e o ressurgimento da democracia, e especialmente da democracia representativa, como um modelo liberal de regime de governo, que consolida o sonho utópico da igualdade.

Do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções – a da liberdade e a da igualdade – seguidas de mais duas, que se desenvolvem durante as últimas décadas – a revolução da fraternidade, tendo por objeto o Homem concreto, ambivalência planetária, o sistema ecológico, a pátria-universo; e a revolução do Estado social, em seu estágio mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade.

Com o ciclo das revoluções e o pensamento político e filosófico liberal nasce o Estado Constitucional, consolidando as liberdades negativas, a separação dos poderes e um período assinalado pelo individualismo e por uma visão de Estado liberal estruturada sob o signo da igualdade formal.

A eclosão da Revolução Industrial, a ordenação da sociedade civil e a emergência dos direitos sociais demarcam no plano histórico e político a passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo ou Social. O surgimento das constituições dirigentes, já na primeira quadra do século XX, delimita um novo marco – a construção da democracia substancial e o desafio da consolidação do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais, já sob o signo da fraternidade.

A conciliação entre igualdade e liberdade, entre democracia e liberalismo, especialmente de uma democracia substancial fundada nos direitos fundamentais e sociais, são o caminho prospectivo de uma era de fraternidade e de solidariedade como valores civilizatórios.

O conceito de liberdade, no século XVII, monopolizou os debates teóricos sobre a formação do Estado, sua legitimidade e função. Estabeleceu-se a distinção entre *liberdade natural* e *liberdade civil*. Predominou, nesse espaço reflexivo, a visão de que o homem nasce livre. Entretanto, para que essa liberdade individual não gerasse a destruição recíproca dos indivíduos, incumbiria ao Estado a missão de ordenar a sociedade e garantir o exercício legítimo da liberdade civil. Esse princípio inspirou a teoria do contrato social, bem como serviu de fundamento para as

concepções seiscentistas de Estado. Nesse patamar, a liberdade afigurava-se como *propriedade* – como um objeto, que podia ser obtido, delimitado, trocado. Propunha-se o sacrifício da liberdade sob o primado da coação. O modelo liberal de Estado foi concebido para proteger a propriedade e a liberdade individuais. A acepção de liberdade desenvolvida nesse período histórico estimulava a idéia do devido processo legal. É significativo o surgimento do *habeas corpus* na Inglaterra, bem uma noção incipiente de *liberdades políticas* – de reunião, de assembléia, de expressão etc.

No século XVIII aconteceram profundas transformações político-sociais, mudando definitivamente a trajetória histórica das sociedades ocidentais modernas. A ascensão da burguesia e de seus valores abalou significativamente todas as instâncias e tradições. A idéia de liberdade, nesse processo, teve feição revolucionária, inspirando reivindicações e lutas por uma nova sociedade. O *Iluminismo*, como movimento filosófico, artístico e político, preconizou a garantia das liberdades e dos direitos dos cidadãos. Combateu o autoritarismo estatal e difundiu o sentimento de libertação humana orientada pelos ditames da razão e da reflexão filosófica. Nessa perspectiva, sobressai a defesa do ordenamento jurídico como condição para a coexistência das *liberdades externas*. As concepções iluministas de liberdade, de outro vértice, de modo geral sinalizavam para três perspectivas: para a *autonomia* do indivíduo frente ao Estado absolutista e para os excessos da Igreja e da religião; para a *autonomia* da razão em face das superstições; e também para a condição para o *progresso* contínuo e racional da humanidade.

Os chamados *direitos naturais* concretizaram, em várias categorias, os ideais políticos do Iluminismo, ao serem incorporados nas primeiras Cartas Políticas burguesas: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa. Nesse tempo, a liberdade transfigura-se em *direito individual* do cidadão frente ao Estado. As liberdades de pensamento e de religião passam a ser expressas e, através do conceito de *legalidade*, formulam-se os limites de atuação do Estado na esfera individual e na *propriedade*. Desse modo, a *liberdade individual* e a *liberdade econômica* tornam-se protegidas juridicamente.

O século XIX, a despeito de consolidar o modelo liberal, conviveu com o surgimento dos *paradigmas deterministas*, antípodas do pensamento iluminista de uma liberdade universal e abstrata. Essas doutrinas, de variados matizes (biológico, psicológico e sociológico), sustentam que o ser humano não é plenamente livre, porquanto sofre influência de fatores internos e/ou externos. O determinismo, em verdade, não se opõe necessariamente ao liberalismo. O darwinismo social e a concepção de sociedade como organismo defendia a não-intervenção estatal na sociedade, como estratégia para *selecionar* os indivíduos superiores. O cientificismo determinista burguês desconsiderava o aspecto *igualitário* das liberdades individuais, fazendo distinções *hierárquicas* entre os indivíduos, fundadas na raça, na geografia, na fisiologia, na eugenia etc. Noutra mirada, o marxismo, ao denunciar a exploração do trabalho, formulou severas críticas à noção burguesa de liberdade, segundo ele atrelada à propriedade privada, revelando que essa liberdade da classe trabalhadora resumia-se à venda de sua mão-de-obra.

No século XX, o conceito de liberdade é problematizado de modo peculiar pelo *existencialismo*, segundo o qual a existência humana precede sua essência. O homem tem total responsabilidade sobre o sentido de sua vida, que é pautada por suas próprias escolhas e decisões. O homem está condenado à liberdade, ao revelar o caráter inexorável de uma existência livre, construída por suas ações e omissões. A ninguém se pode tributar a responsabilidade de um ato pessoal, nem a Deus, nem a natureza humana. O homem é visto como um projeto a ser concretizado; por isso é responsável pela sua definição como sujeito, e responsável por toda a humanidade. A circunstância de ser livre de forma inevitável tenderia a reforçar seu engajamento no mundo.

No âmbito da teoria política clássica retoma-se, com John Rawls, o conceito kantiano de *pessoa autônoma*, para estabelecer o primado do princípio da liberdade em sua definição de justiça como equidade. Articula-se o clássico conceito de *liberdade negativa* com a exigência de uma maior igualdade na distribuição das riquezas produzidas pela sociedade. Habermas, de seu turno, constrói outro paradigma, para sustentar uma relação de co-originalidade entre *autonomia privada* e a *autonomia pública*. Segundo ele, os indivíduos não são somente destinatários dos direitos

subjetivos fundamentais, pois devem ter direitos fundamentais à participação, em igualdade de oportunidades, tanto nos processos de formação da opinião como no da criação do direito legítimo. Em suma, os indivíduos devem assumir o papel de autores de sua ordem jurídica.

O conceito de liberdade transita por toda a história do pensamento político e jurídico da modernidade e é o primeiro fundamento da construção de um Estado de direito, e mais do que isso, de um Estado democrático de direito, exigência inarredável da sociedade contemporânea, demarcando a escalada civilizatória da humanidade.

O sonho que inspirou o Estado contemporâneo nasceu na Europa e disseminou-se por todo o mundo, irrigado por guerras, revoluções e imposições, tornando-se para alguns povos e nacionalidades um longo pesadelo. Sua elaboração teórica e as lutas havidas na Europa entre os séculos XVI e XVIII mudaram radicalmente os conceitos de ciência, religião e política. Nesse horizonte histórico emerge o Estado contemporâneo assentado num sistema jurídico com pretensão de regras claras e de pronta execução, além de uma audaciosa e arrogante proposta de universalismo.

No plano histórico e político, o ano de 1789 marca a primeira vitória na luta pelo reconhecimento dos Direitos Humanos, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, conquista da Revolução Francesa, cujo lema – liberdade, igualdade, fraternidade – propagou-se pelo mundo como um paradigma civilizatório, embalando o sonho utópico da construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

O século XIX pode ser designado como o século da liberdade. Ainda que a história da luta pela liberdade seja adjacente à própria história humana, será nessa quadra civilizatória que o ideal libertário se materializará. Caem, então, os grilhões da escravidão. Esta liberdade corporal – revelada no direito de ir e vir e de permanecer – é a mais primária de todas as suas formas de expressão e a mais fundamental, já que todas as outras nela se amparam. Entretanto, liberdade tem sentidos muito mais amplos do que apenas os direitos de locomoção, de liberdade de pensamento, de expressão, de consciência, de crença, de informação, de decisão, de reunião, de associação, enfim,

todas estas e outras que afiançam uma vida digna à pessoa humana. Contudo, para que a pessoa seja, de fato, livre, é mister, inicialmente, seja ela liberta da miséria, do analfabetismo, do subemprego, da subalimentação, da submoradia. Assim, a luta pela liberdade continua não só para manter os direitos já conquistados, mas sobretudo para afirmar a liberdade àqueles que a ainda a perseguem.

O século XX foi cognominado o século da igualdade. Desde os seus primórdios, houve movimentos pelo reconhecimento da igualdade política entre homens e mulheres, brancos e negros. No seu transcurso se desenvolverá todo o ideário contra a discriminação fundada em sexo, raça, cor, origem, credo religioso, estado civil, condição social ou orientação sexual. A igualdade, no entanto, consiste em tratar igualitariamente os iguais, e desigualmente os desiguais. Daí a luta contínua contra outras formas de injustiça marcadas pela desigualdade entre os indivíduos, por exemplo, por racismo, bem como as que estão a exigir tratamento uniforme a pessoas que têm, de fato, motivos para serem tratadas de modo diferenciado, como a lei que obriga atendimento preferencial a idosos, grávidas ou portadores de deficiência. Assim como a pugna pela liberdade, a manutenção e a expansão da verdadeira igualdade são uma luta contínua a desafiar a história humana.

O século XXI, que inaugura um novo milênio, levanta a última bandeira da Revolução Francesa: a fraternidade. Nesse novo pórtico civilizatório impõe-se a solidariedade como um norte para as ações governamentais, empresariais e interpessoais. Neste signo o foco da proteção dos direitos deve migrar do âmbito individual e voltar-se, categoricamente, ao coletivo. Nesse estágio sobrelevam os direitos inerentes à pessoa humana, não considerada particularmente, mas como coletividade; o direito ao meio ambiente, à segurança, à moradia, ao desenvolvimento. Impõe-se a consciência de que os direitos fundamentais apenas serão efetivamente assegurados quando também forem garantidos a todos. Enfim, é o tempo de se concretizar o bem comum.

A igualdade como princípio jurídico pode ser aferida sob duas perspectivas: a formal e a material. A concepção formal teve sua pujança com o desenvolvimento das idéias liberais. No absolutismo o indivíduo era valorizado em

razão de sua origem e de sua classe social. A nobreza e outros estamentos privilegiados jamais eram vistos como iguais frente aos demais súditos. Essa discriminação encontrou no meio social opressor a semente para o florescimento do conceito de que todos os homens deveriam ser tratados com igualdade. As revoluções burguesas sepultaram a manutenção de privilégios inaceitáveis.

O pensamento político passou a refletir uma nova concepção de sociedade, de Estado e de direito. Os privilégios concedidos a parcelas sociais são derogados, exigindo-se, na consolidação dos direitos civis, a igualdade de tratamento social. Os antigos súditos transformam-se em cidadãos. O Estado passou a ter no direito seu principal modo de atuação, levando em conta a idéia de igualdade. Na aplicação da lei, o Estado desconsidera qualquer situação individual que sobreleve as antigas regalias. A lei deve ser aplicada igualmente para todos e, por isso, todos são iguais perante a lei.

O catálogo liberal que impunha a aplicação da lei em igualdade de condições a quem quer que fosse aos poucos foi perdendo força. Apesar de no início representar um avanço, por proibir privilégios de origem familiar, agora já se entremostrava insuficiente. Esse quadro provocou um câmbio fundamental na forma de constituição dos Estados. As Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, inauguram jurídica e politicamente uma nova concepção de Estado. Surge formalmente o Estado social, operando uma verdadeira revolução na percepção do Estado, assim como acerca de suas verdadeiras funções.

O Estado social, ao contrário, é chamado a interferir na sociedade, para pôr fim às enormes desigualdades que separavam os poucos ricos de uma multidão de pobres e miseráveis. O Estado, desta feita, é protagonista na garantia de novos direitos atribuídos aos cidadãos. Educação e saúde públicas, por exemplo, são enunciados como direitos fundamentais de segunda geração. Os de primeira geração haviam se consolidado com as bases do Estado liberal. O Estado social passa a garantir as condições normativas e materiais de eficácia desses novos direitos.

Nessa nova concepção, modifica-se a noção de igualdade. Não se abandonou a idéia de igualdade formal, só que se passou a concebê-la com maior

vigor, também numa perspectiva material. É insuficiente, agora, o mero discurso de que os homens são iguais no momento da aplicação da lei. Reconhece-se claramente que as desigualdades fáticas entre os cidadãos impedem uma verdadeira aplicação igual da lei entre os considerados iguais.

O Estado não deve apenas reverenciar as igualdades não distinguindo os homens, mas deve criá-la, sob pena de atuar ou omitir-se inconstitucionalmente. Essa criação dá-se, fundamentalmente, com o adimplemento de prestações estatais – a efetivação dos direitos fundamentais da segunda geração – e com a adoção das chamadas *medidas de discriminação positiva*. Nesse sentido, o princípio da igualdade exige ser olhado sob duas perspectivas – como comando normativo e como direito fundamental dos cidadãos. Como comando normativo o Estado tem o dever de não estabelecer diferenças não autorizadas entre os homens na aplicação da lei e de reduzir as diferenças materiais entre eles. Numa linha de correlação desse dever estatal decorre o direito dos cidadãos. Direito a um tratamento igual na aplicação da lei e de auferir do Estado aquelas prestações que tornam os homens menos desiguais.

O Judiciário, na democracia contemporânea, tem um papel indeclinável. Concebido autonomamente, numa visão liberal de divisão de funções, fundante do Estado Moderno, assume novos desafios nesse novo patamar civilizatório, principalmente em países emergentes, como o Brasil, transformando-se num *locus* da cidadania inclusiva e de concretização de direitos proclamados na Constituição e efetivados no processo.

Essa tendência contemporânea traduz uma radical mudança de perfil do Judiciário, que passa a ter um crescente envolvimento com a questão social, abdicando progressivamente de uma postura positivista normativista, que o tornava um Poder periférico, encapsulado em si mesmo, inacessível, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, transformando-se, agora, numa instituição central à democracia brasileira.

Dois fenômenos universais, emergentes no Brasil do processo de redemocratização do país protagonizado pela Constituição de 1988, surpreendem esse Judiciário insurgente, definindo-lhe novos papéis, que parecem subverter a divisão

clássica dos poderes – a judicialização da política e a judicialização das relações sociais.

Facultado o controle abstrato de constitucionalidade das normas à comunidade dos intérpretes, o Judiciário passa a ser apreendido como um estuário para as insatisfações políticas, notadamente pelo ativismo legislativo do Executivo, assumindo um papel constitucional que o identificam como o guardião dos valores fundamentais da República, exercitando uma representação funcional e argumentativa.

A judicialização das relações sociais, processo universal e sedimentado nas democracias consolidadas, chega ao Brasil muito recentemente com a criação e institucionalização progressiva dos juizados especiais cíveis e criminais, expondo o Judiciário a um novo território de relações sociais conflagradas, sem qualquer tipo de mediação social ou política, às expectativas por direito e cidadania de setores sociais emergentes, a exigir a democratização do acesso à justiça.

O grande dilema dos países periféricos, como o Brasil, é a inclusão social. Nesse contexto, a questão central do acesso à justiça e, portanto, da democratização do processo, passa a ser o desafio de uma cidadania inclusiva.

A solidariedade é um dos valores mais importantes na sociedade contemporânea e representa, em nível civilizatório, a concretização do ideal revolucionário da fraternidade universal. É indeclinável que os valores representam a base material das normas, constituindo o *ethos* das normas jurídicas, a servir de fundamento e de finalidade ao próprio direito, como fato social. Por conta disso, é correntia a classificação das normas em regras e princípios. Os princípios como vetores de integração e interpretação do ordenamento jurídico, dando harmonia e coerência ao sistema jurídico. A solidariedade, quando positivada, reveste-se da forma de princípio. Assim, além de valor, tem caráter jurídico e se irradia em todas as áreas do direito.

A justiça afeiçoa-se a uma vontade de impor valores. Não se trata de um juízo de adequação, onde se poderia conformar uma ação ou situação a um critério exterior, mas de uma prescrição soberana, na cena individual e social. A solidariedade e a justiça são dois temas, que se interligam logicamente, embora focados em

perspectivas diferentes. A solidariedade como princípio jurídico essencial para a concretização dos valores e das garantias constitucionais. A justiça, numa perspectiva jurisdicional, como instrumento e feitora da concretização da cidadania.

No Brasil, o valor solidariedade é localizado implícita ou expressamente em vários preceitos da Constituição de 1988 e está positivado como um dos princípios fundamentais da República no art. 3º, incisos I e III, ao dispor dentre esses objetivos: construir uma sociedade justa, livre e solidária (inc. I); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III).

O valor solidariedade é fonte para alguns ramos do Direito, como o Previdenciário, Trabalhista, Ambiental e Direito Internacional de Desenvolvimento. Também é fonte de vários institutos jurídicos como os regentes da Seguridade Social, o da responsabilidade do Estado com base na Teoria do Risco Administrativo, o princípio da capacidade contributiva, os impostos progressivos, o asilo político, o refúgio, a extradição, a homologação de sentença estrangeira, as ações afirmativas, a função social da posse, a função social do contrato e a obrigação alimentar.

O termo solidariedade não tem mais o sentido originário de filantropia. Hodiernamente, passou a significar um valor maior, denotando o dever do Estado de assistência aos necessitados, o direito e o dever cívico entre os integrantes da sociedade, bem como o dever de efetivação dos direitos humano-sociais. A solidariedade se pauta na justiça social, na igualdade e dignidade da pessoa humana. Por conta disso, sua efetivação implica indiretamente a realização desses valores. As normas constitucionais e infraconstitucionais que albergam esse valor/princípio estariam a indicar que os anseios da sociedade mundial de tornar-se mais justa e solidária está se consolidando no direito.

A agenda do direito e dos direitos tornou-se dominante nos planos político e social na sociedade contemporânea, por conta da radicalização do princípio da igualdade. A expansão do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, dominando espaços dantes inacessíveis a ele, dimensionados na esfera privada. Esse fenômeno decorre principalmente da emergência do movimento operário na luta pelos direitos sociais que eclodiu já na

metade do século XIX, pondo fim à separação rigorosa entre Estado e sociedade civil, idealizada pelo pensamento liberal da liberdade negativa. O Direito do Trabalho nasceu do êxito desse movimento operário, conferindo um caráter público ao contrato de compra e venda da força laboral, dantes confinado à esfera privada, coroando décadas de lutas sindicais, apoiadas por amplos setores da sociedade civil, ao final do século XIX e início do século XX.

A par desse deslocamento da esfera privada para a esfera pública na proteção dos direitos sociais, que antecedeu o Estado do Bem-Estar (*Welfare State*), o Direito do Trabalho infiltrou no campo do Direito um ingrediente de justiça, procurando compensar, através da regulação jurídica, o hipossuficiente nas relações laborais. Esse direito novo importou numa revisão da ordem liberal, conferindo um viés igualitário através da publicização da esfera privada. Tendo admitido um fundamento de justiça na proteção do “economicamente desfavorecido” no âmbito do Direito do Trabalho, conferiu-lhe um novo significado, colocando-o a serviço da justiça social.

Além desse trânsito entre os domínios do público e do privado verificou-se um traspasso de publicização da esfera privada, com o reconhecimento da existência de um direito desigual para sujeitos substantivamente desiguais. Nessa norte, o indivíduo e a sua autodeterminação como sujeito careceram ser investidos por uma função supra-individual, social, pública, em tudo o que versasse sobre o mercado de trabalho.

A agenda da igualdade, além de difundir o direito na sociabilidade, redefiniu a relação entre os Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos. Nesse delineamento, opera-se a transformação do Poder Judiciário, em nível universal, em agência de controle da vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o *justo* contra a *lei*. Essa nova perspectiva decorre do constitucionalismo moderno, ao abrir espaço para correntes de humanismo jurídico, reintroduzindo no direito a idéia de justiça que o positivismo recusara.

Feito esse intróito, destaca-se no plano metodológico que a pesquisa faz um périplo sobre os diversos aspectos fundantes do Estado democrático de direito e os signos políticos da Modernidade, numa leitura interdisciplinar, enlaçando a história, a teoria política, a filosofia e a ciência jurídica.

Inicialmente, no primeiro capítulo, destaca-se a liberdade como signo político da modernidade. Ao depois, sublinha-se o projeto político da modernidade e o surgimento do Estado moderno. Numa terceira mirada, demarca-se a evolução do Estado moderno. Em seguida, enfatiza-se a divisão liberal dos poderes, que na prática representou a constituição do projeto de poder da burguesia. Na seqüência, é enfocada a passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo. Com essa construção teórica, destacam-se as visões de Estado de direito com a consolidação hodierna do conceito de Estado democrático de direito. Posteriormente, conclui-se o ciclo histórico e político com a análise da crise do Estado contemporâneo, fazendo-se um recorte temático para situar, no plano interno, o Estado democrático de direito do Brasil.

O segundo capítulo, com destaque para o signo da igualdade, possibilita o exame das diversas acepções de democracia, sua evolução histórica e filosófica, da antiguidade clássica à contemporaneidade, o surgimento da democracia representativa no Estado moderno, assim como a crise do sistema representativo e os fundamentos da democracia participativa, que se estabelece como uma alternativa política insurgente no Estado Contemporâneo, na perspectiva de uma cidadania inclusiva.

No terceiro capítulo, aborda-se criticamente o Poder Judiciário democrático, desafiado a construir uma justiça cidadã, dissertando-se, num primeiro plano, sobre o signo da solidariedade. Ao depois, sobre o Estado contemporâneo e a institucionalização do direito na vida social. Num terceiro tópico, é destacado o fenômeno da politização do Judiciário e a juridicização do político na sociedade contemporânea. Numa quarta mirada, destaca-se a representação funcional numa sociedade marcada por déficit de democracia, bem como sobre a representação argumentativa das Cortes Constitucionais, que atuam como autênticas representantes do povo para fazer cumprir a Constituição. Numa quinta perspectiva, salienta-se a fórmula do *judicial review* americano e o modelo brasileiro de controle de

constitucionalidade. Posteriormente, num sexto enfoque, trata-se do significado da interpretação e o papel dos juízes na criação do direito. Numa outra vertente, destaca-se estudo específico, em sétimo plano, sobre os desafios da democratização do Poder Judiciário e sua crise de legitimidade numa sociedade em transformação. Por último, privilegiam-se duas questões centrais na democratização do Judiciário – a cidadania como fundamento do Estado brasileiro e o acesso à justiça.

No quarto capítulo, aborda-se, num primeiro plano, o desafio de uma justiça cidadã como perspectiva de uma cidadania inclusiva; em seguida, discute-se o processo jurisdicional como estratégia de poder do Estado. Numa terceira mirada, dimensiona-se o *status activus processualis* como fundamento para uma cidadania inclusiva e a ampliação do círculo de intérpretes para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta. Num quarto nível, enfrenta-se a questão dos limites e possibilidades da constituição da ciência do Direito na perspectiva da tradição do Direito Processual e sua pretensão epistemológica de verdade. Num quinto plano, examina-se a proposição de um novo direito processual civil imantado pelo constitucionalismo contemporâneo e a desconstrução da tradição científico-racional do processo. Ao depois, num sexto tópico, estuda-se a (re)definição do conceito de jurisdição e a tarefa de julgar vista como efetivação social integradora da ordem jurídica, através de um discurso de adequação. Num sétimo aspecto, sublinha-se o processo jurisdicional vislumbrado como expressão dialética de democracia participativa. Por derradeiro, conclui-se a pesquisa evidenciando o processo jurisdicional como *locus* do exercício democrático.

No pertinente à técnica de pesquisa, foi utilizada a de documentação indireta, nas modalidades bibliográfica e documental. O método de procedimento é o monográfico e o de abordagem o hipotético-dedutivo.

Enfim, é esse o universo da pesquisa intentada, que tem a ousadia de vislumbrar no processo e na jurisdição a concretização da democracia e da cidadania, princípios fundamentais do Estado democrático de direito da República Federativa do Brasil.

2 O ESTADO DE DIREITO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A conquista do Estado Democrático de Direito representa uma verdadeira saga na história da civilização ocidental, nascida sob o signo da liberdade, através de lutas revolucionárias burguesas e consolidada politicamente e juridicamente com o surgimento do Estado Constitucional e o ressurgimento da democracia, e em especial da democracia representativa, como um modelo liberal de regime de governo, que consolida o sonho utópico da igualdade.

Sob o prisma político-filosófico, transparece que a humanidade realiza, cíclica e historicamente, o processo de desenvolvimento do Estado liberal na construção do projeto da Modernidade, através de signos, que representam, no plano ideológico, a consolidação progressiva e ascendente do ideário político da Revolução Francesa – os signos da *liberdade*, da *igualdade* e da *fraternidade*.³⁴

³⁴ Sobre os signos em questão, numa mirada histórica, colhe-se do site da página oficial do Ministério de Assuntos Estrangeiros, quando trata dos símbolos da República da França:

“Herança do século das Luzes, o lema ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’ é invocado pela primeira vez durante a Revolução Francesa. Muitas vezes questionado, ele acaba se impondo na IIIª República. Ele está inscrito na constituição de 1958 e hoje faz parte de nosso patrimônio nacional.

“Associadas por Fénelon ao final do século XVII, as noções de liberdade, igualdade e fraternidade são amplamente difundidas no século das Luzes.

“Durante a Revolução Francesa, ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’ faz parte dos inúmeros lemas invocados. No discurso sobre a organização das guardas nacionais, Robespierre preconiza, em dezembro de 1790, que as palavras ‘O Povo Francês’ e ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’ sejam inscritos nos uniformes e nas bandeiras, porém seu projeto não é adotado.

“A partir de 1793, os parisienses, rapidamente imitados pelos habitantes das outras cidades, pintam nas fachadas de suas casas as seguintes palavras: ‘unidade, indivisibilidade da República; liberdade, igualdade ou a morte’. Mas logo são convidados a apagar a última parte da fórmula, demasiadamente associada ao ‘Terror’...

“Como muitos dos símbolos revolucionários, o lema cai em desuso durante o Império. Ele ressurgiu durante a Revolução de 1848, marcado por uma dimensão religiosa, quando os padres celebram o Cristo-Fraternidade e abençoam as árvores da liberdade que são plantadas nessa ocasião. Quando é redigida a constituição de 1848, o lema ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’, é definido como um ‘princípio’ da República.

“Desprezado pelo Segundo Império, ele acaba se impondo na IIIª República. Ainda são observadas, no entanto, algumas resistências, inclusive entre os partidários da República: algumas vezes dá-se preferência à solidariedade ao invés da igualdade, que pressupõe um nivelamento social, e a conotação cristã de fraternidade não é aceita por unanimidade.

“O lema volta a ser inscrito no alto das fachadas dos edifícios públicos durante a celebração do 14 de julho de 1880. Ele consta das constituições de 1946 e de 1958 e hoje é parte integrante de nosso patrimônio nacional. Ele é encontrado nos objetos de grande circulação como as moedas e os selos” (FRANCE - DIPLOMATIE - Le 14 juillet. ‘O 14 de julho e os símbolos da República: Liberdade, Igualdade, Fraternidade’.” Disponível em www.elysee.fr/inst/index.htm. Acesso em 19.05.2008).

Do século XVIII ao século XX, segundo Paulo Bonavides, o mundo atravessou duas grandes revoluções – a da liberdade e a da igualdade – seguidas de mais duas, que se desenvolvem sob os nossos olhos e que crepitaram durante as últimas décadas – a revolução da fraternidade, “tendo por objeto o Homem concreto, ambivalência planetária, o sistema ecológico, a pátria-universo”; e a revolução do Estado social, em seu estágio mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade.³⁵

Assim, eclode inicialmente o signo da liberdade, que coincide historicamente com o surgimento do liberalismo, vislumbrado como um movimento libertário contra o absolutismo.³⁶

Com o ciclo das revoluções e o pensamento político e filosófico liberal nasce o Estado Constitucional, consolidando as liberdades negativas, a separação dos poderes e um período assinalado pelo individualismo e por uma visão de Estado liberal estruturada sob o signo da igualdade formal.

A eclosão da Revolução Industrial, a ordenação da sociedade civil e a emergência dos direitos sociais demarcam no plano histórico e político a passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo ou Social.³⁷ O surgimento das constituições dirigentes, já na primeira quadra do século XX, delimita um novo marco – a construção da democracia substancial e o desafio da consolidação do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais, já sob o signo da fraternidade.

Vencido o absolutismo e instaurado o Estado de direito, segundo Nelson Juliano Cardoso, o liberalismo se contrapõe à democracia, associada aos ideais absolutistas ou à denominada tirania da maioria, ou ainda às concepções da

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência: por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 147.

³⁶ No plano da história das idéias, os tratadistas da teoria política interpretam que o liberalismo tem como marco a publicação da obra *Segundo tratado sobre o governo*, de John Locke, pensador inglês, quando objetou os argumentos de Hobbes em defesa do absolutismo. Por isso, Locke é considerado o fundador do liberalismo político.

³⁷ Conforme será demonstrado adiante, Paulo Bonavides e Cesar Pasold sustentam que a passagem do Estado moderno para o contemporâneo dá-se com as constituições dirigentes – do México de 1917 e de Weimar de 1919. Ver item 1.5.

democracia direta e dos antigos, enfatizando a ampliação do sufrágio e os mandatos vinculados a representantes. A democracia da maioria passou a representar a tirania da sociedade, ou do grupo majoritário, e o Leviatã, que no absolutismo representava o Rei, passou a representar o parlamento unicameral. O advento do nazifascismo e sua propaganda antiliberal e antidemocrática confirmam a hegemonia do modelo democrático contemporâneo, especialmente em confronto com o absolutismo, em sua forma moderna de totalitarismo.³⁸

A suplantação da democracia da maioria, com a conciliação entre igualdade e liberdade, entre democracia e liberalismo, especialmente de uma democracia substancial fundada nos direitos fundamentais e sociais, são o caminho prospectivo de uma era de fraternidade e de solidariedade como valores civilizatórios.³⁹

Feito esse intróito, no plano metodológico o presente capítulo representa um périplo sobre os diversos aspectos fundantes do Estado democrático de direito e os signos políticos da Modernidade, numa leitura interdisciplinar, enlaçando a história, a teoria política, a filosofia e a ciência jurídica.

Inicialmente, destaca-se a liberdade como signo político da modernidade. Ao depois, sublinha-se o projeto político da modernidade e o surgimento do Estado moderno. Numa terceira mirada, demarca-se a evolução do Estado moderno. Em seguida, enfatiza-se a divisão liberal dos poderes, que na prática representou a

³⁸ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado**: uma introdução crítica ao Estado democrático liberal (Notas críticas à teoria hegemônica da democracia a partir do paradigma participacionista). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 146-147. O autor explicita que o Estado de direito sucedeu ao absolutismo, embalado pelo liberalismo, contrapondo-se inicialmente à democracia, já que o modelo idealizado de regime de governo era o republicano. Todavia, as idéias absolutistas remanesçam substituindo-se a tirania do rei pela tirania da maioria, característica do parlamento representativo – o novo Leviatã –, que passa a deter a hegemonia política, dominado pela força econômica da burguesia. Por último, a derrota do nazifascismo e dos regimes totalitários do pós-guerra consolidam a democracia como regime democrático contemporâneo.

³⁹ O homem estaria vivenciando, neste quadrante histórico, a plena fase da chamada terceira geração dos direitos (considerando-se a classificação de Bobbio), vale dizer, dos assim designados direitos à *solidariedade*, ao *desenvolvimento*, ao *patrimônio comum da humanidade*, ao *meio ambiente*, situando, ao lado dos direitos civis e políticos (de primeira geração), os direitos sociais, econômicos e culturais (de segunda geração), os direitos que, além de terem por valor supremo o homem, o focalizam sob o ângulo da fraternidade, ou usando uma expressão mais ao gosto acadêmico, da alteridade. Ver: ABREU, Pedro Manoel. “Apresentação”. In: MEDEIROS, Luiz César. **O formalismo processual e a instrumentalidade**: Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais. 3. Ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

constituição do projeto de poder da burguesia. Na seqüência, é enfocada a passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo. Com essa construção teórica, destacam-se as visões de Estado de direito com a consolidação hodierna do conceito de Estado democrático de direito. Posteriormente, conclui-se o ciclo histórico e político com a análise da crise do Estado contemporâneo, fazendo-se um recorte temático para situar, no plano interno, o Estado democrático de direito do Brasil.

2.1 A liberdade como signo⁴⁰ político da modernidade

⁴⁰ A *Semiótica Jurídica*, enquanto ramo das reflexões zetético-jurídicas (método de investigação, ou conjunto de preceitos, para a resolução de um problema filosófico, no âmbito jurídico), na dicção de Eduardo C.B. Bittar, “surgiu como desdobramento das investigações ligadas à teoria da argumentação, dos estudos de discurso e linguagem, de lógica do discurso jurídico, redundando em um conhecimento específico que se dedica a pensar a dispersão dos signos como fontes de sentido jurídico e a discutir os diversos universos de significação do Direito. As diversas tendências teóricas contemporâneas debatem acerca de qual a real finalidade do estudo semiótico-jurídico, dividindo-se a partir de suas concepções metodológicas diversas, o que não afasta sua importância como um saber de grande importância para a análise do discurso jurídico.

“Etimologicamente, o termo deriva de *sema-sêmeion* (signo, em grego), donde *Semiologia*, como estudo dos signos, e de *semeiotiké*, donde propriamente *Semiótica*, remontando a duas bases teóricas fundantes da identificação e do próprio aparecimento desta ciência como conhecimento autônomo: Ferdinand de Saussure (*Cours de linguistique générale*, 1916), identificando a necessidade de estudos semiológicos, e Charles Sanders Peirce (*Collected papers of Charles Sanders Peirce*), responsável pela identificação e desenvolvimento dos estudos lógico-semióticos.

“Os termos *semiótica* e *semiologia* não têm, portanto, origens históricas semelhantes, estando cada qual enraizado em espectros diversos de implicações teóricas, especialmente em virtude das conseqüências da aplicação de seus preceitos, princípios, definições e razões teóricas de inspiração. A *Semiologia* possui inspiração saussuriana, entendida como ‘ciência que estuda a vida dos signos no seio da vida social; ela formaria parte da psicologia social, (...) nós a chamaremos Semiologia (do grego *semêion* – *signo*)’. De outra origem é o termo *Semiótica*, tendo sido cunhado a partir, também, do grego, *semeiotiké* (técnica, arte ou ciência dos signos), aparecendo pela primeira vez no contexto da obra de John Locke e, depois, retomado por Charles Sanders Peirce” (BITTAR, Eduardo C.B. “Semiótica jurídica”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 757-758).

Mais adiante, conclui: “As contribuições de natureza crítica e reflexiva trazidas pela ingerência dos estudos semióticos e semiológicos sobre a cultura do Direito abriu campo para diversas linhas de compreensão do próprio *sentido* do Direito. As práticas do discurso deixaram de ser inocentemente compreendidas, para se estruturar uma farta discussão dos processos de produção de sentido jurídico, para debater o *razoável* da decisão judicial, para se debater as instâncias *valorativas* ocultas nas palavras empoladas da decisão aparentemente estanque do despacho burocrático, para ampliar espaço de discussão em torno das *conjunturas sócio-culturais* presentes na dinâmica da construção do ordenamento jurídico, para se proceder à compreensão da dicotomia *formal/material* presente na composição e na tecitura das relações jurídicas, para se questionar o sentido do *justo* posto na lei positiva, para se avaliar com maior precisão e cautela as especificidades das *práticas de linguagem* pelos operadores do Direito” (p.759-760).

O conceito de liberdade tem diversas acepções na história da filosofia e da política, podendo ser apreendida, por exemplo: “autodomínio, ausência de coação externa, possibilidade de participação na vida pública, vontade livre, livre-arbítrio e capacidade de autodeterminação”.⁴¹

No âmbito político e espiritual da *polis* grega, nos séculos VII-IV a.C., a liberdade significava a possibilidade de participação dos cidadãos na vida pública da cidade. Ser livre denotava o poder de intervenção nos interesses e nos temas políticos. O uso da *palavra* na discussão, na argumentação e no debate era instrumento de ação na vida social. A idéia de liberdade, diversamente de sua acepção moderna, não era atributo de todos os homens, pois havia uma convivência harmoniosa com a prática da escravidão. Em verdade, o trabalho dos escravos constituía a base sobre a qual se assentava a liberdade e o desenvolvimento cultural (*paidéia*⁴²) dos cidadãos. Por isso, a idéia de liberdade não suscitava abertamente qualquer problema jurídico, porquanto se referia à noção de *cosmos*, no sentido de ordenação natural.⁴³

No século V a.C., com Sócrates, o termo liberdade sofre importante inflexão, convertida em desafio ético ligado ao domínio de si próprio. A conduta moral, segundo o filósofo, deve surgir do interior do próprio homem, não se tratando de mera submissão a uma lei externa. Assim, o homem somente seria livre se não fosse dominado por seus apetites e paixões. Entretanto, na medida em que a questão ética na Grécia atinava com a vida coletiva, o conceito socrático de autodomínio conformou um ideal político. Nessa esteira, a *polis* somente deveria ser administrada por aquele que soubesse governar a si mesmo. Isso porque tanto o governante como o governado estavam sujeitos à escravidão.⁴⁴

Na Idade Média (séculos V-XV), o conceito de liberdade sofreu decisiva influência teológica. Na teologia patrística (séculos II-VIII), destacou-se o pensamento

⁴¹ MENDES, Alexandre Fabiano. “Liberdade”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Op. cit., p. 534.

⁴² Ver: WERNER, Jaeger. **Paidéia: a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁴³ MENDES, Alexandre Fabiano. “Liberdade”. Op. cit., p. 534.

⁴⁴ MENDES, Alexandre Fabiano. *Ibidem*, p. 534. Segundo o autor, essa tese inspirou Platão, ao elaborar, posteriormente, uma analogia entre a alma e a cidade (Fedro, 366 a.C.).

de Santo Agostinho,⁴⁵ que estabeleceu com seus contemporâneos intensa discussão acerca do tema.⁴⁶

O Renascimento, a partir do século XIV, alterou radicalmente o cenário político-cultural da Europa, construindo uma nova idéia de liberdade. Rompeu com o universo medievo, marchando em duas direções, ao retomar o conceito de *liberdade política*⁴⁷ e afirmar uma progressiva *liberdade de pensamento*. Maquiavel⁴⁸, em sua obra, problematizou, sob diversas formas, a liberdade política, destacando a relação entre súditos e governantes, deixando claro que a liberdade é atributo daqueles que resistem à opressão.⁴⁹ Esse discurso de resistência à tirania implicou o fim do sonho de igualdade e harmonia entre os homens, presente na tradição grega e medieval. O Renascimento, além do conceito de *liberdade política* germinou a idéia de *liberdade de pensamento*, desenvolvida na guinada cultural de cunho antropocêntrico e humanista que se verificou.⁵⁰ Os humanistas, numa concepção racional do ser humano, afirmavam a *tolerância religiosa* e a *liberdade de opinião*, combatendo o dirigismo

⁴⁵ Santo Agostinho, segundo Mendes, divergindo, “ora dos pelagianos (que defendiam a liberdade plena das pessoas), ora dos maniqueus (que tendiam a negar essa liberdade), o bispo de Hipona colocou-se entre ambas as vertentes. Partindo da premissa de que Deus criou um mundo perfeito, Santo Agostinho interroga-se a respeito da origem do mal, concluindo que esse só pode ser compreendido como ausência de bem, ou seja, afastamento do que é divino. Assim, afirma que a natureza humana não é má em si, mas sujeita a distanciar-se do bem, na medida em que o homem possui *livre-arbítrio*. O surgimento do mal (afastamento do bem) seria de inteira responsabilidade do ser humano, e, não, de Deus. Por outro lado, como o pecado original, fruto da soberba de Adão, destruiu a possibilidade de o homem ter uma *vontade* plena, assinala-se o dom da graça como complemento da liberdade humana, o que confere a Deus o poder da salvação das almas. Admitir uma liberdade humana absoluta seria reconhecer que o homem pode igualar-se a Deus, como insinua a figura bíblica de Adão. Com efeito, a visão agostiniana sobre o *livre-arbítrio* prenuncia o quadro político que será formado durante o medievo: reconhecimento da superioridade de Deus e da Igreja Católica sobre os homens, do primado da alma sobre o corpo e da intransponível falibilidade do poder secular (Cidade dos Homens)” (p. 535). Ver: AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**: volumes 1, 2 e 3. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000. 2538 p.

⁴⁶ MENDES, Alexandre Fabiano. *Ibidem*, p. 535.

⁴⁷ A recuperação do sentido de liberdade política, segundo Mendes, em oposição à noção contemplativa medieval, “viabilizou-se em consequência dos desafios cívicos emergentes das cidades européias e pelo contato dos estudiosos com diversos textos greco-latinos” (MENDES, Alexandre Fabiano. *Ibidem*, p. 535).

⁴⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. Martins Fontes, 2001.

⁴⁹ Maquiavel, na leitura de Mendes, diferentemente da compreensão grega da liberdade, “não se refere ao *cosmos universal*, e, sim, a uma constante luta cívico-política dos súditos contra aqueles que desejam ocupar tiranicamente o poder” (MENDES, Alexandre Fabiano. *Ibidem*, p. 535).

⁵⁰ Nessa perspectiva, enfatiza Mendes, que esse movimento cuidava para não negar o cristianismo, “mas de criticar os excessos da Igreja e de sua visão sobre a natureza humana. O homem renascentista queria abrir-se ao mundo e, para isso, era necessário marcar as diferenças vigorantes entre a razão e a fé, entre o livre pensamento e a predestinação divina” (MENDES, Alexandre Fabiano. *Ibidem*, p. 535).

religioso. Nesse prisma, o Renascimento, mesmo sem desvincular-se da tradição cristã, apontou para a modernidade.⁵¹

O conceito de liberdade, no século XVII, monopolizou os debates teóricos sobre a formação do Estado, sua legitimidade e função. Estabeleceu-se a distinção entre *liberdade natural* e *liberdade civil*. Predominou, nesse espaço reflexivo, a visão de que o homem nasce livre. Entretanto, para que essa liberdade individual não gerasse a destruição recíproca dos indivíduos, incumbiria ao Estado a missão de ordenar a sociedade e garantir o exercício legítimo da liberdade civil. Esse princípio inspirou a teoria do contrato social, bem como serviu de fundamento para as concepções seiscentistas de Estado. Nesse patamar, a liberdade afigurava-se como *propriedade* – como um objeto, que podia ser obtido, delimitado, trocado. Hobbes,⁵² nesse viés, defendeu a idéia do poder soberano, da soberania do Estado. No pensamento hobbesiano, Estado e soberano se confundem. Não há Estado sem soberano e nem soberano sem Estado. O soberano, nesse viés, é a própria personificação do Estado, com poder inquestionável, indivisível, absoluto. É o Estado-Leviatã, absolutista, criado pelo homem, que se coloca acima dele como um *deus mortal*, personificado na pessoa do soberano, detentor da soberania, credor dos súditos de obediência irrestrita. Ao propor o sacrifício da liberdade sob o primado da coação, os homens esperam deste Estado a ordem, a paz, a proteção à vida (à segurança), inocorrentes no estado de natureza.⁵³ Sustentava, metaforicamente, que pactos sem espada seriam meras palavras. Já Locke,⁵⁴ idealizou um modelo liberal de Estado, tendo por função proteger a propriedade e a liberdade individuais. A acepção de liberdade desenvolvida nesse período histórico estimulava a idéia do devido processo

⁵¹ MENDES, Alexandre Fabiano. “Liberdade”. Ibidem, p. 535.

⁵² Ver: HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, passim; _____. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983; _____. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2001.

⁵³ SILVA, Juvêncio Borges da; TAVARES NETO, José Querino. “Thomas Hobbes e os fundamentos do Estado absolutista”. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo político: presença humanista no transverso do pensamento político**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 167-168.

⁵⁴ Ver: LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 1994, passim; _____. **Segundo Tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

legal.⁵⁵ É significativo o surgimento do *habeas corpus* na Inglaterra, bem uma noção incipiente de *liberdades políticas* – de reunião, de assembléia, de expressão etc.⁵⁶

No século XVIII aconteceram profundas transformações político-sociais, mudando definitivamente a trajetória histórica das sociedades ocidentais modernas. A ascensão da burguesia e de seus valores abalou significativamente todas as instâncias e tradições. A idéia de liberdade, nesse processo, teve feição revolucionária, inspirando reivindicações e lutas por uma nova sociedade. O *Iluminismo*, como movimento filosófico, artístico e político, preconizou a garantia das liberdades e dos direitos dos cidadãos. Combateu o autoritarismo estatal e difundiu o sentimento de libertação humana orientada pelos ditames da razão e da reflexão filosófica. Nessa perspectiva, o pensamento de Kant⁵⁷ sobressai na defesa do ordenamento jurídico como condição para a coexistência das *liberdades externas*.⁵⁸ As concepções iluministas de liberdade, de outro vértice, de modo geral sinalizavam para três perspectivas:

- a) para a *autonomia* do indivíduo frente ao Estado absolutista e para os excessos da Igreja e da religião;
- b) para a *autonomia* da razão em face das superstições; e
- c) também para a condição para o *progresso* contínuo e racional da humanidade.⁵⁹

⁵⁵ Sobre as circunstâncias históricas da instituição do devido processo legal na Inglaterra com a Pequena Carta e a Carta Magna, ver item 3.4.1, quando trata da conquista da representação política e da atividade parlamentar na Inglaterra.

⁵⁶ MENDES, Alexandre Fabiano. *Ibidem*, p. 535. No século XVII, por outro lado, no âmbito da filosofia do conhecimento – como explicita o autor –, “ganhou forma a imagem de um saber racional, garantido pelo exercício do *livre-arbítrio*. Descartes afirmou a *liberdade humana*, cujos atributos tornam possível, tanto a aceitação de algo não comprovado como verdadeiro (e daí surgiria o conceito de erro) como o julgamento racional sobre a certeza de um conhecimento. Compete ao homem desenvolver a sua *alma racional* e o seu livre arbítrio, de forma a dominar as suas paixões, evitar o erro e dissipar as dúvidas. Essa concepção de liberdade – centrada na subjetividade racional humana – significará, na modernidade, a possibilidade de conhecimento objetivo e científico do mundo” (p. 536). Ver: DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 102 p.

⁵⁷ Ver: KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993; _____ . **A metafísica dos costumes**. Edipro: São Paulo, 2003. 335 p.

⁵⁸ Kant, como esclarece Mendes, demarca dois princípios: “a) que o âmbito de atuação do Direito é o do arbítrio externo dos indivíduos, fundamentando uma distinção entre direito e moral; b) que, ao lado da liberdade externa, o indivíduo possui também uma *liberdade interna*. Essa seria responsável pelo registro da ética, que tem como pressuposto a liberdade de agir ou não conforme a lei universal da razão. Decorre daí a diferença entre um ato moral e um ato legal: enquanto o primeiro está plenamente conforme a *autonomia individual*, o segundo é exercido de acordo com a lei civil, que deve assegurar – através da coação jurídica – a coexistência dos arbítrios” (MENDES, Alexandre Fabiano. *Ibidem*, p. 536).

⁵⁹ MENDES, Alexandre Fabiano. *Ibidem*, p. 536.

Os chamados *direitos naturais* concretizaram, em várias categorias, os ideais políticos do Iluminismo, ao serem incorporados nas primeiras Cartas Políticas burguesas: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa. Nesse tempo, a liberdade transfigura-se em *direito individual* do cidadão frente ao Estado. As liberdades de pensamento e de religião passam a ser expressas e, através do conceito de *legalidade*, formulam-se os limites de atuação do Estado na esfera individual e na *propriedade*. Desse modo, a *liberdade individual* e a *liberdade econômica* tornam-se protegidas juridicamente.⁶⁰

O século XIX, a despeito de consolidar o modelo liberal, conviveu com o surgimento dos *paradigmas deterministas*, antípodas do pensamento iluminista de uma liberdade universal e abstrata. Essas doutrinas, de variegados matizes (biológico, psicológico e sociológico), sustentam que o ser humano não é plenamente livre,

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 536. Nesse patamar histórico, em que a sociedade burguesa começa a se impor no cenário político ocidental, consigna Mendes, “iniciam-se debates acerca do significado político do termo liberdade. Benjamin Constant estabelece uma distinção entre a *liberdade dos antigos* e a *liberdade dos modernos*, querendo mostrar os equívocos de uma equiparação ingênua de ambos os conceitos. A liberdade dos modernos é plenamente individual – um simples *deixar-me em paz* – em cujo vigor o homem poderia dedicar-se ao comércio e enriquecer sem sofrer coações de origem externa, principalmente das autoridades políticas. A modernidade incorpora também o conceito de *liberdade civil*. Essa concepção – que fundou a chamada a *teoria liberal de Estado* – contrasta com o pensamento de J.J. Rousseau, defensor de uma efetiva participação dos cidadãos nas decisões do governo, inclusive com interferência direta na elaboração das leis. Essa distinção será retomada, posteriormente, pelo filósofo político Isaiah Berlin, que criou os conceitos de *liberdade negativa* e *liberdade positiva*. A primeira expressa uma visão restritiva dos direitos dos cidadãos, estando associada somente aos *direitos civis*. Seria representada pela expressão *estar-livre-de (freedom of)*, vinculando-se à tradição liberal. A segunda impulsiona uma ampliação da participação política, associando-se aos *direitos públicos*. Seria representada pela expressão *estar-livre-para (freedom to)*, ligando-se à tradição republicana” (p. 536). Ver: CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle**. Paris: Guillaume, 1872. Edição espanhola: **Curso de política constitucional**. Trad. F. L. de Yuturbe. Madrid: Taurus, 1968; _____. “Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos”. In: **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L & PM, 1975. Ver também: ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Lourdes Santos Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991; _____. **Do Contrato Social**. Trad. Lourdes Santos Machado. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Ver, igualmente: BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. Wumberto Hudson Ferreira. Brasília: UNB, 1981. De outro ângulo, a predominância do aspecto negativo do conceito de liberdade, na observação de Mendes, “e a consolidação do liberalismo econômico impulsionaram a elaboração do conceito de *liberdade contratual*, fundada na *autonomia das vontades*. O Direito Civil do século XIX, no âmbito contratual, levou ao extremo essa noção, desconsiderando, tanto as diferenças existentes entre as pessoas contratantes, como as manifestas nos bens contratados. Tem-se, como corolário dessa concepção, uma mínima interferência do Estado nos contratos privados. O ideal liberal-individualista é bem exemplificado nas decisões da Suprema Corte Americana, do começo do século XX, quando esse órgão julgador invalidou sistematicamente leis que protegiam os trabalhadores das severas condições contratuais impostas pelos empregadores” (p. 536-537).

porquanto sofre influência de fatores internos e/ou externos. O determinismo, em verdade, não se opõe necessariamente ao liberalismo. O darwinismo social e a concepção de sociedade como organismo, de Herbert Spencer,⁶¹ por exemplo, defendia a não-intervenção estatal na sociedade, como estratégia para *selecionar* os indivíduos superiores. O cientificismo determinista burguês, em verdade, desconsiderava o aspecto *igualitário* das liberdades individuais, fazendo distinções *hierárquicas* entre os indivíduos, fundadas na raça, na geografia, na fisiologia, na eugenia etc.⁶² Noutra mirada, Marx, ao denunciar a exploração do trabalho, formulou severas críticas à noção burguesa de liberdade, segundo ele atrelada à propriedade privada, revelando que essa liberdade da classe trabalhadora resumia-se à venda de sua mão de obra.⁶³

⁶¹ Ver: SPENCER, Herbert. **Primeiros princípios**. New York: D. Appleton and Company, 1897; ELLIOT, Hugh. **Herbert Spencer**. London: Constable and Company, Ltd., 1917; ELWICK, James. “Herbert Spencer and the Disunity of the Social Organism”. **History of Science** 41, 2003, p. 35-72; FRANCIS, Mark, **Herbert Spencer e a invenção da vida moderna**. Newcastle UK: Acumen Publishing, 2007.

⁶² MENDES, Alexandre Fabiano. *Ibidem*, p. 537. O autor registra, nesse passo, que Michel Foucault assinala a recepção dessas teses pela Justiça Criminal, fazendo surgir inúmeras instituições psicológicas, psiquiátricas, médicas etc, paralelas à função judicial, interessadas em estudar os diversos aspectos da personalidade criminosa. Sobre Foucault, ver: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 29. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2004. 262 p; _____. **Microfísica do Poder**. 17. ed. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, 295 p; _____. **A vontade de saber** (História da Sexualidade). Rio de Janeiro: Graal, 1977.

⁶³ Para Marx, como explicita Mendes, no mundo concreto submetido às regras estritas de produção burguesa, “os operários encontrar-se-iam em real situação de exploração, uma vez que a liberdade do burguês é a do homem egoísta, fechado em si mesmo e separado da comunidade, gozando da liberdade de usufruir a própria fortuna, sem atentar para os outros homens. Marx coloca-se de maneira peculiar na discussão em torno da oposição entre os conceitos de determinismo e de liberdade, conciliando-os dialeticamente. O pensador defende que a liberdade é caracterizada como *consciência histórica* da necessidade, e que o primeiro passo para atingi-la é tomar consciência da escravidão para, em seguida, empreender esforços na busca da *transformação* dessa realidade. O conhecimento da necessidade é a premissa básica para a ação (praxis) libertadora” (MENDES, Alexandre Fabiano. *Ibidem*, p. 537). Esse pensamento, na observação de Mendes, “assemelha-se à tese desenvolvida, já no século XVII, por Spinoza, cuja concepção de liberdade não se opõe às determinações da necessidade. Para o pensador, o homem submete-se aos *afetos* ou *paixões* provocados pela ação do mundo externo. Ter liberdade é ter *consciência das leis da natureza* e deixar-se guiar pelos afetos ou alegrias ativas” (p. 537). Ver: MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970; _____. **Manuscritos econômicos filosóficos**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2001. Ver também, da obra de Spinoza: SPINOZA. **Tractatus de Deo et Homine Ejusque Felicitate** (escrito por volta de 1662, publicação póstuma em 1852); _____. **Tractatus de Intellectus Emendatione** (escrito em 1662, primeira edição em 1677); _____. **Renati des Cartes Principiorum Philosophiae Pars I et II, More Geometrico Demonstratae, per Benedictum de Spinoza** (1663); _____. **Ethica in Ordine Geometrico Demonstrata** (escrito em 1662-75, primeira edição em 1677); _____. **Tractatus Theologico-Politicus** (escrito em 1665-70, primeira edição em 1670); _____. **Tractatus Politicus** (incompleto, escrito a partir de 1665, primeira

No século XX, o conceito de liberdade é problematizado de modo peculiar pelo *existencialismo*. A filosofia existencialista pressupõe que a existência humana precede sua essência. Nessa perspectiva, o homem tem total responsabilidade sobre o sentido de sua vida, que é pautada por suas próprias escolhas e decisões. Sartre⁶⁴ sustenta que o homem está condenado à liberdade, ao revelar o caráter inexorável de uma existência livre, construída por nossas ações e omissões. A ninguém se pode tributar, segundo ele, a responsabilidade de um ato pessoal, nem a Deus, nem a natureza humana. O homem é visto como um projeto a ser concretizado; por isso é responsável pela sua definição como sujeito, e responsável por toda a humanidade. A circunstância de ser livre de forma inevitável tenderia a reforçar seu engajamento no mundo. De outro prisma, no âmbito da teoria política clássica, John Rawls⁶⁵ retoma o conceito kantiano de *pessoa autônoma*, ao estabelecer o primado do princípio da liberdade em sua definição de justiça como equidade. Procurou articular o clássico conceito de *liberdade negativa* com a exigência de uma maior igualdade na distribuição das riquezas produzidas pela sociedade.⁶⁶ Habermas,⁶⁷ de seu turno,

edição em 1677).

⁶⁴ Ver: SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 782 p.

⁶⁵ Ver da obra de Rawls: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.; _____. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; _____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003; _____. **Le droit des gens**. Paris: Éditions Esprit, 1996.

⁶⁶ Sobre a teoria de Rawls, Mendes esclarece que ele “procurou defender a idéia de *liberalismo político* sem aderir aos excessos individualistas do liberalismo econômico. Por isso, uma distribuição mais equânime dos bens materiais e imateriais seria condição para o desenvolvimento da pessoa moral (autonomia moral) e, por conseguinte, da expansão da liberdade política em detrimento da liberdade econômica. Assim, o pensador tentou articular o clássico conceito de *liberdade negativa* (liberdades civis), com a exigência de uma maior igualdade na distribuição das riquezas produzidas na sociedade” (MENDES, Alexandre Fabiano. “Liberdade”. *Ibidem*, p. 537).

A tese de Rawls, conforme salienta Mendes, “foi objeto de crítica de autores ditos *comunitaristas* (Taylor, McIntyre, Walzer, Sandel, etc.) que, sob diversos ângulos, atacaram a concepção abstrata de pessoa, o individualismo associal, o subjetivismo moral e o universalismo, incorporados em sua teoria da justiça. Conceitos abstratos como os de *pessoa moral, livre e autônoma* só poderiam ser definidos, realmente, de acordo com as tradições, as peculiaridades e a cultura de cada comunidade. Os comunitaristas enfatizam a multiplicidade de identidades culturais e sociais em oposição concepção de um sujeito universal e abstrato” (p. 537-538). Sobre o comunitarismo, ver: TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: A construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997; MACKINTYRE, Alsdair. **After Virtue**. University of Notre Dame Press, 1981; WALZER, Michael. **As esferas da justiça**: Em defesa do pluralismo e da igualdade. Lisboa: Presença, 1999; SANDEL, Michel. **Liberalism and the limits of justice**. Cambridge: University Press, 1982. Ver também: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

constrói outro paradigma, para sustentar uma relação de co-originalidade entre *autonomia privada* e a *autonomia pública*. Segundo ele, os indivíduos não são somente destinatários dos direitos subjetivos fundamentais, pois devem ter direitos fundamentais à participação, em igualdade de oportunidades, tanto nos processos de formação da opinião como no da criação do direito legítimo. Em suma, os indivíduos devem assumir o papel de autores de sua ordem jurídica.⁶⁸

O conceito de liberdade, pelo visto, transita por toda a história do pensamento político e jurídico da modernidade e é o primeiro fundamento da construção de um Estado de direito, e mais do que isso, de um Estado democrático de direito, exigência inarredável da sociedade contemporânea, demarcando a escalada civilizatória da humanidade.

2.2 O projeto político da modernidade e o surgimento do Estado Moderno

A palavra “estado”, etimologicamente, provém da expressão latina *status*, tendo o sentido de “estado, posição e ordem”. Foi traduzida como *state* (inglês), *état* (francês), *stato* (italiano) e *zustand* (alemão). No seu sentido ontológico, o termo Estado tem o significado de “organismo próprio dotado de funções próprias, ou seja, o modo de ser da sociedade politicamente organizada, uma das formas de manifestação do poder”.

A denominação Estado nem sempre foi usada no sentido de sociedade política, mesmo porque essa designação só foi aceita nos séculos XVI e XVII. A título

⁶⁷ Sobre a obra de Habermas, ver: HABERMAS, Jürgen. **Factividad y validez: sobre el Estado democrático de derecho em términos de teoría del derecho**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998; _____. “Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia”. In: **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002; _____. **La crisi della razionalità nel capitalismo maturo**. Bari: Laterza, 1975; _____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; _____. **Era das transições**. Trad. e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 220 p.; _____. **Between Facts and Norms**. Cambridge: MIT Press, 1996; _____. **The Theory of Communicative Action**. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, v. 2, 1984; _____. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. 3. ed. Lisboa: Guimarães, 1986, 292 p.

⁶⁸ MENDES, Alexandre Fabiano. *Ibidem*, p. 537-538.

ilustrativo, na Grécia utilizava-se a expressão “polis”, cidade, e os Romanos empregavam a palavra “civitas” ou “res publica”. Nas Idades Média e Moderna, eram usados os termos “principado”, “reino”, “república” para designar Estado. Os povos germânicos usavam os termos “reich” e “staat”.⁶⁹

A popularização da palavra Estado, entendida como organização social estruturada a partir do exercício do poder, segundo a versão mais aceita, é atribuída a Maquiavel, introduzida logo nas primeiras linhas de sua obra “O Príncipe”, publicada em 1531.⁷⁰ Contudo, o seu uso só se consagrou muito depois, porquanto ainda lhe faltava o conceito que a face jurídica lhe ministraria para associá-lo ao Estado como instituição nascente, “definido já em seus elementos constitutivos e positivado num sistema de organização permanente e duradoura”.⁷¹ Estava assim criada de forma definitiva a expressão Estado no seu uso atual e correnteio.

A expressão “Estado moderno” é de complexa explicitação. Aparentemente, tem um sentido óbvio, mas também equívoco. Para a melhor compreensão de seu significado, é fundamental partir de alguns consensos, dentro de uma visão histórica, em vista da amplitude e da complexidade do tema.

O Estado possivelmente é uma das mais complexas organizações criadas pelo homem, denotando um nível civilizatório superior. Em busca de uma explicação para sua origem, a humanidade tem empreendido grande parte de seu pensamento. Através da teologia, da filosofia, da história, da ciência política, da ciência jurídica e da sociologia política, o homem tem se dedicado ao estudo do fenômeno. Todavia, tal estudo não possibilita muitos consensos, havendo divergência, inclusive, quanto ao momento de sua gênese, mesmo porque o nascimento do Estado decorre de um processo e não de um ato apreendido no tempo.⁷²

Modernamente, o Estado é definido como um grupo social que vive em

⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 49-50.

⁷⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Martins Fontes, 2001. Colhe-se de *O Príncipe*: “Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados”.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 30-31.

⁷² BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: Novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 20.

determinado território, sob a égide de um sistema de leis e governado por representantes políticos.⁷³ Trata-se, portanto, de uma ordem política soberana, ou, dito de outra forma, de uma nação politicamente organizada. A essa acepção costuma-se acrescentar a alusão ao território.⁷⁴ A dificuldade reside em estabelecer as suas origens conectando-se essa noção até tais origens. Alguns pensadores, como Heller⁷⁵, remetem ao Estado moderno a gênese do Estado, justamente quando ele se tornou objeto de estudo da chamada Teoria do Estado.⁷⁶

Böckenfoerde salienta que o conceito de Estado não é universal, uma vez que apenas indica e descreve uma forma de ordenamento político europeu a partir do século XIII até o final do século XVIII ou início do século XIX, com fundamentos específicos da história europeia, estendendo-se posteriormente a todo o mundo civilizado.⁷⁷

⁷³ PINHEIRO FILHO, José Muiños; CHUT, Marcos André. “Estado”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286.

⁷⁴ A tradição da filosofia política concebe o Estado como a junção de elementos materiais e formais: povo, território e governo. Entretanto, a ciência política, como observam Pinheiro Filho e Chut, vem progressivamente ignorando essa idéia de Estado da filosofia política, a partir da obra de A. F. Bentley – *The Process of Government* (1908), privilegiando a análise do Estado como sistema político e jurídico, sob o viés das relações de poder da sociedade. A ciência política ressalte-se, “já não mais identifica o governo como elemento político do Estado, mas como algo dissociado do ente estatal, diante da autonomia ou existência independente do mesmo. Em verdade, o governo transformou-se na matéria-prima da ciência política, que o considera uma entidade na qual o poder é exercido como um processo político que se justifica fenomenicamente ligado a uma atividade não vinculada ao ente estatal. O espírito americano ou o seu pragmatismo é um fator determinante da mentalidade que dissolve o conceito tradicional do Estado e, também, do direito, no sentido de dirigir os seus estudos para as transformações e exercício do poder ou, como prefere Passerin d’Entrèves, o exercício da força” (PINHEIRO FILHO, José Muiños; CHUT, Marcos André. “Estado”. Op. cit., p. 286). O fenômeno da globalização, por outro lado, como asseveram os autores, “tem sido determinante nos tempos atuais para redimensionar a noção de soberania nacional”, complementando “esse esforço teórico em abandonar o conceito clássico de Estado. Em suma, mais do que se preocupar com a função intervencionista do Estado ou o retorno ao liberalismo, a ciência política hodierna ocupa-se com as relações de poder” (p. 286). Ver: BENTLEY, Arthur Fischer (1870-1957). **The Process of Government**, 1908; D’ENTRÈVES, Alexandro Passerin. **La Dottrina dello Stato**. Torino: G. Giappichelli-Editore, 1967.

⁷⁵ Ver: HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. Trad. esp. Luis Tobío. México: Fondo de Cultura Económica, 1955.

⁷⁶ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva 1987, p.3.

⁷⁷ Ver: BÖCKENFOERDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. Mundo civilizado, aqui, pode ser entendido no conceito de civilização, assim definida: “A civilização é o estágio da cultura social e da civilidade de um agrupamento humano caracterizado pelo progresso social, científico, político, econômico e artístico. Quanto maior a civilidade e mais evoluída uma nação, maior é o seu grau de civilização. O

Para Schmitt, Estado não é conceito geral válido para todos os tempos, mas conceito histórico concreto que surgiu quando nasceu a idéia e prática de soberania.⁷⁸

No plano filosófico, Kant⁷⁹ caracteriza o Estado como a reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do direito. Hegel⁸⁰ o define como totalidade ética. Kelsen⁸¹ como ordem normativa da conduta humana.

O conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado. Assim, do ponto de vista sociológico, pode ser entendido, na acepção de Jellinek⁸², como uma corporação territorial dotada de um poder de mando originário. Sob o aspecto político, na visão de Malberg⁸³, como uma comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação de mando e coerção. Sob o prisma constitucional, para Biscaretti di Ruffia⁸⁴, é pessoa jurídica territorial soberana.

Para Baracho, o Estado apresenta-se como uma forma histórica de organização jurídica de poder, peculiar às sociedades civilizadas, sucedendo a outras formas de organização política. E como ordenamento democrático está fundado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, na inviolabilidade dos direitos e no livre desenvolvimento da personalidade humana.⁸⁵

Num Estado particularizado, enquanto organização política de uma sociedade específica, para Rodrigues deve-se ainda levar em conta suas peculiaridades temporal, espacial, cultural, econômica e histórica, dentre outras.⁸⁶

vocábulo deriva do latim *civita* que designava cidade e *civile* (civil) o seu habitante.”. Disponível: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Civilização> Acesso em 04.09.2008.

⁷⁸ SCHMITT, **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992, p. 52.

⁷⁹ Ver: KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**, 1797.

⁸⁰ Ver: HEGEL. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. 3. ed. Stuttgart, 1952.

⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: UnB, 1990, p. 191.

⁸² JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Buenos Aires: Albatros, 1954, p. 135; _____. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: 1914.

⁸³ Ver: CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoria general del Estado**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1948, t. I.

⁸⁴ Ver: RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Diritto Costituzionale**. Nápoles, 1965.

⁸⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: plenitude da cidadania e garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 61.

⁸⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e principais entraves”. In: SALES, Lília Maia de Moraes e LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto

Nesse horizonte, considerando seus elementos essenciais, Rodrigues sustenta que:

- a) o poder se cumpre por meio e de acordo com o direito (ordem jurídica);
- b) detém o poder máximo dentro de suas fronteiras (soberania);
- c) tem por objetivo final a satisfação dos interesses e necessidades da comunidade que o instituiu (bem comum);
- d) o poder é exercido sobre determinado grupo de indivíduos (povo); e (e) o exercício do poder tem limites espaciais (território).⁸⁷

No que se refere a dois de seus elementos, é necessário adicionar algumas outras observações: (a) Quando se afirma que o Estado é uma *ordem jurídica*, não se está definindo, ainda, de que espécie ela é (democrática autoritária ou totalitária, legítima ou não legítima); e (b) o conteúdo da expressão *bem comum* é variável no tempo e no espaço, permitindo o seu emprego, de forma genérica, nos mais diversos Estados. Essas ressalvas são importantes, tendo em vista que, é com relação a esses componentes, principalmente, que se pode diferenciar o Estado contemporâneo, em sentido amplo, dos demais que o precederam.

O Estado surge num momento histórico bem preciso, no século XVI. Na Antigüidade Clássica, as cidades gregas e o Império Romano já apresentavam sinais precursores dessa realidade. Todavia, apenas no início dos tempos modernos as entidades públicas passaram a reunir todas as características próprias do Estado – povo, território e um poder soberano.⁸⁸

O termo *moderno*, de outro lado, enseja uma série de indagações. Tornou-se usual considerar, a partir do Humanismo e do Renascimento, *moderna* a história que se inicia com o fim do período medieval ou do feudalismo. Tem-se por moderno o pensamento e as novas estruturas que irromperam na história europeia a partir de um novo estágio histórico, decorrentes de profundas e revolucionárias alterações verificadas nos séculos XVI e XVII. Apesar de eventuais divergências sobre o tema, a historiografia política, por isso, inclina-se por denominar de *moderno* o

(Org.). **Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento:** Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.238-239.

⁸⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e principais entraves”. Op. cit., p. 239.

⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Ibidem, p. 41.

Estado que, nos séculos XV, XVI e XVII, se organizou na Europa, sucedendo ao modelo político-jurídico medieval. O Direito Público, por outro lado, reconhece no Estado moderno um tipo de Estado moldado dentro de um processo de centralização e concentração verificados no aludido período histórico, que compreendeu fases distintas e características – a absolutista, a liberal e a social.⁸⁹

O projeto sociocultural da modernidade está relacionado com as transformações verificadas no pensamento humano desde o fim da Idade Média. Consolidou-se depois das revoluções burguesas, quando esse novo paradigma se interligou ao sistema capitalista de produção. Pretendeu-se organizar a vida em sociedade, pela vez primeira na História, segundo um plano racional ideal.⁹⁰

A modernidade, para Touraine, tem sido definida pelo triunfo da razão sobre as tradições, da ação científica e tecnológica sobre os sistemas de controle social, do universalismo sobre o particularismo, e da produção sobre a reprodução. Também é demarcada pelas categorias do conflito, destruição e crítica ao irracional, ao tradicional e ao costumeiro. Em nome do progresso, a modernidade representou a luta contra os entraves políticos e culturais, as mudanças relativas à desmistificação das leis da natureza, vistas a partir de então numa perspectiva de controle do mundo natural e não de ajuste a ele.⁹¹

A modernidade⁹² significou a busca constante de mudança e de

⁸⁹ SALDANHA, Nelson. *Ibidem*, p. 4 e 5.

⁹⁰ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 47.

⁹¹ TOURAINE, Alain. “Uma visão crítica da Modernidade”. In: **A Modernidade: Cadernos de Sociologia**. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, vol. 5, n. 05, 1993, p. 32.

⁹² Sobre a modernidade, numa perspectiva contemporânea, Edgard Morin e Anne Brigitte Kern ponderam que o desenvolvimento da tríade ciência/técnica/indústria perde seu caráter providencial. “A idéia de modernidade permanece ainda conquistadora e cheia de promessas onde quer que se sonhe com bem-estar e meios técnicos libertadores. Mas ela começa a ser posta em questão no mundo do bem-estar adquirido. A modernidade era e continua sendo um complexo civilizacional animado por um dinamismo otimista. Ora, a problematização da tríade que anima esse dinamismo problematiza ela própria. A modernidade comportava em seu seio a emancipação individual, a secularização geral dos valores, a diferenciação do verdadeiro, do belo, do bem. Mas doravante o individualismo significa não mais apenas autonomia e emancipação, significa também atomização e anonimato. A secularização significa não mais apenas libertação em relação aos dogmas religiosos, mas também perda dos fundamentos, angústia, dúvida, nostalgia das grandes certezas. A diferenciação dos valores resulta não mais apenas na autonomia moral, na exaltação estética, na livre busca da verdade, mas também na desmoralização, no esteticismo frívolo, no niilismo. A virtude até então rejuvenescedora da idéia do

progresso e a reinvenção de uma nova representação da ordem social. O processo de racionalização tornou-se a sua principal característica, impulsionando a modernização da sociedade e da cultura, e teve sua expressão na distinção entre as esferas sociais e axiológicas, desgarrando-se da religião.

O Estado moderno surge no final da Idade Média e no início da Renascença – primeira revolução iluminista, precursora da revolução da razão, verificada no século XVIII. Traços inconfundíveis de seu surgimento se verificam com a eclosão do princípio da soberania. De fato, foi justamente a soberania que inaugurou o Estado moderno, fundado numa doutrina de poder inabalável e inexpugnável, “teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”.⁹³

O Renascimento pode ser caracterizado por uma série de transformações que abalaram a Europa Ocidental, determinantes para o surgimento do Estado Moderno e que são descritas por François Châtelet:

- a) as realidades históricas e econômicas (extensão e aplicação prática das descobertas feitas durante a Idade Média. Desenvolvimento da civilização urbana, comercial e manufatureira);
- b) imagem do mundo (descoberta do Novo Mundo; revolução astronômica de Copérnico e Kepler e física de Galileu);
- c) a representação da natureza (o universal medieval dos signos é substituído por uma realidade espacial a conquistar e explorar); e
- d) a cultura (a redescoberta da Antiguidade greco-romana pelos humanistas suscita um maior interesse pelo homem enquanto dado natural e pelas especulações ético-políticas);
- e) o pensamento religioso (a radicalização da contestação do poder e da hierarquia de Roma esboçada no século XIV por J. Hus, na Boêmia, e Wycliff, na Inglaterra, pelos movimentos que reivindicam o cristianismo primitivo e se apóiam em especificidades ‘nacionais’.⁹⁴

A importância de Maquiavel, segundo Châtelet, não se limita evidentemente à circunstância de ter empregado pela vez primeira a palavra Estado,

novo (novo = melhor = necessário = progresso) se esgota, ainda em uso somente para os descartáveis, as telas de televisão, os performances automobilísticos. Não haverá mais ‘novo romance’, ‘nova cozinha’, ‘nova filosofia’.” (MORIN, Edgard; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Porto Alegre: Sulina, 1995, p. 81).

⁹³ BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 29.

⁹⁴ CHÂTELET, Francois; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 37.

mas, sobretudo, por tê-la teorizado, dando-lhe a significação de *poder central soberano* legiferante. E assim, “capaz de decidir, sem compartilhar este poder com ninguém, sobre as questões tanto exteriores quanto internas de uma coletividade, ou seja, de poder que realiza a laicização da *plenitudo potestatis*”.⁹⁵ Maquiavel, na opinião dos estudiosos, foi o fundador da ciência política, por ter teorizado sobre a formação dos Estados.

A formulação jurídica da soberania deu-se na obra de Jean Bodin, publicista francês, autor dos “Seis Livros da República”.⁹⁶ Anote-se que ele não empregou a expressão Estado, e sim República, ao intitular sua obra.⁹⁷ Para Bonavides, Bodin procurou refutar Maquiavel, lançando os fundamentos teóricos do Estado absoluto calcado na premissa da irresponsabilidade política. Bodin via o Estado como um governo embasado nas leis da natureza, e o soberano estaria subordinado somente a essas leis, com o poder de alvitrar o que deva ser lei superior. Nesse tocante, não estaria submisso nem às leis de seu antecessor nem às próprias leis, mesmo porque não se submetia a qualquer julgamento, sob pena de destruição da soberania – base da estrutura do Estado. A soberania, na sua percepção, seria o poder absoluto e perpétuo de uma república.⁹⁸

O Estado, para Bodin, era constituído essencialmente de poder, sendo secundários seus demais elementos – povo e território. O termo “soberania”, para ele, tem uma acepção rigorosa, entendida como potência soberana do Estado. É *absoluta* – por comandar e não receber qualquer comando, não depender de nada nem de ninguém – nem de Deus, nem da Natureza, nem do Povo. É por isso auto-suficiente. É *indivisível*, por essência una, se conformada integralmente em cada delegação. É *perpétua*, insuscetível de sofrer as vicissitudes do tempo, por isso transcendente. Em

⁹⁵ CHÂTELET, François. Op. cit., p. 37.

⁹⁶ BODIN, Jean. **Six Livres de la Republique**. Paris: 1576. A obra foi traduzida para o espanhol por Pedro Bravo, com o título **Los Seis Libros de la Republica**. Madrid: Aguilar, 1973.

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. Ibidem, p. 31.

⁹⁸ BODIN, Jean. **Los Seis Libros de La Republica**. Trad. Pedro Bravo. Madrid: Aguilar, 1973, p. 53. Diga-se que, para Bodin, “toda república, toda corporação, todo o colégio e toda a família se governa por mando e obediência, uma vez que a liberdade natural que corresponde a cada um para viver ao seu arbítrio é posta sob o poder de outro” (Op. cit. p., 22).

suma, é, tal como Deus é.⁹⁹

Depois da organização política medieval ressurgiu a noção de Estado, em sua plena acepção. O poder é concentrado no Rei, e toda a autoridade pública emanada dele atinge a todos os indivíduos – súditos do mesmo monarca. Adquire o território limites precisos e o governo faz chegar sua lei a todas as parcelas. Mais do que em qualquer época, essa concentração de poder é acompanhada de uma crescente institucionalização, decorrente da própria expansão da comunidade política e do aparelho de poder, bem das transformações intelectuais verificadas. E com o constitucionalismo¹⁰⁰ emergente todo o Estado ficará envolvido por regras e processos jurídicos estritos.¹⁰¹

O Estado moderno europeu, para Jorge Miranda, tinha características muito peculiares:

- *Estado nacional*: O Estado tende a corresponder a uma nação ou comunidade histórica de cultura; o factor de unificação política deixa, assim, de ser a religião, a raça, a ocupação bélica ou a vizinhança para passar a ser uma afinidade de índole nova;

⁹⁹ BODIN, Jean. *passim*; CHÂTELET, François. *Op. cit.*, p.47e 48.

¹⁰⁰ *Constitucionalismo*, no sentido empregado nesse contexto, deve ser interpretado como o movimento de caráter político e jurídico, de cunho liberal, em voga entre o final do século XVIII e o término da Primeira Guerra Mundial, cujo objetivo foi o estabelecimento de Estados de direito baseados em regimes constitucionais, isto é, fundados numa Constituição democrática, que delimita claramente a atuação do Poder Público, mediante a separação dos poderes, e assegura ampla proteção aos direitos dos cidadãos, impondo o exercício, no plano político, do chamado "governo das leis e não dos homens". No plano das idéias e da Filosofia, segundo Luís Roberto Barroso, "o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que os acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e na crença do poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, independentes de outorga por parte do Estado. No plano político, notadamente na Europa continental, a Constituição consagrou a vitória dos ideais burgueses sobre o absolutismo e a aristocracia. Foi, de certa forma, a certidão do casamento duradouro entre o poder econômico – que já havia sido conquistado pela burguesia – e o poder político".

Barroso, nessa vertente, faz um registro histórico oportuno: "Embora tenham sido fenômenos contemporâneos e tenham compartilhado fundamentos comuns, o constitucionalismo americano e o francês sofreram influências históricas, políticas e doutrinárias diversas. E, em ampla medida, deram origem a modelos constitucionais bem distintos, que só vieram a se aproximar na segunda metade do século XX. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição teve o caráter de documento jurídico, normativo, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. No modelo francês, que se irradiou pela Europa, a Constituição tinha natureza essencialmente política e sua interpretação era obra do Parlamento e não de juizes e tribunais" (BARROSO, Luís Roberto Barroso. "Constituição". In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 146).

¹⁰¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 32.

- *Secularização ou laicidade*: porque – por influxo do Cristianismo e ao contrário do que sucede com o Estado islâmico – o temporal e o espiritual se afirmam esferas distintas e a comunidade já não tem por base a religião, o poder político não prossegue fins religiosos e os sacerdotes deixam de ser agentes do seu exercício;

- *Soberania*: ou poder supremo e aparentemente ilimitado, dando ao Estado não só capacidade para vencer as resistências internas à sua ação como para afirmar sua independência em relação aos outros Estados (pois trata-se agora de Estado que, ao invés dos anteriores, tem de coexistir com os outros Estados).¹⁰²

No transcurso dos séculos XIV e XV, verifica-se a conformação do Estado moderno em significativas circunstâncias históricas. E o fato mais destacado é o surgimento de uma nova classe social – a burguesia. O fato econômico importante foi a tomada de Constantinopla, em 1453, pelos turcos, destruindo a antiga rota comercial com o Oriente e comprometendo o monopólio comercial de Veneza.¹⁰³

Houve, além disso, uma série de transformações econômicas, técnicas e religiosas:

- a) descobrimento de novas fontes de riquezas no velho e novo continente;
- b) desenvolvimento das finanças internacionais, primeiro na Itália e depois nos Países Baixos;
- c) revolução na metodologia de cultivo da terra e na distribuição da propriedade territorial;
- d) invenção e disseminação da imprensa, culminando com a quebra do monopólio cultural da Igreja;
- e) invenção e uso da pólvora, decretando o fim do monopólio da nobreza; e
- f) a Reforma, como expressão do racionalismo e início de um processo de secularização ideológica.¹⁰⁴

2.3 Evolução do Estado Moderno

¹⁰² Idem. Op. cit., p. 32-33.

¹⁰³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: Introdução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 81.

¹⁰⁴ Idem. Op. cit., p. 81-82.

No pertinente à sua organização, a evolução do Estado moderno consistiu, fundamentalmente, na transferência dos meios reais de autoridade e de administração do domínio privado para a propriedade pública e do poder de mando, até então exercido como um direito individual, expropriado, primeiro, em benefício do príncipe absoluto, e posteriormente do Estado.¹⁰⁵

No processo de formação do Estado moderno, Weber visualiza, por parte do poder público, o fenômeno da *expropriação* – das armas, por meio de exército permanente, e dos meios de produção dos artesãos, pelos detentores de capital. Inicia-se, por toda a parte, o desenvolvimento do Estado moderno, pela tentativa de desapropriação, pelo príncipe, do poder administrativo dos portadores ‘particulares’, ou seja, dos detentores de recursos administrativos, bélicos e financeiros e de bens politicamente aproveitáveis de todas as espécies. Nesse particular, todo o processo foi simétrico ao desenvolvimento da empresa capitalista, com a desapropriação gradativa dos produtores autônomos.¹⁰⁶

O Estado moderno, nesse contexto, ostenta duas características básicas:

- a) *aparato administrativo* – com a instituição da burocracia, visando a prestação de serviços públicos para organizar as finanças, e com a divisão racional do trabalho; e
- b) *monopólio legítimo da força* – a sobrevivência do Estado exige um sistema coercitivo bem estruturado para submeter o exército e a burocracia, ou seja, pela supremacia dos meios de coerção física assentados legitimamente no reino da lei.¹⁰⁷

Dallari, examinando as principais teorias que procuram explicar a *formação originária* do Estado, sugere uma primeira classificação, com dois grandes grupos, que poderiam também ser cognominados de *não-contratualistas* e *contratualistas*:

- a) Teorias que afirmam a formação *natural* ou espontânea do Estado, não havendo entre elas uma coincidência quanto à causa, mas tendo todas em

¹⁰⁵ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Op. cit., p. 82.

¹⁰⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Vol. 2. Brasília-DF: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 531.

¹⁰⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Ibidem, p. 82-83.

comum a afirmação de que o Estado se formou naturalmente, não por um ato puramente voluntário.

b) Teorias que sustentam a formação *contratual* dos Estados, apresentando em comum, apesar de também divergirem entre si quanto às causas, a crença que foi a vontade de alguns homens, ou então de todos os homens, que levou à criação do Estado. De maneira geral, os adeptos da formação contratual da sociedade é que defendem a tese da criação contratualista do Estado.¹⁰⁸

Relativamente ao primeiro grupo – não-contratualista –, podem ser localizadas pelo menos quatro teorias que explicariam a gênese do Estado, segundo o tirocínio de Dallari:

- a) *origem familiar ou patriarcal*;
- b) *origem em atos de força, de violência ou de conquista*;
- c) *origem em causas econômicas ou patrimoniais*; e
- d) *origem no desenvolvimento interno da sociedade*.¹⁰⁹

No tangente à origem familiar ou patriarcal, estas teorias situam na família o núcleo social fundamental. Para seus defensores, cujo representante mais destacado é Robert Filmer¹¹⁰, cada família primitiva se ampliou, dando origem ao Estado.¹¹¹

As teorias da origem nos atos de força, de violência ou de conquista sustentam, em suma, que a superioridade de força de um grupo social teria permitido submeter o grupo mais fraco, nascendo o Estado dessa conjunção de dominantes e de dominados. Franz Oppenheimer¹¹² afirma ter sido criado o Estado para regular essas relações entre vencedores e vencidos, exercitando uma dominação com o objetivo da exploração econômica do grupo vencido pelo vencedor.¹¹³

As teorias fundantes da origem do Estado em causas econômicas ou

¹⁰⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 54.

¹⁰⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p.54-56.

¹¹⁰ Ver: FILMER, Robert Bart. **O patriarca ou o natural poder dos reis**. 1680. Teórico político inglês. Título original da obra: *Patriarcha or the natural power of Kings*.

¹¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ibidem, p. 54.

¹¹² Ver: OPPENHEIMER, Franz. **The State**. New York: 1926.

¹¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ibidem, p. 54-55.

patrimoniais, para alguns, têm inspiração em Platão¹¹⁴, nos Diálogos, no Livro II de “A República”, quando ele disserta que o Estado nasce das necessidades dos homens. Assinala que “ninguém basta a si mesmo, mas todos nós precisamos de muitas coisas”, sublinhando o motivo econômico. Nessa mesma esteira situa-se Heller¹¹⁵, segundo Dallari, ao assentar que a posse da terra gerou o poder, tendo a propriedade gerado o Estado. Já Preuss¹¹⁶ enfoca que a característica fundamental do Estado é a soberania territorial.¹¹⁷

Marx e Engels são as maiores expressões dentre as teorias que sustentam a origem do Estado por motivos econômicos. Essa posição é demarcada por Engels¹¹⁸ numa de suas primeiras obras – “A origem da Família, da Propriedade privada e do Estado” –, quando nega que o Estado tenha nascido com a sociedade. Ao contrário, afiança que o Estado é antes um produto da sociedade, quando ela atinge determinado nível de desenvolvimento. Tratando da acumulação e da diferenciação das riquezas, apontadas como causas da deterioração da convivência harmônica na sociedade, acentua que surge o Estado como instituição para perpetuar a divisão da sociedade em classes e o direito de a classe possuidora explorar e exercer o domínio sobre a não-possuidora. A crença nessa forma de origem tem reflexos, segundo Dallari, na definição de dois pontos centrais da teoria marxista¹¹⁹ – a qualificação do Estado como instrumento da burguesia para a exploração do proletariado; e a afirmação da possibilidade de sua extinção futura, por não ter existido nos primeiros tempos da sociedade humana e por ter sido sua criação artificial para satisfazer os interesses de

¹¹⁴ Ver: PLATÃO. **A República**. Bauru: Edipro, 2001, 419 p.

¹¹⁵ Ver: HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968. _____. **Teoría del Estado**. Trad. esp. Luis Tobío. México: Fondo de Cultura Económica, 1955.

¹¹⁶ Hugo Preuss foi um jurista e político alemão, autor do primeiro esboço, posteriormente muito emendado, da Constituição de Weimar de 1919 (WIKIPEDIA. Enciclopédia livre. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikipédia>). Acesso em 17 mar.2008.

¹¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ibidem*, p. 55.

¹¹⁸ Ver: ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Vitória, 1960.

¹¹⁹ Teoria marxista ou *Marxismo*, segundo Norberto Bobbio: “Entende-se por Marxismo o conjunto das idéias, dos conceitos, das teses, das teorias, das propostas de metodologia científica e de estratégia política e, em geral, a concepção do mundo, da vida social e política, consideradas como um corpo homogêneo de proposições até constituir uma verdadeira e autêntica ‘doutrina’, que se podem deduzir das obras de Karl Marx e de Friedrich Engels.” Ver: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de Política**. 2. Vol. 13. ed. Brasília: UnB, p. 738.

uma pequena minoria.¹²⁰

Marx e seus seguidores, na leitura de Pinheiro Filho e Chut, asseguram que o aparecimento do Estado está ligado a certas circunstâncias que podem ser aferidas temporalmente. Já seu desaparecimento ocorrerá no exato momento em que desvanecerem as condições que precederam o seu advento. Marx e Engels, como já dito, distinguiam conceitualmente sociedade e Estado, todavia não concebiam a idéia de que pudessem ser instituições separadas uma da outra. Por isso, o Estado para o marxismo não tem existência autônoma e externa à sociedade, por ser produto desta e instrumento das contradições sociais.¹²¹

Consoante as Teorias da origem no desenvolvimento interno da sociedade, cujo principal representante é Robert Lowie,¹²² “o Estado é um germe, uma potencialidade, em todas as sociedades humanas, as quais, todavia, prescindem dele enquanto se mantêm simples e pouco desenvolvidas”. O Estado se constitui, como destaca Dallari, por absoluta necessidade; contudo, somente naquelas sociedades mais desenvolvidas e que têm uma forma complexa. Não são, portanto, fatores externos à sociedade, mas o próprio desenvolvimento espontâneo dela que dá origem ao Estado.¹²³

Segundo a teoria contratualista, os indivíduos uniram-se voluntariamente por meio de um pacto ou contrato que lhes outorgou a condição de cidadãos, o *status civilis*. Hobbes¹²⁴ justificava os ilimitados poderes concedidos ao governo, pela organização política da sociedade, para enfrear a agressividade e o egoísmo inatos do

¹²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ibidem*, p. 55-56.

¹²¹ PINHEIRO FILHO, José Muiños. CHUT, Marcos André. “Estado”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.287.

¹²² Ver: LOWIE, Robert H. **The Origin of the State**. Nova Iork: Russell, 1961.

¹²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ibidem*, p. 56.

¹²⁴ Ver: HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Niza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979; _____, **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. Sobre o assunto, ver também: MARTINS NETO, João dos Passos. **Não-Estado e Estado no Leviatã de Hobbes**. Florianópolis: OAB-SC, 1999, 157 p.; SILVA, Juvêncio Borges da; TAVARES NETO, José Querino. “Thomas Hobbes e os fundamentos do Estado absolutista”. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.). **Humanismo político: presença humanista no transverso do pensamento político**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 157-173.

homem, bem como para garantir a segurança e o bem-estar de todos.¹²⁵ Conforme Hobbes¹²⁶, o homem no estado de natureza, isto é, fora do Estado ou da organização política, vive em guerra permanente, já que a condição humana, antes do Estado, é a guerra, a luta, a disputa entre todos. O medo da morte o impele para criar a organização política, detentora de todo o poder e força capaz de submeter todas as vontades e todas as forças individuais – o Estado absoluto, de poder absoluto. A relação de dominação do poder supremo (Leviatã¹²⁷) sobre todos os firmatários do pacto foi a causa instituinte do Estado.

Locke¹²⁸, diversamente, identificava a natureza humana pelo espírito de solidariedade, liberdade e igualdade. A manutenção da ordem e do equilíbrio era concedida pela maioria ao Estado, ante as adversidades dos membros do grupo. O Estado encontra sua legitimidade na vontade dos indivíduos. O povo mantém-se como o centro da legitimidade, pois não transfere a soberania para o monarca ou para o Estado. O pacto, por isso, pode ser modificado ou revogado a qualquer momento.

Rousseau destacava que o pacto entre os homens, expressão da vontade geral, faria prevalecer os direitos civis sobre os naturais e individuais. Por essa razão, impunha-se a constituição de uma entidade moral e política para executar as decisões do grupo – o Estado.¹²⁹

¹²⁵ PINHEIRO FILHO, José Muiños. CHUT, Marcos André. Op. cit., p. 287.

¹²⁶ HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 75-77.

¹²⁷ Leviatã, conforme anota Celso Ribeiro Bastos, nome dado por Hobbes à sua obra, significa um monstro bíblico do livro de Jó que habitava o rio Nilo e dizimava as populações ribeirinhas. “O Leviatã representava para Hobbes o Estado soberano, absolutista e detentor de todo o poder, pois segundo ele a divisão do poder nada mais era do que a sua própria dissolução. Nesse sentido, o Estado deve dirigir tanto o lado material como o lado espiritual do homem, portanto o príncipe também deve governar a Igreja, pois esta exerce uma grande influência sobre o povo” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 54).

¹²⁸ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, 313 p., passim. Ver também: _____. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1999; SILVA, Juvêncio Borges da; TAVARES NETO, José Querino. “John Locke e os fundamentos do Estado Liberal”. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo político**: presença humanista no transversal do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 175-193. É de registrar que Locke levanta em sua obra temas importantes como a propriedade e o trabalho, sustentando que mesmo no “estado de natureza” já existia a noção de propriedade, e que ela foi uma das principais causas para o surgimento da sociedade.

¹²⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Lourdes Santos Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, passim. Segundo Rousseau, o *estado de natureza* era regido pela bondade e liberdade humanas. A principal preocupação do homem residia apenas nos negócios materiais relativos a sua vida pastoral. Para

A evolução do Estado Moderno pode ser examinada sob diferentes perspectivas. Numa mirada de natureza cultural, pode-se tomar o Estado em cada época como expressão civilizatória, atendendo sobretudo às concepções filosóficas, sociais e jurídicas legitimadoras do poder e do seu exercício político. Nessa convergência, poder-se-ia identificar três períodos importantes – o Estado do Renascimento¹³⁰ dos séculos XV e XVI, o Estado da Ilustração¹³¹ dos séculos XVII e XVIII e o Estado do Romantismo¹³² do século XIX, talvez XX.¹³³

Uma segunda perspectiva, de natureza político-jurídico-positiva, examina o Estado por meio do processo político e jurídico de agir, voltando-se para a legitimidade política, a organização e a técnica de limitação do poder dos governantes, bem assim para os direitos e deveres dos governados. Nesse foco, são demarcados três períodos que o configuraram:

- a) o Estado estamental, ou da monarquia limitada pelas ordens;
- b) o Estado absoluto; e
- c) o Estado constitucional, representativo ou de Direito.¹³⁴

Uma terceira perspectiva correlaciona Direito, política e economia e visualiza o Estado na interface desses fundamentos. Há quatro tipos distintos e complementares:

Rousseau o ‘estado de natureza’ simboliza um estado paradisíaco, e os responsáveis pela perversão humana foram as artes seguidas da criação da sociedade. Ver também: MEZZARROBA, Orides. “Jean-Jacques Rousseau”. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo político**: presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.195-207.

¹³⁰ *Renascimento* ou Renascença foi um movimento artístico e científico dos séculos XV e XVI, que consistiu num retorno à Antiguidade Clássica.

¹³¹ Ilustração ou *Iluminismo*, consoante Safo Testoni Binetti, representa a mentalidade difundida no século XVIII. Já o termo Iluminismo “indica um movimento de idéias que tem origem no século XVII (ou até talvez nos séculos anteriores, nomeadamente no século XV, segundo interpretação de alguns historiadores), mas que se desenvolve especialmente no século XVIII, denominado por isso o ‘século das luzes’. Esse movimento visa estimular a luta da razão contra a autoridade, isto é, a luta da ‘luz’ contra as trevas. Daí o nome de Iluminismo, tradução da palavra *Aufklärung*, significa aclaração, esclarecimento, iluminação. O iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos” BINETTI, Safo Testoni. “Iluminismo”. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de Política**. p. 605.

¹³² Werner Naef dá ao Estado do Romantismo, segundo Jorge Miranda, um caráter meramente histórico e de reação contra a Revolução Francesa e o racionalismo (Ver: NAEF, Werner. **Staat und Staatgedanke**. Trad. castelhana: *La Idea del Estado en la Edad Moderna*. Madrid: 1947.

¹³³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40.

¹³⁴ MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 40-41.

- a) o Estado de poder soberano (do sistema europeu);
- b) o Estado comercial (relativamente fechado com sociedade e economia capitalista burguesa);
- c) o Estado liberal e constitucional; e
- d) o Estado nacional, abrangendo todas essas instâncias, mas com orientação democrática.¹³⁵

Tal qual Jorge Miranda, adota-se a segunda perspectiva por sua consonância com os objetivos da pesquisa.

O *Estado estamental* (ou monarquia limitada pelas ordens) tem forma política de transição. É um Estado que ainda não desenvolveu todas as suas potencialidades por trazer seqüelas do período feudal. Nesse modelo incipiente de Estado o Rei e as ordens (estamentos) criam a comunidade política. O Rei tem legitimidade e a efetividade do poder central, mas ainda conta com os corpos organizados (ordens) medievais. Fala-se, por isso, em Estado corporativo, por se tratar de uma sociedade complexa de unidades sociais e territoriais. Nessa fase, tal como no medievo, os direitos das pessoas estão fragmentados e estratificados. Há uma forma de representação (Parlamentos, Estados Gerais, Dietas, Cortes) com faculdades ora deliberativas ora consultivas. O Estado estamental perdura até o Rei ganhar força e unificar o poder, em suas últimas conseqüências, quando, então, a monarquia converte-se em absoluta.¹³⁶

No *Estado absoluto ou de polícia*, opera-se a máxima concentração do poder no Rei. Nesse estágio, a vontade dele é lei. Há escassas regras jurídicas definidoras do poder; normalmente não escritas, vagas, parcelares. O Estado, nesse período, transforma-se em Estado propriamente dito, dotado de soberania, e em *Fisco* – entidade de direito privado e sem soberania. Este se relaciona juridicamente com os particulares, contratando, contraindo obrigações, comparecendo em juízo, mas somente contra ele podem reivindicar os seus direitos os particulares. No absolutismo distinguem-se dois subperíodos. No primeiro, até o século XVIII, a monarquia tem caráter teocrático. O Rei considera-se escolhido por Deus e governa exercitando uma

¹³⁵ Idem, *ibidem*, p. 41.

¹³⁶ Idem, *ibidem*, p. 41-42.

autoridade que se reveste de fundamento religioso. Na fase seguinte, atribui-se ao poder uma fundamentação racionalista na ambiência do iluminismo. É o “despotismo esclarecido” ou, em alguns países, o “Estado de polícia”. O Estado absoluto reconstrói a unidade do Estado e da sociedade, modificando uma situação de divisão com privilégios das ordens para uma situação de coesão nacional. A lei, no século XVIII, prevalece sobre o costume como fonte do Direito, esboçando-se o movimento das codificações. Nesse tempo, reforma-se a justiça, são criados os exércitos nacionais, e o Estado intervém em alguns setores, como a cultura, a economia e a assistência social. Incrementa-se o capitalismo comercial, depois industrial, e a burguesia se fortalece como o setor mais dinâmico da sociedade. Todavia, a falta de poder político desta a leva a apoiar ou fazer a revolução.¹³⁷

O *Estado constitucional, representativo* ou *de direito* eclode impulsionado pelas correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo¹³⁸ e por importantes movimentos econômicos, sociais e políticos. São marcos históricos importantes dessa passagem para o Estado Constitucional a Revolução Francesa (1789-1799), a Inglaterra (onde se iniciara a Revolução industrial um século antes) e os Estados Unidos (com a primeira Constituição escrita em sentido moderno).¹³⁹ No Estado Constitucional, as Constituições escritas institucionalizam juridicamente o poder político; a soberania nacional é una e indivisível; e o povo é formado por um conjunto de cidadãos iguais em direitos e deveres. Sobre o plano das idéias e das regras jurídicas positivas, destaca Jorge Miranda:

Nem por isso, menos nítida é a divergência no plano das idéias e das regras jurídicas positivas. Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súbditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição,

¹³⁷ Idem, *ibidem*, p. 42-44.

¹³⁸ São expoentes dessas correntes filosóficas: Locke (*Segundo Tratado sobre o Governo*), Montesquieu (*Espírito das leis*), Rousseau (*Contrato Social*), Kant (*Paz Perpétua*).

¹³⁹ A expressão “Estado constitucional” é de origem francesa, assim como “governo representativo” é anglo-saxônica e “Estado de direito” é de origem alemã.

o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação dos poderes, a representação política.¹⁴⁰

E acrescenta:

[...], a Constituição traz algo de diverso e original. Traz consigo uma limitação nova e envolve todo um modo de ser concebido o poder. Na Constituição se plasma um determinado sistema de valores da vida pública, dos quais é depois indissociável. Um conjunto de princípios filosófico-jurídicos e filosófico-políticos (embora de inspirações algo diversas) vêm-na justificar e vêm-na criar.

Os mais significativos textos dessa nova concepção são americanos e franceses – a Declaração de Direitos da Virgínia¹⁴¹ e a Declaração de Independência dos Estados Unidos¹⁴², ambas de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁴³, de 1789, aquelas mais próximas do pensamento cristão, esta de um racionalismo laico.¹⁴⁴

Governo representativo é a forma de governo em que há uma dissociação entre a titularidade e o exercício do poder – “aquela radicada no povo, na nação (no sentido revolucionário) ou na coletividade, e este conferido a governantes eleitos ou considerados representativos da coletividade”. Coletividade, aqui, é entendida como um todo, diversamente do que sucede no Estado estamental, que

¹⁴⁰ MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p. 44-45. Kant descreve bem a atitude espiritual desse novo estado de coisas, quando proverbializa: “Ninguém me pode constranger a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem-estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parece boa, contanto que não cause dano à liberdade de os outros aspirarem a um fim semelhante e que pode coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível.” (KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Trad. Artur Mourão. Lisboa: 1988, p. 75).

¹⁴¹ Do art. 1º da *Declaração de Direitos do Estado da Virgínia*, colhe-se: “Todos os homens são, por natureza, livres e têm certos direitos inatos, de que, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, nomeadamente o direito à vida e à liberdade, tal como os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar obter a felicidade e a segurança.”

¹⁴² Da *Declaração de Independência dos Estados Unidos*: “Consideramos de per si evidentes as verdades seguintes: todos os homens são criaturas iguais, são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis e, entre estes, acham-se a vida, a liberdade e a ânsia de felicidade; os governos são estabelecidos entre os homens para assegurar estes direitos e os seus justos poderes derivam do consentimento dos governados; quando a forma de forma se torna ofensiva destes fins é direito do povo alterá-la, ou aboli-la e instituir novo governo [...]”

¹⁴³ Da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa, proclama-se: Art. 1º - “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos, as instituições políticas só podem fundar-se na utilidade comum.”

- Art. 2º. “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

- Art. 6º. “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para sua formação [...]”

- Art. 16. “Qualquer sociedade em que não seja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.”

¹⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p. 47.

contempla estratos ou grupos. De outro lado, é também forma de governo nova confrontada com a monarquia, com a república aristocrática e com a democracia direta, onde essa dissociação é inexistente.¹⁴⁵

Estado de direito, por último, “é o Estado em que, para garantia dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade [...] se eleva a critério de acção dos governantes”.¹⁴⁶

A questão da separação dos poderes é enfrentada na seqüência, realçando aspectos históricos, jurídicos, políticos e filosóficos, essenciais para a compreensão do tema, na perspectiva da passagem do Estado Moderno ao Contemporâneo.

2.4 O modelo liberal da divisão dos poderes

O poder, entendido como dominação,¹⁴⁷ e controle, lembra Enzweiler,¹⁴⁸ sempre permeou a história da humanidade. O exercício desse poder tende, pela experiência, a ser ilimitado e despótico. Por isso, contrapõem-se a ele, necessariamente, instrumentos de limitação e reação. Assim já se verificava quando a comunidade era circunscrita à família, ao clã, à tribo. A mesma lógica é constatada em relação ao poder exercido pela Igreja e, posteriormente, pelo Estado. O poder, por outro lado, pressupõe concentração, e talvez por essa razão tenha o Estado florescido de forma tão intensa na cultura moderna.

¹⁴⁵ Idem, ibidem, p. 46.

¹⁴⁶ Idem, ibidem, p. 46. Atribui-se a Robert Von Mohl o conceito. Ver: MOHL, Robert Von. “Polizei, 1841, Concepto de policia y Estado de Derecho, in Liberalismo aleman en el siglo XIX – 1815-1848. Coletânea de estudo”. Trad. Madrid, 1987. Destacam-se do texto os seguintes tópicos: “Ninguém pode ser sacrificado como um meio ou como uma vítima à idéia de todo” (p. 142); “Nenhum direito deve ficar sem protecção, porque seja demasiado insignificante para o Estado” (p. 142); “Estado de Direito exige protecção jurídica” (p. 144).

¹⁴⁷ Weber trabalha teoricamente com o conceito de poder e de dominação. Para ele, “poder significa a possibilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra qualquer resistência, e qualquer que seja o fundamento dessa possibilidade”. Dominação, por outro lado, é interpretada por Weber como “a possibilidade de encontrar obediência a um mandato de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas”. Ver: WEBER, Max. “A dominação”. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevan (Orgs.). **Política e Sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979, p. 16.

¹⁴⁸ ENZWEILER, Romano José. **Os desafios de tributar na era da globalização**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 78-79.

Sob o prisma político¹⁴⁹, poder é um tema central, porque o Estado não somente o detém, mas também porque ele próprio é um poder. É justamente sob este prisma a teoria de Burdeau, para quem o Estado é a institucionalização do poder. O Estado, segundo o autor, é poder e por isso seus atos obrigam. Todavia, é poder abstrato, não sendo por essa razão afetado pelas modificações que atingem seus agentes. E apesar das contingências históricas, ele perdura, por encarnar uma idéia de ordem que é o próprio fundamento do poder.¹⁵⁰

A questão do poder, segundo Wolkmer,¹⁵¹ foi confinada pelos juristas como problema específico das ciências sociais, impedindo de se reconhecer seus fundamentos e funcionalidade em uma dada formação social. Com isso, os juristas acabaram por reduzir, de forma superficial, o conceito de poder à teoria legalista do Estado soberano, ou seja, “como elemento integrante da organização dos três poderes estatais (tripartição dos poderes)”. E essa demarcação jurídica do poder tradicional do Estado moderno inviabilizou contemplar o fenômeno por outros matizes, como o político, o social e o ideológico. O enfoque crítico sobre o discurso político-jurídico do poder – a partir da teoria das ideologias e da epistemologia das formas discursivas – permite constatar “os elementos dinâmicos e reais do poder inerente às relações sociais, bem como à correlação de forças entre classes ou grupos sociais”.¹⁵²

¹⁴⁹ BOBBIO estabelece uma tipologia de três formas de poder – o político, o econômico e o social. Enumera que “o que tem em comum essas três formas de poder é que elas contribuem conjuntamente para instituir e para manter sociedades de desiguais divididas em fortes e fracos com base no poder político, em ricos e pobres com base no poder econômico, em sábios e ignorantes com base no poder ideológico. Genericamente em superiores e inferiores”. E sobre o poder político, considerado o sumo poder, define-o como aquele cujo meio específico é a força, isto é, “o poder cuja posse distingue em toda sociedade o grupo dominante”. E conclui: “De fato, o poder coativo é aquele de que todo grupo social necessita para defender-se dos ataques externos ou para impedir a própria desagregação interna.” (BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 83-84).

¹⁵⁰ BURDEAU, Georges. **L'État**. Paris: Éd. du Seuil, 1970, passim; DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 109.

¹⁵¹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77. Para Wolkmer, o poder, na sua caracterização, “pode ser impulsionado pela força física representada pelos aparatos institucionalizados que fazem valer suas decisões ou pela legitimidade fundada no consenso, advinda da maior parte de seus integrantes. O poder, enquanto coerção que produz efeitos, resulta da força e da violência. Na perspectiva da legitimidade, o poder é aquela capacidade ou possibilidade de ação que se processa enquanto função de valores e normas aceitáveis para a sociedade; conseqüentemente, o poder será ilegítimo quando violar os valores dominantes compartilhados e priorizados numa determinada organização política”.

¹⁵² Idem. Op. cit., p. 77-78.

O discurso político-jurídico, enquanto discurso de poder, foi objeto de reflexão crítica por dois autores contemporâneos, aqui destacados: Michel Foucault¹⁵³ e Nicos Poulantzas.¹⁵⁴ Este último influenciado por Marx¹⁵⁵, Gramsci¹⁵⁶ e Althusser¹⁵⁷, possibilitou novas perspectivas sobre o tema.¹⁵⁸

O exame mais ortodoxo, todavia, focado notadamente na ciência política e na ciência jurídica, confere ao pesquisador ao menos o entendimento da lógica de poder idealizada pela Modernidade e que sobrevive como paradigma do Estado liberal ao Estado contemporâneo.

Remonta a Aristóteles, na Antiguidade Clássica, a identificação de três funções principais no Estado – uma função consultiva, que se pronunciava sobre a guerra, a paz e as leis; uma função judiciária, e um magistrado que se incumbia dos

¹⁵³ Sobre o tema, ver: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 17. ed. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979; **A vontade de saber** (História da Sexualidade). Rio de Janeiro, Graal, 1977; FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 29. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2004. 262 p.

Consoante Wolkmer, as teses de Foucault “são indispensáveis para se propor uma discussão crítica do discurso político-jurídico enquanto discurso de poder. Nas reflexões de M. Foucault, o discurso jurídico ocidental tem se projetado, desde a Idade Média, como um ‘locus’ de legitimação do poder, daí a necessidade de se romper com esta instância discursiva geradora das relações de dominação e das técnicas de sujeição que integram o Direito e o Poder” (WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia*. Op. cit., p. 78). Na leitura de Roberto Machado, em sua introdução à *Microfísica do Poder*, ao tratar da genealogia do poder – “A idéia básica de Foucault é de mostrar que as relações de poder não se passam fundamentalmente nem ao nível do Direito, nem ao nível da violência; nem são basicamente contratuais nem unicamente repressivas.” (MACHADO, Roberto. “Genealogia do poder: Introdução”. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica**. Op. cit., p. XV).

¹⁵⁴ Sobre o tema, ver: POULANTZAS, Nicos. **Fascismo e ditadura**. São Paulo: Martins Fontes, 1978; _____. **O Estado, o Poder e o Socialismo**. Rio de Janeiro: Graal, 1981; _____. “El examen marxista del Estado y del Derecho actuales y la cuestión de la alternativa”. In: CAPELLA, Juan-Ramon (coord.). **MARX. El Derecho y el Estado**. Barcelona: Oikos-tau, 1979, p. 77-107.

¹⁵⁵ Sobre Marx: Ver: MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2. ed. Lisboa: Presença, 1983; MARX, Karl e ENGELS, F. **A ideologia alemã**. 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1984.

¹⁵⁶ Ver: GRAMSCI, Antônio. **Concepção dialética da história**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

¹⁵⁷ Ver: ALTHUSSER, Louis. **A favor de Marx**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

¹⁵⁸ Poulantzas, para Wolkmer, inclina-se por uma visão relacional de poder, ao contrário de Foucault, e uma visão de Estado mais ampliada, “caracterizada como instância possuidora de ‘autonomia relativa’ que condensa relações de forças”, por isso, de forma natural “tenta introduzir a função da lei e do Direito no domínio das formações discursivas de poder”. (WOLKMER, Op. cit., p. 80). Admitindo-se as proposições de Poulantzas – pondera Wolkmer -, “vê-se que a estrutura jurídica capitalista desempenha as funções principais de ‘regular’ e ‘definir os limites’ da articulação de poder do Estado.” Para Poulantzas o aparelho do Estado está, em geral, “submetido às regras que ele próprio decreta. O Direito estabelece os limites do exercício do poder de Estado, (...) estes limites tomam efetivamente uma forma de demarcação entre o espaço ‘privado’ e o espaço ‘público’: no entanto, eles exprimem uma relação de força, que é uma relação de classe”. (Wolkmer, idem, p. 81)

assuntos da administração. Tal divisão tripartite foi retomada nos séculos XVII e XVIII por Locke¹⁵⁹, Bolingbroke¹⁶⁰ e Montesquieu. Historicamente, atribui-se a Montesquieu a doutrina da separação dos poderes, muito embora, como se demonstrará adiante, sua participação seja mais incisiva na formulação da teoria dos freios e contrapesos, no controle recíproco dos poderes.¹⁶¹

A fórmula tripartite dos poderes do Estado pode ter correlação histórica com a arquetípica tendência do espírito humano às tríades. Teria sido um equivalente político às trindades mitológicas ou teológicas, cumprindo uma tendência às trilógias desde as primeiras civilizações. Nesse sentido, transpondo essa idéia para a teoria da separação, cada poder poderia ser pensado como uma “hipóstase”¹⁶² da soberania nacional. Todos os poderes possuiriam o mesmo nível, não havendo, em princípio, hierarquia entre eles.¹⁶³

Montesquieu foi, para Heller, na verdade, o primeiro filósofo a cumprir, de modo programático, o intuito de explicar o Estado e a atividade política pela totalidade das circunstâncias concretas, naturais e sociais.¹⁶⁴

A doutrina da separação dos poderes inovou em relação ao pensamento aristotélico ao estabelecer que cada uma das funções estatais devesse corresponder a um órgão próprio, atuando de forma autônoma e independente, justamente para que fosse exercitado um controle recíproco, para que nenhum poder detivesse todo o

¹⁵⁹ Ver: LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis, Vozes, 1994.

¹⁶⁰ Henry St. John Bolingbroke, nos seus escritos sobre os partidos, foi o principal portador da concepção dos *checks and balances*, havida nos séculos XVIII e XIX como uma espécie de segredo da Constituição britânica. Diversamente, a concepção francesa era voltada para a separação dos poderes. Ambas as concepções, todavia, destinavam-se a inibir as exorbitâncias do Executivo, conforme anota SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 96 e 115.

¹⁶¹ Ver: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, passim. Ver também do autor: _____. **Do espírito das leis**. Trad. Gabriela de Andrade Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]; _____. **As causas da grandeza dos romanos e da sua decadência**. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1997. E também: MEZZARROBA, Orides. “Montesquieu”. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo político**: presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 209-217.

¹⁶² Hipóstase, em sentido filosófico, segundo o Novo Dicionário Aurélio, versão eletrônica, significa “ficção ou abstração falsamente considerada como real”.

¹⁶³ SALDANHA, Nelson. *Ibidem*, p. 109-110.

¹⁶⁴ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 39.

poder.

Ao criar o receituário do Estado Liberal, a doutrina vislumbrou um mecanismo de equilíbrio e de controle recíproco na relação entre os três Poderes do Estado – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Idealizava-se para as estruturas políticas uma ordenação similar à do universo físico.¹⁶⁵ Concebeu-se, no âmbito das instituições políticas, uma visão mecanicista do universo. Um equilíbrio sutil percebido na trajetória dos astros em que cada qual cumpre a sua rota sem se chocar. Cada Poder, sendo autônomo e independente no desempenho de sua função, possibilitaria a abolição do arbítrio e da prepotência, compondo a manifestação última do Estado, resultante da conjugação da vontade dos seus três poderes.¹⁶⁶

Montesquieu, em suas concepções antiabsolutistas, para Goyard-Fabre, delineou um regime constitucional caracterizado pela inconfundibilidade dos poderes, ou seja, por sua dimensão orgânica, e, no equilíbrio das respectivas potências, por sua complementaridade funcional.¹⁶⁷

Pretendeu Montesquieu, em verdade, como enfatiza Bastos, precaver o sistema dos abusos decorrentes do exercício do poder, da força corruptora do mando político, ao afirmar que todo poder corrompe soberanamente. Já que não se poderia apostar na regeneração do próprio homem, procurou-se encontrar um remédio para o arbítrio e a prepotência dentro do mecanismo político. Era necessário, pois, que o próprio poder contivesse o poder; que cada uma das três funções do Estado, exercidas por órgãos distintos, contivesse os abusos da outra.¹⁶⁸

Nesse viés, o mérito da doutrina, na visão de Temer, não foi propriamente propor certas atividades para o Estado, porquanto tais atividades já eram identificáveis. O seu valor está especialmente na proposição de um sistema em que cada poder desempenha função distinta e, ao mesmo tempo, a atividade de um é forma de contenção da atuação do outro. “É o sistema de independência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades, é a fórmula dos ‘freios e

¹⁶⁵ SALDANHA, Nelson. *Ibidem*, p. 87.

¹⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 181-182.

¹⁶⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 188.

¹⁶⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 183.

contrapesos’ a que alude a doutrina americana”. Ademais, estaria subjacente, nessa doutrina, a idéia de proteção e de resguardo dos direitos e liberdades individuais.¹⁶⁹

Assinale-se que o grande contributo de Montesquieu à Teoria do Estado, consoante Soares, foi inegavelmente sua doutrina sobre a divisão dos poderes ou de funções legislativas, executivas e judiciais, acopladas a um sistema de freios e contrapesos, que tornada dogma do constitucionalismo demoliberal, influenciou especialmente as declarações de direitos das constituições norte-americanas e francesas.¹⁷⁰

A Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, de outro vértice, teve influência ímpar no constitucionalismo europeu no século XIX. Em seu artigo 16, enunciou: “Toda sociedade em que não seja assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.¹⁷¹

Nesse texto clássico inseriu-se o gênio imortal de todos os teóricos da liberdade, que decretaram em todas as Constituições que a adotaram, com a fórmula da divisão dos poderes, o fim dos regimes absolutos de competências ilimitadas. Por isso, o próprio Direito Constitucional mais prestigiado da Idade Moderna emergiu dessa Declaração, que é conseqüente a duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII – a da Independência americana e a Francesa.¹⁷²

Relembre-se que a união política das treze colônias que se emanciparam do colonialismo inglês formou os Estados Unidos da América, irradiando valores e idéias que ensejaram o movimento libertador das colônias espanholas por todo o continente americano, fator emancipador de várias Repúblicas. A Revolução Francesa inspirou avassaladoramente a Europa das nacionalidades, da consciência constitucional da legitimidade constituinte, das Monarquias constitucionais.¹⁷³

Por isso mesmo, para Matteucci, a definição mais conhecida de

¹⁶⁹ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, p. 127.

¹⁷⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: Introdução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 73.

¹⁷¹ *La déclaration des droits de l’homme e du citoyen*. Colhe-se do original: “Toute société, dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la separation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”.

¹⁷² BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 37 e 38.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 38.

Constitucionalismo é a que o identifica com a divisão de poder ou, de acordo com a formulação jurídica, com a separação dos poderes.¹⁷⁴ Tal ilação, segundo ele, foi roborada por Locke, Montesquieu e Kant. E nessa via, tanto na ciência jurídica como política, hodiernamente, ainda é habitual identificar o Constitucionalismo com a separação dos poderes, com o sistema de pesos e contrapesos e com a balança dos diversos órgãos.¹⁷⁵

Nas origens do moderno Estado constitucional e de Direito, para Zippelius, está também o postulado de uma limitação dos poderes através de seu equilíbrio. Esta exigência teria se tornado efetiva na Inglaterra no contexto da Revolução Gloriosa (1688), impondo-se posteriormente de forma progressiva no continente e principalmente na elaboração da constituição norte-americana.¹⁷⁶

O Estado constitucional, obra de filósofos contratualistas, utópicos transformadores do mundo e das instituições, na lição de Bonavides, é um “artefato político, social, moral e jurídico de uma verdadeira rebelião de idéias”. Os grandes e mais importantes pensadores, teóricos e publicistas da Idade Moderna, que compõem essa galeria, são Locke¹⁷⁷, Montesquieu¹⁷⁸, Rousseau¹⁷⁹, Sièyes¹⁸⁰, Constant¹⁸¹ e Kant¹⁸². Em suas obras, fixaram os princípios e os fundamentos da doutrina liberal, inventores de uma nova concepção de governo, que desestruturava a antiga sociedade

¹⁷⁴ Nesse tocante, vale anotar a distinção elaborada por Carl Friedrich, para quem o absolutismo, em qualquer de suas formas, prevê a concentração do exercício do poder. O Constitucionalismo, ao contrário, prevê que esse exercício seja partilhado. Cf. FRIEDRICH, Carl J. **Governo costituzionale e democrazia**. Venezia: Neri Pozza, 1937, sd.

¹⁷⁵ MATTEUCCI, Nicola. “Constitucionalismo”. Op. cit., p. p. 248, vol. I.

¹⁷⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Op. cit., p. 387.

¹⁷⁷ Ver: LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis, Vozes, 1994; _____. **Segundo Tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

¹⁷⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁷⁹ Ver: ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Lourdes Santos Machado. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983; _____. **O contrato Social**. Trad. Antônio de P. Machado; estudo crítico de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997; _____. **Considerações sobre o Governo da Polônia**. Trad. Lourdes Santos Machado. Porto Alegre: Globo, 1962.

¹⁸⁰ Ver: SIÈYES, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**: O que é o terceiro Estado? Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, 155 p.

¹⁸¹ Ver: CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle**. Paris: Guillaume, 1872. Edição espanhola: **Curso de política constitucional**. Trad. F. L. de Yuturbe. Madrid: Taurus, 1968.

¹⁸² Ver: KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**, 1797; _____. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Trad. Artur Mourão. Lisboa: 1988; _____. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993; _____. **A metafísica dos costumes**. Edipro: São Paulo, 2003. 335 p.

de privilégios do *Ancien Régime*.¹⁸³

O *Contrato Social* de Rousseau e o *Espírito das Leis* de Montesquieu tiveram a seu tempo, na ótica de Bonavides, efeito altamente subversivo, inspirando a ação revolucionária que se seguiu, demarcando transformações profundas na sociedade, inspirando os constituintes de 1791 e 1793 e, finalmente, a formulação da solene Declaração dos Direitos do Homem, que fundou o Estado de direito, seja qual for o qualificativo que se lhe acrescente – Liberal, Democrático ou Social.¹⁸⁴

Kant tinha outra versão da separação dos poderes, que restou reproduzida na Constituição francesa de 1791. A ele não importava, como enfatiza Matteucci, o empírico, complexo e enredado equilíbrio dos órgãos do Estado. Preferiu sobretudo compreender, em sua natureza peculiar ou “dignidade”, as diversas funções do Estado.¹⁸⁵

A transformação do Estado absoluto em Estado de direito dá-se simultaneamente com a transformação do súdito em *cidadão*. Nessa medida, sujeito de direitos não mais havidos como “naturais”, mas constitucionais frente ao Estado. E o denominado contrato social não se reveste mais de mera teoria filosófico-política porquanto se conforma em pacto constitucional com um conjunto de normas positivas obrigando o Estado e o cidadão, ambos “sujeitos de soberania reciprocamente limitada”.¹⁸⁶

Nesse passo, é importante sublinhar a fundamentalidade da questão do asseguramento das garantias, ao lado da separação dos poderes. No período iluminista, amadureceu a concepção legalista do direito, com a prevalência do direito escrito, havido como uma conquista na superação dos ordenamentos costumeiros. A lei escrita garantia a estabilidade das normas e seu conhecimento. Daí definir-se o *princípio da*

¹⁸³ BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 38.

¹⁸⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 38-39.

¹⁸⁵ Ver: KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**, 1797. Para Kant, os três poderes deverão ser autônomos e independentes em sua própria esfera, devendo ser exercidos por pessoas distintas. Não de ser coordenados e reciprocamente subordinados, “de tal maneira que um não possa usurpar as funções do outro, ao qual oferece ajuda, mas tenha seu próprio princípio, isto é, ordene em qualidade de pessoa particular, embora sua a condição de respeitar a vontade de uma pessoa superior” (Cf. MATTEUCCI, “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, p. 249, vol. I).

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 690.

legalidade como a primeira garantia do direito público moderno ou contemporâneo. E, por essa razão, a Declaração dos Direitos vinculava à própria noção de Constituição a divisão dos poderes e o asseguramento das garantias.¹⁸⁷

Com o advento da democracia, perquire-se o que remanesceu da teoria de Montesquieu. Para Matteucci, “menoscabada a identificação entre órgão do Estado e classe social, ficou apenas o conceito de equilíbrio constitucional, que impõe modos diversos e normas complexas à manifestação de vontade da maioria”.¹⁸⁸

Em verdade, essa exigência da divisão rígida dos poderes, em sua versão mais clássica, ainda no século XVIII concretizou-se historicamente de forma diversa frente a peculiares contextos políticos nacionais, notadamente nos sistemas democrático-parlamentares. Do mesmo modo, adequou-se nos regimes monárquicos, nos quais a aristocracia ainda constituía poder político.

Montesquieu, bem de ver, não pregou uma divisão absoluta de funções, como sinaliza Bastos, apesar da experiência dos primeiros anos da Revolução Francesa.¹⁸⁹ Tanto que, ao enunciar o princípio da divisão dos poderes, no capítulo do *Espírito das leis*¹⁹⁰ sobre a Constituição inglesa, à medida que aprofunda o exame daquela Constituição, encontra solução nova ao afirmar a divisão do legislativo com as classes ou estados medievais do Reino, no qual o Parlamento era constituído pelo Rei, pela nobreza temporal e espiritual e pelo povo. Nesse sentido, concebeu em sua doutrina o ideal clássico do governo misto ou de separação do poder legislativo.¹⁹¹ Nessa perspectiva, Montesquieu apresenta mais do que um sistema de separação de funções, formula a proposição de um Governo balanceado, “em que os diversos órgãos, num sistema de pesos e contrapesos, realizam um equilíbrio constitucional capaz de obstar a consolidação de um poder absoluto”. Esse equilíbrio, contudo, tem natureza mais sociológica do que jurídica, mais social do que constitucional, ao confundir órgão

¹⁸⁷ SALDANHA, Nelson. *Ibidem*, p. 112.

¹⁸⁸ MATTEUCCI, Nicola. *Op. cit.* p. 249.

¹⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 183.

¹⁹⁰ Título original da 1. ed., de 1748: “*De l’Esprit des lois, ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, etc.*”

¹⁹¹ Nesse tocante, colhe-se do *Esprit des lois*, no Livro Décimo Primeiro, ainda no Capítulo VI: “O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua capacidade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo legislativo” (MONTESQUIEU, *Op. cit.*, p.161).

do Estado com classe ou camada social.¹⁹²

Num exame histórico da doutrina da separação dos poderes, constata-se, segundo Bastos, a perda gradativa da pureza das funções do Estado. Para alguns autores, a teoria mais do que numa fase crítica estaria perempta, superada de forma absoluta pelos fatos.¹⁹³ Hoje, a função legislativa não é exclusiva do Poder Legislativo, já que este também cumpre funções atípicas administrativas e judiciárias, a evidenciar que essa separação funcional é relativa. O nome dado a cada um dos poderes reflete, por isso mesmo, apenas a atividade preponderante em relação às outras. A evolução do sistema, nessa conjuntura, permite concluir que a separação dos poderes, atualmente, dá-se por modos, graus e critérios que variam de um Estado para outro.¹⁹⁴

A divisão funcional de Poderes ou a “separação”, para Russomano, de efeito, é relativa, tal como sugerido no século XVII com o mecanismo dos *checks and controls*. Os poderes, mais do que separados, são distintos. Tal expressão *distintos* empresta melhor flexibilidade às suas linhas fronteiriças. Para essa autora, a própria teoria de Montesquieu estaria a traduzir, ainda que tenuamente, aquela relatividade, pelo menos nos moldes do que restou estabelecido no mundo jurídico-político-ocidental. No Estado Moderno constata-se que cada Poder, embora exercendo a sua função própria, não o faz com exclusividade. Assim, a diferenciação do Poder Público em Legislativo, Executivo e Judiciário não esgota as funções de legislar, julgar e executar.¹⁹⁵

No Estado moderno, ademais, o equilíbrio não se dá estritamente mediante uma atividade balanceada dos Poderes. Há controles recíprocos que são exercidos na sociedade por sindicatos, organizações profissionais, igrejas, forças armadas, imprensa, partidos políticos etc.¹⁹⁶

¹⁹² MATTEUCCI, Nicola. *Ibidem*, p. 249.

¹⁹³ A crítica à separação é em parte procedente levando-se em conta, por exemplo, que os países marxistas não inseriram o princípio na Constituição. Do mesmo modo, nos regimes parlamentaristas o governo é exercido pelo gabinete, não havendo, de fato, autonomia do Executivo em relação ao Legislativo.

¹⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 184-185.

¹⁹⁵ RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 122.

¹⁹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 186.

Com o Estado Social¹⁹⁷ e a constitucionalização de direitos e garantias individuais, por outro lado, permite-se uma ampliação do poder estatal, seja pela intervenção nas atividades entre os particulares, seja pela adoção de políticas públicas, eventualmente colidentes com outros direitos. O Estado, nesse caso, quando necessário usando instrumentos de intervenção, velará pela prevalência do social. Em situações como essa, portanto, é tolerável que o Poder Executivo ultrapasse os limites convencionais da doutrina clássica, atuando também na função legislativa.¹⁹⁸ Em razão da morosidade e estrutura do processo legislativo, justifica Clève que não é de se exigir a mesma rapidez nas decisões do Executivo, razão pela qual é legítima, nos limites constitucionais, a atividade legislativa daquele Poder. Nesse viés, o Estado do bem-estar social possibilita uma releitura do princípio da separação dos poderes, produzindo efeitos que se irradiam sobre todo o contexto dos fenômenos da criação do direito e da prestação da tutela jurisdicional de um modo geral.¹⁹⁹

Nesse contexto, é conclusivo que a teoria clássica da separação dos poderes – definindo exclusividade na função de cada qual – não se ajusta às modernas exigências do Estado Social e constitucional. Inúmeros interesses, bens e valores, dantes não reconhecidos, passaram a ter vital importância para a sociedade. Por isso, o Estado não se adstringe mais à defesa dos interesses da maioria, já que passa a assegurar igualmente instrumentos de efetivação e de proteção dos direitos das minorias. Reconhece-se a possibilidade de ingerência dos outros poderes em funções que originariamente não lhes permitiam garantir a realização dos valores e direitos que o povo, democrática e legitimamente, elegeu como fundamentais para a sociedade.²⁰⁰

Nesse particular, lembrando a concepção crítica de Foucault,²⁰¹ ele sustenta uma visão positiva de poder, não mais entendido como um “conjunto de

¹⁹⁷ Estado social, para HABÈRLE, por mais variados que sejam os conceitos, também denominado de Estado do bem estar social ou de Welfare State, reflete a idéia de um Estado constitucional ou de direito comprometido com a justiça social (HABÈRLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma, 2001, p.225).

¹⁹⁸ MÜLLER, Júlio Guilherme. **Direitos Fundamentais Processuais**. Curitiba: 2004, (251p.), p. 10. Dissertação (Mestrado). Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

¹⁹⁹ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atitudes legislativas do poder executivo**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 54.

²⁰⁰ MÜLLER, Júlio Guilherme. Op. cit., p. 11.

²⁰¹ FOUCAULT, **A Vontade de Saber**. Op. cit. p. 88-89.

instituições e aparelhos garantidores da sujeição dos cidadãos em um Estado determinado”, mas de um “poder que está em toda parte; não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares”. Para Foucault, em suas incursões teóricas, o poder não é algo que possa ser dividido entre aqueles que o possuem e os que lhe são submetidos. Deve ser analisado como algo que circula, que só funciona em cadeia. Em suma, de um poder que se exerce em rede:

Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas ou indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles.

Comparato adverte que Weber, na partilha dos poderes, incluiu o denominado *escalão administrativo*, apresentando sobre ele a conhecida teoria da *dominação burocrática*. Assevera Comparato que a instância administrativa, tanto no Estado quanto nas grandes corporações e sociedades privadas, assume indispensavelmente a forma de *organização*, definida como um sistema de competências fixas (funções e poderes), distribuídas hierarquicamente entre diversas pessoas. Alude, nessa perspectiva, às organizações internacionais, como a ONU, ou às grandes empresas capitalistas, multinacionais ou transnacionais.²⁰²

Para Comparato, cuida-se de um sistema de exercício de poder que se mostrou, de pronto, mais eficiente do que todos os demais, em vista de sua incontestável superioridade técnica. Para ele a organização burocrática, segundo Weber, está para as demais formas de administração como a máquina para os meios mecânicos de produção de bens. A organização burocrática quando plenamente desenvolvida surge como uma das estruturas sociais das mais difíceis de desmontar. Os administrados e o próprio titular do poder político soberano situam-se, diante da burocracia, “na condição de meros diletantes perante profissionais, ou de leigos em face de especialistas”. O instinto do burocrata de conservação do seu poder move-o a procurar mais e mais atribuições, “como condição de eficiência administrativa, e a

²⁰² COMPARATO, Fábio Konder. COMPARATO, Fábio Konder. “Repensar a democracia”. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Política**: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 193.

tudo recobrir com o manto do segredo”, sob a invocação de alegado “interesse público”.²⁰³

De qualquer modo, apesar das críticas formuladas ao princípio, os Estados ocidentais não o abandonaram formalmente, mesmo porque as três funções clássicas continuam insubstituíveis, mesmo nos países parlamentaristas²⁰⁴. No Brasil, há a experiência do quarto poder na época do Império. E remanesce a garantia da independência do Judiciário, indispensável para resguardar os direitos do indivíduo contra o Estado.²⁰⁵

A universalização do esquema da separação decorreu, como fenômeno histórico, do prestígio da França e também da Inglaterra, tendo efeito multiplicador gradativo até incorporar-se à própria noção ocidental de Constituição. Essa circunstância justificaria a sua sobrevivência às variações de regimes até hoje.²⁰⁶

Na atual realidade estatal, a divisão dos poderes tem peculiaridades que precisam ser sublinhadas. Nas democracias ocidentais é considerado princípio fundamental, mas não é concretizada nos moldes clássicos. De regra, somente a independência dos juízes é estritamente observada. De resto, numa perspectiva histórica, desde o início, nunca se excluíram invasões em âmbitos situados fora dos limites fundamentais de competência. Assim, nos Estados parlamentares, o governo e a administração não estão livres da ingerência do legislativo. Ao contrário, a falta de confiança do parlamento no governo, em várias constituições, garante a influência dos corpos legislativos sobre o executivo. Nos Estados Unidos, diversamente, a divisão dos poderes nesse ponto é praticada da forma mais rigorosa. Numa forma de governo ou outra, porém, o direito orçamental tem se revelado em “rédea curta do executivo”.²⁰⁷

O princípio da divisão dos poderes, de fato, não configura mais aquela rigidez de outrora. Para José Afonso da Silva, a ampliação das atividades do Estado

²⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. 193-194.

²⁰⁴ No parlamentarismo é o Legislativo quem governa e a Chefia de Gabinete é indicada pela maioria. Nessa situação, o judiciário e o executivo não são independentes, embora tenham definições claras, relativamente às suas funções específicas.

²⁰⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Ibidem, p. 186-187.

²⁰⁶ SALDANHA, Nelson. Ibidem, p. 121.

²⁰⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. Ibidem, p. 416.

contemporâneo impôs nova visão da teoria e novas formas de relacionamento entre os órgãos, tanto que a doutrina prefere, nos dias atuais, falar em *colaboração de poderes*, característica do parlamentarismo (submissão do governo à confiança do Parlamento), desenvolvendo-se no presidencialismo as técnicas da *independência orgânica* e *harmonia dos poderes*.²⁰⁸

Há uma crise funcional do Estado, na acepção de Streck, entendida na esteira da *perda de exclusividade* dos órgãos incumbidos do desempenho das funções estatais, acarretando graves problemas para as sociedades que não ultrapassaram a etapa do *Welfare State*. Esta perda de exclusividade não seria pensada apenas em seus aspectos *internos*, na *dialética da separação/harmonia das funções estatais*. Precisaria ser vista também no seu viés externo, onde se observa a fragilização do Estado em suas diversas expressões, “quando perde concorrencialmente diante de outros setores – privados, marginais, nacionais, locais, internacionais, etc. – a sua capacidade de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos”.²⁰⁹

E explicita:

Nesta perspectivas são significativos os trabalhos que apontam para um certo *pluralismo de ações e um pluralismo funcional*, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais, quando o ente público estatal, no reflexo de sua fragilização/fragmentação como espaço público de tomada de decisões, como autoridade pública, se coloca ao lado de outras estratégias de diversos matizes ou procedências, como apontado acima.

De outro lado, é preciso que se analise, ainda a transformação que se observa nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra. Neste ponto, teríamos que retomar o histórico caracterizador da teoria da especialização de funções do Estado para percebermos que autofagicamente, hoje, um pretende/busca sobreviver ‘à custa’ da(s) outra(s).

Nesta esteira, é possível apontar para a atuação da jurisdição constitucional

²⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p., 109. Para o autor, a *divisão de poderes* fundamenta-se em dois elementos: “(a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembléias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder” (p. 109).

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 77.

[...], onde há a ocupação da função legislativa em seu mais alto nível – constitucional/constituente – pela jurisdição, a prática das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), nas quais há um reforço de tarefas próprias à jurisdição praticadas no âmbito do Legislativo.²¹⁰

As rupturas do esquema dos poderes, ademais, não se verificam apenas quando um poder exerce a influência sobre o outro, como nas formas de controle parlamentar, mas quando um poder exerce as funções do outro. Relativamente ao Judiciário, salienta Zippelius:

O poder judicial participa, através da interpretação do texto da lei e da integração de lacunas legais, no processo de tornar mais preciso e completo o direito legislado. As interpretações e o desenvolvimento ‘aberto’ do direito podem, sob a forma de jurisprudência constante, consolidar-se ao ponto de alcançarem uma possibilidade de execução fáctica equivalente a uma interpretação legal ou a uma outra qualquer norma legal. Dos princípios do tratamento igual e da segurança jurídica decorre igualmente uma vinculação de legitimidade a uma prática já estabelecida de interpretação e integração de lacunas legais. Desta forma, apesar de todas as reservas [...], o poder judicial actua inevitavelmente no âmbito funcional do poder legislativo.²¹¹

Nesse viés, registre-se que no Direito Constitucional brasileiro, através da Emenda n. 45, foi instituída a Súmula Vinculante²¹², tendo as decisões do Supremo Tribunal Federal, neste tocante, efeito normativo, com poder, inclusive, de avocação de processo que a transgrida, com previsão de cominação de pena de responsabilidade ao juiz que a descumpra, denotando situação típica de carácter legislativo.²¹³

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. p. 78.

²¹¹ ZIPPELIUS, Reinhold. Ibidem, p. 416-417.

²¹² Constituição Federal, “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

²¹³ Sobre Súmula Vinculante, ver: ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A Duração Razoável do Processo como Elemento Constitutivo do Acesso à Justiça**: Novas perspectivas após a Emenda

Além da teoria clássica, proposta por Montesquieu, a doutrina contemporânea tem reconhecido também como essencial a função de controle. Assim, além do poder de julgar, de legislar e de administrar, haveria igualmente o poder de controlar que, para Karl Loewenstein,²¹⁴ é fundamental para a teoria do poder. E nesse caso, sobleva, inclusive, o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais.

Sobre esquemas de controle de poder, lembra Zippepelius que, por princípio, cada um dos órgãos do Estado deve limitar-se à função que lhe é atribuída. Isso, no entanto, não coloca os poderes numa relação de independência absoluta entre si, mas de coordenação juridicamente regulada, para a salvaguarda da própria unidade jurídica do poder do Estado:

A ‘clássica’ divisão dos poderes [...] não constitui o único esquema organizativo possível, capaz de criar equilíbrios e controles eficientes no plano político. Assim, p. ex., a distribuição das competências no Estado federal dá origem a um equilíbrio federativo dos poderes. Também outras estruturas de competências e das suas interdependências têm por efeito uma limitação e um controlo dos poderes. Pense-se, p. ex., na organização do poder legislativo de acordo com o sistema bicameral, na participação do parlamento, governo e chefe do Estado no procedimento legislativo, e, noutros requisitos de participação [...]. Acrescem controlos exercidos pela jurisdição constitucional e pela jurisdição administrativa sobre os actos do poder do Estado, e diversos controlos de vigilância. Mesmo a estruturação interna de um órgão estatal segundo o princípio colegial tem função de controlo.²¹⁵

No Brasil, a função de controle tem assento constitucional, repartida por vários órgãos estatais. É o caso da atuação do Tribunal de Contas e do Ministério Público, com maior relevo nas Cortes Constitucionais, exercitada sobre os atos do Executivo, do Judiciário nas decisões judiciais e do Legislativo na elaboração das leis.²¹⁶ Ademais, merece particular atenção, no âmbito do Judiciário, a instituição de

Constitucional n. 45, de dezembro de 2004. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 108-110; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 283-292; KRIEGER FILHO, Dino Adalberto. **Limites materiais da Reforma Constitucional**: a independência do Poder Judiciário como garantia do Estado Democrático de Direito. Itajaí, 2005. 161 p. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Curso de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ. Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – PMCJ.

²¹⁴ Ver: LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986.

²¹⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. *Ibidem*, p. 410.

²¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 189.

órgão de controle²¹⁷, pela Emenda n. 45, de dezembro de 2004²¹⁸, com a criação do Conselho Nacional de Justiça, composto por quinze membros. Segundo a Ministra Ellen Gracie Northfleet, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, a idéia de um Conselho no Brasil foi uma tentativa de copiar o que já existia em muitos países da América Latina, bem como na Espanha e Portugal. Sucede que nesses países o Judiciário não é considerado um poder de Estado. Lá é altamente vinculado ao Executivo e ao Legislativo, tendo o papel de aliviar a pressão dos outros poderes sobre a magistratura. Aqui no Brasil, no entanto, é um poder autônomo. Por isso, a melhor vocação do Conselho Nacional de Justiça é tornar-se uma instância de reflexão e planejamento para o Judiciário.²¹⁹

²¹⁷ Sobre a Reforma do Judiciário implementada pela Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 848 p.

²¹⁸ Constituição Federal, Art. 103-B. “O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução [...]

(...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

- I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
- II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;
- III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;
- IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
- V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
- VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
- VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.”

²¹⁹ NORTHFLEET, Ellen Gracie. “Fé na Justiça”: depoimento [12/março/2008]. Entrevistador: Carlos Graieb. **Revista Veja**, São Paulo, ed. 2051, ano 41, n. 10, p. 15.

Feita essa resenha do que constituiu o Estado Moderno, passa-se a enfocar a passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo.

2.5 O Estado contemporâneo: do Estado constitucional ao Estado social

Com o Estado Constitucional, cumpre-se o ideário iluminista, cujo coroamento foi a luta do indivíduo contra a tirania do Estado, com a preservação dos direitos fundamentais, representativos da tradicional tutela das liberdades burguesas – a liberdade pessoal, política e econômica. Este Estado, todavia, surge como Estado Liberal²²⁰, empenhado em limitar o poder político internamente, pela sua divisão, e externamente, reduzindo ao mínimo suas funções perante a sociedade.²²¹

²²⁰ O Estado Liberal, conforme Jorge Miranda, foi teorizado, “além de Kant e Adam Smith, Thomas Paine (*Direitos do Homem*), Madison (*O Federalista*), Wilhelm von Humboldt (*Sobre os limites da ação do Estado*), Bentham (*Obras*), Benjamin Constant (*Princípios de Política*), Alexis de Tocqueville (*Da Democracia na América*), Stuart Mill (*Sobre a Liberdade, Sobre o Governo Representativo*) e tantos outros (como, em Portugal, Silvestre Pinheiro Ferreira e Alexandre Herculano)” (Jorge Miranda, p. 47).

²²¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado...**, p. 47.

O liberalismo²²² teve uma larga trajetória histórica, inspirando o constitucionalismo europeu e americano. Foi a ideologia que atrelou o jusnaturalismo²²³ revolucionário dos séculos XVII e XVIII, o puritanismo²²⁴ da Revolução Inglesa (com o triunfo do parlamento), a Independência Americana e a Revolução Francesa.²²⁵ O liberalismo está historicamente vinculado ao direito de propriedade e ao lucro. Por outro lado, a cidadania, na primeira fase do Estado Liberal, enunciada na teoria dos direitos individuais, estava fundada no voto censitário,

²²² O liberalismo, consoante Wolkmer, “surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe social emergente (a burguesia) na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu. Assim, o Liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso etc. Em seus primórdios, o Liberalismo se constitui na bandeira revolucionária que a burguesia capitalista (apoiada pelos camponeses e pelas camadas sociais exploradas) utiliza contra o Antigo Regime Absolutista. Acontece que, no início, o Liberalismo assumiu uma forma revolucionária marcada pela ‘liberdade, igualdade e fraternidade’, em que favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto os de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o capitalismo começa a passar à fase industrial, a burguesia (a elite burguesa), assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa ‘a aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal’ que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo” (WOLKMER. Op. cit., p. 116-17; Ver também: LANZONI, Augusto. **Iniciação às ideologias políticas**. São Paulo: Ícone, 1986, p. 17 e 19). Para Lanzoni, mencionado por Wolkmer, o liberalismo, em quase todos os seus aspectos, oferece situações ambíguas. “Se ele prega a liberdade, como bem supremo do homem, de um lado, de outro ele limita a ação daqueles que não possuem dinheiro. Se ele se apresentou como revolucionário e progressista, em relação ao Antigo Regime, ele é, no entanto, conservador em relação às reivindicações populares. Portanto, ele é revolucionário e ao mesmo tempo conservador. Se no início do século XIX ele luta contra a monarquia absoluta e no século XX contra as ditaduras e regimes totalitários, de um lado, de outro ele vai lutar contra as autoridades populares e sobretudo contra a democracia e contra o socialismo” (Lanzoni, op. cit., p. 20; Wolkmer, p. 117).

²²³ O Jusnaturalismo, para Wolkmer constitui-se na principal tendência idealista na tradição do pensamento jurídico-filosófico ocidental. “O jusnaturalismo, que reivindica a existência de uma lei natural, eterna e imutável, distinta do sistema normativo fixado por um poder institucionalizado (Direito Positivo), engloba as mais amplas manifestações do idealismo que se traduzem na crença de um preceito superior advindo da vontade divina, da ordem natural das coisas, do instinto social, ou mesmo da consciência e da razão do homem.” Lembra Wolkmer, referindo Guido Fassò, que “o pressuposto básico do Direito Natural é que este tem validade em si mesmo, ‘é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer. O jusnaturalismo é, por isso, uma doutrina ‘contrária’ à do ‘positivismo jurídico’, segundo a qual só há um Direito, o estabelecido pelo Estado, cuja validade independe de qualquer referência a valores éticos” (WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia**, p. 154-155; Ver também: BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de Política**. Ibidem, p. 655-656).

²²⁴ O termo Puritanismo, para Tiziano Bonazzi, “não designa uma igreja ou seita específicas, nem um sistema teológico bem definido, mas o movimento de reforma religiosa surgido na Inglaterra durante o reinado de Isabel I, para ‘purificar’ a Igreja anglicana de todos os resíduos de ‘papismo’; ampliando-se, assumiu o protesto político parlamentar que culminaria na revolução contra Carlos I, na quarta década do século XVII” (BONAZZI, Tiziano. “Puritanismo”. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: UnB, p. 1035, vol. 2).

²²⁵ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Ibidem, p. 85-86.

entronizando a propriedade privada como alicerce teórico da liberdade. Na sua segunda fase, o Estado Liberal procurou sua legitimação através das lutas políticas e sociais, “com a ampliação do conceito de cidadania mediante a expansão dos direitos políticos a outros segmentos sociais e o resgate da idéia da igualdade jurídica como o marco dos direitos fundamentais”.²²⁶

Todavia, o liberalismo clássico viu-se à mercê de suas próprias contradições com a destruição de seus pilares pela própria burguesia. A burguesia, no afã do lucro, desrespeitou as regras do mercado e eliminou a livre concorrência e a livre iniciativa, concentrando riquezas e acentuando os desníveis sociais. Entrementes, surgiram segmentos proletários que, vítimas da miséria e da exclusão social, e gradativamente instruídos por concepções socialistas, adquiriram consciência dessa espoliação.

[...]

A tradição liberal buscou a configuração do poder político dentro de limites que garantissem a liberdade, tanto na linha filosófica quanto do constitucionalismo escrito. Estabeleceu-se Estado de Direito que volatizava os fatores políticos e sociais, mediante favorecimentos às minorias cultas e detentoras dos meios de produção, bem como pelo uso de instrumentos jurídico-formais, como separação de poderes e constituições rígidas.²²⁷

Foi a organização social da sociedade em bases patrimoniais, de acordo com Enzweiler, que fez nascer o Estado Moderno de feição liberal, conseqüência das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, fundado à idéia da nacionalidade e em resposta ao feudalismo.²²⁸

O pressuposto fundamental do Estado Liberal foi propiciar o máximo de bem-estar comum, em todos os campos, com a menor presença possível do Estado. A doutrina liberal pode ser traduzida na máxima francesa *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*²²⁹, cuja maior aplicabilidade deu-se no campo econômico, com a supressão de toda ingerência do Estado na regulação da economia. O mercado passa a ser regulado pela lei econômica, e não jurídica da oferta e da procura. O Estado assume uma postura neutral também em temas atinentes à moral e à religião. O indivíduo, pelo menos formalmente, é livre para agir e realizar suas opções fundamentais. Do Estado, a sociedade exige muito pouco – no plano externo, que

²²⁶ Idem, *ibidem*, p. 86.

²²⁷ Idem, *ibidem*, p. 87-88.

²²⁸ ENZWEILER, Romano José. *Op. cit.*, p.46.

²²⁹ Essa expressão, numa tradução livre, significa: “Deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por si só”.

organize um exército que a defenda do inimigo; no plano interno, através da polícia e do judiciário, que garanta a boa convivência e a aplicação das leis civis e penais.²³⁰

Diga-se que o Estado Liberal, interferindo minimamente na vida social, nos seus primórdios, trouxe benefícios inegáveis no seu desenvolvimento. Houve progresso econômico acentuado, propiciando as condições necessárias para a eclosão da revolução industrial. No mais, o indivíduo, como cidadão, restou valorizado com o sistema de garantias, e o poder político converteu-se em poder legal.

O liberalismo econômico²³¹ foi, de outro vértice, de fato responsável por um surto de desenvolvimento sem precedente na História. Consoante Bastos:

Toda Revolução Industrial de fins do século XVIII e todo o século XX se deu sob sua égide. Nesse sentido o ideário iluminista foi correspondido pelos fatos. De outro lado, embora tenha ele falhado em muitos outros pontos, o que o obrigou a atenuar suas postulações iniciais, de certa forma até ingênuas, o certo é que o liberalismo é uma ideologia viva até hoje sob as vestes de uma mensagem atualizada e própria para enfrentar os desafios do século XX. É a mais útil e aperfeiçoada arma que se conhece contra a estatização e, em toda parte que esta se afigura excessiva e opressora das liberdades individuais, apela-se sempre para o recurso a medidas de cunho liberalizante. O seu balanço é inteiramente favorável, outrossim, no que diz respeito à salvaguarda das liberdades fundamentais, como a de livre expressão do pensamento, a de locomoção, a de associação e de propriedade. Para alguns tidas como meramente formais, o certo é que elas não tem sido suscetíveis de asseguramento senão debaixo do Estado Liberal. A socialização leva, inexoravelmente, ao seu sacrifício, ainda que parcial, dependente, sempre, do grau com que ela se dê.²³²

²³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 212.

²³¹ Para Jacques G n reux, a teoria liberal, de um ponto de vista histórico, “abrange no essencial o pensamento dos economistas clássicos (Smith, Say, Ricardo, Mill), neoclássicos (Walras, Pareto, Marshall, Arrow, Schumpeter), monetaristas (Friedman, Hayek) e novos clássicos (Lucas, Sargent, Wallace)” (GÉNÉREUX, Jacques. **Introdu o   política econômica**. Trad. Ana Moura. Lisboa: Estampa, 1995, p. 35; ENZWEILER, Romano José. *Op. cit.*, 47). Num singelo apanhado, Enzweiler anota que os liberais admitem tr s postulados: “os mecanismos de uma economia de mercado são eficazes; os desequilíbrios que podem surgir são temporários e automaticamente eliminados por ajustamento de preços nos diferentes mercados e, finalmente, as políticas macroecon micas não são necessárias para corrigir os desequilíbrios, e a maior parte das vezes acentuam-nos em vez de os atenuar. A fé no mercado pressupõe, como *conditio sine qua non*, perfeita flexibilidade dos preços (em todos os mercados), o que afasta a possibilidade de desequilíbrio duradouro na economia. Eventualmente, dizem, os resultados não são previsíveis ou desejáveis, mas isso decorre da interven o estatal, através de regulamentac es impertinentes, como, por exemplo, a ingerência quando da livre negocia o dos preços dos bens, salários e taxas de juros” (*Ibidem*, p. 47-48).

²³² BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 213-214.

Saldanha interpreta como uma tríade dialética os três estágios do Estado

Moderno:

No primeiro estágio (que contudo já constituía uma ‘contradição’ em face da ordem medieval), o poder concentra-se e afirma-se por cima das instâncias que anteriormente teriam podido controlá-lo, como os parlamentos por exemplo. No segundo, ele nega a concentração, divide-se em ‘poderes’ e submete-se a uma regulamentação jurídica escrita, que inclusive o faz conviver com os direitos inatos dos súditos. No terceiro ele retoma a tendência de concentrar-se, nega a limitação *social* que o impedia de interferir na vida concreta dos súditos, e submete a vida destes a uma série cerrada de programações e regulamentações.²³³

Enquanto predominou no mundo ocidental a noção liberal de Estado, prevalecendo igualmente os padrões burgueses na economia, entendeu-se que o progresso – “destino intrínseco e inexorável da humanidade” – adviria normalmente, sem a ingerência estatal, pela liberdade econômica fundada na livre concorrência e nas atividades privadas. Em termos econômico-sociais, o darwinismo justificava a imagem da “luta pela sobrevivência” e da “sobrevivência do mais apto”.²³⁴

Mas sobreviveram as crises, desencadeadas desde os inícios da maquinização (já no século XVI os levantes nos países baixos contra os teares mecânicos); sobreviveram os períodos de desemprego; e a Europa romântica, tornada mais sensível pelo sentimentalismo pós-revolucionário, começou a se chocar com a fisionomia da miséria, que se agravava com o aumento dos contingentes populacionais, miséria fixada por alguns grandes desenhistas e escritores (como Dickens, por exemplo), tematizada pelo socialismo. O socialismo, velho como aspiração e como tendência doutrinária desde pelo menos os hebreus e os gregos, renovou-se nos tempos modernos a partir das *utopias* renascentistas e dos acusadores da propriedade no século XVIII: Mably, Morelly, Brissot, e o próprio Rousseau. Renovou-se outra vez com a “onda” romântica, que propiciava as denúncias sentimentais e os apelos *humanitários*. De certo modo, o socialismo veio trazer uma nova ética: ou antes, os diversos socialismos (efetivamente diversificados durante o século XIX) trouxeram novas formulações éticas, fundadas sobre a consideração do igualitarismo e da dimensão social dos homens; fundadas também, como a partir de Saint-Simon, sobre uma visão específica das estruturas e dos caminhos da nova sociedade (esta visão, inclusive, renovava o conceito de revolução, que Marx e Proudhon retomariam). Em vez do puro racionalismo, o destaque da condição concreta dos homens; em vez da valorização dos méritos individuais, a estimação do coletivo, ou ao menos da solidariedade; e com isto, um novo conceito de justiça, uma nova idéia da história e também um novo sentido do futuro.²³⁵

²³³ SALDANHA, Nelson. *Ibidem*, p. 54.

²³⁴ SALDANHA, Nelson. *Ibidem*, p. 54.

²³⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 55.

Esse Estado Liberal correspondeu, para Bonavides, ao primeiro e clássico Estado de Direito da primeira época do Constitucionalismo. O novo Estado Constitucional que o sucede é marcado por preocupações distintas, agora menos com a liberdade do que com a justiça, porquanto esta já tinha sido adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, enquanto que a justiça, como valor social superior, ainda estava longe de lograr o mesmo grau de inserção, positividade e concreção.²³⁶

O binômio justiça/liberdade torna-se, de imediato, o pedestal do Estado Constitucional dos direitos fundamentais. É um considerável avanço, mas não é o termo da jornada.

Haverá na seqüência histórica, pelo prisma da Lei Maior, um Estado constitucional dos direitos fundamentais, que representa a segunda versão do Estado de Direito, em busca de consolidação, e sujeito a avanços e recuos de natureza institucional.

A forma mais inovadora debaixo da qual ele aparece é a de Estado Social.²³⁷

Não há consenso, todavia, como acentua Brandão²³⁸, sobre o momento preciso da passagem do Estado Liberal para o Estado Contemporâneo²³⁹. Sob o prisma do pensamento político, Hegel²⁴⁰ cumpre uma espécie de função de clivagem para essa mudança de paradigma. Essa opção deve-se ao fato de Hegel ter rompido com uma visão de Estado fundada no individualismo. É nele que a noção de Sociedade Civil

²³⁶ BONAVIDES, Paulo. Teoria... Op. cit., p. 42.

²³⁷ Idem, ibidem, p. 42-43.

²³⁸ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ibidem, p. 39-40.

²³⁹ Para Gustavo Gozzi, uma definição de Estado Contemporâneo “envolve numerosos problemas, decorridos principalmente da dificuldade de analisar exaustivamente as múltiplas relações que se criaram entre o estado e o complexo social, e a de captar, depois, os seus efeitos sobre a racionalidade interna do sistema político. Uma abordagem que se revela particularmente útil na investigação referente aos problemas subjacentes ao desenvolvimento do estado contemporâneo é a da análise da difícil coexistência das formas do estado de direito com os conteúdos do estado social.” E pondera:

“Os direitos fundamentais representam a tradicional tutela das liberdades burguesas: liberdade pessoal, política e econômica. Constituem um dique contra a intervenção do estado. Os direitos sociais, ao contrário, representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. A forma do estado oscila, assim, entre a liberdade e a participação [...]”. E conclui:

“[...]”, enquanto os direitos fundamentais representam a garantia do *statu quo*, os direitos sociais, ao contrário, são *a priori* imprevisíveis, mas hão de ser sempre atendidos onde emergjam (sic) do contexto social. Daí que a integração entre estado de direito e estado social não possa dar-se no âmbito constitucional, mas só ao nível legislativo e administrativo. Se os direitos fundamentais são a garantia de uma sociedade burguesa separada do estado, os direitos sociais, em vez disso, representam a via por onde a sociedade entra no estado, modificando-lhe a estrutura formal.” (GOZZI, Gustavo. “Estado Contemporâneo”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: UnB, p. 401, vol. I).

²⁴⁰ Ver: HEGEL J. Frederico Guilherme. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. 3. ed. Lisboa: Guimarães, 1986, 292 p., passim.

passa a ser compreendida como ínsita à própria noção de Estado.²⁴¹ E justifica Brandão, a partir de uma digressão dos principais pensadores do Estado Liberal:

[...], verifica-se que até Hegel a relação do Estado com a Sociedade Civil sempre foi uma relação de antagonismo, não podendo haver identificação entre ambos porque a nota primordial do Estado é: dominação sobre os homens, em Maquiavel; essencialmente poder, sendo povo e território elementos secundários, em Bodin; a organização política a que ficam subjugados os indivíduos, para John Locke; a forma de conter a desagregação do pacto social, para Montesquieu; a maneira de preservar os pressupostos da liberdade e a propriedade privada, em Rousseau. Importa chamar a atenção para duas notas características presentes no pensamento desses autores: a primeira, já bastante clara, é a separação entre a Sociedade Política e a Sociedade Civil e a relação de antagonismo entre elas; a segunda, a noção de individualismo que perpassa a própria noção de sociedade política, posto que sempre há uma relação intersubjetiva no pacto ou na dominação do indivíduo pelo ente estatal, sendo absolutamente ignorada a noção de coletividade.²⁴²

Conclui, agora trazendo a contribuição do pensamento marxista:

É em Hegel que a noção de Sociedade Civil começa a ser compreendida como integrante da própria noção de Estado, ainda que ele faça uma inversão ao entender o Estado como fundamento da Sociedade Civil, afirmando que o Estado seria a vontade absoluta, o espírito objetivo ou espírito divino. Mas é importante observar que Hegel lança as bases que vão contribuir para o fim do individualismo. Engels, contrapondo-se ao pensamento de Hegel e com base em entendimento desenvolvido anteriormente com Marx de que o Estado é um processo histórico, enunciou de forma muito clara ser o Estado um produto da sociedade. Gramsci deixou evidente a relação entre Estado e Sociedade Civil, especialmente porque verificou que o relacionamento material entre ambos se dá no que chamou de ‘superestrutura’. Para Polantz, a Sociedade Civil não compõe o Estado, mas é um fator preponderante de sua transformação.²⁴³

Do ponto de vista da historiografia, Brandão aponta terem sido várias as circunstâncias que determinaram profundas transformações na estrutura material do Estado e que desencadearam a transformação do Estado Moderno no Contemporâneo:

a) a organização do capitalismo com a modificação da livre concorrência de mercado;

²⁴¹ Hegel, todavia, faz uma inversão, ao entender o Estado como fundamento da Sociedade Civil, sustentando que o Estado seria a vontade absoluta, o espírito objetivo, ou o espírito divino. Conforme explicita Brandão, para Hegel é o Estado que funda o povo e é o detentor da soberania. E ressalta, fundado em Roger Garaudy: “Em Rousseau, é a vontade individual que, no pacto, forma a vontade geral e fundamenta o Estado. Em Hegel, a vontade fundante é a vontade absoluta, que se manifesta no Estado. O Estado é, portanto, por ser oriundo da vontade absoluta, uma realidade arbitrária.” (BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ibidem*, p. 39; GARAUDY, Roger. **Para conhecer o pensamento de Hegel**. Trad. Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1983, p.166).

²⁴² BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ibidem*, p. 51-52.

²⁴³ Idem, *ibidem*, p. 52.

- b) a racionalidade do poder legal, entendido como modo de transmissão de comando concreto;
- c) os movimentos sociais que eclodiram a partir da segunda metade do século XIX, ainda no seio do Estado Moderno; e
- d) as novas concepções que impressionaram o pensamento político.²⁴⁴

O compromisso com a função social é a nota diferencial entre o Estado Moderno e o Contemporâneo, ensejando a integração do Estado político com a sociedade civil²⁴⁵. Altera-se com isso a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração.²⁴⁶

As duas colunas de sustentação teórica do Estado Social, para Bonavides, foram levantadas durante o século XIX, “quando o Estado Liberal e seu

²⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 41.

²⁴⁵ A expressão *sociedade civil*, na linguagem política de hoje, para Bobbio, “é geralmente empregada como um dos termos da grande dicotomia sociedade civil/Estado. O que quer dizer que não se pode determinar seu significado e delimitar sua extensão senão redefinindo simultaneamente o termo ‘Estado’ e limitando sua extensão. Negativamente, por ‘sociedade civil’ entende-se a esfera das relações sociais não reguladas pelo Estado, entendido restritivamente e quase sempre também polemicamente como o conjunto dos aparatos que num sistema social organizado exercem o poder coativo” (BOBBIO, Norberto. *Estado... Op. cit.*, p. 33). Lembra Bobbio que remonta a August Ludwig von Schlozer (1794) a distinção entre *societas civilis sine imperio* e *societas civilis cum imperio*, “na qual a segunda expressão indica aquilo que na grande dicotomia é designado com o termo ‘Estado’ e basta um único termo para designar um e outra, embora com uma distinção interna em espécies” (p. 34). A expressão ‘sociedade civil’, em seu significado oitocentista e hodierno, segundo Bobbio, nasceu da contraposição entre uma esfera política e uma esfera não política, daí por que é mais fácil encontrar uma definição negativa do que positiva. Nessa linha de entendimento, “podem-se distinguir diversas acepções conforme prevaleça a identificação do não-estatal com o pré-estatal, com o anti-estatal ou inclusive com o pós-estatal”. Numa primeira acepção, de cunho jusnaturalista, reconhece-se “que antes do Estado existem várias formas de associação que os indivíduos formam entre si para a satisfação dos seus mais diversos interesses, associações às quais o Estado se superpõe para regulá-las mas sem jamais vetar-lhes o ulterior desenvolvimento e sem jamais impedir-lhes a contínua renovação: embora num sentido não estritamente marxiano, pode-se neste caso falar da sociedade civil como uma infra-estrutura e do Estado como uma superestrutura” (p. 34-35). Em uma segunda acepção, “a sociedade civil adquire uma conotação axiologicamente positiva e passa a indicar o lugar onde se manifestam todas as instâncias de modificação das relações de dominação, formam-se os grupos que lutam pela emancipação do poder político, adquirem força os assim chamados contrapoderes” (p. 35). Numa terceira acepção, ‘sociedade civil’, para Bobbio, “tem um significado ao mesmo tempo cronológico, como na primeira, e axiológico, como na segunda: representa o ideal de uma sociedade sem Estado, destinada a surgir da dissolução do poder político. Esta acepção está presente no pensamento de Gramsci nas passagens em que o ideal característico de todo o pensamento marxista sobre a extinção do Estado é descrito como ‘reabsorção da sociedade política pela sociedade civil’ [...], como a sociedade civil na qual se exerce a hegemonia distinta da dominação, livre da sociedade política” (p. 35).

²⁴⁶ GOZZI, Gustavo. *Op. cit.*, p. 401.

Constitucionalismo doutrinário de separação do Estado e da Sociedade chegava ao apogeu”.²⁴⁷

A primeira coluna ergueram-na os filósofos políticos do Socialismo Utópico (Owen, Fourier, Saint-Simon, Proudhon): a segunda, os publicistas e pensadores do chamado Socialismo Científico, designadamente seus fundadores, Marx e Engels. A crítica impiedosa ao Capitalismo concluía, no caso dos segundos, pela extinção ou desaparecimento do Estado, por obsolescência, isto é, por se haver tornado supérfluo e anacrônico a partir da apropriação coletiva dos meios de produção. Sua única função consistira em manter, em proveito da classe dominante, a máquina coercitiva da sociedade burguesa e capitalista.²⁴⁸

O vendaval político-doutrinário que afligiu o Estado Constitucional do Liberalismo²⁴⁹ abalou os alicerces do Estado de Direito de inspiração individualista e burguês. Nesse cenário, despontou um modelo de Estado constitucional em que o fundamento social foi sua marca caracterizadora. Essa transição para o novo Estado fundou também o início de uma era constitucional derivada da ruptura dos princípios da legalidade e da legitimidade.²⁵⁰

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal tiveram o condão de gerar imensas injustiças, e os movimentos sociais do século XIX e século XX, especialmente, demonstraram cabalmente a insuficiência das liberdades burguesas, possibilitando um nível de consciência quanto à necessidade da justiça social. Para Verdú, o Estado de Direito já não poderia justificar-se como liberal para enfrentar a maré social sem despojar-se de sua neutralidade, integrando em seu seio a

²⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. Teoria... Op. cit., p. 43.

²⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. Ibidem, p. 43.

²⁴⁹ No relativo ao constitucionalismo, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino reportam, com total pertinência ao tema, uma classificação do Professor André Ramos Tavares dividindo as constituições em *liberais* e *sociais*. As Constituições *liberais* “são aquelas resultantes do triunfo da ideologia burguesa, dos ideais do Liberalismo, correspondentes ao primeiro período de surgimento dos direitos humanos, que exigiam a não-intervenção do Estado na esfera privada dos particulares. São também denominadas Constituições negativas, pois impunham a omissão ou negativa de ação do Estado, preservando-se, assim, as liberdades públicas”. Em contraposição, as Constituições *sociais* “correspondem a um momento posterior do constitucionalismo, em que se passou a exigir do Estado atuação positiva, corrigindo as desigualdades sociais e proporcionando o surgimento do Estado do bem comum. Nesse tipo de Constituição, busca-se a concretização da igualdade material (e não meramente formal), e nela são traçados expressamente os grandes objetivos que deverão nortear a atuação governamental, razão porque é também denominada Constituição dirigente” (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Niterói: Impetus, 2007, p. 25 (1997 p.); Ver: TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. Ibidem, p. 43.

sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. Nessa contingência, o Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, em *Estado Social de Direito*, comprometido em realizar a justiça social. O qualitativo “social” retrata a correção do individualismo clássico liberal, afirmando-se os denominados direitos sociais com a realização de objetivos de justiça social.²⁵¹

A crise do Estado de Direito em sua versão legislativa ou liberal, determinante do surgimento do novo Estado constitucional, segundo Cademartori²⁵², encontra-se diretamente vinculada à crise da lei como mecanismo de regulação social. Esta crise que vai permitir a superação desse modelo jurídico-político manifesta-se em dois vetores:

a) em primeiro lugar, é de assinalar-se que o Estado de Direito não nasce somente como um expediente técnico-jurídico ou um princípio formal de organização institucional. Por trás dessa vertente técnico-organizativa, subjaz uma forte dimensão axiológica que o fundamenta e define, qual seja, a afirmação da primazia do pessoal e social nas relações com o poder. As dificuldades com o Estado de Direito clássico para assegurar os seus próprios pressupostos manifestam-se nas primeiras décadas do século XX ao verificarem-se experiências políticas concretas que evidenciaram os riscos inerentes ao absolutismo legislativo, bem como a insuportável desviação entre o modelo liberal e a sua *praxis* social e econômica. Esse processo atinge seu paroxismo com os Estados totalitários, os quais no entanto se viam como Estados de Direito na medida em que se excluía a arbitrariedade pública, e o respeito à lei era assegurado;

b) outro fator da crise da lei e do Estado legislativo será a constatação do caráter conflitivo da realidade social e da não neutralidade do direito com respeito aos conflitos sociais. Existe então uma tomada de consciência de que o direito, longe de situar-se num âmbito separado do real, é ele parte do conflito social. A norma geral e abstrata deixa de ser considerada o instrumento adequado para assegurar a paz social e, particularmente, a indisponibilidade daqueles valores e princípios com respeito aos quais existe um amplo consenso social, tais como são os direitos fundamentais.²⁵³

Nos primórdios do século XX, verificou-se a ampliação da esfera de aplicabilidade dos direitos à igualdade e à propriedade, a partir de reformas ou de

²⁵¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 115; VERDÚ, Lucas Pablo. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, passim.

²⁵² CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26.

²⁵³ CADEMARTORI, Sérgio. Op. cit., p. 26-27.

rupturas do sistema capitalista, transcorrendo a passagem do Estado de direito – fundado na idéia de limitação ao poder – para o Estado social, caracterizado pela participação.²⁵⁴

Nesse particular, os textos constitucionais dos Estados capitalistas, procurando superar as tensões internas, conformaram novo tipo de constitucionalismo, recepcionando concepções socialistas²⁵⁵, redefinindo e ampliando o catálogo dos direitos fundamentais.²⁵⁶

Do ponto de vista normativo, na percepção de Pasold, o Estado Moderno finda em 1916, a partir da Constituição Mexicana de 1917, quando surge um Estado que, pelas suas condições muito peculiares, é denominado de Estado Contemporâneo. Estas concepções, de natureza social, vêm a ser confirmadas em seguida pela Constituição Alemã de Weimar, em 1919.²⁵⁷

²⁵⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Ibidem*, p. 199.

²⁵⁵ A expressão “socialismo”, segundo Wolkmer, “surgiu pela primeira vez no início do século XIX, na Inglaterra, designando teorias que planejavam novos tipos de sociedades através de reformas de iniciativa privada, sem interferência do Estado, onde a prioridade estava na sociedade e não no indivíduo. Assim, o socialismo representou uma doutrina política cujos fundamentos se embasavam ‘na tentativa de solução dos problemas sociais, principalmente aqueles gerados pela Revolução Industrial. No entanto, sua origem é bem anterior à Revolução Industrial. Problemas agrários anteriores ao desenvolvimento industrial já suscitavam reivindicações de caráter socialista” (WOLKMER, Antônio Carlos. *Ibidem*, p. 125; LANZONI, Augusto. *Ibidem*, p. 37).

A ideologia socialista, por outro lado, “em seu sentido lato, pretende transformar radicalmente o regime social, suprimindo as diferenças de classes e transformando a propriedade privada em propriedade coletiva dos meios de produção, visando a melhorar as condições de vida das massas urbanas trabalhadoras” (Wolkmer, p. 125).

Em sua tipologia, desde suas origens, “o Socialismo tem apresentado diversos modelos de como realizar uma transformação na sociedade humana. Teoricamente, as correntes socialistas têm em comum a crítica ao capitalismo liberal-individualista e a substituição da propriedade privada pela propriedade coletiva; contudo, a divergência se dá a nível da práxis e do processo histórico que rege as transformações. As principais concepções de Socialismo abrangem o *Socialismo Utópico* (Saint-Simon, Robert Owen, Charles Fourier e Pierre-Joseph Proudhon), *Socialismo estatal* (Louis Blanc e Ferdinand Lassale), *Socialismo Científico* (Karl Marx e Friedrich Engels) e o *Socialismo cristão* (Leão XIII)” (Wolkmer, p. 125).

O pensamento socialista, para Wolkmer, “reflete os intentos de segmentos sociais emergentes marginalizados por profundas desigualdades e espoliações materiais produzidas diretamente pelo capitalismo industrial” (p. 126). Segundo Lanzoni, de todas as correntes socialistas o marxismo e o anarco-sindicalismo são “as ideologias que mais influenciaram os movimentos operários, principalmente no seu direcionamento político, isto é das reivindicações sociais para a luta política” (Augusto Lanzoni, p. 47; Wolkmer, p. 126).

²⁵⁶ SOARES, M. L. Quintão. *Ibidem*, 200.

²⁵⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. Florianópolis: OAB/SC; Diploma Legal, 2003, p. 34 e 57.

As principais características do Estado Contemporâneo diferenciadoras em relação ao Estado Moderno podem assim ser enumeradas:

- a) manutenção dos Direitos Individuais consagrados historicamente;
- b) inserção dos Direitos Sociais e/ou Coletivos como Direitos Fundamentais no catálogo dos Direitos Fundamentais; e
- c) intervenção do Estado nos domínios econômico e social para assegurar a efetiva realização desses direitos.²⁵⁸

Nesse viés, o Estado contemporâneo distingue-se por oferecer três elementos caracterizadores:

- a) qualidade instrumental, a indicar que não é um fim em si mesmo, mas instrumento da sociedade, através do qual busca efetivar seus fins;
- b) compromisso intrínseco com o bem comum e com os valores fundamentais da pessoa humana; e
- c) caráter intervencionista.²⁵⁹

Por outro lado, segundo Bonavides há duas formas de intervenção:

- a) uma de dirigismo imposto, formada de cima para baixo; e
- b) outra, de dirigismo consentido, de baixo para cima.

A distinção entre intervenção autoritária (ou até totalitária) e intervenção democrática possibilita a busca de maior especificação nas características do Estado, ao menos como tipo ideal. A intervenção democrática exige a presença de dois elementos significativos:

- a) a garantia do direito à diferença, como expressão fundamental da pluralidade social; e
- b) garantia de participação nas decisões e no controle do Estado.²⁶⁰

²⁵⁸ PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit. p. 57.

²⁵⁹ Idem, ibidem, p. 57.

²⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 13; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e principais entraves”. Op. cit., p. 239-240.

Frente a essas observações, em consonância com Rodrigues, pode-se estabelecer três princípios básicos, caracterizadores do estado contemporâneo democrático:

- a) compromisso concreto com a função social, traduzida na justiça social, parâmetro atualizado da expressão “bem comum”. Nesse conceito inclui-se o acesso aos bens materiais e imateriais indispensáveis à plena realização da pessoa humana;
- b) o caráter intervencionista, indispensável à consecução desse objetivo maior; e
- c) a estruturação por meio de uma ordem jurídica legítima, que respeite a liberdade (pluralismo) e a igualdade (em sentido material e não apenas formal) e garanta de forma efetiva a participação.

“Em resumo: um Estado estruturado sobre o valor da solidariedade”.²⁶¹

Esse modelo, segundo Rodrigues, estabelece parâmetros ideais que possibilitam analisar concretamente os Estados, permitindo a superação dos dois modelos teóricos clássicos:

- a) de um lado, o liberal, que tem como função principal garantir a liberdade, a participação e a segurança, sendo minimamente intervencionista; e
- b) de outro, o socialista (nos moldes soviéticos), estruturado essencialmente para exercitar a função social, vista somente no seu conteúdo material, sendo extremamente intervencionista.²⁶²

Acrescenta Rodrigues:

A concepção aqui apresentada é de um modelo genérico. De um lado, cada Estado concreto, frente às suas especificidades, é mais ou menos intervencionista, mais ou menos preocupado com a função social, mais ou menos democrático. De outro, cada Estado em particular é uma relação, ou melhor, a condensação de uma relação de forças entre classes, frações de classes e grupos, tal como se exprimem no seu próprio seio. No entanto, excetuando-se os regimes totalitários vigentes (sejam de esquerda ou de direita) serve o modelo adotado como parâmetro que permite apreender *formalmente*, em uma única categoria, os demais Estados contemporaneamente existentes, inclusive o brasileiro.

²⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 240.

²⁶² Idem, *ibidem*, p. 240.

Ferrajoli estabelece, a partir da dicotomia entre *garantias liberais negativas* e *garantias sociais positivas*, a diferença entre Estado liberal e Estado socialista ou social.²⁶³

Na tradição liberal o Estado de direito foi concebido como limitado somente por vedações legais, em garantia dos direitos do indivíduo de não ser privado de bens pré-políticos da vida e da liberdade (além da propriedade). As *garantias liberais* ou *negativas* consistem unicamente nos deveres públicos negativos ou de não fazer – de deixar viver e de deixar de fazer – que têm por argumento prestações negativas ou não prestações.²⁶⁴

Ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, as Constituições atuais têm, contudo, reconhecido outros direitos vitais ou fundamentais:

Os direitos já recordados à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à instrução, à habitação, à informação e similares. Diferentemente dos direitos de liberdade, que são *direitos de* (ou faculdade de comportamentos próprios) a que correspondem a *vedações* (ou deveres públicos de não fazer), estes direitos, que podemos chamar ‘sociais’ ou também ‘materiais’, são *direitos a* (ou *expectativas* de comportamentos alheios) que devem corresponder a *obrigações* (ou deveres públicos de fazer). A noção liberal de ‘Estado de direito’ deve ser conseqüentemente alargada para incluir também a figura do Estado vinculado por obrigações além de vedações. Digamos, pois, que onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que requerem prestações *negativas* para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como *Estado de direito liberal*; onde, ao invés, este também incorporar obrigações, que requerem prestações *positivas* para garantia dos direitos sociais, este se caracteriza como *Estado de direito social*.²⁶⁵

O constitucionalismo social, para Bonavides, tem uma trajetória histórica “que vai da doutrina ao texto legislativo, da idéia ao fato, da utopia à realidade, do abstrato ao concreto”. Ademais, habitualmente se acha impregnado de valores ou princípios que lhe conferem historicamente legitimidade.²⁶⁶

²⁶³ Lembra Ferrajoli outras distinções, como aquela de Friederich Hayek entre norma de conduta e norma de organização, ou aquela de Herbert Hart entre normas primárias que impõem obrigações e normas secundárias que conferem poderes. Nesse horizonte, o Estado Liberal poderia ser caracterizado como um “Estado limitado por *normas secundárias negativas*; isto é, por vedações legais dirigidas aos seus órgãos de poder; e o *Estado social* ou *socialista* como um Estado vinculado por *normas secundárias positivas*, isto é, por comandos igualmente dirigidos aos poderes públicos” (Ferrajoli, op. cit., p. 691-692).

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Ibidem, p. 690.

²⁶⁵ Idem, ibidem, p. 691.

²⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. “Constitucionalismo Social e Democracia Participativa”. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). **Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 17.

Em verdade, a esfera teórica onde se desenvolveu a base de tal constitucionalismo é aquela em que prepondera o pensamento de igualdade vinculado a uma noção de justiça. Nessa base se combinam elementos doutrinários, ideológicos e utópicos cujas raízes ou nascentes remontam a pensadores do quilate de Platão e Rousseau, de Aristóteles e Althusius, de Tomás Morus e Saint-Simon, de Santo Tomás de Aquino e Proudhon, Carlos Marx e Haroldo Laski.

Já a esfera pragmática, por sua vez, começa a desenhar-se na modernidade com a Constituição francesa de 1793 que, em certa maneira, radicalizou a Revolução pelo tenaz empenho de seus constituintes em fazer a igualdade subir a escada das instituições até alcançar degrau tão alto quanto o da liberdade.²⁶⁷

Bonavides, assim como Pasold, aponta a Constituição do México de 1917, sob o ponto de vista da positividade, como um marco histórico para o constitucionalismo social.

Mas o constitucionalismo social, subjacente àquele estatuto revolucionário, e que tem ali a certidão de sua estréia no campo da positividade, só toma em verdade compleição definida e concreta, vazada no espírito, na consciência e na vocação da contemporaneidade, a partir da Carta Política do México de 1917.²⁶⁸

E conclui Bonavides, ao referir inclusive a Constituição de Weimar, que repercutiu de modo mais intenso, certamente pela importância da Alemanha no contexto internacional, esmaecendo de certa forma a importância da Carta Mexicana.²⁶⁹

Com efeito, o tratamento normativo da matéria social fulge precursoramente no texto mexicano, a saber, em seus artigos 3, 4, 5, 25 a 28 e 123, os quais, a nosso ver, têm um teor qualitativo e quantitativo cujo alcance sobre-excede o da Constituição de Weimar promulgada em 1919, dois anos depois.

A repercussão internacional da Carta alemã foi porém imediata, contribuindo deveras para estabelecer, por seu reflexo ideológico, os fundamentos do constitucionalismo social, com irradiação a outras Cartas, que receberam assim

²⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 18.

²⁶⁸ Idem, ibidem, p.18.

²⁶⁹ Pondera Bonavides que “a sobredita ressonância do Estatuto de Weimar, que deixou na penumbra a constituição do México, promulgada dois anos antes, tem a nosso parecer, uma explicação óbvia: o peso superior da influência e força sugestiva da Alemanha sobre outros países, nomeadamente os do Velho Mundo, cenário de seu desenvolvimento político, militar, cultural e intelectual. Países que contemplavam, atônitos, o quadro da catástrofe em que aquela nação submergira e da qual buscava erguer-se com um projeto democrático e institucional deveras inovador. O projeto consistiu numa Constituição de bases sociais, promulgada na antevéspera da grande convulsão ideológica que abalaria o século XX com o advento do bolchevismo, do fascismo do nacional-socialismo” (Idem, ibidem, p. 19).

o influxo weimariano, tão importante para a abertura da nova era constitucional inaugurada na segunda década do século XX.²⁷⁰

A Constituição de Weimar incorporou à sua ordem jurídica, inovadoramente, direitos de uma nova dimensão, os direitos sociais, com destaque aos direitos e deveres fundamentais, dispondo sobre a instrução e a educação e sobre a economia. Nessa perspectiva, proclamou a Alemanha um Estado social.²⁷¹ A partir de sua vigência, esse modelo de constitucionalismo foi consagrado, em sua dimensão democrática, condensando na expressão Estado Social uma identidade desejada no âmbito teórico, definidora de um Estado social e de direito de igual significado.²⁷²

A aceitação dessa identidade, com a recusa da tese kelseniana de que todo Estado é Estado de direito, possibilita distinguir igualmente o Estado social de outras supostas formas de Estado de direito, como o Estado socialista soviético de Stalin, o Estado nacional-socialista da Alemanha de Hitler e o Estado fascista da Itália de Mussolini.²⁷³

A passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo determinou uma ruptura com o paradigma do Poder Político, tão importante quanto a havida na formação do Estado Moderno, com o abandono do pluralismo imperante nas sociedades políticas da Idade Média. E essa substancial mudança histórica deveu-se à percepção da sociedade civil no interior do próprio Estado.²⁷⁴

Por outro lado, do ponto de vista de sua organização e finalidade, continua vigente, no presente momento histórico, a noção de Estado Contemporâneo, muito embora haja profundas diferenças em razão da ordem política que eclodiu nos albores do século XX. O Estado Contemporâneo hodierno também é usualmente denominado de Estado do Bem-Estar,²⁷⁵ *Welfare State*, Estado Social ou Estado-Providência.²⁷⁶

²⁷⁰ Idem, *ibidem*, p. 18.

²⁷¹ Diz textualmente a Constituição alemã: “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”, ou numa versão livre – “A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social”.

²⁷² Idem, *ibidem*, p. 20 e 21.

²⁷³ Idem, *ibidem*, p. 21.

²⁷⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ibidem*, p. 59.

²⁷⁵ Consoante Glória Regonini, o estado do bem-estar (*Welfare State*), ou estado assistencial, pode ser

As modificações experimentadas daquela época para a atual determinaram uma outra modificação no paradigma do Estado que, se por um lado, não é possível dizer que há uma transformação absoluta, como ocorreu nas duas passagens anteriores – porque a realização das necessidades da Sociedade Civil é ainda a razão primeira do Estado –, por outro, é impossível deixar de perceber que há uma grande diferença na forma de o Estado realizar sua função social. Esta última modificação que agora se analisa é decorrente de duas ordens de acontecimentos: a) uma de ordem interna, decorrente exatamente da crescente modificação na forma de a Sociedade Civil inter-relacionar-se com o Estado, que gerou uma gama de novos direitos aos cidadãos e à totalidade da Sociedade [...]; e b) outra externa, fruto do processo de globalização da economia, que tem profunda repercussão no setor político.²⁷⁷

Dito isso, ressalta-se a evolução do conceito de Estado de direito para o de Estado democrático de direito, sob o influxo da força irradiadora da democracia na contemporaneidade.

2.6 Visões conceituais: do Estado de direito ao Estado democrático de direito

Estado de Direito é expressão de difícil conceituação não só por sua acepção específica, de variegada compreensão, mas sobretudo pela carga retórico-ideológica que usualmente é emprestada ao termo.

definido, à primeira análise, como estado que garante, segundo a definição de H.L. Wilensky, “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade mas como direito político”. Segundo a autora, “o que distingue o estado assistencial de outros tipos de estado não é tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população como o fato de tal ação ser reivindicada pelos cidadãos como um direito”. Pondera Regonini, com apoio em Offe e Habermas, que “o estado assistencial traz como resultado a ‘estatização da sociedade’. Trabalho, rendimento, *chances* de vida não são mais determinados pelo mercado, mas por mecanismos políticos que objetivam a prevenção dos conflitos, a estabilidade do sistema, o fortalecimento da legitimação do estado. A vontade política não se forma já pelo jogo das agregações na sociedade civil, mas se solidifica por meio de mecanismos institucionais que operam como filtro na seleção das solicitações funcionais ao sistema. Partidos, sindicatos e Parlamento atuam como organismos dispensadores de serviços, trocando-os pelo apoio politicamente disponível. Os resultados desse processo são diversos, dependendo do fato de se prever ou não a total extinção da autonomia da sociedade em face de um ‘despotismo administrativo’, que levaria à total dependência dos indivíduos e dos pequenos grupos dos mecanismos públicos. As possibilidades de saída estão, portanto, confiadas à capacidade de resistência de alguns fragmentos da sociedade civil; círculos de vida privada, setores da economia concorrencial, grupos portadores de interesses não filtrados pelas instituições” (REGONINI, Glória. “Estado do bem-estar”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. Op. cit. p. 416-419, vol. I; WILENSKY, H.L. **The Welfare State and equality**. University of California, Press Berkeley, 1975; HABERMAS, J. **La crisi della razionalità nel capitalismo maturo**, Bari: Laterza, 1975; OFFE, C. **Lo Stato nel capitalismo maturo**. Milano: Etas Libri, 1977).

²⁷⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ibidem*. 59.

²⁷⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 59-60.

Estado de direito, para Nelson Saldanha, costuma designar um tipo de Estado cujas bases foram postas pelo constitucionalismo liberal. Segundo alguns autores de formação juspositivista²⁷⁸ kelseniana, chega a ser tautológica a expressão. Isso porque, para Kelsen²⁷⁹, na sua óptica monista²⁸⁰, o Estado deve ser visto como um ente formalmente jurídico, integrado por normas e níveis de competência, de tal sorte que direito e Estado constituem dois lados do mesmo objeto.²⁸¹

A expressão Estado de direito, usada desde a primeira metade do século XIX, por Bluntschli,²⁸² tem uma carga valorativa, traduzindo um compromisso ao evidenciar um Estado que tem no direito, no seu ordenamento jurídico e especialmente

²⁷⁸ A ideologia do positivismo jurídico, como anota Antônio Carlos Wolkmer, que “prosperou a partir da metade do século XIX e acabou se impondo como principal doutrina jurídica contemporânea, estendendo-se em diversas áreas do Direito”. E igualmente “constitui-se na mais vigorosa reação às correntes definidas como jusnaturalistas, que buscavam definir a origem, a essência e o fim do Direito na natureza, ou mesmo, na razão humana. A ideologia positivista procurou banir todas as considerações de teor metafísico-racionalista do Direito, reduzindo tudo à análise de categorias empíricas na funcionalidade de estruturas legais em vigor” (WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 158). A ideologia positivista, para Wolkmer, “se contrapõe à concepção metajurídica jusfilosófica, na medida em que rejeita toda e qualquer dimensão *a priori*. Descarta, assim, princípios e juízos valorativos em função de uma suposta neutralidade axiomática, de um rigoroso experimentalismo e, ao mesmo tempo, de um tecnicismo formalista. O Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva e concreta. Toda a sua validade e imputação fundamentam-se na própria existência de uma organização normativa e hierarquizada. A concepção jurídico-normativa tipificada pelo caráter abstrato, genérico e institucionalizado tende a harmonizar os diversos interesses conflitantes no bojo da organização sociopolítica, bem como disciplinar e manter as diversas funções do aparelho estatal. Este caráter ideológico, passível de ser detectado na doutrina positivista, não é de forma alguma ‘reconhecido’, mas ‘ocultado’ pelo dogmatismo jurídico oficializado” (Wolkmer, p. 158).

²⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 352-353. Kelsen, de fato, assinala que se se reconhece o Estado como ordenamento jurídico, todo Estado é um Estado de direito, e este termo torna-se pleonástico. E conclui que todo Estado deve ser um Estado de direito, no sentido de que todo Estado é um ordenamento jurídico.

²⁸⁰ A teoria monista, cujo maior representante é Kelsen, com sua *Teoria Pura do Direito*, embasada no extremismo lógico e formalista da dogmática normativista, consoante Wolkmer, “tende a eliminar o dualismo jurídico-estatal, na perspectiva de que o Estado é identificado com a ordem jurídica, ou seja, o Estado encarna o próprio Direito em determinado nível de ordenação, constituindo um todo único” (WOLKMER, Op. cit., p. 76). Em contrapartida, a concepção dualista, além de preconizar que Estado e Direito são realidades diversas, tende a fixar a extensão de cada uma delas. Dentro da doutrina tradicional, para Wolkmer, “surge a prioridade lógica do Estado sobre o Direito: desse modo, o Estado é o criador do Direito, pois este está subordinado àquele e, assim, mesmo que as normas não sejam estabelecidas pelo Estado, teriam sua sanção *a posteriori*. Já segundo os adeptos da supremacia estatal, o Estado viria a ser a fonte mais importante do Direito. Quando da infração ou do descumprimento da regra jurídica, o Estado entraria em ação, dando aplicação e eficácia ao elemento normativo, garantindo e assegurando a coesão do imaginário sócio-político” (Idem, *ibidem*, p. 75).

²⁸¹ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 44-45.

²⁸² Ver: BLUNTSCHLI, J.C. **Deutsches Staats. Woerterbuch**. Stuttgart und Leipzig, 1862, v. VII; **Théorie Générale de l'État**. Paris, 1891.

na Constituição seu fundamento e ao mesmo tempo sua limitação. O termo passou a traduzir o equivalente a *Estado constitucional*, embora *Estado de direito* tenha maior amplitude, pelo prestígio da idéia de ordenamento jurídico, apreendida para além do seu sentido meramente formal.²⁸³

Na origem, o Estado de direito era um conceito tipicamente liberal, como ressalta Afonso da Silva²⁸⁴. Daí a doutrina referir-se a Estado liberal de direito, que tinha as seguintes características, ainda hoje configuradoras de estágio civilizatório:

(a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; *(b) divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; *(c) enunciado e garantia dos direitos individuais*.

A par disso, o estudo do denominado Estado Contemporâneo enseja novas perspectivas ao tema, que deve ser observado certamente a partir do chamado Estado Constitucional, onde se desdobram duas de suas qualidades ou categorias, o próprio Estado de Direito e o denominado Estado Democrático de Direito. Num vislumbre histórico, poderíamos ainda falar do Estado Moderno e também do Estado Contemporâneo, retratando sua gênese e a crise dos tempos atuais.

De outro lado, a *democracia*, como expressão de valores de convivência humana,²⁸⁵ para Afonso da Silva é expressão mais abrangente do que *Estado de direito*. Sucede que a superação do liberalismo colocou em sintonia o Estado de direito e a sociedade democrática, produzindo-se o conceito de *Estado social de direito*, nem sempre de conteúdo democrático. Agora a Constituição Federal, em seu artigo 1º, define o *Estado democrático de direito* como um conceito-chave na definição do regime. Nessa mesma esteira, a Constituição Portuguesa nomina de *Estado de direito democrático* (art. 2º), e a Espanhola (art. 10) de *Estado social e democrático de*

²⁸³ SALDANHA, Nelson. Op. Cit., p. 45.

²⁸⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Op. cit., p. 112-113.

²⁸⁵ De igualdade, liberdade e dignidade da pessoa.

*direito.*²⁸⁶

Na década de 1920, Carl Schmitt aludiu existirem várias noções de Estado de Direito. Observou, contudo, que a doutrina tem preferido fixar-se no modelo liberal-burguês,²⁸⁷ querendo, com isso, justificar um conceito executivista e ditatorial do Estado de Direito.²⁸⁸

Construído a partir do liberalismo, o Estado de Direito emergiu para fazer face ao Estado absolutista, configurado por um menor número de direitos, concentração do poder e abusos da classe política e economicamente dominante, caracterizado, regido e limitado pelo ordenamento jurídico. Nesse tocante, aliás, a própria Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão ressalta que, para que uma sociedade possa ter uma Constituição legítima capaz de resguardar a liberdade, são necessários instrumentos como a previsão de poderes independentes e separados para o cumprimento de determinadas funções e de mecanismos e institutos fundamentais para a garantia dos direitos.²⁸⁹

Na leitura de Ferrajoli, Estado de direito é um daqueles conceitos amplos e genéricos que têm múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político:

A idéia que remonta a Platão e Aristóteles, do ‘governo das leis’ contraposto ao ‘governo dos homens’, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do

²⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 112.

²⁸⁷ SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992. Para Carl Schmitt, a expressão Estado de direito pode ter tantos significados distintos como a própria palavra “Direito” e designar tantas organizações, quanto as que se aplica à palavra “Estado”. Ver também do autor: **Legalidad y legitimidad**. Trad. José Diaz García. Madrid: Aguilar, 1971, *passim*.

²⁸⁸ SALDANHA, Nelson. *Ibidem*, p. 46. Observa criticamente Paul Hirst: “Se Carl Schmitt tivesse abandonado tranquilamente a Alemanha em janeiro de 1933, seria lembrado internacionalmente como o mais importante teórico jurídico e político daquele país no século XX. Schmitt não pegou o trem, nem se juntou àquela legião de conservadores alemães que se renderam ao nazismo silenciosamente, apenas para reemergir como figuras de proa na República Federal. Destacado crítico conservador dos nazistas, defensor do governo presidencial por decreto de emergência para excluí-los do poder político, Schmitt aderiu a eles em 1933, numa reviravolta espantosa e desavergonhada. Continuou nazista, cada vez mais desconsiderado e desonrado pelo partido, até 1945. Nas duas décadas que se seguiram, Schmitt foi completamente obliterado do mundo intelectual anglo-saxão e figura extremamente controvertida na RFA” (HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 144).

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 196.

estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano. Segundo uma distinção sugerida por Norberto Bobbio, isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas.²⁹⁰

Ferrajoli emprega o termo Estado de direito no sentido substancial, forte, estrito, como sinônimo de garantismo, designando não somente um *Estado legal* ou *regulado pelas leis*, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado:

a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo o poder público – legislativo judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juizes delas separados e independentes (...); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. [...] a primeira destas duas condições representa a fonte de *legitimação formal* de qualquer poder; a segunda, a sua fonte de *legitimação substancial*. Graças a estas duas fontes, não existem, no Estado de direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores.²⁹¹

Nesse diapasão, a distinção entre legitimidade formal (condições formais) e legitimidade substancial (condições substanciais), impostas ao exercício válido do poder, é imprescindível, nos ordenamentos jurídicos, para estabelecer a natureza da relação entre *democracia política* e *Estado de direito*. A partir dessas condições compõe-se o objeto de dois tipos diversos de regras – as do primeiro tipo

²⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 687. Para Ferrajoli, poder *sub lege* pode ser interpretado em dois sentidos diversos – um débil, lato ou formal, “no qual qualquer poder deve ser *conferido* pela lei e exercitado nas formas e procedimentos por ela estabelecidos; e num sentido forte ou estrito, ou substancial, no qual qualquer poder pode ser *limitado* pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos”. Assinala, por outro lado, que o primeiro destes significados corresponderia ao uso alemão de *Rechtsstaat*, enquanto o segundo corresponderia ao uso inglês de *rule of law* e ao italiano de *stato di diritto*. Além do que, no primeiro sentido estariam todos os ordenamentos, mesmo os autoritários, ou até totalitários, “os quais, em todo caso, *lex facit regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal”. No segundo, são, ao invés, somente os Estados constitucionais, especialmente aqueles Estados de Constituição rígida (Op. cit., p. 687).

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. Ibidem, p. 688-689.

(*como se deve decidir*) concernem à forma de governo; as do segundo (*que se deve ou não decidir*), à estrutura dos poderes. Das primeiras depende o caráter politicamente *democrático* do sistema político; das últimas, o caráter de *direito* do sistema jurídico.²⁹²

O Estado liberal recebeu sua forma jurídica a partir de dois movimentos históricos paralelos – o das Constituições e o das codificações, inspirados no pendor de então à regra escrita, considerada superior às normas costumeiras, sob a justificativa de que as leis deveriam ser integradas segundo uma ordem lógica num todo.

O termo Constituição tem origem remota em Roma, significando, por longo tempo, *ordem política* ou *regime*, até pelo menos o século XVIII. Apenas após a Revolução Francesa passou a ter o mesmo sentido atual, ou seja, de lei especial, superior às demais, destinada a organizar jurídica e politicamente a estrutura de um Estado.²⁹³ Por outro lado, com as codificações, o Estado liberal expressava o entendimento de uma sociedade secularizada, regulando o direito privado e também o criminal sobre bases novas, em novas formas como explicitação dos modelos sociais do ordenamento e do pensamento jurídico.²⁹⁴

Na visão de Canotilho, o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional. E para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado de direito democrático*. Apresenta-se, portanto, com as duas qualidades – Estado de *direito* e Estado *democrático*, que podem estar dissociadas. Isso porque se pode falar em Estado de Direito, com omissão de sua dimensão democrática, e em Estado democrático, sem aludir-se à dimensão de Estado de Direito. Essa dissociação pode estar fulcrada na realidade, onde haja um Estado cujas formas de domínio político não estejam alicerçadas em termos de Estado de Direito, assim como este pode não ter qualquer legitimação em termos democráticos. O *Estado constitucional democrático de direito* procura essa conexão interna entre democracia e Estado de direito.²⁹⁵

²⁹² Idem, *ibidem*, p. 688-689.

²⁹³ SALDANHA, Nelson. *Ibidem*, p. 40.

²⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 41.

²⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra:

Para Habermas, sob o signo de uma política completamente secularizada, o Estado de direito não pode existir nem se manter sem democracia radical.²⁹⁶ E embora possa haver razões empíricas numa perspectiva acadêmica, para um tratamento distinto de Estado de direito e de democracia, demarcado pela Ciência do Direito e pela Ciência Política, tal não implica que possa haver, do ponto de vista normativo, Estado de Direito sem democracia.²⁹⁷

No horizonte traçado por Canotilho, a concretização do Estado constitucional, frente ao pluralismo de estilos culturais, circunstâncias e condições históricas, impõe *códigos de observação* a partir de ordenamentos jurídicos concretos, nos quais a chamada “domesticação do domínio público” permite identificar conceitos como *Rechtsstaat*, *Rule of Law*, *État légal*, alicerces da *juridicidade estatal*.²⁹⁸

A fórmula britânica da *Rule of Law*, na visão de Canotilho, apesar de suas variações históricas, na seqüência da Magna Carta de 1215, traduz, primeiramente, a obrigatoriedade da observância de um *processo justo* legalmente regulado, no julgamento e punição dos cidadãos, para a privação de sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, significa a proeminência das leis e costumes em face da discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, a submissão dos atos do Executivo à soberania do Parlamento. Por último, a igualdade de acesso de todos os cidadãos perante os tribunais para defender seus direitos segundo os direitos comuns

Almedina, p. 92 e 93. Sobre a visão de Canotilho, é importante assinalar que o Estado português se define como *Estado constitucional democrático de direito*, diferentemente do Brasil, em que a República Federativa do Brasil, como se verá no último tópico deste capítulo, se define como *Estado democrático de direito*. Daí por que a identificação entre Estado constitucional e democrático é peculiar, conforme o conceito atribuído pelo autor ao “Estado constitucional”.

²⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Factividad y validez**: sobre el Estado democrático de derecho en términos de teoría del derecho. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

²⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. “Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia”. In: **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 285. Nesse ponto, Habermas pontifica que a divisão é comum sob o prisma acadêmico, ao tratar-se Estado de Direito e democracia como disciplinas distintas – a Ciência do Direito tratando do Direito e a Ciência Política da democracia. Haveria razões para isso, porquanto, apesar de o domínio político ser exercido sob a forma de Direito, há razões jurídicas em que o exercício do poder político não se dá sob a forma do Estado de Direito. De igual sorte, há Estado de Direito em que o poder político não se exerce democraticamente. Sobre o tema, ver: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. “Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas”. In: CATTONI, Marcelo (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 172.

²⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit. p. 93.

(*Common Law*) e perante qualquer entidade – indivíduo ou poderes públicos.²⁹⁹

Nos Estados Unidos da América, diversamente, segundo Canotilho, o denominado “império do direito” (*The Reign of Law*) teve contornos inovadores. O Estado Constitucional estabeleceu, de pronto, o direito do povo de fazer uma lei superior (*always under law*).³⁰⁰ Num segundo plano, é associada ao Estado Constitucional a juridicidade do poder à justificação do governo. Assim, as razões do governo traduzem razões públicas, tornando patente o consentimento do povo em ser governado em determinadas condições. Em suma, o governo é sempre subordinado às leis, estas entendidas como um esquema regulativo formado por um conjunto de princípios de justiça e de direito. O “governo justificado”, portanto, cumpre a obrigação “jurídico-constitucional de governar segundo as leis”. E é da *ratio* do sistema constitucional americano, por último, que os tribunais exerçam a justiça em nome do povo (*people’s court*). Tais tribunais são constituídos de juizes agentes do povo, que detêm a confiança (*trust*) deste de preservar os princípios de justiça e os direitos consagrados na lei maior. E nesse mister têm o direito-dever de acesso à Constituição, deixando de aplicar as “más leis” do governo e de declará-las nulas (*judicial review of legislation*).³⁰¹

No constitucionalismo francês, para Canotilho, a idéia de Estado de Direito foi erigida na construção de um *État Légal*, concebido como uma *ordem jurídica hierárquica*, em cujo vértice situa-se a Declaração de direitos naturais e sagrados do homem de 26 de agosto de 1789. Esta *Déclaration* era uma “supraconstituição” ao estabelecer uma disciplina vinculativa para a própria constituição; também era uma pré-constituição ao preceder cronologicamente a primeira lei superior. Desse modo, a constituição situar-se-ia num plano imediatamente inferior à Declaração, e a lei ocuparia um terceiro plano na pirâmide hierárquica. Na base, estariam os atos executivos de aplicação das leis. Tal estrutura ainda seria paradigmática para os Estados constitucionais da atualidade, com

²⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 93-94.

³⁰⁰ Uma constituição que fixou “os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites”, incluindo os direitos e as liberdades dos cidadãos, juridicamente gerados na república e plasmados por escrito.

³⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 94-95.

hierarquia de normas e em oposição radical ao Estado de Polícia³⁰². O Estado Constitucional, todavia, transmutar-se-ia em *Estado legal*, sobrelevando o primado da lei fundado na doutrina da soberania nacional expressa pelo legislativo. Este princípio submetia o poder político a duas perspectivas – garantia de que as leis devem ser editadas pelo órgão legislativo, representativo da vontade geral e, que constituem a fonte de direito hierarquicamente superior, vinculando todos os atos da administração (*princípio da legalidade da administração*). Ademais, as leis, como produto da vontade geral, têm caráter genérico, garantindo o *princípio da igualdade perante a lei* com repúdio aos privilégios que caracterizaram o *Ancien Régime*. Desse modo, na França, a supremacia da constituição foi substituída pela *primazia da lei*, a justificar o entendimento da existência de um *Estado legal* ou de um *Estado de legalidade*.³⁰³

O *Rechtsstaat* ou *Estado de direito*, também na leitura de Canotilho, surge no início do século XIX como uma dimensão da discutida via especial do constitucionalismo alemão. Pretendia-se situá-lo entre o denominado “constitucionalismo de restauração” (fundado na Carta Constitucional de Luís XVIII, de 1812), com seu princípio estruturante monárquico, e o “constitucionalismo de revolução”, com seu princípio estruturante da soberania nacional (popular). De início, o Estado de Direito caracterizava-se mais como um “Estado da Razão”, em nível abstrato, “Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa”. Já no final do século, definiram-se os traços jurídicos essenciais de um *Estado liberal de direito* contraposto à idéia de um *Estado de Polícia*, que tudo regula e que se propõe à tarefa da felicidade dos súditos. Aqui, o Estado de direito é visto como um Estado liberal no verdadeiro sentido, limitando-se à defesa da ordem e da segurança públicas (“Estado polícia”, “gendarme”) remetendo os domínios econômicos e sociais para os mecanismos de liberdade individual e de concorrência. Os direitos fundamentais

³⁰² Estado de Polícia, para Pierangelo Schiera, é um termo-conceito que adquiriu seu significado técnico no da historiografia. Remonta mais precisamente “àqueles historiadores constitucionais alemães da metade do século XIX que, movidos por um compromisso político liberal-burguês, correspondente ao ideal constitucional do ‘estado de direito’, entenderam contrapor a esse, como fase antitética ou ao menos anterior ao desenvolvimento histórico das formas estatais, precisamente o ‘estado de polícia’”. (SCHIERA, Pierangelo. “Estado de polícia”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: UnB, p. 409, vol. I).

³⁰² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Ibidem*, p. 95-96.

³⁰³ *Idem*, *ibidem*, p. 95-96.

liberais – liberdade e propriedade –, todavia, decorriam não de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual, passíveis de intervenção autoritária da administração apenas por lei, fruto de representação popular. O próprio soberano estava submetido ao império da lei, assim como os atos da administração, havendo, portanto, uma limitação do Estado pelo direito.³⁰⁴

O Estado constitucional, na dicção de Canotilho, não é e nem deve ser apenas um Estado de direito, porquanto deve estruturar-se como um *Estado de direito democrático*, ou seja, “como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”. Nesse viés, a articulação do direito e do poder significa que este deve ser organizado e exercido em termos democráticos. Derivando o poder político do poder dos cidadãos, o princípio da soberania popular é uma das traves mestras do Estado Constitucional.³⁰⁵

A partir da idéia de um Estado de direito limitador do poder político, o Estado constitucional é fundamentalmente o “Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito”. Para alguns, Estado de direito e democracia corresponderiam a dois modos de ver a liberdade. No Estado de direito como *liberdade* (liberal) *negativa* (de defesa ou de distanciação perante o Estado), que submete o poder. No Estado democrático como *liberdade positiva*, assente no exercício democrático do poder ou de participação política, que o legitima.³⁰⁶

O Estado constitucional é, em suma, mais do que Estado de direito. O elemento democrático foi inserido pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder. Assim, o princípio da soberania popular, assegurando e garantindo o direito à igualdade de participação na formação democrática da vontade popular, concretizado por procedimentos juridicamente regulados, serve de “charneira” entre o Estado de Direito e o Estado democrático, projetando a compreensão da moderna formulação do *Estado de Direito democrático*.³⁰⁷

Entre os princípios do Estado de Direito, para Zippelius, contam-se não

³⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 96-97.

³⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 97-98.

³⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 98-99.

³⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 100.

só aqueles princípios formais para a ação estatal, como também os “materiais” (de conteúdo). Tais componentes de conteúdo residem particularmente nas garantias dos direitos fundamentais. Essas garantias de liberdade e igualdade, ademais, são materialmente enriquecidas pela idéia do Estado social e pela missão precípua de realizar a justiça social, de criar condições reais de desenvolvimento da personalidade e de concretização da igualdade de oportunidades para todos. Componentes materiais do Estado de direito se inserem, também, no princípio da proporcionalidade e na proibição do excesso, tendendo ambos a otimizar o uso da liberdade e a satisfação dos interesses numa comunidade.³⁰⁸

A configuração do *Estado democrático de direito*, de outro lado, não se limita apenas a fundir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de direito. É um novo conceito que supera os seus elementos constitutivos, na medida em que incorpora um componente revolucionário, transformador do *status quo*. Daí a importância do artigo 1º da Constituição Federal, quando proclama que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado democrático de direito*. Aqui, o “democrático” qualifica o Estado, irradiando “os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”.³⁰⁹

O Estado democrático de direito, de acordo com Quintão Soares³¹⁰, pode ser caracterizado constitucionalmente “como forma de racionalização de estrutura estatal-constitucional”. Para a elaboração desse conceito, segundo ele, constituem princípios concretizadores do Estado democrático de direito:

- *princípio da constitucionalidade* – respaldado na supremacia da constituição, vincula o legislador e todos os atos estatais à constituição, estabelecendo o princípio da reserva da constituição e revigorando a força normativa da constituição;

- *sistema dos direitos fundamentais* – a inserção no texto constitucional dos direitos humanos exige medidas para sua implementação. Este sistema exerce funções democráticas, sociais e de garantia do Estado democrático de direito;

³⁰⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997, p. 385.

³⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 119.

³¹⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: Introdução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 219-220.

- *princípio da legalidade da administração* (cerne da teoria do Estado de direito) – postula dois princípios fundamentais: o da supremacia ou prevalência da lei e o da reserva de lei;

- *princípio da segurança jurídica* – conduz à consecução do princípio de determinabilidade das leis, caracterizando-se como princípio de proteção da confiança dos cidadãos;

- *princípio da proteção jurídica e das garantias processuais* (proteção jurídica individual sem lacunas) – procedimento justo e adequado, de acesso ao direito e de concretização do direito.

Na seqüência, Quintão Soares enumera as garantias gerais de procedimento e de processo:

a) *garantias de processo* judicial, de processo penal e de procedimento administrativo;

b) independência dos tribunais e vinculação do juiz à lei;

c) *princípio de garantia de acesso ao judiciário*, assegurando-se ao cidadão pleno direito de defesa;

d) *princípio da divisão dos poderes* – a separação dos órgãos de soberania permanece inatacável como garantia de liberdade, contudo, hoje, a ordenação funcional separada da ordem constitucional estabelece ordenação controlante-cooperante de funções.³¹¹

Estabelecidas essas premissas, tem importância fundamental para a pesquisa a denominada crise do Estado contemporâneo, embalada pelas transformações e tensões do Estado Social ou Estado-Providência, ou ainda, o *Welfare State*, sob o influxo das promessas não cumpridas, da globalização e pela surpreendente revolução política e tecnológica e ambiental da denominada pós-modernidade, temas que serão feridos na seqüência deste capítulo.

2.7 As tensões do Estado contemporâneo

No limiar deste novo século e milênio, o panorama político institucional é de novo de grandes transformações e instabilidade, como observa Miranda. Desapareceram ou entraram em colapso, na sua maior parte, os regimes totalitários³¹² e

³¹¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Op. cit., p. 220.

³¹² Sobre *Totalitarismo e Autoritarismo*, ver: ORR, Robert. Reflexões sobre o Totalitarismo. In: CRESPIGNY, Anthony de; CRONIN, Jeremy (Eds.). **Ideologias políticas**. Trad. Sérgio Duarte. 2. ed.

autoritários³¹³, mas, em contrapartida, irrompeu um regime de outro tipo, diverso do modelo de Estado europeu – o Estado de fundamentalismo islâmico (desde 1979), no qual se fundem lei religiosa e civil, poder espiritual e temporal. De outro lado, no Estado social de Direito, a grave crise do chamado Estado-Providência derivada tanto de causas ideológicas³¹⁴ quanto financeiras³¹⁵, administrativas³¹⁶ e comerciais^{317 318}.

Brasília: UnB, 1999, p. 116-126. Título original: *Ideologies of politics*; LINZ, Juan. “Um regime autoritário; Espanha”. In: CARDOSO, Fernando Henrique e MARTINS, C.E. **Política e Sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979; O’DONELL, Guillermo. **Contrapontos. Autoritarismo e Democratização**. São Paulo: Vértice, 1986; MAGRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas**. Brasília: UnB, 1982; LEFORT, Claude. **A invenção Democrática: os limites do totalitarismo**. São Paulo: Cia. Das Letras, 1987. Sobre a ideologia do Totalitarismo, elucida Wolkmer: “Deve-se ter presente que, após a 2ª Grande Guerra, ocorreu um notável avanço da ciência política, primordialmente no que tange aos estudos de sistemas políticos comparados. Pode-se visualizar um quadro conceitual que busca definir, nos parâmetros de uma macroanálise, a especificidade de sistemas políticos democráticos, totalitários e autoritários. O Autoritarismo, uma certa vertente atenuada do Totalitarismo, peculiar aos sistemas políticos do Terceiro Mundo, tem sido examinado consistentemente por autores como Juan Linz e Guillermo O’Donnell. Os regimes autoritários são caracterizados por Juan Linz como ‘sistemas políticos com um pluralismo político limitado e não responsável; sem uma ideologia elaborada; sem mobilização política intensiva; e nos quais um líder exerce o poder dentro de limites formalmente mal definidos, mas realmente bem previsíveis’ Deduz-se assim que, ao contrário do Autoritarismo, o Totalitarismo tem objetivos e alcances bem mais amplos e abrangentes, inclusive na formalização totalizadora de uma ideologia oficial. Como se vê, apesar de algumas semelhanças superficiais, há que se fazer, como sustenta Roy C. Magridis, uma distinção entre regimes autoritários e os totalitários:

‘Os sistemas totalitários dão importância à mobilização e à participação dos cidadãos; os sistemas autoritários tentam manter o cidadão em um estado de obediência passiva. Os governantes autoritários ficam satisfeitos quando os cidadãos permanecem apáticos e não se opõem ao governo. Já a ideologia política oficial nos sistemas totalitários é ‘total’ – afeta todos os aspectos da vida social, econômica, política, religiosa, familiar etc. O objetivo é criar ‘novos’ homens e mulheres. Os sistemas autoritários, por outro lado, não possuem tal ideologia globalizante; eles se satisfazem não interferindo nos grupos sociais – sejam a igreja, a família, grupos econômicos, esportivos, ou atividades individuais e culturais.

‘Em sistemas totalitários, o partido único é o instrumento de controle e de mudança mais dinâmico; em sistemas autoritários com um único partido este tem bem menos poder e não é importante como instrumento de controle e de governo. O partido se subordina ao governo e aos grupos socioeconômicos poderosos.

‘(...) O alcance e o controle dos sistemas totalitários é mais amplo e mais firme; o dos sistemas autoritários é mais restrito e relativamente fraco. Os objetivos dos regimes totalitários são amplos; os dos sistemas autoritários são específicos’” (Wolkmer, *ibidem*, p. 140-141).

³¹³ Jorge Miranda chama a atenção para o desaparecimento dos regimes matrizes, tais como: o fascismo italiano (1943); o nacional-socialismo alemão (1945); o marxismo-leninismo soviético (1985-1991); assim como os regimes aparentados (1945) e comunistas da Europa centro-oriental (1989-1990); os regimes autoritários português, grego e espanhol (anos 70); as ditaduras militares latino-americanas (anos 80) e os regimes africanos de partido único (anos 90) (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado*. *Ibidem*, p. 54).

³¹⁴ Decorrentes do “refluxo das idéias socialistas ou socializantes perante idéias neoliberais” (p. 54).

³¹⁵ “Os custos insuportáveis de serviços cada vez mais extensos para populações activas cada vez menos vastas” (p. 54).

³¹⁶ “O peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção” (p. 54).

³¹⁷ “A quebra de competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de

Além de todas essas vicissitudes, somam-se a degradação da natureza e do meio ambiente, as desigualdades econômicas entre países industrializados e não-industrializados, a exclusão social mesmo nos países ricos, a manipulação das comunicações, a cultura consumista de massas, a erosão de valores éticos familiares e políticos.³¹⁹

A crise do *Welfare State*, ou do Estado-Providência, pode ser entendida, consoante Regonini, como um processo de “socialização do estado”. O Estado assistencial teria difundido uma ideologia igualitária que tende a deslegitimar a autoridade política:

A disposição do estado a intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento de solicitações dirigidas às instituições políticas, determinando a sua paralisia pela sobrecarga da procura; a competição entre organizações políticas leva à impossibilidade de selecionar e de aglutinar os interesses, causando a total permeabilidade das instituições às demandas mais fragmentadas. O peso assumido pela administração na mediação dos conflitos provoca a burocratização da vida política que, por sua vez, leva à ‘dissolução do consenso’. [...] torna-se claro que as possibilidades de saída da crise ficam entregues à capacidade de resistência das instituições, à sua autonomia em face das pressões de grupos sociais numa perpétua atitude reivindicativa.

Conclui a autora:

[...] o desenvolvimento e consolidação do estado assistencial nos últimos cem anos constituem um processo tão profundo, distanciam tanto essa instituição das que a precederam que tornaram amplamente inadequado o esquema conceptual elaborado pelas teorias clássicas para definir o estado e as suas funções.³²⁰

Além disso, no plano externo verifica-se intensamente a relativização do conceito de soberania nacional, pelo fenômeno da globalização, com a formação de blocos econômicos continentais e regionais, subvertendo as regras do direito político, da economia e das relações internacionais.

Essas transformações substanciais visualizadas no fenômeno da globalização³²¹, na crise do Estado Contemporâneo, permitem detectar uma nova era,

protecção social” (p. 54).

³¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p. 54.

³¹⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 55.

³²⁰ REGONINI, Glória. *Op. cit.*, p. 419.

³²¹ *Globalização*, na acepção de Luiz Fernando Coelho, “pode ser definida como um poderoso processo

um traspasse da Modernidade, para alguns definido como pós-modernidade e para outros ainda, transmodernidade.

Neste momento histórico de intensas e radicais transformações no plano político, social e econômico, em nível global e no plano interno, como visualizar este Estado pensado e concretizado pela modernidade? Afinal, o que remanesce dele?

Guéhenno dá algumas pistas deste Estado emergente desses tempos contemporâneos e do futuro que se desenha no horizonte para a humanidade. Verifica que muitos países já estão deixando de manter a ficção de unidade de representação moral do Estado, já que suas funções passaram a ser distribuídas entre inúmeras agências executivas. E sublinha:

O Estado não é mais o mediador comprometido entre o “interesse geral” e as administrações particulares. Torna-se uma soma de agências especializadas gerindo mais os interesses públicos do que um hipotético interesse geral. Sua legitimidade passa a depender menos da fidelidade à vontade geral popular do que de sua capacidade de mobilizar de forma útil os saberes especializados. Sua unidade não repousa nem na tirania tecnocrática do saber centralizado, que imporá a todos sua lei, nem na vontade geral de uma comunidade política – cuja evidência seria imposta a todos. O Estado não é mais o ponto de passagem obrigatório entre o particular e o geral, entre o interesse público e o particular. Sua permanência também está sendo repensada, à medida que se modificam as fronteiras entre os atores públicos e os atores privados, e que os atores privados se transformam em portadores e gestores dos interesses públicos. A política se privatiza, e as atividades privadas adquirem um significado político. Em meio à desintermediação política, o Estado não é mais o ponto central em torno do qual se organiza uma comunidade política. Ainda é um ator importante, mas deve, a cada dia, humildemente, justificar sua utilidade junto dos outros atores, que lhe fazem concorrência.³²²

de estandardização da cultura a nível mundial. Só que isso ocorre segundo os padrões e critérios de quem detém a maior parcela de poder na sociedade pelo domínio da informação, da ciência e da tecnologia; e um tal poder hoje transcende a nação e o Estado, projetando-se como poder mundial, não somente militar e econômico, mas científico, cultural e ideológico. Ou seja, o poder está como nunca jamais se vislumbrou nas mãos de quem domina o saber, que hoje se identifica com o crescente domínio da tecnologia e da informação. E o resultado desse processo, o fruto mais evidente e provavelmente mais nefasto da globalização é, como igualmente jamais se anteviu, a unidimensionalização do ser humano, traduzida na conformização com padrões heterônomos que tratam de amoldar não somente seu comportamento exterior, como também sua alma interior, sua cultura e seu sentimento” (COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**: Transmodernidade, Direito, Utopia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p. 20).

³²² GUÉHENNO, Jean-Marie. **O futuro da liberdade**. Trad. Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 54-55.

Estamos num clima ideológico, diz Casanova, em que se enfraqueceram as propostas de soberania nacional em favor das propostas da “globalidade” e na qual se obscureceram os direitos “dos povos” diante dos direitos “dos indivíduos”.

Também houve mudança no desprestígio da “justiça social”, conceito ao qual se opõe o mais antigo de ‘justiça’, já desprovido de adjetivo, como quer John Rawls. As ‘lutas de libertação’ e as ‘lutas de classes’ aparecem como um fenômeno terminado, como conceitos obsoletos. Em vez da ‘libertação’ propõe-se a ‘inserção’ ou a ‘integração’, e, em vez da luta social, a ‘solidariedade’ humanitária ou empresarial. Ao mesmo tempo confirma-se que Bell teve razão e que já estamos no final das ideologias. Inclusive pensa-se que ‘a batalha para salvar o planeta substituirá a batalha ideológica como o tema capaz de organizar a nova ordem mundial’.³²³

A alternativa capaz de suplantar o neoliberalismo³²⁴ como modelo político e econômico nesse tempo de globalização, segundo Casanova, é um problema social e político de urgente solução.

³²³ CASANOVA, Pablo González. Globalidade, neoliberalismo e democracia. In: GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente: Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 46. Ver: BROWN, Lester R. **The New World Order**. Washington: Worldwatch Institute, 1991, p. 3. Ver ainda: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A globalização e as Ciências Sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002, 572 p.; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (org.). **Globalização, Neoliberalismo e o mundo do trabalho**. Curitiba: IBEJ, 1998, 300 p.; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito e Século XXI: Conflito e Ordem na ordem neoliberal pós-moderna**. 1. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997, 138 p.; RIBEIRO, Edaléa Maria. **Movimentos Sociais em Tempos de Democracia e Globalização em Santa Catarina: Os anos 90**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 320 p.; FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. 359 p.; SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. 174 p.; VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998. 142 p.

³²⁴ *Neoliberalismo*, segundo Sérgio Couri, “é o nome que se convencionou dar à revivescência das idéias liberais no último quartel deste século a partir, principalmente, das experiências do Reino Unido com Margareth Thatcher (1979-1991), dos Estados Unidos com Ronald Reagan (1980-1988) e da Alemanha com Helmut Kohl (1982-1998).

“É designação a rigor ambivalente, pois havia sido patenteada em favor da ideologia que se cristalizou a partir de 1930 – embora seus primeiros ensaios remontassem às intervenções estatais à época da Primeira Grande Guerra – quando o *crackdown* na bolsa de Nova Iorque trouxe aos meios acadêmicos e governamentais a convicção de que o liberalismo deveria sofrer uma espécie de retroalimentação positiva, mediante maior participação do Estado na economia, no sentido de recuperar as economias abaladas, tarefa que não se podia confiar ao puro jogo das forças de mercado, cujas deficiências eram apontadas como a raiz da crise de 1929. O Estado intervinha assim para sanar essas deficiências, reduzindo o espaço liberal em nome do próprio liberalismo. Exponentes do neoliberalismo foram, além do próprio Keynes, com a instrumentação do Estado pela política fiscal e pela política de gastos públicos, o Partido Democrata dos Estados Unidos, notoriamente com Roosevelt e sua política de gastos públicos – consubstanciada no *New Deal* –, e a escola estruturalista, CEPAL à frente, que confia, ou confiava, na ação do Estado para remover os óbices ao crescimento e ao desenvolvimento econômico.

“O neoliberalismo era na verdade aquele conjunto de cristãos-novos da ideologia capitalista que desejava permanecer embutido na ideologia liberal, até mesmo por acreditar na compatibilidade entre

É também o mais importante problema intelectual que se coloca às ciências sociais do nosso tempo: estas não podem propor um regresso ao passado sem converter-se em piada. A alternativa para o Estado neoliberal será uma democracia social diferente do Estado benfeitor, do populista e do socialismo real. A única coisa que sabemos é que será uma alternativa democrática que lute pelo poder da maioria e para uma economia da maioria em cada nação e em nível mundial. É esse o projeto que devemos pensar e realizar.³²⁵

O novo paradigma que se afirma no atual horizonte das ciências sociais, para Coelho³²⁶, é uma “dialética de três fatores” – “a *cibernética*, referida ao controle das condutas, a *globalização*, referida à comunicação, e o binômio *capitalismo/neoliberalismo* referido aos espaços político, econômico e ético da sociedade”. Ditos fatores, segundo Coelho, repercutem na atualidade e interferem na

liberalismo e capitalismo. Defendia a intervenção do Estado na economia para compensar as dificuldades da economia de mercado, propunha o Estado assistencialista, na medida em que uma política social deveria ser adotada quando e se necessária.

“O neoliberalismo agora em voga não é aquele, então ameaçado pelas depressões e recessões econômicas e pelos totalitarismos de direita e de esquerda, que se lançava como uma opção para tais extremismos, mas o próprio liberalismo, que os liberais acreditam haver ressuscitado das cinzas, não suas, mas do societalismo, cujo colapso e cuja deficiência constituem, agora, seu carro-chefe. O neoliberalismo de antes sentia-se acuado, o de hoje proclama-se triunfante, tem seu hino de glória no livro *O fim da história e o último homem*, de Fukuyama.

“Outra grande alavanca do neoliberalismo é a rápida globalização da economia mundial, a exigir maior liberdade e flexibilidade dos agentes econômicos, para que possam atuar, competir e eficientizar-se em escala planetária, impondo, portanto, a queda de barreiras de toda ordem, sobretudo as exigências pelo nacionalismo econômico ao jogo das formas de mercado, Mudam-se rapidamente legislações nacionais quanto ao conceito de empresa nacional, participação do capital estrangeiro, privatização, enfim, tudo o que representou o aumento da participação do Estado na economia, diretamente, por meio de empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias, ou, indiretamente, pela regulamentação.”

E conclui Couri:

“O perigo do neoliberalismo é esse triunfalismo com que ressurgiu, ao acreditar que o retrocesso do societalismo, sua antítese, revitaliza todos os seus postulados, que vieram sendo temperados pela história, o que traz o risco de reconduzir as sociedades liberais a seu paroxismo, que é a sobrevivência dos mais aptos e o domínio dos mais fortes sobre os mais fracos. Esse triunfalismo tende a atropelar e a pretender neutralizar as conquistas sociais da segunda metade do século passado e da maior parte deste século, o que faria, em princípio, a história retroceder a épocas de nenhum pacto social, num momento em que o número absoluto de pessoas que vivem na miséria ou na penúria é muito maior que há duzentos anos.

“Por isso mesmo, o ressurgir do liberalismo é visto com preocupação entre os economistas políticos e os cientistas sociais em geral, e todos aqueles segmentos ou pessoas que se debruçam sobre os problemas sociais. Se o liberalismo, no passado, não conseguiu resolver ou equacionar a miséria de milhões e milhões de pessoas, como conseguirá fazê-lo agora, nessa nova maré, em que a miséria é quantitativamente maior e surgiram novas limitações ao crescimento? Por outro lado, implicará o liberalismo retrocesso para aqueles segmentos que conseguiram algum progresso ou estabilidade ao sabor das correntes, por assim dizer, ‘progressistas?’” (COURI, Sergio. **Liberalismo e societalismo**. Brasília: UnB, 2001, p. 77-79).

³²⁵ CASANOVA, Pablo González. Op. cit., p. 61.

³²⁶ COELHO, Luiz Fernando. Ibidem, p. 33.

compreensão do direito, como de resto em relação a todos os setores da atividade humana. Não se pode olvidar, porém, a questão ambiental que certamente ocupa igualmente largo interesse no espectro das relações sociais.

No pertinente ao conceito de transmodernidade, segundo Coelho

se distingue da modernidade e da pós-modernidade na medida em que alude à mesma pós-modernidade, mas entendendo-a inicialmente como fase de transição para um futuro que ainda não se acha definido, mas que desde logo envolve aspectos que levam a uma superação dos velhos paradigmas de comportamento individual e coletivo e dos modelos de saber que já haviam se consolidado como algo produzido pela modernidade, para finalmente entender-se como antecipação de um futuro que, antes vivenciado na ficção, nas profecias, conjeturas e utopias, já se apresenta como definitivo a catalisar as energias da humanidade.³²⁷

Esse clima de incertezas, de turbulências sociais, políticas e econômicas que se verificam no Estado contemporâneo projeta, de outro lado, uma realidade, em nível mundial, que parece contrastar com o atual estágio civilizatório de parcela significativa da humanidade. De fato, parece que a humanidade vive simultaneamente a Idade Média, o Renascimento, o Estado moderno e todas as contradições do Estado Contemporâneo. A miséria, esse grande *apartheid* social³²⁸, ainda separa países, continentes e segrega, mesmo no interior de países desenvolvidos, parcelas sociais, colocando a nu as contradições da modernidade.

O Brasil contemporâneo³²⁹, Estado democrático de direito, país continental, parece refletir de maneira significativa todas essas contradições. Por isso,

³²⁷ Idem, *ibidem*, p. 33.

³²⁸ O termo *apartheid social* é empregado no sentido de desigualdade social.

³²⁹ No Brasil, segundo Streck, a modernidade é tardia e arcaica. E acrescenta: “Para tanto, chamando a atenção para o fato de que as sociedades exigem que o poder retome as funções de árbitro na solução das injustiças, Touraine diz que a América Latina, como as demais regiões do mundo, ingressa num novo período de sua história. Até o presente, nenhum de seus países, nem mesmo o Chile, foi capaz de implementar um plano global de progresso econômico e social, e tal situação não pode durar. Não se trata mais de livrar a economia de vínculos paralisantes, mas ao contrário de reintegrar a atividade econômica ao conjunto da vida social e reforçar as intervenções do poder político. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade*. Como muito bem assinala Erik Hobsbawn, o Brasil é um ‘monumento à negligência social’, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país as promessas de modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. *Só que existe um imenso deficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno*” (STRECK, Lenio Luiz. Op.

é importante fazer um recorte para o exame de nossa realidade política e social, numa perspectiva da Teoria Política e do Constitucionalismo.

2.8 O Estado democrático de direito no Brasil

A configuração do Estado democrático de direito não significa, no dizer de Alfonso da Silva, em termos conceituais, a mera fusão formal dos conceitos de Estado democrático e de Estado de direito. Importa, sim, numa definição nova, que supera o conceito de seus elementos existenciais para incorporar um componente revolucionário de transformação do *status quo*.³³⁰

Aqui o democrático qualifica o Estado e não o direito, irradiando os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, por isso mesmo, também sobre a ordem jurídica. O direito, nesse viés, imanta-se por esses valores, enriquece-se do sentimento popular e ajusta-se ao interesse coletivo.³³¹

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social, numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, cultura e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.³³²

A Constituição enuncia um tipo de Estado tendente a concretizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, suplantando o Estado capitalista para conformar um Estado promotor de justiça social.

Cit., p. 69-70; TOURAINE, Alain. Ecos da ausência do Estado. In: **Folha de S. Paulo**, 17.11.96, p. 5-11; HOBBSBAWN, Eric. **A era dos extremos**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

³³⁰ SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 119.

³³¹ *Idem*, *ibidem*, p. 119.

³³² *Idem*, *ibidem*, p. 119-120.

A Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.³³³

Há, no dizer de Streck, uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como afiançador da qualidade de vida do indivíduo. Assim, o Estado garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação como direitos políticos assegurados a todos os cidadãos. E nesse particular, o *Welfare State* assegura ao cidadão o direito de ser protegido socialmente. Todavia, essa proteção não se dá mais em caráter meramente assistencial, caritativo da prestação de serviços, porque estes passam a se inscrever como direitos próprios da cidadania.³³⁴

O modelo constitucional do *Welfare State*, iniciado com as Constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), não tem uma aparência uniforme, pois seu conteúdo se altera, se reconstrói e se adapta a situações diversas. Nesse viés difere o Estado do Bem-Estar da América do Norte e o *État-Providence* francês. No entanto, é apropriado pretender que há um caráter que lhe dá unidade, a intervenção do Estado e a promoção de serviços.³³⁵

O *Estado democrático de direito* é um modelo constitucional que emerge como aprofundamento do Estado de direito, de um lado, e do *Welfare State*, de outro.

Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*. Produz-se, aqui, um pressuposto teleológico cujo sentido deve ser incorporado aos mecanismos próprios do Estado do Bem-Estar, construídos desde há muito.

E este é o conceito que, vindo estampado no texto constitucional (art. 1º)³³⁶, define os contornos do Estado brasileiro, a partir de 1988, tendo-se presente que o constituinte nacional foi buscá-lo em Constituições produzidas em situações similares à nossa, como é o caso da Constituição Portuguesa pós-Revolução dos Cravos e da Constituição Espanhola seguinte à derrubada do

³³³ Idem, *ibidem*, p. 120.

³³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Ibidem*, p. 63 e 64.

³³⁵ Idem, *ibidem*, p. 63.

³³⁶ CFB: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.”

regime franquista, ou seja, documentos legislativos produzidos no interior de processos de redemocratização.³³⁷

Com base na mesma classificação elaborada por Canotilho para a Constituição portuguesa, Afonso da Silva estabelece os seguintes princípios, ao mesmo tempo em que aponta a tarefa do Estado democrático de direito da Constituição Federal:

a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;

b) princípio democrático, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);

c) sistema de direitos fundamentais, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII);

d) princípio da justiça social, referido no art. 170, *caput*, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social; [...]

e) princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, e I);

f) princípio da divisão de poderes (art. 2º) e da *independência do juiz* (art. 95);

g) princípio da legalidade (art. 5º, II);

h) princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII).

De outro lado, a tarefa fundamental do Estado democrático de direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.³³⁸

Resta evidente, pois, o compromisso do Estado brasileiro com a função social. De igual sorte, o artigo 1º da Constituição afirma que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além da soberania. Ademais, a Constituição assinala como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, em seu artigo 3º, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e marginalização, reduzir as

³³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Ibidem*, p. 64.

³³⁸ SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 122.

desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação.

É a primeira vez que uma Constituição aponta, especificamente, objetivos do Estado brasileiro. Não todos, mas os fundamentais e dentre eles alguns que valem como base de prestações positivas tendentes a concretizar a democracia econômica, social e cultural, visando efetivar, na prática, o princípio da dignidade da pessoa humana.³³⁹

O Estado brasileiro explicita o seu compromisso com a função social, ademais, quando estabelece, em seu artigo 170, os princípios reitores da ordem econômica e enuncia entre eles a função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais. E ainda, como reforço da promessa de seus fundamentos e objetivos estruturantes, fixa no artigo 193, como disposição geral, que a ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça social.³⁴⁰

A percepção do Estado democrático de direito, como afirmação dos direitos da cidadania, pressupõe um Judiciário comprometido com os valores sociais e políticos que a sociedade pretende preservar e garantir. Por outro lado, avulta a questão da democracia na perspectiva da jurisdição e do processo como instrumento de concretização da cidadania. É justamente a democracia, como direito de quarta geração, segundo a classificação de Bobbio e Bonavides, e a jurisdição democrática como exigência do Estado contemporâneo, o foco seguinte da pesquisa.

2.9 Concluindo o capítulo:

O Estado apresenta-se como uma forma histórica de organização jurídica de poder, peculiar às sociedades civilizadas, sucedendo a outras formas de organização política. E como ordenamento democrático está fundado no reconhecimento da

³³⁹ Idem, *ibidem*, p. 105-106.

³⁴⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ibidem*, p; 68-69.

dignidade da pessoa humana, na inviolabilidade dos direitos e no livre desenvolvimento da personalidade humana.

O projeto sociocultural da modernidade está relacionado com as transformações verificadas no pensamento humano desde o fim da Idade Média. Consolidou-se depois das revoluções burguesas, quando esse novo paradigma se interligou ao sistema capitalista de produção. Pretendeu-se organizar a vida em sociedade, pela vez primeira na História, segundo um plano racional ideal.

A modernidade tem sido definida pelo triunfo da razão sobre as tradições, da ação científica e tecnológica sobre os sistemas de controle social, do universalismo sobre o particularismo, e da produção sobre a reprodução. Também é demarcada pelas categorias do conflito, destruição e crítica ao irracional, ao tradicional e ao costumeiro. Em nome do progresso, a modernidade representou a luta contra os entraves políticos e culturais, as mudanças relativas à desmistificação das leis da natureza, vistas a partir de então numa perspectiva de controle do mundo natural e não de ajuste a ele.

A modernidade significou a busca constante de mudança e de progresso e a reinvenção de uma nova representação da ordem social. O processo de racionalização tornou-se a sua principal característica, impulsionando a modernização da sociedade e da cultura, e teve sua expressão na distinção entre as esferas sociais e axiológicas, desgarrando-se da religião.

No pertinente à sua organização, a evolução do Estado moderno consistiu, fundamentalmente, na transferência dos meios reais de autoridade e de administração do domínio privado para a propriedade pública e do poder de mando, até então exercido como um direito individual, expropriado, primeiro, em benefício do príncipe absoluto, e posteriormente do Estado.

O Estado moderno, nesse contexto, ostenta duas características básicas: *aparato administrativo* – com a instituição da burocracia, visando a prestação de serviços públicos para organizar as finanças, e com a divisão racional do trabalho; e *monopólio legítimo da força* – a sobrevivência do Estado exige um sistema coercitivo

bem estruturado para submeter o exército e a burocracia, ou seja, pela supremacia dos meios de coerção física assentados legitimamente no reino da lei.

O *Estado constitucional, representativo* ou *de direito* eclode impulsionado pelas correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo e por importantes movimentos econômicos, sociais e políticos. São marcos históricos importantes dessa passagem para o Estado Constitucional a Revolução Francesa (1789-1799), a Inglaterra (onde se iniciara a Revolução industrial um século antes) e os Estados Unidos (com a primeira Constituição escrita em sentido moderno). No Estado Constitucional, as Constituições escritas institucionalizam juridicamente o poder político; a soberania nacional é una e indivisível; e o povo é formado por um conjunto de cidadãos iguais em direitos e deveres.

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súbditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação dos poderes, a representação política.

A transformação do Estado absoluto em Estado de direito dá-se simultaneamente com a transformação do súdito em *cidadão*. Nessa medida, sujeito de direitos não mais havidos como “naturais”, mas constitucionais frente ao Estado. E o denominado contrato social não se reveste mais de mera teoria filosófico-política porquanto se conforma em pacto constitucional com um conjunto de normas positivas obrigando o Estado e o cidadão, ambos sujeitos de soberania reciprocamente limitada.

É importante sublinhar a fundamentalidade da questão do asseguramento das garantias, ao lado da separação dos poderes. No período iluminista, amadureceu a concepção legalista do direito, com a prevalência do direito escrito, havido como uma conquista na superação dos ordenamentos costumeiros. A lei escrita garantia a estabilidade das normas e seu conhecimento. Daí definir-se o *princípio da legalidade*

como a primeira garantia do direito público moderno ou contemporâneo. E, por essa razão, a Declaração dos Direitos vinculava à própria noção de Constituição a divisão dos poderes e o asseguramento das garantias.

A divisão funcional de Poderes ou a “separação” é relativa, tal como sugerido no século XVII com o mecanismo dos *checks and controls*. Os poderes, mais do que separados, são *distintos*. Tal expressão empresta melhor flexibilidade às suas linhas fronteiriças. No Estado Moderno constata-se que cada Poder, embora exercendo a sua função própria, não o faz com exclusividade. Assim, a diferenciação do Poder Público em Legislativo, Executivo e Judiciário não esgota as funções de legislar, julgar e executar.

É conclusivo que a teoria clássica da separação dos poderes – definindo exclusividade na função de cada qual – não se ajusta às modernas exigências do Estado Social e constitucional. Inúmeros interesses, bens e valores, dantes não reconhecidos, passaram a ter vital importância para a sociedade. Por isso, o Estado não se adstringe mais à defesa dos interesses da maioria, já que passa a assegurar igualmente instrumentos de efetivação e de proteção dos direitos das minorias. Reconhece-se a possibilidade de ingerência dos outros poderes em funções que originariamente não lhes permitiam garantir a realização dos valores e direitos que o povo, democrática e legitimamente, elegeu como fundamentais para a sociedade.

O princípio da divisão dos poderes, de fato, não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria e novas formas de relacionamento entre os órgãos, tanto que se prefere, nos dias atuais, falar em *colaboração de poderes*, característica do parlamentarismo (submissão do governo à confiança do Parlamento), desenvolvendo-se no presidencialismo as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*.

Além da teoria clássica, proposta por Montesquieu, a doutrina contemporânea tem reconhecido também como essencial a função de controle. Assim, além do poder de julgar, de legislar e de administrar, haveria igualmente o poder de controlar, que é fundamental para a teoria do poder. Nesse caso, sobrepõe, inclusive, o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais.

Com o Estado Constitucional, cumpre-se o ideário iluminista, cujo coroamento foi a luta do indivíduo contra a tirania do Estado, com a preservação dos direitos fundamentais, representativos da tradicional tutela das liberdades burguesas – a liberdade pessoal, política e econômica. Este Estado, todavia, surge como Estado Liberal, empenhado em limitar o poder político internamente, pela sua divisão, e externamente, reduzindo ao mínimo suas funções perante a sociedade.

O liberalismo teve uma larga trajetória histórica, inspirando o constitucionalismo europeu e americano. Foi a ideologia que atrelou o jusnaturalismo revolucionário dos séculos XVII e XVIII, o puritanismo da Revolução Inglesa (com o triunfo do parlamento), a Independência Americana e a Revolução Francesa. O liberalismo está historicamente vinculado ao direito de propriedade e ao lucro. Por outro lado, a cidadania, na primeira fase do Estado Liberal, enunciada na teoria dos direitos individuais, estava fundada no voto censitário, entronizando a propriedade privada como alicerce teórico da liberdade. Na sua segunda fase, o Estado Liberal procurou sua legitimação através das lutas políticas e sociais, com a ampliação do conceito de cidadania mediante a expansão dos direitos políticos a outros segmentos sociais e o resgate da idéia da igualdade jurídica como o marco dos direitos fundamentais.

O Estado Liberal, interferindo minimamente na vida social, nos seus primórdios, trouxe benefícios inegáveis no seu desenvolvimento. Houve progresso econômico acentuado, propiciando as condições necessárias para a eclosão da revolução industrial. No mais, o indivíduo, como cidadão, restou valorizado com o sistema de garantias, e o poder político converteu-se em poder legal.

Esse Estado Liberal correspondeu ao primeiro e clássico Estado de Direito da primeira época do Constitucionalismo. O novo Estado Constitucional que o sucede é marcado por preocupações distintas, agora menos com a liberdade do que com a justiça, porquanto esta já tinha sido adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, enquanto que a justiça, como valor social superior, ainda estava longe de lograr o mesmo grau de inserção, positividade e concreção.

O binômio justiça/liberdade torna-se, de imediato, o pedestal do Estado Constitucional dos direitos fundamentais. Haverá na seqüência histórica, pelo prisma da Lei Maior, um Estado constitucional dos direitos fundamentais, que representa a segunda versão do Estado de Direito, em busca de consolidação, e sujeito a avanços e recuos de natureza institucional. A forma mais inovadora debaixo da qual ele aparece é a de Estado Social.

O compromisso com a função social é a nota diferencial entre o Estado Moderno e o Contemporâneo, ensejando a integração do Estado político com a sociedade civil. Altera-se com isso a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração.

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal tiveram o condão de gerar imensas injustiças, e os movimentos sociais do século XIX e século XX, especialmente, demonstraram cabalmente a insuficiência das liberdades burguesas, possibilitando um nível de consciência quanto à necessidade da justiça social. O Estado de Direito já não poderia justificar-se como liberal para enfrentar a maré social sem despojar-se de sua neutralidade, integrando em seu seio a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. Nessa contingência, o Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, em *Estado Social de direito*, comprometido em realizar a justiça social. O qualitativo “social” retrata a correção do individualismo clássico liberal, afirmando-se os denominados direitos sociais com a realização de objetivos de justiça social.

Nos primórdios do século XX verificou-se a ampliação da esfera de aplicabilidade dos direitos à igualdade e à propriedade, a partir de reformas ou de rupturas do sistema capitalista, transcorrendo a passagem do Estado de direito – fundado na idéia de limitação ao poder – para o Estado social, caracterizado pela participação. Nesse particular, os textos constitucionais dos Estados capitalistas, procurando superar as tensões internas, conformaram novo tipo de constitucionalismo, recepcionando concepções socialistas, redefinindo e ampliando o catálogo dos direitos fundamentais.

As principais características do Estado Contemporâneo diferenciadoras em relação ao Estado Moderno podem assim ser enumeradas: manutenção dos Direitos Individuais consagrados historicamente; inserção dos Direitos Sociais e/ou Coletivos como Direitos Fundamentais no catálogo dos Direitos Fundamentais; e intervenção do Estado nos domínios econômico e social para assegurar a efetiva realização desses direitos.

A passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo determinou uma ruptura com o paradigma do Poder Político, tão importante quanto a havida na formação do Estado Moderno, com o abandono do pluralismo imperante nas sociedades políticas da Idade Média. E essa substancial mudança histórica deveu-se à percepção da sociedade civil no interior do próprio Estado.

Do ponto de vista de sua organização e finalidade, continua vigente, no presente momento histórico, a noção de Estado Contemporâneo, muito embora haja profundas diferenças em razão da ordem política que eclodiu nos albores do século XX. O Estado Contemporâneo hodierno também é usualmente denominado de Estado do Bem-Estar, *Welfare State*, Estado Social ou Estado-Providência.

A expressão *Estado de direito* tem uma carga valorativa, traduzindo um compromisso ao evidenciar um Estado que tem no direito, no seu ordenamento jurídico e especialmente na Constituição seu fundamento e ao mesmo tempo sua limitação. O termo passou a traduzir o equivalente a *Estado constitucional*, embora *Estado de direito* tenha maior amplitude, pelo prestígio da idéia de ordenamento jurídico, apreendida para além do seu sentido meramente formal.

Entre os princípios do Estado de Direito contam-se não só aqueles princípios formais para a ação estatal, como também os “materiais” (de conteúdo). Tais componentes de conteúdo residem particularmente nas garantias dos direitos fundamentais. Essas garantias de liberdade e igualdade, ademais, são materialmente enriquecidas pela idéia do Estado social e pela missão precípua de realizar a justiça social, de criar condições reais de desenvolvimento da personalidade e de concretização da igualdade de oportunidades para todos. Componentes materiais do Estado de direito se inserem, também, no princípio da proporcionalidade e na

proibição do excesso, tendendo ambos a otimizar o uso da liberdade e a satisfação dos interesses numa comunidade.

A configuração do *Estado democrático de direito*, de outro lado, não se limita apenas a fundir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de direito. É um novo conceito que supera os seus elementos constitutivos, na medida em que incorpora um componente revolucionário, transformador do *status quo*. Daí a importância do artigo 1º da Constituição Federal, quando proclama que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado democrático de direito*. Aqui, o “democrático” qualifica o Estado, irradiando “os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”.

No limiar deste novo século e milênio, o panorama político institucional é de novo de grandes transformações e instabilidade. Desapareceram ou entraram em colapso, na sua maior parte, os regimes totalitários e autoritários, mas, em contrapartida, irrompeu um regime de outro tipo, diverso do modelo de Estado europeu – o Estado de fundamentalismo islâmico, no qual se fundem lei religiosa e civil, poder espiritual e temporal. De outro lado, no Estado social de direito, a grave crise do chamado Estado-Providência derivada tanto de causas ideológicas quanto financeiras, administrativas e comerciais. Além de todas essas vicissitudes, somam-se a degradação da natureza e do meio ambiente, as desigualdades econômicas entre países industrializados e não-industrializados, a exclusão social mesmo nos países ricos, a manipulação das comunicações, a cultura consumista de massas, a erosão de valores éticos familiares e políticos.

Esse clima de incertezas, de turbulências sociais, políticas e econômicas que se verificam no Estado contemporâneo projeta, de outro lado, uma realidade, em nível mundial, que parece contrastar com o atual estágio civilizatório de parcela significativa da humanidade. De fato, parece que a humanidade vive simultaneamente a Idade Média, o Renascimento, o Estado moderno e todas as contradições do Estado Contemporâneo. A miséria, esse grande *apartheid* social, ainda separa países, continentes e segrega, mesmo no interior de países desenvolvidos, parcelas sociais, colocando a nu as contradições da modernidade.

3 A DEMOCRACIA MODERNA E A DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

Pelo que restou delineado no Capítulo anterior, a humanidade percorreu um longo caminho para construir um modelo de Estado democrático de direito. Do Estado Liberal ao Estado Social, do Moderno ao Contemporâneo, o homem continua uma trajetória histórica de construção de uma sociedade política civilizada, transformando, reconstruindo e aperfeiçoando esse projeto político da modernidade.

O sonho que inspirou o Estado contemporâneo nasceu na Europa e disseminou-se por todo o mundo, irrigado por guerras, revoluções e imposições, tornando-se para alguns povos e nacionalidades um longo pesadelo. Sua elaboração teórica e as lutas havidas na Europa entre os séculos XVI e XVIII mudaram radicalmente os conceitos de ciência, religião e política. Copérnico, Lutero e Hobbes são três expressões, entre tantas, que demarcaram o ingresso da humanidade num patamar civilizado, em oposição ao mundo natural. Nesse horizonte histórico emerge o Estado contemporâneo assentado num sistema jurídico com pretensão de regras claras e de pronta execução, além de uma audaciosa e arrogante proposta de universalismo.³⁴¹

No plano histórico e político, o ano de 1789 marca a primeira vitória na luta pelo reconhecimento dos Direitos Humanos, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, conquista da Revolução Francesa, cujo lema – *liberdade, igualdade, fraternidade* – propagou-se pelo mundo como um paradigma civilizatório, embalando o sonho utópico da construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

O século XIX, por outro lado, pode ser designado como o século da liberdade. Ainda que a história da luta pela liberdade seja adjacente à própria história humana, será nessa quadra civilizatória que o ideal libertário se materializará. Caem, então, os grilhões da escravidão. Esta liberdade corporal — revelada no direito de ir e vir e de permanecer — é a mais primária de todas as suas formas de expressão e a mais fundamental, já que todas as outras nela se amparam. Entretanto, liberdade tem

³⁴¹ MARÉS, Carlos Frederico. Soberania do povo, poder do Estado. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux; Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003, p. 105.

sentidos muito mais amplos do que apenas os direitos de locomoção, de liberdade de pensamento, de expressão, de consciência, de crença, de informação, de decisão, de reunião, de associação, enfim, todas estas e outras que afixam uma vida digna à pessoa humana. Contudo, para que a pessoa seja, de fato, livre, é mister, inicialmente, seja ela liberta da miséria, do analfabetismo, do subemprego, da subalimentação, da submoradia. Assim, a luta pela liberdade continua não só para manter os direitos já conquistados, mas sobretudo para afirmar a liberdade àqueles que a ainda a perseguem.³⁴²

O século XX foi cognominado o século da igualdade. Desde os seus primórdios, houve movimentos pelo reconhecimento da igualdade política entre homens e mulheres, brancos e negros. No seu transcurso se desenvolverá todo o ideário contra a discriminação fundada em sexo, raça, cor, origem, credo religioso, estado civil, condição social ou orientação sexual. No entanto, não se pode deslembrar que a igualdade consiste em tratar igualitariamente os iguais, e desigualmente os desiguais³⁴³. Daí a luta contínua contra outras formas de injustiça marcadas pela desigualdade entre os indivíduos, por exemplo o racismo, bem como as que estão a exigir tratamento uniforme a pessoas que têm, de fato, motivos para serem tratadas de modo diferenciado, como a lei que obriga atendimento preferencial a idosos, grávidas ou portadores de deficiência. Assim como a pugna pela liberdade, a manutenção e a expansão da verdadeira igualdade são uma luta contínua a desafiar a história humana.³⁴⁴

O século XX, de outra banda, para Eric Hobsbawn, foi a denominada “era dos extremos”, o tempo mais extraordinário da história da humanidade, combinando calamidades humanas de dimensões sem precedentes, conquistas

³⁴² Sobre o lema da Revolução Francesa, *Liberdade, Igualdade, Fraternidade*, ver: sítio eletrônico <http://br.answers.yahoo.com/question/index?qid=20070530040709AAYBzkW>, acesso em 19.05.2008.

³⁴³ Sobre esse aspecto específico da igualdade, ver as chamadas *medidas de discriminação positiva*, para compensar a desigualdade social: ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, que será objeto de exame no item 2.1, no enfrentamento do signo da igualdade.

³⁴⁴ Ver: mesmo sítio eletrônico: Idem, *ibidem*, acesso em 19.05.2008.

materiais expressivas, além de um acréscimo incomum de nossa capacidade de transformar e quiçá de destruir o planeta – e até de conquistar o espaço exterior.³⁴⁵

O século XXI, que inaugura um novo milênio, levanta a última bandeira da Revolução Francesa: a fraternidade. Nesse novo pórtico civilizatório impõe-se a solidariedade como um norte para as ações governamentais, empresariais e interpessoais. Neste signo o foco da proteção dos direitos deve migrar do âmbito individual e voltar-se, categoricamente, ao coletivo. Nesse estágio sobressaem os direitos inerentes à pessoa humana, não considerada particularmente, mas como coletividade; o direito ao meio ambiente, à segurança, à moradia, ao desenvolvimento. Impõe-se a consciência de que os direitos fundamentais apenas serão efetivamente assegurados quando também forem garantidos a todos. Enfim, é o tempo de se concretizar o bem comum.³⁴⁶

E nesse horizonte a democracia liberal impõe-se definitivamente como forma de governo da modernidade, agora com o desafio de concretizar, na contemporaneidade, o signo utópico da fraternidade.

O estudo do tema, no presente capítulo, possibilita o exame das diversas acepções de democracia, sua evolução histórica e filosófica, da antiguidade clássica à contemporaneidade, o surgimento da democracia representativa no Estado moderno, assim como a crise do sistema representativo e os fundamentos da democracia participativa, que se estabelece como uma alternativa política insurgente no Estado Contemporâneo, na perspectiva de uma cidadania inclusiva.

3.1 O signo da igualdade material como desafio para a consolidação de uma democracia substantiva

A idéia de igualdade e os problemas dela decorrentes, nos dias atuais, tem sido motivo de inquietação de qualquer sistema político e jurídico preocupado com sua legitimidade. Por essa razão os estados democráticos tributam especial

³⁴⁵ HOBBSAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 9.

³⁴⁶ Ver: sítio eletrônico já referido na nota 325.

atenção ao princípio da igualdade e atuam de modo que a idéia de isonomia impregne suas ações, como observa Rosa.³⁴⁷

A igualdade como princípio jurídico pode ser aferida sob duas perspectivas: a formal e a material. A concepção formal teve sua pujança com o desenvolvimento das idéias liberais. No absolutismo a arbitrariedade grassava com violação dos mais mezinhos princípios do direito. O indivíduo era valorizado em razão de sua origem e de sua classe social. A nobreza e outros estamentos privilegiados jamais eram vistos como iguais frente aos demais súditos. Essa discriminação encontrou no meio social opressor a semente para o florescimento do conceito de que todos os homens deveriam ser tratados com igualdade. As revoluções burguesas sepultaram a manutenção de privilégios inaceitáveis.³⁴⁸

O pensamento político passou a refletir, então, uma nova concepção de sociedade, de Estado e de direito. Os privilégios concedidos a parcelas sociais são derogados, exigindo-se, na consolidação dos direitos civis, a igualdade de tratamento social. Os antigos súditos transformam-se em cidadãos. O Estado passou a ter no direito seu principal modo de atuação, levando em conta a idéia de igualdade. Na aplicação da lei, o Estado desconsidera qualquer situação individual que sobreleve as antigas regalias. A lei deve ser aplicada igualmente para todos e, por isso, *todos são iguais perante a lei*.³⁴⁹

Esse patamar histórico está intimamente imbricado aos movimentos revolucionários do século XVIII, responsáveis pelos enormes câmbios sociais que se verificaram nesse período histórico, e que culminaram com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1795. Tais direitos foram proclamados logo no seu art. 1º: “Os direitos do homem em sociedade são a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade”. A igualdade, por outro lado, foi definida no art. 3º: “A igualdade consiste em que a lei é a mesma para todos, quer proteja, quer puna. A igualdade não admite distinções de nascimento nem hereditariedade de poderes”. A

³⁴⁷ ROSA, André Vicente Pires. “Igualdade”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 456.

³⁴⁸ ROSA, André Vicente Pires. Op. cit., p. 457.

³⁴⁹ Idem, ibidem, p. 458.

declaração passa a ter feição jurídica e a igualdade não proclama que os homens são iguais em essência e sim que devem receber o mesmo tratamento legal. Iguais ou não, todos assim devem ser considerados para efeito da aplicação da lei. Essa concepção, designada de igualdade formal, consolida a igualdade frente à lei ou perante a lei.³⁵⁰

Essa compreensão ainda sobrevive hoje. Representou, em seu tempo, uma grande conquista da humanidade, trazendo indiscutível caráter legitimador das atuações do Estado. Numa pendência judicial, teoricamente, não haveria mais diferença entre o rico e o miserável, pois ambos receberiam o mesmo tratamento. Nesse tocante, apenas se admitirá eventual controle jurídico sobre a atuação do órgão jurisdicional encarregado de aplicar a lei, já impossibilitado de questioná-la, para aferir se ela foi aplicada de forma igual ou não. Com essas premissas, mesmo na atual estrutura, segundo Rosa, apenas os poderes executivo e judiciário estariam vinculados ao princípio da igualdade. O legislador ainda não estaria obrigado pelo princípio.³⁵¹

A Europa do final do século XVIII, do século XIX e primórdios do século XX foi o cenário onde de maneira predominante se desenvolveram essas concepções. O catálogo liberal que impunha a aplicação da lei em igualdade de condições a quem quer que fosse aos poucos foi perdendo força. Apesar de no início representar um avanço, por proibir privilégios de origem familiar, agora já se entremostrava insuficiente.³⁵²

A humanidade evoluiu e depois de inúmeras experiências, como por exemplo a Revolução Industrial, constatou-se o equívoco do ideal liberal primitivo: os homens não podem ser tratados de modo absolutamente igual porque não são absolutamente iguais. À tentativa – bem ou mal-intencionada, não importa – de o Estado permanecer imparcial e neutro frente à realidade e aplicar a lei sem considerar as condições efetivas em que se encontravam os cidadãos, contrapuseram-se exatamente às enormes dificuldades fáticas vividas por eles. Paulatinamente, e à custa de muita luta e sofrimento, vai-se percebendo que as diferenças materiais entre os homens são tão gritantes que o Estado já não pode mais se contentar em aplicar igualmente a lei. Isso é muito importante, deve ser mantido, mas é insuficiente. A igualdade formal, a aplicação imparcial da lei pura e simples pode manter as desigualdades materiais e inclusive aumentá-las. Percebe-se que os verdadeiros titulares de direitos são poucos que gozam de uma situação econômica privilegiada; os demais, as grandes multidões, são

³⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 458.

³⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 458.

³⁵² Idem, *ibidem*, p. 458.

miseráveis que não tem qualquer acesso a direitos como a propriedade e a liberdade.³⁵³

Esse quadro provocou um câmbio fundamental na forma de constituição dos Estados. As Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, no início do século XX, inauguram jurídica e politicamente uma nova concepção de Estado. Surge formalmente o Estado social, operando uma verdadeira revolução na percepção do Estado, assim como acerca de suas verdadeiras funções. O Estado mínimo concebido pelos liberais não podia mais ser aceito. O absolutismo evidenciara como o Estado era capaz de violar a liberdade, considerada um dos mais sagrados direitos naturais do homem³⁵⁴. Daí porque foi exacerbada a liberdade, subtraindo-se ao máximo as atribuições do Estado liberal, sobretudo sua intervenção na economia, ao conferir-se à iniciativa privada a responsabilidade pelo crescimento econômico e o desenvolvimento do próprio Estado. Suas funções básicas estariam adstritas à proteção da propriedade e da liberdade, garantindo a segurança.³⁵⁵

O Estado social, ao contrário, é chamado a interferir na sociedade, para por fim às enormes desigualdades que separavam os poucos ricos de uma multidão de pobres e miseráveis. O Estado, desta feita, não é o inimigo das liberdades e do mercado, mas protagonista na garantia de novos direitos atribuídos aos cidadãos. Educação e saúde públicas, por exemplo, são enunciados como direitos fundamentais de segunda geração. Os de primeira geração haviam se consolidado com as bases do Estado liberal. O Estado social passa a garantir as condições normativas e materiais de eficácia desses novos direitos. Nessa nova concepção, modifica-se a noção de igualdade. Não se abandonou a idéia de igualdade formal, só que se passou a concebê-la com maior vigor, também numa perspectiva material. É insuficiente, agora, o mero discurso de que os homens são iguais no momento da aplicação da lei. Reconhece-se claramente que as desigualdades fáticas entre os cidadãos impedem “uma verdadeira aplicação igual da lei entre os considerados iguais”.³⁵⁶

³⁵³ Idem, *ibidem*, p. 458.

³⁵⁴ A Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão, em seu artigo segundo, definiu a liberdade como “poder fazer o que não prejudica os direitos alheios”.

³⁵⁵ ROSA, André Vicente Pires. *Ibidem*, p. 458-459.

³⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 459.

Nesse novo patamar, compreendidas as diferenças entre os homens passa-se a reconhecer a igualdade não só como um *ponto de partida* para o incremento de outras relações, mas também como um objetivo a ser perseguido. Numa mirada formal, pois, a igualdade exige, a partir de seu reconhecimento, o mesmo tratamento aos iguais. Já sob o prisma material, a igualdade necessita ser construída. As novas constituições, sob o prisma normativo passam a obrigar o Estado a tomar as medidas imprescindíveis à redução das desigualdades materiais. Assim, reconhece-se que os homens não só têm o direito de serem tratados isonomicamente, mas também de se tornarem *mais* iguais.³⁵⁷ No dizer de Rocha, a igualdade “de um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo, quer-se dizer, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas, passou-se a um conceito jurídico de condutas promotoras de igualação jurídica”.³⁵⁸ Nessa nova concepção, diferentemente da acepção anterior, o princípio não vincula apenas os poderes executivo e judiciário, mas também o legislativo. O parlamento, agora, está obrigado a elaborar normas tendentes a reduzir as desigualdades efetivas, passando ele próprio a ser objeto de controle normativo³⁵⁹. Destarte, se o Estado não atua para reduzir as desigualdades efetivas, descumpra comando constitucional respectivo, cometendo inconstitucionalidade por omissão ao deixar de realizar a igualdade. Nessa percepção, diga-se, enquanto na formal a referência é a igualdade perante a lei, na material o aspecto preponderante é a igualdade *através* da lei.³⁶⁰

³⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 459.

³⁵⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 131, 1996, p. 286.

³⁵⁹ Nesse tocante, extrai-se do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade* e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (grifado). Por outro lado, proclamando como fundamento do Estado brasileiro a construção de uma igualdade material/normativa, colhe-se do art. 1º, da Carta Magna, quando são estabelecidos os seus princípios fundamentais: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

³⁶⁰ ROSA, André Vicente Pires. *Ibidem*, p. 459.

O Estado não deve apenas reverenciar as igualdades não distinguindo os homens, mas deve criá-la, sob pena de atuar ou omitir-se inconstitucionalmente. Essa criação dá-se, fundamentalmente com o adimplemento de *prestações estatais* – a efetivação dos direitos fundamentais da segunda geração – e com a adoção das chamadas *medidas de discriminação positiva*. Nesse sentido, o princípio da igualdade exige que se o olhe sob duas perspectivas – como comando normativo e como direito fundamental dos cidadãos. Como comando normativo o Estado tem o dever de não estabelecer diferenças não autorizadas entre os homens na aplicação da lei e de reduzir as diferenças materiais entre eles. Numa linha de correlação desse dever estatal decorre o direito dos cidadãos. Direito a um tratamento igual na aplicação da lei e de auferir do Estado aquelas prestações que tornam os homens menos desiguais. Em grande medida essas prestações fundamentais têm caráter econômico.³⁶¹ Na definição de Alexy, “direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se ao indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-lo também dos particulares”.³⁶² Como comando normativo, instituído constitucionalmente, sua não efetivação produz resultados basicamente políticos e secundariamente jurídicos. Jurídicos porque em muitos aspectos estão reservadas sanções às entidades estatais que não operam de acordo com o princípio da igualdade. Nesse caso, o cidadão pode exigir o tratamento isonômico que lhe é devido ou a prestação a que tem direito, através de ações específicas. No Brasil podem ser manejadas ações constitucionais como o *habeas corpus*, o mandado de injunção e o mandado de segurança.³⁶³

As *discriminações*, como regra, na observação de Rosa, estão proibidas. Discriminar, no vernáculo, tem duas acepções – na primeira, significa separar, distinguir, especificar, classificar; na segunda, refere-se a um sentido que denota condição de inferioridade atribuída a alguém em razão de ser portador de alguma característica específica. Nesse sentido, pondera:

Nossa Constituição, apesar da redação confusa, estabelece que não podemos

³⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 459-460.

³⁶² ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 482.

³⁶³ ROSA, André Vicente Pires. *Ibidem*, p. 460.

discriminar negativamente quando o motivo está baseado na “origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo terceiro, IV). No entanto, são legítimas e válidas aquelas discriminações que objetivam um aumento da igualdade material entre os cidadãos. A Constituição brasileira expressamente autoriza esse tipo de discriminação quando o que se busca é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo terceiro, III). A interpretação correta e que compatibiliza esses dois dispositivos é a de que nosso Estado não pode discriminar cidadãos com base nos pressupostos estabelecidos no citado inciso IV, exceto se tais discriminações objetivam realizar os fins estabelecidos no inciso III. Essas são as chamadas *discriminações positivas, inversas* ou *ativas*. Com elas se pretende estabelecer medidas que reparem uma situação de desigualdade fática a que estão submetidas certas minorias. Por meio de ações afirmativas³⁶⁴ pretende-se dar tratamentos compensatórios a certos grupos a fim de que se favoreça a respectiva integração social.³⁶⁵

A máxima *deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*, na interpretação de Alexy,³⁶⁶ exigindo um tratamento igual/desigual, “não contém um critério tal, mas sua aplicação o pressupõe”. Nesse tocante, para Oppenheim,³⁶⁷ “os seres humanos só são iguais ou desiguais em relação a determinadas características que devem ser especificadas”. Assim, esse elemento de comparação é o que se denomina *tertium comparationis*. Através dele pode-se identificar a razão pela qual duas pessoas estão sendo tratadas igual ou desigualmente. Para Alexy, “juízos de igualdade que constatarem a igualdade com respeito a determinadas propriedades, são juízos sobre relações triádicas: *a* é igual a *b* com respeito à propriedade *P* (propriedades P1, P2... Pn)”.³⁶⁸ É precisamente essa propriedade do elemento de comparação que sugerirá se o tratamento não igualitário é justificável ou não. O tratamento dos considerados iguais com desigualdade, na advertência de Perelman, impõe uma espécie de *exceção* ao princípio que precisa ser justificada: “igualdade não tem de ser justificada, pois é presumidamente justa: a desigualdade, pelo contrário, se

³⁶⁴ Na leitura de Carmen Lúcia Rocha, por ações afirmativas entende-se “a exigência de *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer juridicamente desigualadas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”. Op. cit., p. 460).

³⁶⁵ ROSA, André Vicente Pires. *Ibidem*, p. 460.

³⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Op. cit., p. 388.

³⁶⁷ OPPENHEIN, Felix. “Igualdade”. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. Dicionário de Política. 1. Vol. 13. ed. Brasília: UnB, 2007, p. 598.

³⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Op. cit., p. 387.

não é justificada, parece arbitrária, portanto, injusta”.³⁶⁹ Nesse compasso, é exatamente da possibilidade de se justificar essa exceção (discriminação) que depende sua validade normativa, sob pena de inconstitucionalidade.³⁷⁰ Berlin sustenta, numa outra perspectiva, que a bondade das razões está sujeita ao grau de valor ou de importância conferidos “aos propósitos ou motivos aduzidos para justificar as exceções, e estes haverão de variar conforme variem as convicções morais – os pontos de vista gerais – dos diversos indivíduos ou sociedades”.³⁷¹ De igual modo, adverte Bobbio, que “a relevância ou irrelevância se estabelece pela eleição de valor e, portanto, está historicamente condicionada”.³⁷²

De outro lado, existe uma vinculação entre a igualdade e a legitimação do direito. O princípio, sua efetivação e eficácia provocam a realização de outros valores imprescindíveis à convivência social relativamente pacífica. Em certa medida, no dizer de Rosa, a igualdade não é um fim em si mesma. Na medida em que ela se realiza, na sua feição formal ou material, cumpre um conjunto de valores reclamados pela sociedade. Aparentemente não existe uma lógica a impor sejam os homens tratados igualmente.³⁷³ Como todos os fins humanos, o princípio da igualdade, para Berlin, “não pode ser defendido ou justificado, já que é ele o que justifica outras ações, meios utilizados para sua realização”.³⁷⁴ O caráter gregário do homem, em verdade, estaria a exigir o reconhecimento da igualdade recíproca, ante a lógica de não se poder estabelecer grupos de absolutamente desiguais. A convivência em relativa paz exige um mínimo de respeito ao outro, o qual deve ser tratado reciprocamente como igual, como explicita Rosa. Nesse horizonte, “se sou igual ao outro, devo receber o mesmo tratamento que ele. O tratamento igual, nesse sentido, é autojustificado; a simetria de tratamento acalma e tranqüiliza, já que é previsível e não traz surpresas”. Em contrapartida, “o tratamento desigual perturba; faz com que o indivíduo indague o porquê do tratamento não isonômico, e ao sentir-se discriminado percebe-se ameaçado

³⁶⁹ PERELMAN, Chaïn. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 214.

³⁷⁰ ROSA, André Vicente Pires. *Ibidem*, p. 461.

³⁷¹ BERLIN, Isaiah. **Antología de Ensayos**. Madri: Espasa-Calpe, 1995, p. 175.

³⁷² BOBBIO, Norberto. **Igualdad y Libertad**. Barcelona: Barcelona: Ediciones Paidós y I.C.E. de la Universidad de Barcelona, 1993, p. 74.

³⁷³ ROSA, André Vicente Pires. *Ibidem*, p. 461.

³⁷⁴ BERLIN, Isaiah. **Antología de Ensayos**. *Op. cit.*, p. 181.

de não mais fazer parte do grupo dos iguais”. Esse discrimen, por evidente, traz instabilidade social; ao contrário do tratamento igual, que leva o indivíduo a sentir-se integrante do grupo e protegido por ele, considerando-se, como os demais, garantido em sua existência. Nessa órbita, o tratamento desigual tem de ser justificado; “o discriminado tem de saber o motivo pelo qual o foi e com isso saber que continua igual aos demais em outros âmbitos, exceto naquele que foi objeto da exceção”.³⁷⁵

Doutra mirada, a igualdade guarda relações indissolúveis e sumamente complexas com a liberdade. Em certo sentido há uma possibilidade concreta de conflito entre ambas, que deve ser evitado. Como adverte Rosa, “em uma sociedade de absoluta igualdade não há sentido falar em liberdade assim como noutra onde reina absoluta liberdade não pode haver igualdade”. Nessa perspectiva, pondera que o importante “é a construção de um ambiente em que se consiga uma *liberdade igual* ou uma *igualdade livre*, significando ambas um ponto de equilíbrio entre esses dois valores fundamentais que se realizam concomitantemente”. Assim, “os iguais têm de ser livres assim como os livres devem poder desfrutar da igualdade”. As situações justas, em grande medida, estão na dependência da união adequada desses dois valores, estabelecendo conexão da igualdade com outro princípio – o da justiça.³⁷⁶

A igualdade, ademais, pode situar-se numa dimensão conceitual avançada do humanismo, recolocado como um *status* civilizatório ou elevado padrão de civilidade de todo um povo, como situa admiravelmente Britto.³⁷⁷ A democracia

³⁷⁵ ROSA, André Vicente Pires. *Ibidem*, p. 461.

³⁷⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 461.

³⁷⁷ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categorial constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 33-35. Observa o autor que o termo *humanismo* é vocábulo plurissignificativo, polissêmico. Exorta que uma das mais conhecidas acepções do verbete é de “aprofundado conhecimento das línguas e literaturas antigas”. (p. 15). Outra vertente apontada do vocábulo é a de “pendor ou gosto pelas ciências ditas humanas”, em oposição ao estudo das ciências tidas como “exatas”. Nessa lógica, ressalta Britto, que “humanista é a pessoa versada nas referidas línguas, ou, então, vocacionada para as ciências sociais; pois que se trata de um modelo acadêmico de humanismo. Humanismo dos doutos, subjetivado, marcadamente, nos filólogos, historiadores, filósofos, juristas, cientistas políticos, literatos, enfim. Estrato social ainda hoje referido como ícone da erudição ou cultura comumente adjetivada de enciclopédica. Tudo muito próprio de uma sociedade que exagera um pouco no prestígio à pura ilustração mental de suas intelectualizadas elites, confundindo, não raras vezes, bons costumes com boas maneiras; acúmulo mecânico de informações com aprofundada formação cultural; talento com memória; conhecimento com sabedoria” (p. 16). Por outro lado, residualmente o humanismo ainda era e ainda é “típico de uma sociedade não por acaso apelidada de bacharelesca; ou seja, *palavrosa*, enfatuada, conservadora (conservadora no Plano da Política, conservadora no plano das

convenções sociais). O que não tem impedido o despontar de estudiosos que aliam ao mais sólido lastro cultural o mais vivo compromisso com a emancipação político-social das massas empobrecidas” (p. 17). Também o verbete lembra o mais vivo compromisso “com o fazer da questão nacional uma trincheira da resistência a um tipo de colonialismo mental que responde pela descrença em nossa incomparável originalidade. Esse colonialismo invisível, camuflado, que, na aguda percepção de Eduardo Galeano, ‘te convence de que a servidão é um destino e a impotência, a tua natureza: te convence de que não se pode dizer, não se pode fazer, não se pode ser’.” (p. 17). (Ver: GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. 11. ed. Porto Alegre: LP&M, 2004, p. 157).

Uma terceira dimensão conceitual de humanismo pode ser percebida, de acordo com Britto, como doutrina de exaltação ou culto à humanidade. “*Consiste num conjunto de princípios que se unificam pelo culto ou reverência a esse sujeito universal que é a humanidade inteira*. Logo, o humanismo no sentido de crença na aventura humana. Isto no pressuposto de ser o homem a obra-prima da Criação. O ‘animal político’ de que falava Aristóteles, porquanto dotado da aptidão de sobrepor ao espontâneo mundo da natureza o elaborado mundo da *polis*; ou, como viria a teorizar Rousseau, o homem como único ser capaz de pactuar com os seus semelhantes uma vida em ‘estado de sociedade’, tendo por contraponto um virginal ‘estado de natureza’” (p. 20). (Ver: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antônio de P. Machado; estudo crítico de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, cap. VI, p. 34-46). Nessa esteira elucida Britto que, de fato, “o desenrolar do tempo tem situado o gênero humano no centro do universo. Da proclamação de que o ‘o homem é a medida de todas as coisas’ (Protágoras) ao ‘côgito’ de René Descartes, passando pela máxima teológica de que todos nós fomos feitos à imagem e semelhança de Deus, o certo é que a pessoa humana passou a ser vista como portadora de uma dignidade inata. Por isso que titular do ‘inalienável’ direito de se assumir tal como é: um microcosmo. Devendo-se-lhe assegurar todas as condições de busca da felicidade terrena” (p. 20). Recorda Britto que “essa altissonante dignidade do ser humano está pressuposta na *Magna Charta Libertatum* dos ingleses, de 1215, e com explicitude passou a figurar nas modernas declarações constitucionais de direitos, numa espécie de *viagem civilizatória sem volta*. Isto ainda a partir da própria Inglaterra, sobretudo com a *Petition of Rights*, de 1628, a *Lei de Habeas Corpus*, de 1679, e o Ato de Estabelecimento, de 12 de junho de 1701, assim como das emblemáticas declarações de direitos das revoluções liberais que se deram nos Estados Unidos da América e na França. Aqui, tendo por *linha de partida* a famosa ‘Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789; ali, a menos conhecida porém igualmente meritória ‘Declaração de Direitos da Virgínia’, datada de 16 de junho de 1776” (p. 20-21). E acrescenta o autor: “toda essa perspectiva do humanismo até hoje conserva o seu caráter político-civil de prevalência *do reino sobre o rei*. Que outra coisa não significou senão a consubstanciação de três paulatinas e correlatas idéias-força: a) O Direito por excelência é o veiculado por uma Constituição Política, fruto da mais qualificada das vontades normativas, que é a vontade jurídica da nação; b) o Estado e seu governo existem para servir à sociedade; c) a sociedade não pode ter outro fim que não seja a busca da felicidade individual dos seus membros e a permanência, equilíbrio e evolução dela própria” (p. 21). Por conhecido desdobramento histórico, pondera Britto, é claro que “desses três entrelaçados princípios reitores, o que se deu foi uma considerável ampliação na lista dos clássicos direitos individuais, como, *verbi gratia*, o direito à informação, ao desembaraçado acesso às instâncias judiciárias, ao tratamento não-preconceituoso e até mesmo favorecedor dos segmentos sociais historicamente discriminados (notadamente o dos negros e dos índios, das mulheres e dos portadores de deficiência). Tanto quanto se verificou o reconhecimento formal dos direitos de cunho econômico-social, mormente os de matriz constitucional *e incluídos, hoje, no rol dos direitos fundamentais da pessoa humana* (Santo Agostinho dizia que ‘sem um mínimo de bem-estar material não se pode sequer servir a Deus’). Sendo que tais direitos de índole econômico-social se filiam, historicamente, às Constituições mexicana (1917), soviética (1918) e alemã (Weimar, 1919), enquanto que os direitos neste nosso estudo designados por *fraternais* se definem com mais precisão nas Constituições portuguesa de 1976 e brasileira de 1988” (p. 22). Concluindo, pondera: “É o que se pode designar por *constitucionalismo cumulativo*. Um constitucionalismo crescentemente superavitário, como se dá com a ciência e a cultura, a ponto de autorizar a ilação que, graças a ele, o Estado de Direito termina por desembocar num *Estado de direitos*. O que não significa uma generalizada situação de afrouxamento dos deveres e responsabilidades de cada indivíduo para com o

ocidental contemporânea é a que se constitui em inexcedível paradigma de mobilidade vertical nos campos, justamente:

a) da política enquanto área específica do poder governamental-administrativo; b) da economia enquanto fonte de toda riqueza material; c) da educação formal enquanto espaço de um saber direcionado “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205 da Constituição brasileira de 1988). Tudo isso de parilha com as citadas relações sociais de facilitado acesso à jurisdição, aos serviços públicos e à seguridade social, mais o pluralismo político e o social genérico (estes últimos a significar o direito de ser pessoalmente inconfundível com quem quer que seja, contanto que esse direito de ser diferente não resvale para a prática da discriminação de outrem). Sendo que o campo da política é de ser entendido na sua renovada configuração político-civil, de modo a abarcar os clássicos e novos direitos individuais (dentre estes, o direito à informação, à ética na Administração Pública e às *ações afirmativas*), a vigorar de modo paralelo às relações de soberania popular e de cidadania. Já o campo da economia, a se materializar na dualidade básica do capital e do trabalho, de sorte a compor uma ordem econômico-financeira de prestígio, a um só tempo, da liberdade de iniciativa e do atendimento das necessidades materiais básicas dos empregados e dos trabalhadores autônomos. E quanto ao campo do saber, enfim, a se espriar pelos domínios da educação formal, dos cursos profissionalizantes e do mencionado preparo para o exercício da cidadania.³⁷⁸

Nesse contexto, dá-se, segundo Britto, verdadeira fusão entre vida coletiva civilizada e democracia; entendendo-se por vida em comum civilizada “aquela que transcorre, circularmente, nos arejados espaços da contemporânea democracia. Com o que o humanismo e a democracia passam a formar uma unidade incindível. Inapartável”. Sob esse prisma, recoloca a idéia de *status civilizatório* ou elevado padrão de civilidade de todo um povo como uma terceira dimensão conceitual do humanismo. Segundo ele, a mais recorrente, a ser alcançada mediante mecanismos de direito positivo que já se contêm no conceito contemporâneo de democracia. Democracia, aliás, que nas Constituições portuguesa (1976) e brasileira (1988), apresentam os seguintes *traços fisionômicos*:

I – democracia *procedimentalista*, também conhecida por Estado Formal de Direito ou Estado Democrático de Direito, traduzido no modo popular-eleitoral de constituir o Poder Político (composto pelos parlamentares e pelos que se investem na chefia do Poder Executivo), assim como pela forma predominantemente representativa de produzir o Direito legislado;

próprio Estado e a sociedade civil. As duas coisas bem podem conviver na mais perfeita harmonia” (p. 22-23).

³⁷⁸ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categorial constitucional**. Op. cit., p. 32-33.

II – democracia *substancialista* ou material, a se operacionalizar: a) pela multiplicação dos núcleos decisórios de poder político, seja do lado de dentro do Estado (desconcentração orgânica), seja do lado de fora das instâncias estatais (descentralização personativa, como por amostragem, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular); b) por mecanismos de *ações distributivas* no campo econômico-social. Vínculo funcional, esse (entre a democracia e a segurança social), que a presente Constituição italiana bem expressa na parte inicial do seu art. 1º, *verbis*: “A Itália é uma República democrática fundada no trabalho”;

III – democracia fraternal, caracterizada pela positivação dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente, mais a consagração de um pluralismo conciliado com o não-preconceito, especialmente servido por políticas públicas de *ações afirmativas* que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupamentos sociais, como os multirreferidos segmentos dos negros, dos índios, das mulheres e dos portadores de deficiência física (espécie de igualdade civil-moral, como ponto de arremate da igualdade política e econômico-social).³⁷⁹

É com essa compreensão de igualdade, conectada com a liberdade e a justiça, emoldurada por humanismo enquanto vida coletiva de alto padrão civilizatório, que transcorre nos mais dilatados cômodos da democracia procedimentalista, substancialista e fraternal, na acepção de Britto, que se enfrenta, a partir de agora, os aspectos políticos, jurídicos e históricos da democracia, objeto deste segundo capítulo.

3.2 Aspectos históricos e políticos da democracia e da república como formas de governo da Antiguidade clássica ao Estado moderno

O conceito de democracia tem sofrido significativas e curiosas transformações ao longo de seus mais de dois milênios de existência. São os antigos gregos considerados seus fundadores. A eles devemos os exemplos mais remotos de democracia na teoria e na prática, assim como a própria palavra *democracia*.

Recentemente a Grécia celebrou o aniversário dos 2.500 anos de instauração das instituições democráticas em Atenas, cuja formulação originária deu-se pelo legislador Clístenes,³⁸⁰ no ano 508 a.C. O evento mais significativo das

³⁷⁹ BRITTO, Carlos Ayres. *Ibidem*, p. 34-35.

³⁸⁰ Segundo a Novíssima Enciclopédia Delta Larousse, Clístenes foi um “político ateniense do fim do séc. VI a.C. Iniciador de importantes reformas, instituiu nova divisão territorial em Atenas, para

comemorações foi realizado em Pnyka, defronte à Acrópolis de Atenas, no mesmo lugar onde se reunia a Eclésia do povo. Ali, na Assembléia Geral, todos os cidadãos atenienses decidiam sobre os assuntos da cidade.³⁸¹

Do ponto de vista histórico, a democracia foi instituída por Clístenes como uma reação aos regimes anteriores, da monarquia transformada em tirania e da aristocracia.³⁸² Péricles, o grande líder ateniense da era clássica, em seu discurso fúnebre, “O Epitáfio”, definiu democracia. Para ele o regime de Atenas era denominado democracia porque o governo do Estado não estava nas mãos de poucos, mas de muitos. Além disso, era assegurada a igualdade de justiça para todos, através das leis, assim como o acesso aos cargos públicos, independentemente da condição social, desde que o cidadão se destacasse em determinada atividade.³⁸³

A democracia ateniense, mais do que a estrutura política e administrativa, legou ao povo duas grandes conquistas – a *liberdade de expressão*, assegurando ao cidadão o direito de criticar publicamente os detentores de poder; e a

reforçar sua unidade, pelo remanejamento dos cidadãos; reformou o calendário e o exército; orientou definitivamente as instituições atenienses para uma verdadeira democracia. Atribui-se-lhe a criação do ostracismo” (Rio de Janeiro: Delta, 1982, p. 488, vol. 2).

³⁸¹ VAYENÁS, Alexander. “Democracia: das origens à modernidade – celebrando 2.500 anos de democracia”. In. ZANETI, Hermes. **Democracia: a grande revolução**. Brasília: UnB, 1996, p.31. O autor, Embaixador da República Helênica no Brasil, ensina que os órgãos representativos do povo eram: “a Eclésia, entidade essencial do poder desde antigamente, e a Bule dos 500, criada pelo antecessor de Clístenes, Sólon, mas à qual Clístenes deu um papel mais importante. A Eclésia, a partir do século VI a.C., não somente discutia as propostas dos arcontes e as modificava como também tomava decisões. Constata-se aqui uma semelhança da estrutura democrática da Antiguidade com o sistema bicameral que conhecemos nas constituições atuais. A escolha para os órgãos do governo era feita através de sorteio e era proibido a um mesmo cidadão exercer a mesma função duas vezes, com a única exceção dos 10 generais que podiam ser reeleitos.”

³⁸² Lembra Vayenás que Clístenes, muito embora não tão conhecido quanto Sólon e Péricles, é o verdadeiro pai da democracia, mesmo não tendo sido celebrado por historiadores como um Heródoto ou um Tucídides (p. 31).

³⁸³ VAYENÁS, Alexander. *Ibidem*, p. 32-33. O autor relata que as instituições que ajudavam no exercício legal do poder eram três: a *prestação de contas*, o *ostracismo* e a *denúncia por escrito* de eventuais ilegalidades, e davam o direito a qualquer cidadão de exercer seu controle sobre os arcontes e os políticos que abusavam do poder. “Com a primeira, os arcontes deviam prestar contas sobre o seu modo de exercer o poder. Com o ostracismo, a cada ano, era exilado, por dez anos, da cidade de Atenas, um político considerado, por sua influência, perigoso para a democracia. Esse, porém, devia permanecer nas regiões adjacentes para que a Eclésia pudesse chamá-lo de volta quando isso fosse necessário. Finalmente, a denúncia por escrito oferecia a qualquer cidadão a possibilidade de dirigir-se por escrito à Eclésia e à Bule sobre qualquer projeto de lei ou outra proposta, denunciando que se tratava de um ato ilegal. A Eclésia ou a Bule eram obrigadas a interromper a discussão da proposta e discutir a denúncia do cidadão. Essa era a medida mais severa da democracia na sua prática cotidiana e completava a instituição de prestação de contas”.

igualdade de direitos, permitindo o acesso de todos os cidadãos livres ao poder.³⁸⁴ Esses cidadãos detinham o direito de eleger e de ser eleitos e ainda de compor a Eclésia.³⁸⁵

Para Wollheim, no entanto, é importante sublinhar que a Antiguidade rejeitou a democracia. Como forma de governo não teve continuidade permanente nem mesmo em Atenas, até porque os mais famosos pensadores tanto da Grécia quanto de Roma – Platão e Aristóteles, Cícero e Sêneca – foram seus adversários. Uma consequência disso é que nosso conhecimento e compreensão do pensamento democrático clássico é parcial e limitado, já que algumas de suas mais elevadas expressões, como a Oração Fúnebre de Péricles, acabaram tendo repercussão muito mais por sucessivas falhas de interpretação do que propriamente em virtude da verdade do que realmente tratam.³⁸⁶

A discussão sobre democracia, por sua vez, é fundamentalmente uma discussão sobre formas de governo e não sobre as formas de sociedade. Era comum no

³⁸⁴ É importante registrar, no entanto, que a *Democracia* da Atenas da antiguidade não satisfaria os critérios correntes do mundo ocidental moderno. “O povo ateniense democrata não constituía uma totalidade. População de 230 mil pessoas. Destas, cerca de 150 mil era escravos, sem direito algum. Das 80 mil pessoas livres, 60 mil eram mulheres e crianças, sem direito político. Reuniam-se em praça pública, *ágora*, formando a *Eclésia* (Assembléia política) para ouvir os demagogos (orientadores do povo. Era a chamada ‘democracia direta’. *Demokratia*: os cidadãos (*demos*) detinham o poder político (*kratos*) do Estado. Em seu famoso discurso fúnebre, o Epitáfio, Péricles a definiu: ‘o regime ateniense se chama democracia, pois o governo do Estado não está nas mãos de poucos, mas de muitos’” (Cf. WIKIPEDIA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Democracia_ateniense. Acesso em 10.04.2008.

³⁸⁵ VAYENÁS, Alexander. *Ibidem*, p. 33.

³⁸⁶ WOLLHEIM, Richard. *Democracia*. In: CRESPIGNY, Anthony de; CRONIN, Jeremy (Eds.). **Ideologias políticas**. Trad. Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 93. Título original: *Ideologies of politics*. Segundo o renomado professor de Filosofia da Universidade de Londres, tanto a prática quanto a teoria da democracia parecem ser um pouco mais velhas do que a própria palavra. E justifica: “Convém considerar Clístenes como o criador do governo democrático de Atenas (cerca de 508 a.C.), mas é pouco provável que ele ou seus contemporâneos hajam utilizado o termo *democracia*. Da mesma forma, parece que muitos dos argumentos que mais tarde seriam usados em favor da democracia já haviam sido apresentados em controvérsia anterior: o debate entre os defensores do governo sem peias por um só homem e os que acreditavam num sistema no qual todos fossem iguais perante a lei *isonomia*. Essa controvérsia transparece nas obras de Esquilo (*Pers.* 213-4; *Pr. Acorrentado*, 323-4; *Suplicantes*, passim.) e, mais copiosamente, na famosa narração feita por Heródoto (*Hist.* III 80-4) de um debate entre certo número de nobres persas pouco depois da morte do usurpador da dinastia dos Magos em 522 a.C. Discutem que tipo de governo deveria ser adotado, e durante o debate – o qual, embora claramente apócrifo como parte da história persa é mais provavelmente um bom indicador do pensamento ‘progressista’ ateniense do período imediatamente posterior à guerra contra a Pérsia (491-479 a.C.) – Otanes, o defensor da *isonomia*, não apenas apresenta o que devem ser os principais argumentos democráticos mas também define os termos dentro dos quais a maior parte da discussão futura do assunto deverá estar contida” (p. 93-94).

pensamento político grego que as formas constitucionais tivessem efeito importantíssimo sobre os modos ou maneiras de vida dos cidadãos. Apesar disso, a democracia não estava associada, na mentalidade clássica, a qualquer forma nítida de sociedade.³⁸⁷ A superioridade ou não das formas de governo era determinada por um critério essencialmente prático, isto é, a capacidade de proporcionar um governo racional e harmônico. Na aplicação desse critério, sustentava-se que a superioridade da democracia residia na sabedoria mais segura resultante da soma de grande parcela de pessoas. Aqueles a quem a democracia conferia o poder poderiam variar em inteligência e em boa vontade, mas coletivamente se demonstravam superiores.³⁸⁸

Há dois argumentos modernos destacados em favor da democracia: o moral, segundo o qual o homem tem o direito de governar a si próprio; e o cético, pelo qual, tendo em vista que os homens nunca sabem o que é correto, melhor que sejam governados segundo seus desejos. Pois bem, nenhum desses fundamentos emerge na Antiguidade.³⁸⁹

Apenas para situar um dos importantes enfoques do tema, que será mais bem desenvolvido adiante, quando se tratar da multivocidade de conceitos e visões de democracia, diga-se, no entanto, fazendo aqui um *link* histórico, o termo democracia não possui, hoje, um sentido unívoco, mas, ao contrário do passado clássico e moderno, sugere uma idéia de excelência, embora com um conceito indeterminado. O

³⁸⁷ WOLLHEIM, Richard. Op. cit., p. 94. Sobre esse enfoque, lembra Wollheim que na Oração Fúnebre (Tuc. *Hist.* II 35-46) Péricles atesta que a democracia ateniense era uma forma de educação para todos os seus membros. Platão, do mesmo modo, ao reafirmar o completo paralelismo entre a organização de uma *polis* e a organização da alma de seus habitantes, estava apenas generalizando concepções populares (p. 94).

³⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 94-95. Segundo o autor, essa opinião sugerida por Otanes reaparece na Oração Fúnebre, embora sua formulação clássica se encontre em Aristóteles (*Pol.* III 1281b). Ele, no entanto, o apresenta mais como um argumento razoável e estabelecido do que como uma razão na qual pessoalmente acredite. E indaga: “Por trás desse argumento está a grande questão da filosofia grega: saber se o governo é uma habilidade de peritos, como a medicina e a navegação, ou um assunto em que todos sejam igualmente competentes. A questão tem sua expressão mais filosófica na ‘República’, onde a discussão é entre o governo baseado na simples Opinião, que é propriedade de muitos, e o governo baseado na verdade, que é prerrogativa de poucos. Platão afirma conseguir provar a superioridade do governo filosófico, e em consequência a democracia é condenada” (p. 95).

³⁸⁹ Idem, *ibidem*, p. 95. Nesse tocante, o autor sugere que apenas Aristóteles teria utilizado um argumento democrático que poderia denotar certo tom cético, quando diz que ‘o hóspede, e não o cozinheiro, será o melhor juiz de um jantar’ (*Pol.* 1282a). No entanto, nesse trecho Aristóteles não está sustentando que não exista um método garantido para avaliar um bom governo, mas sim sugerindo que até então esse método possa ter sido mal-interpretado” (9p. 95).

consenso terminológico, para Matos, curiosamente sugere o dissenso conceitual. A democracia, havida na atualidade como a única forma de governo aceitável, em contrapartida obriga que os governos não democráticos se autodenominem democracias para lograrem legitimidade. De todo modo, de Platão a Madison,³⁹⁰ este há duzentos anos, a expressão não possuía qualquer conotação positiva, embora tivesse um sentido claro e unívoco.³⁹¹

Ainda sobre a condição valorativa da democracia, é necessário consignar, desde logo, que foi Kelsen,³⁹² já no século XX, quem contribuiu decisivamente para essa mudança valorativa³⁹³ ao modificar a tipologia das formas de governo reduzindo-as para apenas duas, designadas ideais – democracia e autocracia.

Principalmente, a divergência sobre o que seja a democracia é explicada pelas diferentes matrizes históricas, ideológicas e teóricas que formam o pensamento democrático contemporâneo. O referencial histórico dos gregos e dos romanos na Antiguidade não é o mesmo de Locke, de Montesquieu e de Madison, que não é o mesmo dos dias atuais; liberais, socialistas, comunistas, anarquistas também não conjugam da mesma visão de mundo e dos mesmos objetivos; ainda, diferentes matrizes teóricas distinguem concepções bem diversas de democracia: participacionistas contra representativistas, majoristas contra consensualistas, utilitaristas contra contratualistas; e mesmo matrizes epistemológicas que influenciam a teoria política democrática, como a contribuição de economistas e de sociólogos. Estas matrizes distintas influenciam as teorias democráticas, permitindo que todas possam ser válidas, considerando o seu ponto de partida. A conseqüência imediata é a proliferação

³⁹⁰ **James Madison, Jr.** foi o quarto Presidente dos Estados Unidos da América. Foi co-autor, juntamente com John Jay e Alexander Hamilton, de “O Federalista”, sendo visto por alguns como o “Pai da Constituição Americana”.

³⁹¹ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado**: uma introdução crítica ao Estado democrático liberal (Notas críticas à teoria hegemônica da democracia a partir do paradigma participacionista). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 17. Anota o autor que até o século XIX “a democracia tinha uma conotação negativa, pensadores respeitados como Platão, Aristóteles, S. Tomás de Aquino, John Locke, Montesquieu, James Madison não eram democratas, mesmo Jean-Jacques Rousseau preferiu denominar o seu governo de ‘vontade geral’ de república e não de democracia; James Madison, um dos pais da ‘democracia americana’, louvava a república em oposição à democracia; Aristóteles classificou a democracia como mau governo, preferindo a *politia* como o bom governo em que muitos participavam” (p.20). Consoante Anthony Arblaster, desde a Grécia clássica até os dias de hoje, “a democracia tem sido sempre considerada, pelas pessoas mais esclarecidas e cultas, um dos piores gêneros de governo e de sociedade imagináveis” (ARBLASTER, Anthony. **A democracia**. Lisboa: Estampa, 1998, p. 18).

³⁹² Ver KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

³⁹³ Há várias concepções de democracia, mas lembra Cardoso Matos que a principal razão do consenso terminológico foi a sua consagração como um valor de conotação positiva. Não há, todavia, uma resposta precisa acerca da hegemonia da democracia em detrimento de outras formas de governo, como república (p. 20).

de teorias sobre a democracia.³⁹⁴

Outra questão complexa, do ponto de vista histórico, filosófico e político, que deve ser referida de forma preliminar, diz respeito à opção contemporânea pela democracia em detrimento da república, principalmente porque o território em que ambos os conceitos transitam é comum, levando muitas vezes à confusão conceitual ou ao uso sinónimo de ambos os termos.

Não são claros os motivos que determinaram essa preferência pela democracia e não pela república³⁹⁵, já que esta sempre teve “a auréola de bom governo e a democracia sempre carregou o sentido pejorativo do governo da plebe, da massa, dos despreparados”. Segundo Matos, provavelmente foi o desgaste da propaganda republicana no século XX, por suas “promessas não realizadas”, que contribuiu para sua superação.³⁹⁶

Diga-se que, sob o prisma da historiografia, o combate ao absolutismo, sob a forma de monarquia, deu-se em favor do ideal republicano³⁹⁷, sempre associado

³⁹⁴ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Op. cit., p. 18-19.

³⁹⁵ O termo *República*, na definição de Matteucci, na moderna tipologia das formas de Estado se contrapõe à monarquia. “Nesta, o chefe do Estado tem acesso ao supremo poder por direito hereditário; naquela, o chefe do Estado, que pode ser uma só pessoa ou um colégio de várias pessoas (Suíça), é eleito pelo povo, quer direta, quer indiretamente (através de assembleias primárias ou assembleias representativas). Contudo, o significado do termo República evolve e muda profundamente com o tempo (a censura ocorre na época da revolução democrática), adquirindo conotações diversas, conforme o contexto conceptual em que se insere” (MATTEUCCI, Nicola. República. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. Op. cit., p. 1107, vol. II).

³⁹⁶ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Ibidem*, p. 20. Observa Matos, com toda a pertinência, que “a última frente de oposição direta e não camuflada à democracia partiu dos regimes nazista na Alemanha e fascista na Itália, quando, mesmo após a reabilitação da democracia no século XX, divulgaram forte propaganda antidemocrática e antiliberal. Talvez em razão mesmo dessa oposição, após a Segunda Guerra Mundial, o ideal democrático crescentemente ganhou força, menos por seus méritos, mais porque era contraponto à ideologia nazifascista. A propaganda de governo contribuiu para este resultado, contrapondo democracias (representadas pelos Aliados vitoriosos da guerra) às autocracias (o Eixo derrotado). Renda-se ainda à contribuição teórica de Joseph Schumpeter, sem sua distinção conceitual entre democracia clássica e democracia moderna (eliminando do conceito de democracia o dogma da participação direta do cidadão) a teoria democrática da primeira metade do século XX não disporia das bases para conciliar-se com o liberalismo. Ainda neste mesmo período, a democracia entendida como ampliação do sufrágio e maior interferência das massas no domínio do governo, justifica-se como uma concessão ideológica às massas (embaladas pelos ideais igualitários dos socialistas), na ilusão do governo do povo (sem o povo)” (p. 21). Ver: SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

³⁹⁷ Numa perspectiva histórica, os romanos, com *res publica*, definiram “a nova forma de organização do poder após a exclusão dos reis. É uma palavra nova para exprimir um conceito que corresponde, na cultura grega, a uma das muitas acepções do termo *politeia*, acepção que se afasta totalmente da antiga e tradicional tipologia das formas de Governo. Com efeito, *res publica* quer pôr em relevo a coisa

à idéia de governo misto, da virtude, da lei e do bem comum, porém que acabou reduzido a uma simples forma de governo não hereditária. A par disso, paralelamente algumas monarquias, como a britânica, suplantaram o absolutismo, mantendo, todavia, a figura do rei.³⁹⁸

Com a revolução americana, o significado da palavra república mudou totalmente. Adams e Hamilton denominaram repúblicas aos Estados e à Federação, não só porque na América não havia instituição monárquica, mas porque se adotou uma democracia representativa, baseada na separação dos poderes e no sistema de pesos e contrapesos entre os diversos órgãos do Estado. Nessa vertente, república passou a significar, inovadoramente, uma democracia liberal, exercitada em grandes espaços territoriais, contraposta à democracia direta e popular das pequenas repúblicas dos antigos.³⁹⁹

As primeiras grandes repúblicas modernas surgem na época das revoluções democráticas – os Estados Unidos da América (1776) e a República Francesa (1792). A partir de então, é possível estabelecer diferenças tipológicas nas repúblicas modernas quanto ao modo de organização do poder; todavia, tais nuances são mais quantitativas do que qualitativas, sem afetar a unidade de um governo republicano característico.⁴⁰⁰

pública, a coisa do povo, o bem comum, a comunidade, enquanto que, quem fala de monarquia, aristocracia, democracia, realça o princípio do Governo (archia)” (p. 1107). E mais adiante: “Ao acentuar como elementos distintivos da República o interesse comum e, principalmente, a conformidade com uma lei comum, o único direito pelo qual uma comunidade afirma sua justiça, Cícero acabava por contrapor a República não já à monarquia, mas aos Governos injustos, que Santo Agostinho mais tarde denominará *magna latrocinia*. Foi com este significado ciceroniano que o termo foi recebido pela cultura posterior até à Revolução Francesa. Na idade Moderna, o termo República (ou *république*, *commonwealth*, *Republik*) se seculariza, mas mantém o significado ciceroniano. Com efeito, Bodin emprega *république* para designar a monarquia e a aristocracia, quando possuidoras de um *droit gouvernement*, contrapondo-a assim aos regimes baseados na violência ou na anarquia. É um significado que o termo mantém até Kant, que faz ressaltar que é justamente a ‘constituição’ que dá forma à República [...]. É por isso que a República se torna um verdadeiro e autêntico ideal da razão prática: o *iuris consensus* de Cícero se concretiza na constituição” (p. 1108). Na cultura do século XVIII, para Matteucci, “o mito da República está [...] estreitamente ligado à exaltação do pequeno Estado, o único que consente a democracia direta, reconhecida como a única forma legítima de democracia. O modelo em que se inspirou Rousseau em seu *Contrato Social* é precisamente o de Genebra, um modelo novo em confronto com as demais Repúblicas até então idealizadas, de Atenas a Roma, de Florença a Veneza, de Regusa a Lucca (p. 1108).

³⁹⁸ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Ibidem*, p. 21 e 22.

³⁹⁹ MATTEUCCI, Nicola. *Op. cit.* p. 1109.

⁴⁰⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 1109.

Dito isso – e retomando a questão da democracia, nas suas diversas versões –, na teoria contemporânea confluem três grandes tradições do pensamento político – a teoria clássica, a teoria medieval e a teoria moderna, de acordo com Bobbio:

(a) A teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, distingue-se da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; (b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; (c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e antiga democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), na qual se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de democracia, de república.⁴⁰¹

Platão, em a *República*, descreve cinco formas de governo – timocracia, aristocracia, oligarquia, democracia e tirania, enfatizando que somente a aristocracia era boa. No *Político*, reproduz a tradicional tripartição das formas puras e das formas degeneradas. A democracia é aí definida como o “governo do número”, “governo de muitos” e “governo da multidão”. É apontada, dentre as formas más de governo, a pior e a menos má das formas más. Dentre todas as formas legais, é a mais infeliz, enquanto que é a melhor dentre as que são contra a lei. Se todas forem descomedidas, é na democracia que há mais vantagem de viver; por outro lado, se todas forem bem organizadas, é nela que há menor vantagem de viver.⁴⁰²

Na tipologia aristotélica há a distinção de três formas puras e três formas corruptas, afeiçoadas ao modo com que o detentor do poder governa. Se no interesse geral ou no interesse próprio, o “governo da maioria” ou da “multidão”, contraposto ao governo de um só ou de poucos, é chamado “politia”. A democracia é atribuída à forma corrupta, definida como o “governo de vantagem para o pobre”, em oposição ao

⁴⁰¹ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Op. cit., p. 319-320.

⁴⁰² Idem, *ibidem*, p. 320.

“governo de vantagem para o monarca (tirano)” e ao “governo de vantagem para os ricos” (oligarquia).

A forma de Governo que, na tradição pós-aristotélica, torna-se o Governo do ou de todos os cidadãos ou da maioria deles é no tratado aristotélico governo de maioria, somente enquanto Governo de pobres, e é, portanto, Governo de uma parte contra outra parte, embora da parte geralmente mais numerosa. Da democracia entendida em sentido mais amplo, Aristóteles subdistingue cinco formas: (1) ricos e pobres participam do Governo em condições paritárias. A maioria é popular unicamente porque a classe popular é mais numerosa. (2) Os cargos públicos são distribuídos com base num censo muito baixo. (3) São admitidos aos cargos públicos todos os cidadãos, entre os quais os que foram privados de direitos civis após processo judicial. (4) São admitidos aos cargos públicos todos os cidadãos sem exceção. (5) Quaisquer que sejam os direitos políticos, soberana é a massa e não a lei. Este último caso é a da dominação dos demagogos, ou seja, a verdadeira forma corrupta do Governo popular.⁴⁰³

A tripartição aristotélica, salvo poucas exceções, foi acolhida em toda a tradição do pensamento ocidental, pelo menos até Hegel.⁴⁰⁴

Segundo Bobbio, não faltaram algumas variações, entre as quais se destacam três principais:

a) a distinção entre formas de Estado e formas de Governo, elaborada por Bodin, com base na distinção entre a titularidade e o exercício da soberania, com o que se pode ter uma monarquia, um Estado em que o poder soberano pertence ao rei, governado democraticamente, pelo fato de as magistraturas serem atribuídas pelo rei a todos indistintamente, ou uma democracia aristocrática, como foi Roma durante um certo período de sua história, ou uma aristocracia democrática, e assim por diante; b) a supressão da distinção entre formas puras e formas corruptas, feita por Hobbes, com base no princípio de que para um poder soberano não se pode estabelecer nenhum critério para distinguir o uso do abuso de poder, e portanto o Governo bom do Governo mau; c) a degradação, introduzida por Rousseau, das três formas de Governo no três modos de exercício do poder executivo, ficando firme o princípio de que o poder legislativo pertence ao povo, cuja reunião num corpo político por meio do contrato social Rousseau chama de república, não de democracia (que é apenas uma das formas com que se pode organizar o poder executivo).⁴⁰⁵

A noção que Maquiavel transmitiu de República, inspirada na república romana, em contraposição à monarquia, embora não identificada com a democracia, com o “governo popular”, passará por intermédio dos escritores radicais dos séculos

⁴⁰³ Idem, *ibidem*, p. 320.

⁴⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 321.

⁴⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 321.

XVII e XVIII até a Revolução Francesa, “como aquela forma de Governo em que o poder não está concentrado nas mãos de um só, mas é distribuído variadamente por diversos órgãos colegiados”. Alguns traços contribuíram para formar a imagem ou uma das faces da democracia moderna – hoje definida como regime policrático em oposição a regime monocrático. Nesse horizonte, pondera Bobbio que, se por democracia se entende a forma aristotélica, a república não é democracia. Todavia, em seu caráter peculiar de “Governo livre”, “de regime antiautocrático, encerra um elemento fundamental da democracia moderna na medida em que por democracia se entende toda forma de Governo oposta a toda a forma de despotismo”.⁴⁰⁶

No que se refere à relação de concepção liberal do Estado, o ponto de partida foi o célebre discurso de Benjamin Constant sobre *A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos*. Para Constant, a liberdade dos modernos, que deve ser promovida e desenvolvida, é a liberdade individual em sua relação com o Estado, aquela liberdade de que são manifestações concretas as liberdades civis e a liberdade política (ainda que não necessariamente estendida a todos os cidadãos) enquanto a liberdade dos antigos, que a expansão das relações tornou impraticável, e até danosa, é a liberdade entendida como participação direta na formação das leis por meio do corpo político cuja máxima expressão está na assembleia dos cidadãos. Identificada a democracia propriamente dita sem outra especificação, com a democracia direta, que era o ideal do próprio Rousseau, foi-se afirmando, por intermédio dos escritores liberais, de Constant e Toqueville⁴⁰⁷ e John Stuart Mill⁴⁰⁸, a idéia de que a única forma de democracia compatível com o Estado liberal, isto é, com o Estado que reconhece e garante alguns direitos fundamentais, como são os direitos de liberdade de pensamento, de religião, de imprensa, de reunião, etc., fosse a democracia representativa ou parlamentar, na qual o dever de fazer leis diz respeito, não a todo o povo reunido em assembleia, mas a um corpo restrito de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos.⁴⁰⁹

Na teoria política contemporânea, prevalente nos países de tradição democrático-liberal, as definições de democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num elenco mais ou menos amplo, de “procedimentos universais”, dentre os quais se destacam:

(1) O órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve

⁴⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 321.

⁴⁰⁷ Ver: TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1987.

⁴⁰⁸ MILL, John Stuart. **O governo representativo**. São Paulo: IBRASA, 1983; _____. **Sobre a liberdade**. Petrópolis: Vozes, 1991.

⁴⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. *Ibidem*, p. 321.

ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; (2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); (3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; (4) todos os eleitores devem ter voto igual; (5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; (6) devem ser livres também no sentido de quem devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); (7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões de órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; (8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; (9) o órgão do Governo deve gozar da confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.⁴¹⁰

Democracia, em seu sentido etimológico, significa governo do povo. Embora tal conceito não seja suficientemente explícito, denota que a participação do cidadão é imprescindível no processo de tomada de decisões políticas, não limitada à mera ampliação do sufrágio na escolha dos seus governantes. A democracia sem adjetivos, hoje, tem o significado de governo em que o povo, direta ou indiretamente, participa das decisões políticas. Por isso mesmo, ultrapassa o mero sentido etimológico, suplantando, igualmente, a máxima de Lincoln – “governo do povo, pelo povo, para o povo”.⁴¹¹

Ao se buscar o sentido etimológico de democracia, o termo deve ser analisado sob duas perspectivas – a primeira, por seu *uso descritivo*, manifesto pela *perspectiva analítica*, subdividida nas tipificações de *democracia dos antigos*, representada usualmente pela democracia da Grécia clássica; e na *democracia dos modernos*, que se perfaz com a deflagração da democracia representativa. A segunda

⁴¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 327.

⁴¹¹ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Ibidem*, p. 22. Sobre Abraão Lincoln, ver: Discurso de Gettysburg (19.11.1863). In: MORRIS, Richard Brandon. (org.). **Documentos básicos da história dos Estados Unidos**, p. 161. É importante observar que a Constituição Federal do Brasil, em seu art. 1º, parágrafo único, dispõe: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

apresenta seu *uso prescritivo*, revelado por uma *perspectiva axiológica*.⁴¹²

Numa perspectiva analítica, pode-se dizer que o *voto*, no entendimento hodierno, significa um ato exclusivamente voltado para o objetivo de eleger quem deverá decidir, e não, como outrora, o próprio ato de decidir. Para os antigos, democracia tinha o significado de o *poder do demos*, e não, como hoje, o *poder dos representantes do demos*. Todavia, o *demos* de então era o povo de uma *polis* grega, uma comunidade pequena e estreitamente unida operando como um organismo decisório coletivo. Hoje não vivemos mais numa *polis* e sim numa *megapolis*. A sociedade moderna é o oposto daquela totalidade orgânica. Hoje o povo representa “um agregado amorfo de uma sociedade extremamente difusa, atomizada e eventualmente anômica”. Pode-se, por isso, estabelecer algumas diferenças essenciais entre a *democracia antiga* e a *democracia moderna*.

Primeiramente, a democracia antiga foi produzida como efeito de uma diferente concepção moral do mundo. Ao revés, a democracia moderna surge como resultado natural da alteração das condições históricas. Na verdade, a palavra democracia comporta entendimentos diferenciados, ainda que sob uma *perspectiva analítica descritiva* já que, não obstante existam fronteiras intransponíveis no campo da semântica e da sintaxe (texto), existem numerosos *contextos* nos quais a palavra pode encontrar alicerce. A partir da constatação da pluralidade de significados da palavra democracia, pode-se afirmar que o juízo produzido sobre a mesma como *forma de governo* implica, necessariamente, uma *questão de princípio* já que as condições históricas alteram-se naturalmente com a tradição da conjuntura política de uma realidade para outra. Dessa forma, há de se considerar democracia não como um modelo fechado, como algo hermético, mas sim como *um processo sujeito a uma contínua invenção e reinvenção*, permitindo uma constante procura na qual possam ser questionadas, a qualquer momento, as *formas de convivência social*.⁴¹³

Por outro lado, não obstante sua imprecisão descritiva (*o ser*), a democracia também se revela como um *dever ser*. A distinção entre as perspectivas descritivas e prescritivas deve ser examinada no contexto em que elas se situam. Cada modalidade de democracia (liberal ou socialista) deve ser estudada, em *termos prescritivos*, de acordo com o vetor axiológico que professam. Entretanto, o grande obstáculo hoje é especificar, objetivamente, não o que seja democracia, mas o que ela

⁴¹² AIETA, Vânia Siciliano. Democracia. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 191.

⁴¹³ AIETA, Vânia Siciliano. Op. cit., p. 191-192.

não é. Nesse mister, há de se considerar que o próprio procedimento democrático encontra-se impregnado de valores substantivos.⁴¹⁴

O juízo predominante sobre a democracia a partir da Antiguidade, diz Bobbio, foi negativo, porque esta sempre foi concebida unicamente como governo direto e não mediante representantes do povo. Hoje, ao contrário, tem uma conotação altamente positiva. Das duas diferenças entre a democracia moderna e a antiga, a primeira foi decorrência da natural alteração das condições históricas; a segunda, ao revés, foi efeito de uma diferente concepção moral de mundo.⁴¹⁵

As condições históricas modificaram-se com a transição da cidade-Estado para os grandes Estados territoriais. Para tornar possível um juízo positivo sobre a democracia foi necessário livrar definitivamente a referência a um corpo coletivo como o *demos*, que se prestou a interpretação pejorativa, como sucedeu por longa tradição, com a “massa”, o “vulgo”⁴¹⁶, a “plebe” e outros. Nada obstante essa tradição avessa à democracia, o pensamento grego nos legou a idéia de que a melhor forma de governo é a igualdade de natureza ou de nascimento, a *isogonia*, que transforma todos os indivíduos iguais e dignos de governar. Essa idéia de igualdade de natureza transformou-se no fundamento da democracia moderna, ao sustentar que a natureza fez os homens originariamente iguais. Posteriormente, o pensamento político ocidental foi influenciado pela idéia cristã de que os homens são irmãos enquanto filhos de Deus. Essa ideação de fraternidade entre os homens, secularizada através da doutrina da natureza humana comum, acabou por constituir um dos três fundamentos da Revolução Francesa. Esse entendimento, aliás, encontrou sua expressão racionalizada na doutrina jusnaturalista, fundada no indivíduo isolado, como pessoa moral dotada de direitos naturais, e como tais inalienáveis e invioláveis.⁴¹⁷

A tese aristotélica de que o homem é um animal social e que vive desde

⁴¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 192.

⁴¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 375 e 376.

⁴¹⁶ Platão compara o vulgo a uma grandíssima besta e recomenda que essa besta seja mantida aos freios. E conclui: o vulgo é “um monstro terrível, leviano, preguiçoso, medroso, precipitado, desejoso de coisas novas, ingrato, em suma, uma mistura de vícios sem a companhia de nenhuma virtude” (Ver: BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**, op. cit. p. 376).

⁴¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 377 e 378.

o nascimento em uma sociedade natural, base da teoria organicista que teve longa vida no pensamento ocidental, manteve vivo o conceito de povo como um todo superior às partes até chegar à filosofia romântica alemã. Desta, por exemplo, nasceram tanto a Escola histórica alemã como a “totalidade ética” de Hegel. De todo modo, a idéia de soberania do povo teve origem – e foi mantida – na oposição à soberania do príncipe. Na democracia moderna, a soberania, entendida como poder ascendente, originário, princípio, fonte e medida de toda forma de poder não está no povo, mas em cada indivíduo, como cidadão.⁴¹⁸

De efeito, na democracia moderna o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda e falaciosa; os indivíduos são uma realidade, apesar de seus defeitos e de seus interesses. Não é por outra razão que os fundamentos das democracias modernas estão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Por isso, a democracia moderna repousa numa concepção individualista de sociedade, sem prescindir, entretanto, da concepção de que o homem é também um ser social.⁴¹⁹

Tendo em vista as diferenças fundamentais entre democracia dos antigos e democracia dos modernos, segundo Bobbio, pode-se timidamente prever que a democracia do futuro goza do mesmo juízo de valor positivo da democracia dos modernos, embora retornando, em parte, ciclicamente, à democracia dos antigos, através da ampliação dos espaços da democracia direta, tornada possível com a difusão dos meios eletrônicos.⁴²⁰

⁴¹⁸ Idem, ibidem, p. 378 e 379.

⁴¹⁹ Idem, ibidem, p. 380 e 381. Segundo o autor, há individualismo e individualismo. “Há o individualismo da tradição liberal-libertária e o individualismo da tradição democrática. O primeiro arranca o indivíduo do corpo orgânico da sociedade e o faz viver fora do regaço materno, lançando-o ao mundo desconhecido e cheio de perigos da luta pela sobrevivência, onde cada um deve cuidar de si mesmo, em uma luta perpétua, exemplificada pelo hobbesiano *bellum omnium contra omnes*. O segundo agrupa-o a outros indivíduos semelhantes a ele, que considera seus semelhantes, para que da sua união a sociedade venha a recompor-se não mais como um todo orgânico do qual saiu, mas como uma associação de indivíduos livres. O primeiro reivindica a liberdade do indivíduo em relação à sociedade. O segundo reconcilia-o com a sociedade fazendo da sociedade o resultado de um livre acordo entre indivíduos inteligentes. O primeiro faz do indivíduo um protagonista absoluto, fora de qualquer vínculo social. O segundo faz dele protagonista de uma sociedade que surge das cinzas da sociedade antiga, na qual as decisões coletivas são tomadas pelos próprios indivíduos ou por seus representantes” (op. cit., p. 381-382).

⁴²⁰ Idem, ibidem, p. 382.

Lembra Pinto Ferreira que a democracia nasceu sob o signo da revolução. No Estado primitivo, quando surgiu historicamente, foi um instrumento de domínio de classes sociais privilegiadas, que exploravam e esmagavam a totalidade orgânica do povo. Essas classes monopolizavam a riqueza social, dominando os meios de produção, detendo o controle da economia, do trabalho humano e das instituições políticas, enfim, a dominação do homem sobre o próprio homem. A quebra dessa espoliação histórica foi afinal lograda pelo ciclo das grandes revoluções sociais e políticas, concedendo ao povo o direito de liberdade.⁴²¹

A democracia, de igual sorte, foi introduzida nos Estados modernos mediante um processo revolucionário, à semelhança do que sucedeu nos Estados antigos. Assim, na Inglaterra, as revoluções de 1648 e 1688 lançaram as bases do regime parlamentar e constitucional; os Estados Unidos da América tiveram sua revolução democrática em 1776; e a França teve sua grande Revolução em 1789, que se constituiu na fonte e na semente dos ideais de igualdade e liberdade da civilização cristã.⁴²²

Assim é que o Estado de privilégios (monarquia, aristocracia) foi substituído pelo Estado democrático, fundado na liberdade e na igualdade. Um novo Estado surgiu, um Estado de todos e não de alguns, um Estado dirigido e controlado pelo povo, e não por uma minoria privilegiada.

A democracia é sempre uma conquista. Uma conquista histórica do povo contra as classes sociais primitivas, que a princípio dominavam a estrutura política do Estado à margem dos interesses comuns da sociedade.

Do infatigável esforço de muitas gerações, através das grandes revoluções históricas, foi guardada no santuário do coração humano essa herança sagrada e imortal.⁴²³

Num balanço histórico, a democracia percorreu um longo caminho. Excluída a democracia ateniense, a república romana anterior ao Império e as repúblicas italianas dos séculos XII e XIII, raros exemplos democráticos podem ser amealhados antes do século XX. E mesmo no século passado, apenas depois da Segunda Guerra Mundial é que se pôde constatar uma generalizada multiplicação de

⁴²¹ FERREIRA, Pinto Luiz. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. rev. ampl. e atual. 2. Vol. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 554.

⁴²² FERREIRA, Pinto. Op. cit. p. 555.

⁴²³ Idem, *ibidem*, p. 555-556.

regimes democráticos e o desprestígio das demais formas de governo.⁴²⁴

3.3 Evolução conceitual e os novos desafios da democracia contemporânea frente à complexidade da sociedade globalizada

O século XX, no dizer de Saz, pode ser caracterizado não como o século das massas, mas da democracia e da igualdade social, das pessoas comuns e do acesso delas a todos os bens materiais e culturais, sociais e políticos que anteriormente lhes haviam sido negados. De igual forma, poder-se-ia caracterizá-lo como o século da ampliação da autonomia e do campo de ação da liberdade humana, da liberdade política, social, sexual, bem como da liberação de numerosos sujeitos, como o colonial, o feminino, enfim, da imensa maioria da humanidade. Em suma, o século XX pode ser pensado como o século da democracia, assim como das resistências a ela.⁴²⁵

Todavia, a compreensão do que seja democracia é de difícil elucidação. Há intenso debate acerca de sua conceituação. Assim, para Pinto Ferreira, a democracia não é uma doutrina imobilizada, petrificada em um dogma eterno, “nem tampouco uma forma histórica imutável, porém um sistema de idéias e uma instituição que se retificam constantemente com o progresso ético e científico da humanidade”.⁴²⁶

Democracia é, sobretudo, um conceito histórico. Não é um mero conceito político abstrato e estático, mas, no dizer de Afonso da Silva, um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que este vai conquistando no correr da história.⁴²⁷

Não sendo por si só um valor-fim, mas meio e instrumento de efetivação de valores essenciais de convivência humana, traduzidos basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evolver social,

⁴²⁴ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 112.

⁴²⁵ SAZ, Ismael. Século das massas, século da democracia. In: AGGIO, Alberto; LAHUERTA, Milton (org.). **Pensar o século XX: problemas políticos e história nacional na América Latina**. São Paulo: UNESP, 2003, p. 89.

⁴²⁶ PINTO FERREIRA, Luiz. **Princípios gerais do Direito Constitucional moderno**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 195.

⁴²⁷ SILVA, José Afonso. *Ibidem*, p.125 e 126.

mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo.⁴²⁸

Apesar da variedade de definições, Bobbio, dentre todas, afirma preferir aquela que apresenta a democracia como o “poder em público”. Essa definição, por evidente, não exclui outras, mas capta de forma melhor um dos aspectos da democracia, já que esta representa uma antítese de todas as formas autocráticas de poder. Nesse enfoque, a principal razão pela qual o poder tem necessidade de subtrair-se do olhar do público é justamente o desprezo ao povo, se entendido incapaz de aferir os supremos interesses do Estado.⁴²⁹

Sobre o regime democrático em si, Bobbio o interpreta primariamente como um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados.⁴³⁰

Dentre as várias concepções sobre democracia, para Popper, numa posição cética e restritiva, apenas significaria a possibilidade de destituição do governo sem derramamento de sangue.⁴³¹

Comentando o pensamento de Popper segundo o qual a democracia pode ser entendida fundamentalmente como fórmula ou técnica processual de seleção e destituição pacífica de dirigentes, ou ainda, de que a democracia “nunca foi a soberania do povo, não o pode ser, não o deve ser”, Canotilho pondera:

A justificação da democracia em termos negativos e basicamente procedimentais, pretende por em relevo que a essência da democracia consiste na estruturação de mecanismos de seleção de governantes e, concomitantemente, de mecanismos de limitação prática do poder, visando

⁴²⁸ Idem, *ibidem*, p.125 e 126.

⁴²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**, *ibidem*, p. 386 e 387. Pondera Bobbio, nesse horizonte, que “um dos temas recorrentes da crítica à democracia, que percorre toda a história do pensamento político, das famosas páginas da *República* de Platão até Nietzsche, é a incapacidade do vulgo de manter os segredos que são necessários à melhor condução da coisa pública”. Todavia, esclarece que esse “poder em público” a que se refere é o “público ativo, informado, consciente de seus direitos”, o público no significado que Kant utilizava, “em um célebre texto sobre o Iluminismo, do direito e dever dos filósofos de fazer um ‘uso público da própria razão’” (p. 388).

⁴³⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7. ed. rev. e ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 22.

⁴³¹ POPPER, Karl R. **La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento**. Barcelona: Paidós, 1995, p. 175-181.

criar, desenvolver e proteger *instituições* políticas adequadas e eficazes para um governo sem as tentações da tirania. As modalidades de “destituição” de mandatos e cargos políticos assumem aqui um papel constitutivo e organizador da ordem constitucional democrático. Tão ou mais importantes que os *procedimentos eleitorais legitimadores* são os *procedimentos deslegitimadores* tendentes a possibilitar o afastamento dos titulares de cargos políticos (*impeachment, recall, responsabilidade política, destituição, moção de censura*).⁴³²

Uma concepção recorrente e que remonta à própria etimologia identifica democracia como “governo do povo”. Um governo que obviamente está a exigir a participação do povo, sendo esta característica, no dizer de Kelsen, essencial da democracia.⁴³³ E quanto à multivocidade do termo “povo”, a acepção aceitável é aquela que o interpreta amplamente, e segundo Friedrich Müller, sem exclusões arbitrárias.⁴³⁴

Para Touraine, a definição da democracia como *a livre escolha, em intervalos regulares, dos governantes pelos governados* ilustra com clareza o mecanismo institucional sem o qual ela não existe. Confinando-se ao interior dessa concepção, sustenta Touraine não haver poder popular que possa se chamar democrático que não tenha sido outorgado e renovado pela livre escolha. De igual sorte, também inexistente democracia se uma parcela importante dos governados não tiver o direito de voto.⁴³⁵

A democracia existe realmente, de outro lado, “quando a distância que separa o Estado da vida privada é reconhecida e garantida por instituições políticas e pela lei”. Não se reduz a procedimentos já que representa um conjunto de mediações entre a unidade do Estado e a multiplicidade dos atores sociais. Nessa perspectiva, é indispensável a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, que estes se sintam cidadãos e participem da construção da vida coletiva. Em suma, que os mundos do

⁴³² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Ibidem*, p. 291-292.

⁴³³ KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 142.

⁴³⁴ MORO, Sérgio Fernando Moro. *Op. cit.*, p. 112; MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.

⁴³⁵ TOURAINE, Alain. **O que é democracia?** Trad. Guilherme João de Freitas. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 42-43. Lembra o autor que o caso mais freqüente, e até relativamente recente, atingiu as mulheres e ainda atinge aqueles que ainda não ganharam a maioria legal, desequilibrando o corpo eleitoral em favor dos idosos e aposentados, em detrimento daqueles que ainda não ingressaram no mercado de trabalho.

Estado e da sociedade civil, embora separados, permaneçam ligados pela representatividade dos dirigentes políticos. As três dimensões da democracia – respeito pelos direitos fundamentais, cidadania e representatividade dos dirigentes – completam-se e sua interdependência é que constitui a democracia.⁴³⁶

Bonavides assevera que a expressão democracia, nos dias atuais, domina com tal intensidade a linguagem política, que raro é o governo, Sociedade ou Estado que não se proclame democrático. Pondera, entretanto, que raros são os termos de ciência política objeto de tão freqüentes abusos e distorções.⁴³⁷

Numa visão empírica, segundo Ferreira Filho, a democracia contemporânea, ou poliarquia, é uma forma de governo em que o povo participa decisivamente da escolha de seus governantes (eleição), havendo absoluta igualdade quanto ao peso da participação de seus integrantes (voto) e à elegibilidade. “É este o traço fundamental: o governo do povo (dentro do possível), ou seja, o governo por meio de representantes que o povo elege, a fim de servir os seus interesses.”⁴³⁸

Dahl, no debate sobre a democracia contemporânea, assinala que o termo *democracia* designa uma forma ideal jamais atingida. Não deve ser empregado, por isso, para designar aproximações imperfeitas de tal ideal, como por exemplo a *poliarquia*, ou seja, o governo de muitos. Todavia, estabelece, no espesso matagal das idéias sobre a democracia, por vezes impenetrável, cinco critérios a que um processo para o governo deveria corresponder:

⁴³⁶ TOURAINE, Alain. *Ibidem*, p. 43.

⁴³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 267.

⁴³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31. O autor, com fundamento em Mosca, assevera: “A realidade comprova Mosca: Quem governa é sempre uma minoria. Chamar isto de democracia não é intoleravelmente impróprio – porque de qualquer forma o regime atual é de aproximação da democracia – mas é enganoso. Preferível seria seguir Dahl e denominar essa aproximação de *poliarquia* – governo de muitos – que mais condiz com os fatos verificados, se isso não importasse, em face da linguagem usualmente empregada mesmo na ciência, um preciosismo” (p. 31). E completa: “É, no sistema – insista-se –, a eleição o ponto-chave. Esta, com efeito, permite uma seleção de baixo para cima, impedindo a cristalização como casta da minoria governante. Ora, a eleição, para servir a esse fim, deve ser livre – *one man, one vote* –, o que importa em honestidade na tomada dos votos e na sua apuração – mas também *significativa* das esperanças do eleitorado. Isso pressupõe uma ampla informação, uma ampla liberdade de propaganda e defesa de idéias, o que reclama partidos, e, por outro lado, o gozo por todos das liberdades, dos direitos fundamentais. E tem uma condição técnica, um sistema eleitoral adequado” (p. 31-32).

- *Participação efetiva.* Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.
- *Igualdade de voto.* Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.
- *Entendimento esclarecido.* Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis conseqüências.
- *Controle do programa de planejamento.* Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.
- *Inclusão dos adultos.* Todos, ou de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos, [...]. Antes do século XX, este critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justificá-lo exigiria que examinássemos por que devemos tratar os outros como nossos iguais políticos.⁴³⁹

Dahl lembra que a democracia não pode assegurar que todos os cidadãos sejam felizes, prósperos, saudáveis, sábios, pacíficos ou justos, mesmo porque atingir esses fins está além da capacidade de qualquer governo, incluindo-se um governo democrático. Pondera, no entanto, que apesar de suas falhas, não se pode perder de vista os benefícios que tornam a democracia mais desejável que qualquer outra alternativa. E justifica:

- A democracia ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos.
- A democracia garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar).
- A democracia assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável.
- A democracia ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas.
- Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha.
- Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral.
- A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável.

⁴³⁹ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001, p. 49-50.

- Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política.
- As modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras.
- Os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não democráticos.⁴⁴⁰

Reagindo contra as sub-realizações democráticas na modernidade ocidental, capitaneadas pela transnacionalização do poder globalizado, Jorge Renato Reis e Rogério Gesta Leal entendem a democracia como controle popular de todos os seus membros (considerados partícipes diretos e iguais) sobre todas as instituições sociais, políticas, econômicas e culturais. Justificam essa acepção salientando que, na vida cotidiana, todas as atividades comuns deveriam ser controladas pelo povo, na forma de uma democracia de participação.⁴⁴¹

Reis e Leal relembram, numa interpretação mais clássica que remonta a Hegel e é retomada por Habermas modernamente, que a esfera pública transparece como a constituição de sujeitos privados que assim se demarcaram frente ao Estado. O grau máximo de legitimidade do Estado moderno e mesmo contemporâneo residiria, assim, na conversão, sempre problemática, da tensão entre democracia e capitalismo⁴⁴², “num círculo virtuoso em que cada um deles prospera aparentemente

⁴⁴⁰ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Op. cit., p. 73-74.

⁴⁴¹ REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. “Apresentação: Utopias recalcitrantes na radicalização da democracia fundada na cidadania contemporânea”. In: **Direitos sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 1840. Tomo 7. Ponderam ainda: “Ao nível de sociedade como um todo, instituições controladas por trabalhadores, membros e comunidade, deveriam ser organizadas segundo um planejamento democrático: democrático para garantir que a vontade popular está sendo expressa no curso das atividades sociais; e segundo um planejamento (em lugar de mecanismos espontâneos como os mercados), a fim de que as prováveis conseqüências de cursos alternativos de ação sejam conhecidas antes das decisões populares, e a fim de que as decisões democraticamente tomadas sejam mesmo postas em prática. Em vez de redundantes, os princípios verdadeiramente democráticos são desesperadamente necessários a pessoas cansadas de ideais e promessas (mesmo as constitucionais) não cumpridas” (p. 1840).

⁴⁴² Sérgio Curi, ao tratar do *capitalismo como ideologia*, enfatiza: “Com sua ética transubstanciada, vestindo com roupagem nova as idéias liberais com que emergiu do século XVII. O liberalismo levou adiante, ao abrigo de suas próprias contradições, seu modo de produção, atravessando o século XX, de massas, massificação e clamores sociais, agitando a bandeira das liberdades. Entretanto, a incapacidade do liberalismo em amortecer os conflitos sociais, exceto em conjunturas de crescimento econômico contínuo e acelerado, muitas vezes não lhe deixou alternativa que a de arrancar dos ares de seu pendão liberal em atitude de autopreservação, com o sacrifício ao direito de propriedade e de livre iniciativa de todos os demais relativos à liberdade do homem.”

E acrescenta: “Na verdade, como se discutiu, o capitalismo e os ideais liberais não eram uma peça inconsútil, embora aquele fosse o núcleo econômico das liberdades democrático-burguesas consagradas pela Revolução de 1781. Com o tempo, o capitalismo, que surgiu como esse núcleo do

na medida em que os dois prosperam conjuntamente”.⁴⁴³

A democracia tem em comum com outros conceitos políticos, para Dallmayr, um traço marcante – é contestável. Ao longo da história ocidental estabeleceu-se uma intensa celeuma sobre suas virtudes e seus defeitos, vista como governo do povo. Entretanto, nos últimos séculos essa discussão tem se limitado com frequência a uma comparação entre regimes, aferindo os méritos e deméritos da democracia quando comparada à monarquia e à aristocracia. Recentemente as restrições desapareceram quase por inteiro, dando margem à sua aceitação generalizada nas sociedades de todo o mundo. De qualquer modo, esse reconhecimento não logrou eliminar a contestação. Ao contrário, quanto mais é enaltecida, mais intensa tem sido a controvérsia sobre seu significado e características constitutivas. Durante um tempo, os contendores principais foram a “democracia liberal” e a “democracia popular” – a primeira, focada nos direitos individuais do cidadão; a segunda, na soberania e na vontade popular absolutas.⁴⁴⁴

Com o desmoronamento da União Soviética, as proposições evoluíram novamente, embora sem diminuir a intensidade do debate; citando as idéias revolucionárias de Marx, os democratas liberais e os ‘republicanos cívicos’

liberalismo, converteu-se na ideologia de si mesmo, como uma incitação à acumulação e à apropriação. Ao separar-se do liberalismo, o capitalismo constituiu, portanto, uma ideologia própria, que podia até coincidir com o liberalismo, ou a este refluir, nos momentos em que não estivessem ameaçados a economia de mercado e o livre jogo de seus agentes. Para não perder de vista o liberalismo que lhe entranhava o núcleo econômico e seguir beneficiando-se da imagem liberal, cultivou, em seu núcleo moral, os valores históricos do individualismo. Seu núcleo político variava conforme as convenções conjunturais; ora confundia-se com o populismo, ora com a direita autoritária, ora com o próprio sistema representativo de sufrágio universal do liberalismo histórico. Seu núcleo econômico era o pensamento econômico ortodoxo”.

Sobre o capitalismo, em sua versão de *autoritarismo de direita*, assinala o autor: “É a muleta do capitalismo quando ele não consegue firmar-se de pé tão-somente com as pernas liberais, reduzido núcleo político ao cerceamento das forças opostas ao núcleo econômico – que reafirma suas bases ortodoxas – e o núcleo moral ao individualismo, em geral enrolado nas bandeiras sublimadas ou racionalizadas. Em sua faceta populista, abre o núcleo político à demagogia eleitoreira historicamente tendente a alijar do poder as correntes mais visceralmente comprometidas com a transformação social, de modo a garantir um mínimo de satisfação às massas, satisfação essa mais política do que econômica, campo em que as vantagens são menos consistentes. O núcleo moral sensibiliza-se retoricamente com o bem-estar das massas, e o núcleo econômico adquire tinturas sociais, de caráter paternalista” (COURI, Sérgio. **Liberalismo e Capitalismo**. Brasília: UnB, 2001, p. 67-68).

⁴⁴³ REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 1840.

⁴⁴⁴ DALLMAYR, Fred. “Para além da democracia fugidia: algumas reflexões modernas e pós-modernas”. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UnB, 2001, p. 11.

ficaram brigando pelo espólio – leia-se o significado intrínseco – da democracia. Recentemente, a complexidade da competição foi ampliada pela chegada dos campeões “pós-modernos” da democracia radical, decididos a desentrançar (ou desconstruir) tanto as premissas individualistas como as coletivistas dos rivais do passado.⁴⁴⁵

A democracia, vista como uma tipologia de regime político justaposto a outros, surge como uma categoria universal ou idéia transtemporal, como uma modalidade particular de encenação da política. Não é apenas uma opção de regime dentre outras igualmente disponíveis em todos os momentos e lugares, porquanto constitui mais propriamente uma resposta a desafios e a aspirações históricos.⁴⁴⁶

Segundo Honneth, em ensaio sobre a democracia como cooperação reflexiva, aumentaram mundialmente nos anos recentes os esforços para elucidar as fundações normativas da democracia, coincidentemente também como resultado temporal da queda do império soviético e do debate ocidental sobre comunitarismo⁴⁴⁷.

A discussão orientou-se pela disputa entre republicanismo⁴⁴⁸ e

⁴⁴⁵ DALLMAYR, Fred. Op. cit., p. 11-12.

⁴⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 13.

⁴⁴⁷ O termo *comunitarismo*, segundo Gisele Cittadino, “vem sendo utilizado para designar, especialmente no mundo anglo-saxão, o movimento crítico ao liberalismo. É a partir dos anos de 1980 que boa parte dessa literatura vem sendo produzida, embora uma genealogia desse debate nos revele um confronto já muito inscrito no tempo, envolvendo o formalismo racional kantiano e a racionalidade histórica hegeliana. Com efeito, os liberais – John Rawls, Ronald Dworkin, Charles Larmore, entre outros – vinculam-se à tradição kantiana na medida em que, comprometidos com a prioridade do justo sobre o bem, defendem a idéia de que, a despeito do pluralismo que caracteriza o mundo contemporâneo, é possível conformar uma concepção de justiça que possa garantir a autodeterminação moral dos indivíduos e ser compartilhada por todos. Os comunitários – especialmente Alasdair MacIntyre, Michel Walzer, Charles Taylor e Michael Sandel – de sua parte, apelam à tradição hegeliana para contestar toda e qualquer racionalidade abstrata que abra mão de sua inscrição na história, nos costumes institucionais e nas diversas formas de vida” (CITTADINO, Gisele. “Comunitarismo”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.136). No que concerne ao tema em foco, para o comunitarismo “a soberania popular, como participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos, tem prioridade frente aos direitos individuais. Em vez de privilegiar a autonomia privada, os comunitários optam pela defesa da autonomia pública, ancorada nas idéias de atuação e participação. E mais uma vez é a concepção de pluralismo que vai configurar esse compromisso. Se o pluralismo liberal assegura a autonomia privada e os direitos individuais, o pluralismo comunitário defende a autonomia pública e a soberania popular, compatíveis com a existência de diversos centros de influência social e poder político” (p. 137).

⁴⁴⁸ O *republicanismo*, segundo Newton Bignotto, “contrariamente a várias correntes do pensamento político, nunca se constituiu como um corpo doutrinal unívoco e dogmático, cujos temas e questões permaneceram inalterados ao longo dos séculos. Por isso, mais do que uma corrente filosófica ou teórica associada a um único filósofo ou escola devemos falar de uma tradição republicana cujas origens remontam à Roma antiga. Afirmção do valor da liberdade política, da igualdade dos cidadãos e do direito deles de participar da vida pública são recorrentes nos autores que reivindicam o

procedimentalismo⁴⁴⁹, onde quer que fosse adotada a tradição da democracia radical, em oposição à interpretação liberal da política.⁴⁵⁰

Hoje, esses conceitos-chaves designam dois modelos normativos de democracia cuja meta comum é dar maior ênfase à formação democrática da vontade do que habitualmente se dá no liberalismo político. Em vez de limitar a atividade participatória dos cidadãos para a função de legitimar periodicamente o exercício do poder do Estado, essa atividade deve ser permanente na esfera pública democrática e deveria ser vista como a fonte de todos os processos políticos de tomada de decisão. As diferenças, que apesar de toda a concordância quanto à crítica ao liberalismo estão presentes entre os dois modelos surgem em primeiro lugar nos modos diferentes pelos quais o princípio da esfera pública democrática é normativamente justificado em cada caso: o republicanismo enfoca o ideal antigo de negociação intersubjetiva acerca de assuntos públicos como parte essencial da vida dos cidadãos; já na perspectiva procedimentalista não são as virtudes cívicas dos cidadãos que motivam o processo de formação democrática da vontade, mas sim procedimentos moralmente justificados. No primeiro modelo, o republicanismo, a esfera pública democrática é considerada um meio para a realização do autogoverno de uma comunidade política. No segundo, a esfera pública é entendida como procedimento no qual a sociedade tenta resolver problemas políticos racionalmente de uma maneira legítima.⁴⁵¹

republicanismo e definem um patamar comum, mesmo se a maneira de pôr em prática esses princípios e a extensão de sua aplicação na vida política tenha variado consideravelmente ao longo da história” (BIGNOTTO, Newton. Republicanismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Op. cit. p. 716).

⁴⁴⁹ Para Gisele Cittadino, dentre os teóricos alemães Habermas é o que melhor estabelece o diálogo com Dworkin acerca do entrelaçamento do direito com a política, sugerindo que a visão substantiva da democracia constitucional seja substituída por uma visão procedimental. Ele justifica: “É que o modelo hermenêutico proposto por Dworkin, de uma interpretação racionalmente construída a partir de princípios substantivos, somente é possível graças à sua confiança nas tradições e práticas constitucionais americanas. No entanto, nos contextos históricos em que não se pode apelar para um republicanismo cívico ou para uma comunidade de princípios que compartilha tradições e valores históricos e culturais, a visão *substantiva* da democracia constitucional deve ser substituída por uma visão *procedimental* da democracia constitucional [...]” E mais adiante: “Contra Dworkin, Habermas configura um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma ‘nação de cultura’, mas sim em uma ‘nação de cidadãos’. Com a concepção de patriotismo constitucional que se fundamenta em uma identidade política pós-convencional ou pós-nacional, Habermas acredita que as democracias contemporâneas podem resgatar a tradição republicana de autodeterminação política, a despeito das rupturas de continuidades históricas e de tradições que ‘já não podem ser objeto de uma apropriação sem reparos, mas sim de uma apropriação crítica e autocrítica’” (CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 20, 22 e 22).

⁴⁵⁰ HONNETH, Axel. Democracia como cooperação reflexiva. John Dewey e a teoria democrática hoje. Trad. Lúcio Rennó. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UnB, 2001, p. 63-64.

⁴⁵¹ HONNETH, Axel. Op. cit., p. 63-65.

Em sua ótica de democracia radical, Habermas⁴⁵², segundo Hirst, acentua que a compreensão moderna da democracia distingue-se da clássica por se relacionar com um tipo de direito dotado de três características principais: “O direito moderno é positivo, cogente e estruturado individualisticamente. Ele resulta de normas produzidas por um legislador e sancionadas pelo Estado, tendo como alvo a garantia de liberdades subjetivas”.

De acordo com uma interpretação liberal, a autodeterminação dos cidadãos somente se realiza através do *medium* desse direito, que assegura estruturalmente as liberdades, porém de tal sorte que a idéia de uma ‘dominação das leis’ (*rule of law*), que se concretiza historicamente na idéia dos seres humanos e da soberania popular, passa a ser vista como uma *segunda* fonte de legitimação. Isso levanta a questão sobre a relação entre o princípio democrático e o Estado de direito.

Na visão clássica, as leis da república são a expressão da vontade *ilimitada* dos cidadãos reunidos. Não importa o modo como o *ethos* da forma de vida política comum se espelha nas leis: esse *ethos* não constitui uma limitação, na medida em que obtém validade através do processo de formação da vontade dos cidadãos, ao passo que o princípio do exercício do poder no Estado de direito parece colocar limites à autodeterminação soberana do povo, pois o ‘poder das leis’ exige que a formação democrática da vontade não se coloque contra os direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais. Ora, na história da filosofia política, as duas fontes de legitimação do Estado democrático de direito surgem, concorrendo uma contra a outra. O liberalismo e o republicanismo discutem, entre si, para saber qual das seguintes liberdades deve ter prioridade: a ‘liberdade dos modernos’ ou a ‘liberdade dos antigos’? O que deve vir antes: os direitos subjetivos de liberdade dos cidadãos da sociedade econômica moderna ou os direitos de participação política dos cidadãos democráticos?⁴⁵³

Habermas, em seguida, situa a discussão estabelecida entre republicanistas e procedimentalistas acerca da democracia normativa:

⁴⁵² HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Trad. e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153. Ver também: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Paulo Hirst, ao tratar da teoria política de Habermas, pondera: “O crescente domínio de Habermas sobre a esquerda democrática na teoria política moderna é uma vitória tanto das virtudes como das ilusões do iluminismo. O projeto de Habermas é bem aceito porque propõe um substituto para a concepção política marxista ortodoxa de política, cada vez mais desacreditada, e constitui uma concepção pós-moderna de política, relativista e oportunista, e cada vez mais influente entre setores da *intelligentsia* ocidental. A teoria crítica de Habermas contesta radicalmente a dominação da administração tecnocrática e a manipulação das massas, e, no entanto apresenta como seu fundamento uma ordem amparada em normas racionais e consensuais. A crítica de Habermas tenta ir além das instituições existentes, mas não destruir a democracia e os valores liberais” (HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**. Op. cit., p. 145).

⁴⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*, p. 153-154.

Uma das partes insiste no fato de que a autonomia privada dos cidadãos, que é “inalterável” em sua natureza e garantida pelo poder anônimo das leis, assume forma nos direitos fundamentais. Na interpretação da outra parte, porém, a autonomia política dos cidadãos incorpora-se na auto-organização de uma comunidade que cria suas próprias leis.⁴⁵⁴

E para solucionar o impasse das duas posições, pondera:

Consideramos os dois princípios como sendo, de certa forma, co-originários, ou seja, um não é possível sem o outro. Além disso, a intuição da “co-originariedade” também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como uma relação complementar entre autonomia privada e pública. Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso *adequado* de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os “cidadãos da sociedade” (*Gesellschaftsbürger*) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (*Staatsbürger*), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o “mesmo valor”.⁴⁵⁵

Dworkin⁴⁵⁶ refuta a idéia de que a democracia possa ser definida exclusivamente como um processo de tomada de decisão, no qual deve ser ampla a influência da vontade popular. Para ele, a democracia é mais do que uma questão de processo ou de procedimento; é acima de tudo um *standard* para a avaliação das políticas públicas. Ou seja, para verificar se ela prevalece em um determinado país, não se pergunta quando ou por quem as leis são feitas, mas o que as leis dizem.⁴⁵⁷

Tanto quanto os defensores das teorias processuais, também ele sustenta que a democracia é antes de tudo governo do povo. Nessa esfera, democrático é o Estado no qual o povo se autogoverna. Todavia, autogoverno pressupõe que o cidadão se sinta membro da comunidade e do governo.

Pondera, ademais, que a democracia depende de que o governo trate os cidadãos como livres e iguais. Deve ser utilizado para avaliação e censura das leis de um país esse *standard* substantivo. E o foro judicial se apresenta como melhor solução

⁴⁵⁴ Idem, ibidem, p. 154.

⁴⁵⁵ Idem, ibidem, p. 155.

⁴⁵⁶ Do autor, ver: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.; _____ . **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p.; _____ . **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

⁴⁵⁷ MORO, Sérgio Fernando. Op. cit., p. 115-116; DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the american Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 7-8.

para essa avaliação do que o parlamento, porque neste o princípio majoritário encoraja compromissos que sobrepujam essas questões de princípio.⁴⁵⁸

Em obra mais recente, Dworkin retoma o tema, estabelecendo uma distinção de um conceito de democracia que ele classifica “dependente de seus resultados substantivos” e outra que ele denomina “independente desses mesmos resultados”. Na primeira acepção, a melhor forma de democracia seria aquela mais apropriada para a produção de decisões compatíveis com o princípio material de que todos devem ser igualmente tratados com respeito e consideração. Com a segunda, a qualificação do processo democrático estaria na dependência unicamente da feição institucional do processo de decisão, podendo-se qualificá-lo como democrático desde que distribuído igualmente o poder político, independentemente da compatibilidade das decisões com o princípio material da democracia.⁴⁵⁹

Num balanço da democracia nesse limiar do século XXI, considerada a sociedade de massa, poder-se-ia dizer, na ótica de Touraine, que a democracia está ameaçada. A ameaça se origina não só diretamente de regimes autoritários e totalitários, mas de outros fatores. Esta ameaça provém não de um poder onipotente que submeteria a sociedade à sua mercê, mas da própria sociedade que, na ordem política, visualiza apenas uma burocracia arbitrária ou corrupção e deseja reduzi-la “à função de guarda noturno ou de um Estado mínimo, para não entravar a atividade dos mercados e a difusão dos bens de consumo e de todas as formas de comunicação de massa”.⁴⁶⁰

Esse liberalismo tacanho pode ser considerado democrático porque respeita as liberdades e responde às demandas da maioria. Nos países ricos, o marketing tende a substituir o voto; nos países pobres, a erradicação da pobreza é reconhecida como prioritária e os discursos sobre as liberdades públicas são criticados como elitistas e inspirados pelo estrangeiro dominador. Por toda a

⁴⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 116 e 117; DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 30-31. Dworkin defende a compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia. Todavia, isso não significa, como pondera Moro, que as instituições representativas ou majoritárias possam ser postas de lado, ou que a função legislativa possa ser atribuída a uma elite de *experts*, pois nesse caso haveria uma perda no sentimento de autogoverno. Diferente é atribuir a cortes de justiça a função de controle dos atos da legislatura para aferir se foram respeitadas as condições democráticas.

⁴⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 118; DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 184-210.

⁴⁶⁰ TOURAINE, Alain. Op. cit., p. 182.

parte, sob as mais diversas formas, cresce a idéia de que a defesa da liberdade consiste em reduzir a intervenção do Estado.⁴⁶¹

Para a defesa da democracia, sustenta Touraine:

A defesa da democracia não pode se basear na recusa da sociedade de massa; as próprias palavras se opõem a essa oposição artificial: será que se pode conceber uma democracia oligárquica? Em compensação, a democracia ficará sob ameaça se essa sociedade de massa se fragmentar em um conjunto de comunidades confinadas na defesa de sua identidade, transformadas em seitas que recusam a aplicação de qualquer norma social que interfira em sua concepção de boa vida. Mas como será possível impedir ou limitar tal fragmentação da sociedade sem impor normas cívicas ou republicanas que são apenas formas secularizadas da moral religiosa recusada por um número crescente de indivíduos em nome da liberdade de viver, pensar e se organizar como entendem? Existe uma única resposta para essa questão: é preciso redescobrir, atrás do consumo, relações sociais, portanto, relações de poder.⁴⁶²

E conclui:

Não há democracia sem luta contra um poder. O que é condenável na idéia de sociedade de massa não é a massificação das demandas que têm mais aspectos positivos do que negativos, mas a prioridade que tende a reconhecer aos objetos em detrimento das relações sociais. A vida pública é invadida pela publicidade que convém perfeitamente à difusão de objetos, mas lança na sombra as escolhas políticas. É como se uma sociedade, quando se concebe a si mesma como sociedade de consumo, consagrasse a maior e mais constante atenção a suas atividades menos importantes, incluindo a área econômica.⁴⁶³

E a história política republicana brasileira, frente à realidade transnacional, num contexto crítico, é um retrato quase simultâneo de autoritarismo, modernização e democracia.

Na leitura de Lahuerta, se há um traço que marca a experiência brasileira no século XX é a presença simultânea de um intenso processo de modernização e de um baixíssimo compromisso com as instituições democráticas. Há um relativo consenso entre os estudiosos de que a história do Brasil é marcada por soluções que excluem as grandes massas dos processos políticos, servindo a interesses restritos e antidemocráticos, afora os períodos taxativamente marcados por regimes

⁴⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 183.

⁴⁶² Idem, *ibidem*, p. 184.

⁴⁶³ Idem, *ibidem*, p. 186.

discricionários, como de 1937-1945 e 1964-1985.⁴⁶⁴

Em termos de modernização, o século XX foi marcado por uma inspiração prometéica de progresso material a qualquer custo. Contribuiu para tanto o fato de o país ter experimentado um período de cinquenta anos seguidos de crescimento acelerado (entre os anos 30 e 80), com grande mobilidade social e espacial e com um desempenho econômico expressivo. Esse crescimento econômico, no entanto, sob o prisma dos direitos da cidadania não se mostrou tão pródigo. Sob o ponto de vista histórico, há de se ter em conta que a gênese da experiência republicana teve seu impulso num movimento distanciado do povo e sem maiores vínculos com o reconhecimento de direitos. A institucionalização do regime republicano deu-se, em seus primórdios, por militares, com o povo assistindo a tudo distanciado.⁴⁶⁵

Ao longo dos últimos cem anos, por sem dúvida, o Brasil viveu uma grande transformação que no essencial reafirmou, especialmente após os anos 30, a perspectiva de inequívoco compromisso com a modernidade. Apesar de algumas rupturas políticas, o século XX revelou uma adesão incondicional da sociedade brasileira a um projeto de modernização a qualquer custo, centrado na transformação econômica. Tal adesão ao ideário moderno não significou, no entanto, o compromisso com a constituição de uma cultura cívica fundada na ampliação efetiva da participação de setores subalternos e no reconhecimento de direitos. O resultado desse caminho configura um Brasil contemporâneo com um enorme descompasso entre o nível de modernização econômica e o grau de persistente exclusão social e política da população e que se amplia de modo sistemático.⁴⁶⁶

3.4 A democracia representativa e seus fundamentos históricos, políticos e filosóficos

O regime representativo, para Pinto Ferreira, é um sistema no qual o

⁴⁶⁴ LAHUERTA, Milton. “O século XX brasileiro: autoritarismo, modernização e democracia”. In: AGGIO, Alberto; LAHUERTA, Milton (Org.). **Pensar o século XX: problemas políticos e história nacional na América Latina**. Op. cit. p. 217.

⁴⁶⁵ LAHUERTA, Milton. Op. cit., p. 218 e 219.

⁴⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 220.

povo governa mediante agentes políticos eleitos pela própria comunidade. Daí o próprio nome sugerir a idéia de representação do eleitorado pelos agentes políticos, tudo à base de processo eletivo.⁴⁶⁷

Todavia a palavra representação tem inúmeros significados, dependendo da linha de conhecimento objeto de exame, e é fruto de um longo e sofrido processo histórico, como se demonstrará.

Semanticamente, em todas as línguas européias o verbo *representar* e o substantivo *representação* evocam um universo vasto e variado de experiências empíricas. Em face da polivalência do termo, tratando-se especificamente da *representação política*, automaticamente se sugere uma multiplicidade de significados. No seu sentido próprio, esse fenômeno se manifesta melhor se observado como o regime político representativo que se coloca em oposição, de um lado, aos regimes absolutistas e autocráticos, desvinculado do controle político dos súditos e, por outro, à democracia direta. O sentido da representação política, portanto, está na possibilidade de controle do poder político, atribuída a quem não pode exercer o poder pessoalmente. Nesse contexto e tendo em conta suas finalidades, a representação pode ser definida como um “mecanismo político particular para a realização de controle (regular) entre governados e governantes”.⁴⁶⁸

A representação política, foco da pesquisa, incorporou-se à cultura ocidental, conforme disserta Mezzaroba, em tempo relativamente recente, coincidindo com o surgimento do Estado moderno constitucional. O que a distingue das demais significações são suas características peculiares,⁴⁶⁹ como se demonstrará.

Num cotejo histórico,⁴⁷⁰ verifica-se que na Antiguidade grega havia instituições e práticas representativas, mas sem qualquer conotação com um termo equivalente à representação. No Império Romano, embora o Imperador fosse

⁴⁶⁷ FERREIRA, Pinto. Teoria Geral do Estado. Op. cit., p. 579.

⁴⁶⁸ COTTA, Maurício. Representação política. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. Op. cit. 1102.

⁴⁶⁹ MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 16.

⁴⁷⁰ Sobre o desenvolvimento histórico-etimológico do termo representação, conforme referenda Mezzaroba, ver: PITKIN, Hanna Fenichel. **El Concepto de Representación**. Trad. Ricardo Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

representante do Estado, e o Senado representante do povo, o termo *repraesentare* não guardava correlação com o sentido político que lhe foi emprestado na Modernidade. A partir da Idade Média, o catolicismo passou a empregar o termo *repraesentare* no sentido de encarnação mística de Cristo na pessoa do Papa, assim como os cardeais passaram a representar a reincorporação mística dos apóstolos. No mesmo período o termo passou a identificar, pelos juristas medievais, a personificação de coletividades. A coletividade, portanto, assume a condição de pessoa, uma ficção de Direito. A noção de *representação política* remonta ao mesmo período, entre os séculos XIII e XIV, quando os Conselhos eclesiásticos e o Parlamento inglês começam a exercer funções de representantes, traduzindo, desta feita, a idéia de representação humana de caráter político. Na Inglaterra, inicialmente, os cavaleiros e os burgueses eram convocados pelo rei para encontrar-se com ele e os lordes no Parlamento. A convocação, todavia, não possuía caráter parlamentar e dava-se por interesse real, não no exercício de um direito, mas de uma obrigação para com os convocados. À medida que o Parlamento adquiriu importância política, aquela concepção mística de representação foi adaptada – o Papa, considerado representante de Deus, guindou o rei à condição de representante de todo o reino; assim como o Parlamento passou a ser tratado como representante do reino, compreendido nesta noção também o povo. O primeiro uso documentado do termo *representar* deu-se na obra de *De Republica Anglorum*, de Sir Thomas Smith, em 1583. Entretanto, foi Hobbes, no *Leviatã*, o responsável pela consolidação definitiva do termo. A *representação política*, ao longo dos séculos, tornou-se um direito sagrado na experiência histórica inglesa, e a partir das Revoluções Americana e Francesa, guindada ao rol dos Direitos Humanos, passa a ter o sentido de *representação popular*.⁴⁷¹

Contemporaneamente, a consagração do conceito de *representação política*, verificada a partir do século XIX, é movida pelos seguintes fatores: (a) o surgimento e a ampliação de organizações políticas em diversos Estados; (b) a ampliação gradual do direito ao sufrágio; (c) os governantes respondem por seus atos perante os órgãos de representação; (d) subordinação das “assembléias hereditárias às

⁴⁷¹ MEZZARROBA, Orides. Op. cit., p. 17, 18 e 19.

eleitas”.⁴⁷²

Sob o prisma histórico, é importante relembrar a conquista da representação política, notadamente o desenvolvimento da atividade parlamentar, determinante na formação dos Estados constitucionais, a partir dos séculos XVII e XVIII, na Inglaterra, nos Estados Unidos da América e na França, destacando-se seus aspectos mais relevantes.

3.4.1 A conquista da representação política e da atividade parlamentar na Inglaterra

O instituto da *representação* é um produto pré-moderno, com raízes históricas na Inglaterra medieval, consoante o relato de Mezzaroba. No século XI, no reinado de Guilherme I, foi instituído o *Grande Conselho*, formado por barões, bispos e abades, com convocação periódica e ouvido pelo Rei sobre temas e problemas governamentais. Os *sheriffs* eram representantes do Rei nos *shires* (condados, províncias, departamentos) e encarregados de presidir as Cortes de Justiça e de arrecadar tributos. Em que pese o *Grande Conselho* sugerir a idéia de uma espécie de Parlamento medieval, inexistia qualquer relação de representação de seus membros com a comunidade, já que agiam sem autoridade própria. Os *sheriffs*, de igual sorte, eram meros funcionários da coroa e detinham funções administrativas e jurisdicionais. Posteriormente, no reinado de Henrique I, a Inglaterra obteve o seu primeiro estatuto político escrito, denominado de *Pequena Carta* ou *Carta das Liberdades*, pelo qual o Rei comprometia-se a respeitar os sagrados costumes anglo-saxões, os direitos dos barões ingleses e os princípios da Igreja. A *Carta* cria e organiza o tribunal do Rei, transformado depois nos tribunais do Rei da lei comum, para garantir as liberdades. O fato é importante porque pela primeira vez se materializa, na Inglaterra, a idéia de liberdade. A *Carta Magna* foi assinada pelo Rei João Sem Terra no ano de 1215, constituindo-se no primeiro documento político a conter uma principiologia básica que antecede a formação do Estado parlamentar. A *Carta Magna*, na verdade, foi um acordo entre o Rei e os barões, ignorando por completo os direitos do povo. Entre seus

⁴⁷² Idem, *ibidem*, p. 19.

princípios, enumera-se:

- a) respeito, pelo Rei, dos direitos adquiridos do baronato;
- b) prévia audiência do *Grande Conselho* para a imposição de tributos;
- c) direito de insurgência dos barões contra o Rei para a hipótese de desrespeito às leis;
- d) o princípio do devido processo legal;⁴⁷³
- e) o princípio da proibição de denegação da justiça;⁴⁷⁴ e
- f) para a observância e cumprimento do acordo, foram eleitos 25 representantes do baronato para acompanhar as ações do Rei, com a possibilidade de uso da força, caso o monarca infringisse a *Carta*.

Foi justamente a eleição dos representantes encarregados de efetuar o controle das ações do Rei que estabeleceu as bases de uma forma de *representação* de âmbito político.⁴⁷⁵

No período em que Montfort esteve no poder, esboça-se, no *Grande Conselho*, o chamado primeiro Parlamento inglês, em termos de representatividade. Isso foi possível com a sublevação de barões, cavaleiros e cidadãos, que derrubaram Henrique III. Visando consolidar a vitória, Montfort convocou, em 1265, representantes dos cavaleiros e cidadãos (burgueses) para formar o *Grande Conselho*. Mesmo com a morte de Montfort os cavaleiros e cidadãos continuaram a luta em defesa de seus interesses e pela participação no Parlamento. O Rei cedeu aos revoltosos, mantendo as prerrogativas e a composição anterior de Montfort, passando os *lordes* a conviver lado a lado com os *comuns*. Com o tempo, entretanto, *os comuns* começaram a se reunir secretamente e em separado do Parlamento, já tendo este assumido funções legislativas. No século XIV, o Parlamento foi desdobrado em duas Casas – a *House of Lords* (*Câmara dos Lordes*), composta por membros hereditários da alta nobreza, barões e alto clero; e a *House of Commons* (*Câmara dos Comuns*), representada por eleitos da burguesia nascente, por cavaleiros e pela pequena nobreza. A partir desse modelo original é que o Parlamento inglês, nos séculos

⁴⁷³ O art. 39 da Carta Magna assim dispunha: “Nenhum homem livre será preso, detido, ou despojado de seus bens, ou declarado banido, ou exilado, ou lesado de qualquer modo que seja, senão através do julgamento legal de seus pares”.

⁴⁷⁴ Estabelecia o art. 40 da Carta Magna: “Não venderemos, nem recusaremos, nem dilataremos a quem quer que seja o direito e a justiça”.

⁴⁷⁵ MEZZARROBA, Orides. *Ibidem*, p. 20, 21, 22 e 23.

seguintes, evoluiu no sentido de ampliar cada vez mais sua representatividade, proporcionando gradativamente a transferência dos poderes do Rei para o Legislativo, composto de duas Câmaras distintas, que lutavam entre si pela hegemonia política. No ano de 1628, pressionado pelo Parlamento que exigia o cumprimento das leis inglesas, Carlos I foi compelido a sancionar a *Petition of Rights*, documento que reafirmava os princípios da Carta Magna.⁴⁷⁶

Com Cromwell, Lorde-protetor da Inglaterra, em 1653 foi editado o *Instrument of Government*. Além de regular a ditadura do Lorde-protetor, assistido por um Conselho de guerreiros e por um Parlamento (*Rump*), o documento inovou de forma importante, ao estabelecer:

- a) a formulação pioneira da divisão dos poderes, para harmonizar o Legislativo e o Executivo, situando o campo de atuação de cada qual, idéia posteriormente aperfeiçoada por Montesquieu;
- b) a preconização de que a suprema autoridade legislativa da Inglaterra, Escócia, Irlanda e outros domínios se daria na pessoa do Lorde-protetor e no povo reunido em Parlamento;
- c) a limitação das funções e poderes do protetor e de seu Conselho no exercício do Executivo; e
- d) a determinação de que toda lei ordinária que contrariasse o *Instrument of Government* fosse considerada nula e sem valor.⁴⁷⁷

Foi com o *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), em 1689, após a Revolução de 1688, que se deu o controle total dos atos da monarquia inglesa pelo Legislativo. O pacto substituiu a doutrina do direito divino pela da soberania nacional, dispondo sobre:

- a) o princípio da impossibilidade de suspensão ou execução das leis sem o consentimento do Parlamento;

⁴⁷⁶ Idem, ibidem, p. 23, 24 e 25.

⁴⁷⁷ É importante registrar, conforme, aliás, salienta Rosah Russomano, que o *Instrument of Government* representa, na verdade, o protótipo da futura Constituição dos EUA. De efeito, a partir do *Instrument of Government* adveio um conjunto de princípios determinantes, no futuro, da organização política do próprio Estado, assim como influenciando originariamente o entendimento da supremacia constitucional no Estado Moderno (RUSSOMANO, Rosah. Op. cit. p. 54; MEZZARROBA, Orides. Ibidem, p. 25-26).

- b) eleições livres para os membros do Parlamento;
- c) a liberdade de deliberação pelo Parlamento; e
- d) as imunidades parlamentares, devidamente garantidas, conferindo a supremacia do Legislativo.

Em 1694 foi determinado que o Parlamento sofreria renovação a cada três anos. Também foi formulada proposta dos *Comuns* definindo as funções do *Conselho Privado*, protótipo do órgão posteriormente denominado de *Gabinete*. Em 1702, Guilherme III sanciona o último pacto entre o Parlamento e o Rei, o *Act of Settlement*, regulando a ordem de sucessão do trono, em vigor até hoje. A estrutura do governo inglês, após esse ato, organizou-se da seguinte forma:

- a) o Rei e seus ministros escolhidos pela maioria parlamentar;
- b) o Parlamento como única fonte legislativa, com controle dos ministros através do *impeachment*;
- c) as Cortes de Justiça funcionando de forma independente da Coroa, mas submetidas ao controle do Parlamento, já que a *Câmara dos Lordes* era o mais alto tribunal;
- d) os Juízes de Paz detendo funções judicantes conciliatórias e administrativas; e
- e) as administrações das cidades tendo certa autonomia para cuidar dos serviços urbanos.⁴⁷⁸

Em 1714 ascende ao trono Jorge I, da Prússia. Como não falava a língua inglesa e não tivesse apetência para os negócios do reino, entregou a direção ao *Conselho Privado*, ensejando a constituição do *Gabinete*, já sob a presidência de Robert Walpole, que o regulamentou. Em 1832, por Guilherme IV, é promulgada a *Reform Bill*, que introduziu importantes reformas eleitorais na Inglaterra. Restringiu-se o poder político dos barões e ampliou-se o da burguesia urbana, excluindo-se, entretanto, os camponeses e operários de qualquer representação. O ato criava o *sufrágio condicionado*, restringindo o direito ao voto àqueles que detinham determinada renda anual ou pagassem certo valor em aluguel. Criava, ainda, a *Registration Societies*, associações de registro de eleitores, que inspiraram organizações locais geradoras das futuras organizações partidárias. Foi somente em

⁴⁷⁸ MEZZAROBBA, Orides. *Ibidem*, p. 27, 28 e 29; JACQUES, Paulino. 9. ed. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 26.

1837, com a ascensão da rainha Vitória, que foram implementadas as primeiras reformas políticas, inaugurando o liberalismo no país. Duas outras reformas foram importantes – a de Disraeli de 1877, concedendo o direito de voto aos operários, e a reforma de Gladstone, em 1884, outorgando o direito de voto aos camponeses. Após isso, foram criados os distritos eleitorais, cabendo a cada distrito eleger um deputado. O voto, contudo, ainda não era universal, tendo em vista a exclusão das mulheres, dos serviçais e de outras categorias minoritárias. Somente após a Primeira Guerra, em 1918, o direito de voto foi assegurado aos maiores de 21 anos e a todas as mulheres com mais de 30 anos. Posteriormente, em 1928, foi conferido o direito de igualdade de voto a homens e mulheres.⁴⁷⁹

Nesse contexto, foi através de um longo e doloroso processo político e histórico que a Inglaterra produziu uma nova forma de governo, desconhecida na Antiguidade, denominada de *governo representativo*, pelo qual as decisões sobre questões relevantes são tomadas pelos representantes eleitos, sempre levando em consideração a vontade dos representados. Ao ser introduzida, no entanto, a representação política não tinha uma conformação democrática, pois atuava fundamentalmente como instrumento de articulação e acomodamento de forças políticas no poder. A noção de democracia representativa somente se consolidaria séculos mais tarde. Entretanto, é inegável que foram as raízes parlamentares inglesas que fundaram o que posteriormente veio a configurar-se na plenitude do sistema representativo do Estado liberal. Com o processo de independência das colônias norte-americanas e com a Revolução Francesa, entretanto, já no século XVIII foi que a representação recebeu novos incrementos políticos e clareza de princípios, guindada à condição de direito do cidadão, resultado de um conjunto de lutas que introduzia a vontade dos indivíduos como fonte de poder do Estado.⁴⁸⁰

3.4.2 A conquista da representação política nos Estados Unidos da América

⁴⁷⁹ MEZZARROBA, Orides. *Ibidem*, p. 29 e 30; JACQUES, Paulino. *Op. cit.* p. 23-24;

⁴⁸⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 30-31.

A experiência política norte-americana está vinculada visceralmente à prática político-representativa. Ainda como colônia inglesa, o sistema político americano já se encontrava comprometido com a concepção de *representação política*. Enquanto alguns dos princípios que marcaram as constituições contemporâneas⁴⁸¹ eram desconhecidos para a maioria dos europeus e na Grã-Bretanha ainda estavam em processo de consolidação, nas colônias da Nova Inglaterra muitos deles já haviam sido reconhecidos e incorporados em seus próprios ordenamentos jurídicos.⁴⁸² Todas as colônias inglesas, à medida que surgiam, apresentavam enorme semelhança, como relata Tocqueville, oferecendo terreno propício para o desenvolvimento da liberdade. Não “a liberdade aristocrática de sua pátria, mas a liberdade burguesa e democrática, de que a história do mundo de nenhum modo apresentava ainda um modelo completo”. E uma das principais razões que impulsionariam a prosperidade das colônias inglesas de modo geral, segundo Tocqueville, foi o fato de elas gozarem, no seu âmbito interno, de maior liberdade e independência política, fato incomum para a época.⁴⁸³

O Parlamento inglês, a partir de 1764, passou a impor aumento de impostos de produtos importados da Nova Inglaterra, gerando as primeiras manifestações de descontentamento contra a Metrópole. Em 1775, sob o comando de Washington, irrompe a guerra pela independência. Jefferson começa a redigir a *Declaration of Independence*, aprovada no III Congresso da Filadélfia, realizado em 4 de julho de 1776, enquanto Mason redige o *Bill of Rights* e a Constituição da Virgínia. No IV Congresso da Filadélfia, de 1778, os representantes das colônias subscreveram o primeiro estatuto político da União Americana do Norte, os *Articles of Confederation and Perpetual Union*. Após a conquista da independência política, os novos Estados, plenamente soberanos, aprovam a *Constitution of the United States*, com vigência a partir de 4 de março de 1789, depois de ratificada pelas unidades que compunham a confederação.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ Os princípios referidos, segundo Mezzaroba, eram os seguintes: “(a) a liberdade de imprensa; (b) a intervenção dos cidadãos nos negócios públicos; (c) o lançamento de impostos sobre o povo por consentimento próprio, pessoal ou por intermédio de representantes; e (d) a responsabilidade dos governantes” (p. 32).

⁴⁸² Idem, *ibidem*, p. 32.

⁴⁸³ TOCQUEVILLE, Alexis de. Op. cit. p. 39 e 36; MEZZAROBA, Orides. *Ibidem*, p. 32.

⁴⁸⁴ MEZZAROBA, Orides. *Ibidem*, p. 34 e 35.

Em termos técnicos a *Constituição da América do Norte* demonstrou absoluta originalidade. Inspirada em termos teóricos nas doutrinas de Locke e Montesquieu, tomou por base o *Instrument of Government* inglês, prevalecendo o princípio básico na elaboração do texto constitucional de que o Estado deveria ser governado por uma carta promulgada pelo povo soberano.⁴⁸⁵

A consolidação da forma política da *representação* teve na experiência histórica norte-americana grande contribuição. Os Estados Unidos dispuseram em sua Constituição de 1787 que o Legislativo seria formado por duas Casas – o Senado e a Câmara dos Deputados, garantindo, dessa forma, a representação política dos cidadãos.⁴⁸⁶

3.4.3 O modelo representativo europeu após a Revolução Francesa

Na maioria dos Estados europeus o modelo representativo de governo somente teve desenvolvimento significativo após a Revolução Francesa.⁴⁸⁷

Os princípios que fundamentaram o conceito de *representação política* na Revolução Francesa estão ligados diretamente às idéias de Sieyès, autor do texto *A Constituinte Burguesa – Que é o Terceiro Estado?* O abade sustenta, nesse texto editado em 1789, em suma, a tese da igualdade política e de direitos do Terceiro Estado em relação à nobreza. A doutrina de Sieyès está fundada no conceito de Nação. Segundo ele, Nação seria um elemento que precede ao Rei, ao Legislativo, ao ato normativo ou político; compõe-se de indivíduos livres e diferentes, unidos para realizar suas necessidades humanas e vivendo em conjunto pela vontade individual. À medida que os indivíduos se unem por ato de vontade, passam a constituir um Poder maior, denominado de Soberania nacional. A Nação seria soberana, una e indivisível. O exercício da soberania, por outro lado, se daria através de uma Constituição,

⁴⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 35.

⁴⁸⁶ A preocupação com a institucionalização da representação pode ser percebida na obra *Federalista*. Madison sustenta que a fonte de todo o poder emana do povo, que de forma proporcional deveria estar representado no Legislativo. Ver: HAMILTON, Alexander et al. **O Federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984, p. 332.

⁴⁸⁷ MEZZARROBA, Orides. *Ibidem*, p. 36.

estabelecendo a organização e a estrutura do Estado e garantindo a liberdade e a igualdade dos cidadãos. Ademais, o Poder Constituinte deveria estar assentado no princípio da *representação*, para ser eficaz. Excluídas as castas minoritárias e privilegiadas do clero e da nobreza, a verdadeira Nação estaria situada no *Terceiro Estado*, por ser a parte viva do reino e por representar a ampla maioria da população.⁴⁸⁸

Entendia Sieyès que o direito de propriedade seria natural, o privilégio não, como por exemplo a isenção tributária dos notáveis. Acreditava num sistema eleitoral em que o fator de participação determinante no processo político estava na condição de proprietário do eleitor, não nos seus títulos nobiliários ou privilégios. Como o *Terceiro Estado*, em termos quantitativos era superior ao clero e à nobreza, defendeu o voto uno ou por cabeça. Assim, o indivíduo que atendesse a determinados requisitos tinha o direito de se fazer representar. Todavia, segundo ele, a soberania era indivisível e, por isso, o indivíduo não seria detentor de qualquer parcela dela, porque pertenceria a todos. Rousseau, contrariamente, sustentava que cada indivíduo deteria uma parcela da soberania. Essa divergência teórica traduz aspectos diferentes do pensamento de ambos. Enquanto Sieyès definia os pressupostos para a doutrina da soberania nacional, Rousseau, diversamente, estabelecia os princípios para uma soberania popular. Para este, no processo legislativo, toda e qualquer ordem política legítima sustentava-se pela participação livre de cada indivíduo.⁴⁸⁹

A teoria da representação de Sieyès era censitária, isto é, a elegibilidade era fundada no princípio da contribuição fiscal. Seriam inelegíveis todos aqueles que não possuíssem rendas ou não fossem proprietários, aqueles que apenas trabalhavam. Com essas idéias, o abade Sieyès transformou-se num teórico do Estado burguês e sua teoria converteu-o no principal estrategista da tomada do poder pela burguesia, tendo

⁴⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 38 e 39. Ver: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**: que é o Terceiro Estado? Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 33. Título original: *Qu'est-ce que le que le Tiers État?* Para a compreensão da obra de Sieyès, e também sobre a conformação do Terceiro Estado ou dos Estados Gerais, é importantíssimo o texto de Aurélio Wander Bastos, que é o organizador da edição da Editora Lumen Juris, inserto a título de introdução. Ver: BASTOS, Aurélio Wander. "Para a compreensão de Sieyès: Notas e fragmentos sobre a História da França Feudal". In: BASTOS, Aurélio Wander (org.). **A Constituinte Burguesa**: *Qu'est-ce que le Tiers État?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. ix-xiv.

⁴⁸⁹ MEZZARROBA, Orides. *Ibidem*, p. 39.

sido o voto censitário o ponto de referência que fundamentou o modelo de Democracia representativa liberal nos seus primeiros passos.⁴⁹⁰

Aspecto importante da tese de Sieyès diz respeito à autoridade anterior da Nação para estabelecer a ordem jurídica em relação ao Rei. Essa proposição, prevalecente, deu ensejo à idéia de um Poder Constituinte originário da Nação, manifesto através de representantes. Nesse contexto foi promulgada a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em 26 de agosto de 1789, consolidando o processo revolucionário francês, após a recusa de Luís XVI de sancionar o documento. Os princípios básicos da *Declaração* tiveram como paradigma o *Bill of Rights*, aprovado pela *Câmara da Virgínia* em junho de 1776. Em ambos os documentos consagrava-se o entendimento de que todo o Poder residiria na Nação. Em razão disso, nenhum indivíduo ou grupo de indivíduos poderia exercer qualquer autoridade que não emanasse diretamente da Nação. Esse mesmo princípio foi inscrito na *Constituição Francesa* de 3 de setembro de 1791.⁴⁹¹

O projeto de *representação política* de Sieyès, portanto, teve foro constitucional, estabelecendo restrições ao sufrágio, limitando o direito de voto somente para os *cidadãos ativos* – denominação atribuída a quem pagava impostos – e instituindo os fundamentos do *mandato representativo*, em oposição ao *mandato imperativo*.⁴⁹² Contudo, embora o voto censitário fosse havido como instrumento para a garantia de um governo democrático, ainda no decurso da Revolução francesa demonstrou ser um poderoso mecanismo para a instabilidade das instituições políticas e a imposição de governos pessoais com poderes ilimitados, como o foi o de Napoleão Bonaparte, que outorgou a Constituição de 1799.⁴⁹³

Foi somente a partir da metade do século XIX que grande parte dos Estados europeus consagrou, em sua estrutura jurídico-política, de forma definitiva, o instituto da representação política. Houve a ampliação do direito ao voto, até culminar,

⁴⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 40.

⁴⁹¹ A Constituição Francesa de 1791, em seu art. 2º, dispôs que “nenhum corpo, nenhum indivíduo, pode exercer autoridade a não ser que emane expressamente da Nação”. E no art. 7º. Seção III, Cap. I, Título III, estabeleceu que “os representantes eleitos nos departamentos não serão representantes de um departamento particular senão da nação inteira”.

⁴⁹² MEZZARROBA, Orides. *Ibidem*, p. 40, 41, 42 e 43.

⁴⁹³ Idem, *ibidem*, p. 43.

no século XX, com o sufrágio universal. As associações corporativas foram substituídas gradualmente por partidos políticos que, por desenvolverem uma função de intermediação entre o indivíduo e o Estado, passaram a ser reconhecidos como órgãos com função tipicamente pública.⁴⁹⁴

As instituições representativas, então, sofrem uma profunda reformulação quanto aos seus objetivos. Sobrevêm os primeiros Partidos de massa e cada país procura adaptar-se a um determinado modelo de sistema eleitoral – representação de membro por distrito geográfico; pela representação proporcional; ou representação profissional, ou por outras formas específicas.⁴⁹⁵

Naturalmente que essas novas modalidades de escolha dos representantes políticos ocasionam uma reação profunda em alguns setores, mais precisamente nos monarquistas reacionários. Por outro lado, as eventuais deficiências do sistema representativo passam a ser atribuídas particularmente aos sistemas eleitorais, ou aos *Partidos Políticos*, ou, eventualmente, à exclusão do direito ao voto de alguns setores da sociedade. Com isso, passa-se a questionar os efeitos e não propriamente as verdadeiras causas da crise do modelo representativo. Ou seja, como forma de preservar o sistema representativo, torna-se lugar-comum responsabilizar os *Partidos* ou os sistemas eleitorais pela falta de *representatividade* dos próprios representantes políticos.⁴⁹⁶

Feita a reconstituição histórica e política da representação, dois outros aspectos do tema são importantes para efeito da pesquisa – a natureza teórica da representação e os modelos de mandato político.

Quanto à sua natureza teórica, podem ser identificadas três formas de representação política, consoante Mezzaroba:

- a) a representação vinculada à idéia de autoridade;
- (b) a representação como relação de confiança; e
- (c) a representação como reflexo de alguma coisa ou de alguém.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ MEZZAROBA, Orides. O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea. In: MEZZAROBA, Orides (Org.). **Humanismo latino e estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux; Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003, p. 91.

⁴⁹⁵ MEZZAROBA, Orides. Humanismo Latino. Op. cit., p. 91.

⁴⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 91-92.

⁴⁹⁷ MEZZAROBA, Orides. Introdução ao Direito partidário brasileiro. *Ibidem*, p. 57; Ver também: BARRETO, Vicente *et al.* “Voto e representação”. In: **Curso de Ciência Política**. 2. ed. Brasília: UnB, 1984, p. 24-27.

Hobbes foi um dos primeiros pensadores a vincular a concepção da representação ao conceito de *autoridade*.⁴⁹⁸ Nessa modalidade de representação política está insito o poder de agir em lugar de outrem. Há a concessão de direitos de alguém para que outra pessoa aja em seu nome. Os representados, em tese, apóiam as ações de seus representantes pelo processo eleitoral. O representante atua vinculadamente como transmissor da vontade de seus representados, de tal forma que seus atos não respaldados por estes ficam sem qualquer efeito.⁴⁹⁹

Apesar da importância de Hobbes, foi com Rousseau, no *Contrato Social*, que o modelo de representação política com fundamento na idéia de *autoridade* consolidaria os seus princípios. Para Rousseau, a vontade popular, expressão da *vontade geral*, não poderia ser representada. A *vontade geral* é soberana, e sendo soberana é inalienável, indivisível, infalível e absoluta. No pertinente aos deputados do povo, para ele, não são e nem podem ser seus representantes, mas simples comissários, que nada podem decidir em definitivo. Assim, toda e qualquer lei deve ser ratificada pelo povo, caso contrário será nula ou não será lei. Rousseau, todavia, faz uma concessão, no texto *Considerações sobre o Governo da Polônia*, quando estabelece a necessidade de se distinguir as funções do Executivo e do Legislativo, frente às dificuldades de administração do Estado Moderno. Admite a representação política restritivamente, mediante duas condições fundamentais:

- a) escolha freqüente dos representantes, propiciando maior alternância de pessoas e tornando o acesso ao órgão de representação mais difícil e custoso; e
- b) cumprimento fiel e obrigatório da vontade dos constituintes e dever de prestação de contas da conduta no exercício da representação.⁵⁰⁰

A representação como relação de confiança ou fiduciária foi concebida

⁴⁹⁸ Ver: HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 96.

⁴⁹⁹ MEZZARROBA, Orides. *Ibidem*, p. 57-58; LEITÃO, Cláudia Sousa. **A Crise dos Partidos Políticos Brasileiros**: os dilemas da representação política no Estado intervencionista. Fortaleza: Gráfica Tipogresso, 1989, p. 26.

⁵⁰⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Lourdes Santos Machado. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 107-108; _____. **Considerações sobre o Governo da Polônia**. Trad. Lourdes Santos Machado. Porto Alegre: Globo, 1962, p. 287-288; MEZZARROBA, Orides. *Ibidem*, p. 60-61.

por Edmund Burke, principalmente em seu *Discurso aos Eleitores de Bristol*,⁵⁰¹ no qual apresenta argumentos que contribuíram posteriormente para fundamentar a teoria do *mandato representativo* ou *virtual*. Nesse modelo de representação o eleitor deposita, no ato de votar, toda a sua confiança no representante escolhido, transferindo a ele o poder para que possa decidir e legislar sobre condutas gerais. Os eleitos, então, passam a representar não somente os seus eleitores, mas virtualmente toda a Nação, gozando de autonomia para decidir conforme o seu livre-arbítrio. Ao representante cumpre interpretar unicamente se os interesses dos representados estão sendo cumpridos, inexistindo obrigatoriedade de consulta sobre a vontade destes. Burke sustentava, ademais, que o Parlamento deveria ser uma assembléia deliberante de uma Nação, com um só interesse – o da totalidade. Por isso, no Parlamento os interesses locais e pessoais devem dar lugar ao bem geral, que resulta não do individual, mas da razão geral do todo. A maior contribuição de Burke possivelmente deu-se ao estabelecer a distinção entre *mandato virtual* e *mandato imperativo*: o mandato virtual atenderia aos interesses gerais e nacionais, enquanto o mandato imperativo aos interesses locais, regionais, de grupos. Essa distinção teórica alimenta uma das grandes polêmicas que ainda hoje permeiam o debate sobre a representação política.⁵⁰²

O modelo de representação como reflexo de alguém ou de alguma coisa busca analisar com rigor a função do representante, tendo em vista que a representação de interesses sociais e econômicos é essencial para o funcionamento da sociedade. Nessa modalidade, também conhecida por *representação* como espelho, prevalece o princípio de que representar é tornar presente algo que de fato não está; espelhar de algum modo o ausente. Esse modelo também é fruto da concepção liberal de Estado, tendo possibilitado alterações profundas nos órgãos representativos. A partir dele a representação política passaria a ser encarada não mais por delegação (Rousseau) ou de relação de confiança (Burke), mas como reflexo de toda a realidade social. Nesse sentido, passa-se a tomar como critério de representatividade a correspondência de

⁵⁰¹ Ver: BURKE, Edmund. “Discurso aos Eleitores de Bristol”. In: PORTO, Walter Costa. **A representação**. Brasília: Fundação Projeto Rondon, [s.d.]. p. 19-21. Segundo Mezzaroba, o discurso foi proferido em 3 de novembro de 1774, quando Burke foi declarado eleito como um dos representantes de Bristol ao Parlamento.

⁵⁰² Idem, *ibidem*, p. 61, 62 e 64.

características existentes entre os representados e o corpo representativo, ou seja, o representante tenderia a representar alguém levando em consideração especialmente suas semelhanças. Nessa modalidade, além da identidade política e ideológica, as principais características do corpo social devem ser espelhadas no órgão representativo, tais como socioeconômicas, profissionais, religiosas, culturais, étnicas e de minorias sociais. A representação, nesse caso, estaria vinculada a interesses de coletividades específicas, de pequenas comunidades no interior do Estado, e não a interesses exclusivamente individuais. A partir da configuração de novos sujeitos coletivos surgem novos Partidos, tais como operários, confessionais, étnicos, feministas, agrários etc.⁵⁰³

Para Maurice Duverger, o termo *representação*, neste modelo, não designa mais uma relação de direito entre mandante e mandatário, mas uma relação de fato com a opinião pública⁵⁰⁴, expressa no processo eleitoral e na conseqüente composição do órgão representativo. Nessa hipótese, define-se o grau de representação pela semelhança entre a opinião pública e o órgão representativo, de tal modo que os eleitos devem representar seus eleitores como uma fotografia representa o objeto fotografado. Ou mais do que isso, a eleição seria assemelhada a um quadro, em que o pintor interpreta a realidade. Esse quadro deve corresponder às linhas de clivagem da opinião pública, ao exprimir as estruturas reais da sociedade.⁵⁰⁵

Pode-se distinguir duas formas de representação – a simbólica e a descritiva. Na simbólica, a relação entre representantes e representados guarda uma determinada correspondência; são por assim dizer um reflexo do outro. Há a expectativa de que o governo seja o reflexo de todo o eleitorado. Segundo Hanna

⁵⁰³ Idem, *ibidem*, p. 64 e 65; BARRETO, Vicente. *Op. cit.*, p. 26 e 27. KINZO, Maria D’Alva. **O que é sistema representativo**. In: ALBUQUERQUE, José Augusto G. de. **Curso de Formação Política**. São Paulo: Símbolo, 1980, p. 34-35; REIS, Antonio Carlos Palhares Moreira. **Teoria dos Regimes Políticos**. Recife: UFPE, 1982, p. 45.

⁵⁰⁴ A expressão *opinião pública* aqui é empregada, segundo Mezzaroba, na acepção que lhe dá Osvaldo Ferreira de Melo, como sendo “a forma de expressão da vontade social, podendo manifestar reação e contestação ou, simplesmente, concordância aos atos de governo” (Ver: MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Direito Político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978; MEZZAROBA, Orides. *Ibidem*, p. 65).

⁵⁰⁵ DUVERGER, Maurice. **Os Grandes Sistemas Políticos**. Trad. Fernando Ruivo e Fernando Augusto Ferreira Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 63-64; MEZZAROBA, Orides. *Ibidem*, p. 65 e 66.

Pitkin, há três perspectivas para a aplicação desse modelo no plano político:

- a) Legislativo passivo, como um mapa ou espelho que reflete a nação;
- b) o Legislativo é representativo se assemelhado ao pintor, uma atividade especial; e
- c) o Legislativo é uma cópia exata, de forma a poder substituir o povo em sua totalidade. Na representação simbólica há uma crença irracional dos eleitores em seus representantes enquanto símbolos, ainda que se aponte para a necessidade de prestação de contas do mandato junto ao eleitorado.⁵⁰⁶

A representação descritiva, que tem em Stuart Mill um dos seus principais precursores, de outro lado, procura através do processo eleitoral garantir a interação dos interessados do corpo representativo com os dos representados. Nesse modelo de representação inserem-se os sistemas de representação *proporcional* e *distrital*. Cada um desses modelos busca assegurar o máximo de representatividade, propiciando que os diferentes segmentos do eleitorado estejam presentes no órgão representativo, numa proporção quase matemática.⁵⁰⁷

Outro aspecto importante no estudo do tema da representação política diz respeito à relação do representante com o representado e que determinará a definição das espécies de mandatos políticos.

Bobbio assinala que o debate secular acerca da representação política está dominado por dois temas, dividindo os ânimos e levando a propostas conflitantes entre si. O primeiro diz respeito aos poderes do representante; já o segundo, ao conteúdo da representação. Quanto aos poderes, segundo ele, dá-se como delegado ou como fiduciário. Se delegado, o representante “é pura e simplesmente um porta-voz, um núncio, um legado, um embaixador de seus representados, e, portanto, o seu mandato é extremamente limitado e revogável *ad nutum*”. Ao revés, se é fiduciário, o representante “tem o poder de agir com uma certa liberdade em nome e por conta dos representados, na medida em que, gozando da confiança deles, pode interpretar com discernimento próprio os seus interesses”. Nesta segunda hipótese, para Bobbio, a

⁵⁰⁶ MEZZARROBA, Orides. *Ibidem*, p. 66; PITKIN, Hanna Fenichel. **El concepto de Representación**. Trad. Ricardo Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, 101-102 e 121-122.

⁵⁰⁷ MEZZARROBA, Orides. *Ibidem*, p. 67; KINZO, Maria D’Alva. *Op. cit.*, p. 35.

representação verifica-se sem vínculo de mandato e, na linguagem constitucional hoje consolidada, sem um mandato imperativo. Já quanto ao conteúdo da representação, há dois caminhos de interpretação – ou a representação se verifica nos interesses gerais do cidadão ou se refere aos seus interesses particulares de categorias, como de operário, de comerciante, de profissional liberal etc.⁵⁰⁸

Na representação política da maior parte dos Estados, segundo Bobbio, o que caracteriza uma democracia representativa é que o representante seja um fiduciário e não um delegado; e que o fiduciário represente os interesses gerais e não os particulares, tendo em vista a proibição do mandato imperativo. Isso significa que nas eleições políticas a solidariedade de partido e, portanto, a visão dos interesses gerais é mais forte que a solidariedade de categoria e de interesses particulares. Nesse diapasão, por representante entende-se, pelo menos nas democracias representativas conhecidas, a pessoa que tenha duas características bem estabelecidas:

(a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; (b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria.⁵⁰⁹

Bobbio insiste nessas duas características porque geralmente é sobre elas que se apóia a crítica à democracia representativa, “em nome de uma democracia mais larga, mais completa, em suma, mais democrática”. Nesse particular, na polémica estabelecida é possível distinguir duas vertentes: a crítica à proibição do mandato imperativo em favor da relação fiduciária, feita para lograr um vínculo mais estreito entre representante e representado, à feição daquele existente entre mandante e mandatário nas relações do direito privado; e a crítica à representação dos interesses gerais, formulada em defesa da representação orgânica ou funcional dos interesses particulares de categorias.⁵¹⁰

Esses dois temas permeiam, segundo Bobbio, a tradição do pensamento socialista, ilustrando a disputa secular pró e contra o sistema representativo. Noutras

⁵⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7. ed. rev. e ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 58; MEZZARROBA, Orides. *Ibidem*, p. 69-70.

⁵⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. *Op. cit.*, p. 59-60.

⁵¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. *Op. cit.*, p. 60.

palavras, é a concepção de democracia gestada pelos socialistas em oposição à democracia representativa, compreendida como “uma ideologia da burguesia mais avançada”, ou “uma ideologia ‘burguesa’ da democracia”. Resta claro que a exigência da revogação do mandato pelos eleitores, com a crítica à proibição do mandato imperativo, é própria do pensamento político marxista.⁵¹¹ Tal posição foi retomada e reafirmada muitas vezes por Lênin, subsistindo como princípio normativo em várias constituições soviéticas.⁵¹²

Já o segundo tema – da representação dos interesses ou orgânica – é típico do pensamento socialista inglês do final do século passado, e particularmente da corrente política do *guild-socialism* de Hobson e Cole. A proposta principal de reforma institucional consistia em postular a desarticulação corporativa do Estado, incluindo a territorial, para instaurar uma representação funcional, “isto é, dos interesses constituídos e reconhecidos, ao lado da representação territorial própria do Estado parlamentarista clássico, que encontrara na Inglaterra a própria pátria e o próprio centro de irradiação”.⁵¹³

Numa crítica acerba aos dois postulados socialistas, inovadores para o sistema representativo clássico, Bobbio acentua que nenhuma delas transforma a democracia representativa em democracia direta, acrescentando:

Com toda a certeza não a segunda, que se limita a substituir uma forma de representação por outra. É também discutível que a representação dos interesses ou funcional, mesmo se algumas vezes proposta por movimentos políticos de esquerda, seja mais democrática que a representação territorial conduzida através destes organismos de agregação dos interesses que são hoje os partidos.⁵¹⁴

E mais adiante:

“Entendamo-nos bem: a representação orgânica não é por si mesma algo defeituoso. Existem situações nas quais ela é não só desejável como inevitável. Que um conselho de faculdade seja composto por professores de faculdade e

⁵¹¹ Neste tocante, recorda Bobbio que o próprio Marx deu particular relevo ao fato de que a Comuna de Paris “foi composta por conselheiros municipais eleitos por sufrágio universal nas diversas circunscrições da cidade, responsáveis e substituíveis a qualquer momento” (Ver, a propósito: MARX, Karl. *La guerra civile in Francia*. In: **Il partito e l'internazionale**. Roma: Rinascita, 1948, p. 178).

⁵¹² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Op. cit., p. 60-61.

⁵¹³ Idem, *ibidem*, p. 61.

⁵¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 61-62.

não por representantes de partidos políticos é uma coisa óbvia. Mas é menos óbvio que dele não participem com direitos paritários representantes dos estudantes ou do pessoal administrativo, como consequência de que o defeito está não no fato de ser orgânico mas de sê-lo muito pouco. Entretanto, um conselho de faculdade ou um conselho de fábrica executam o seu encargo e tomam as decisões que lhe são próprias num campo bem delimitado e técnico, isto é, num campo que nada tem a ver com o campo geral e não-técnico do qual devem ocupar-se os corpos representativos políticos. Criticável não é a representação orgânica enquanto tal, mas a representação orgânica transportada para fora dos limites que lhe são próprios.⁵¹⁵

Enunciada a relação de representantes e representados, para Mezzaroba a principal questão que avulta refere-se ao fundamento dessa ligação que, na seara política, se traduz no termo *mandato*, usualmente a caracterizar os poderes envolvidos nesse liame. Nesse horizonte, delineia-se a clássica discussão acerca de pelo menos três diferentes modelos de mandato, dos quais os dois primeiros já foram objeto de referência no desenvolvimento da temática:

- a) o *mandato imperativo* ou *representação delegada*, vinculado ao eleitor;
- b) o *mandato representativo* ou *representação virtual*, livre;
- e, por último e mais recente,
- c) o *mandato partidário*, vinculado ao Partido.⁵¹⁶

No mandato imperativo todos os atos dos representantes, na atividade representativa, estão condicionados à prévia aprovação dos representados. Nesse modelo, como já salientado, o representante desempenha um papel limitado de mero substituto imediato do representado, estabelecendo com ele uma relação de estrita confiança. No dizer de Bonavides, essa relação tem a feição de um vínculo contratual e, sob o prisma político, essa representação equivale ao reconhecimento da supremacia permanente do corpo eleitoral. A vigência e o exercício do mandato, nesse caso, subordinam-se à vontade efetiva dos representados.⁵¹⁷

O mandato imperativo, sob o prisma da historiografia, foi um mandato político característico das sociedades medievais feudais ainda não unificadas nacionalmente e “com precárias instâncias e práticas políticas”. Esse modelo de

⁵¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 63.

⁵¹⁶ MEZZAROBA, Orides. Introdução ao Direito partidário brasileiro. *Ibidem*, p. 70-71.

⁵¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 71; BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1997, p. 178.

mandato, entretanto, com o surgimento dos Estados Constitucionais foi inteiramente suplantado pelo *mandato representativo*, que se constitui na sua antítese.⁵¹⁸

O modelo representativo de *mandato*, na ótica de Mezzaroba, pressupõe o deslocamento da soberania nacional para o órgão representativo, decorridas as eleições. Nesse horizonte, os representantes, ainda que levando em consideração as opiniões dos representados, estão desobrigados de segui-las. Representando e expressando a vontade da Nação, na dicção de Bonavides, são invioláveis no exercício de suas prerrogativas soberanas de legisladores e, nessa perspectiva, sendo titulares de mandato político não se submetem “às limitações ou dependência de nenhum colégio eleitoral ou circunscrição territorial”.⁵¹⁹

Enquanto o modelo mandatório imperativo buscava assegurar a influência e a participação dos representados nas decisões políticas, transformando o representante em agente de sua vontade, no modelo do *mandato representativo*, que acabou prevalecendo, passou-se à concepção de que o representante não deveria estar simplesmente comprometido com os que o elegeram, mas, fundamentalmente, com os interesses gerais da Sociedade. Assim, o *Mandato representativo* passa a funcionar conforme o princípio da substituição política, desvinculado de qualquer obrigação contratual de Direito Privado. Com isso, o *Mandato representativo* acaba transpondo a perspectiva dogmática e contratualista do Direito Privado, que somente regulariza as relações entre mandante e mandatário.⁵²⁰

Essa modalidade de mandato ainda hoje constitui o modelo típico de representação política nas democracias contemporâneas. Ao final do século XIX e início do século XX, entretanto, a democracia representativa passou a ser objeto de fortes críticas, sob o argumento de não propiciar real influência dos representados sobre as decisões de governo e de não estabelecer mecanismos de controle ou de prestação de contas dos representantes face aos seus eleitores, principalmente pelo caráter oligárquico dos órgãos representativos. Esse quadro de impasse ético-político

⁵¹⁸ MEZZAROBA, Orides. *Ibidem*, p. 73. Nesse particular o autor observa que a Constituição Francesa de 1791, em seu art. 7º, do Título II, Cap. I, Seção III, dispunha textualmente: “Os representantes não serão os representantes de um departamento particular, mas da nação inteira e não lhes poderá dar algum mandato”. Destarte, fiel aos princípios do liberalismo burguês, deu tratamento constitucional à matéria, consignando em seu texto a proibição categórica do *mandato imperativo*. Lembra, igualmente, que na França a última convocação dos Estados Gerais, em 20 de junho de 1789, já proibía o mandato imperativo, vedação esta reiterada pela Revolução.

⁵¹⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 75-76; BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Op. cit., p. 76.

⁵²⁰ MEZZAROBA, Orides. *Ibidem*, p. 76-77.

persiste até hoje.⁵²¹

A formulação do modelo kelseniano do *Estado de Partidos* é uma tentativa importante de resposta às demandas ainda não satisfeitas da democracia representativa. Debruçando-se sobre uma nova concepção de democracia partidária, fundada no partido político, Kelsen⁵²² foi um dos principais autores de um modelo mandatício, que tem como equivalente o *mandato partidário*.⁵²³

O Partido Político assume um papel de destaque na reformulação do modelo de *mandato político* na busca de uma democracia mais autêntica, substituindo o modelo de representação instituído pela Revolução Francesa. Essa nova expressão recebe o nome de *Democracia de Partidos* ou de *Democracia Partidária*, ou ainda, conforme a aceção de Kelsen, *Estado de Partidos* (Parteinstaat).⁵²⁴

No modelo kelseniano, a peça fundamental da estrutura política seria, evidentemente, o próprio Partido, desde que: depurado de qualquer vício, estruturado internamente de forma democrática – com as bases escolhendo os seus dirigentes, sem qualquer resquício burocrático e livre de corrupção – com financiamentos transparentes e públicos. O *Partido Político* passaria a ter a função de agrupar as vontades individuais coincidentes e interpô-las, de forma conjunta, na esfera estatal. Portanto, a organização partidária nasceria de um processo sociopolítico que envolveria um conjunto de pessoas com afinidades ideológicas e com um projeto definido de ação de governo. Desta forma, o Povo se autogovernaria, mesmo que indiretamente, por ser ele o responsável pela fixação das diretrizes governamentais e não mais os representantes eleitos que, em seu nome e lugar, tomavam as decisões políticas. Nesse novo modelo, ‘os verdadeiros candidatos’ passariam ‘a ser os partidos com seus programas e não os indivíduos que postulam cargos eletivos’. A imperatividade decorreria da *fidelidade partidária*. Vale dizer que os *mandatos* pertenceriam ao *Partido Político*, e os seus ‘titulares devem obedecer à disciplina deste, sob pena de serem destituídos e substituídos’. O representante ocuparia uma espécie de função partidária comissionada, convertido em um elo da organização e não mais no seu centro.⁵²⁵

Nessa modalidade, o deputado perde a sua condição representativa,

⁵²¹ Idem, ibidem, p. 77.

⁵²² Sobre o tema ver: KELSEN, Hans. **Esencia y Valor de la Democracia**. Trad. Rafael Luengo Tapia et al. Barcelona: Labor, 1934; _____, **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993; _____, **Teoría General del Estado**. Trad. Luiz Legaz Lacambra. México: Nacional, 1965.

⁵²³ MEZZAROBBA, Orides. Ibidem, p. 77.

⁵²⁴ Idem, ibidem, p. 77-78.

⁵²⁵ Idem, ibidem, p. 78; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 89-91; LEIBHOLZ, Gerhard. Representación y Identidad. In: LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (Org.). **Teoría y Sociología Críticas de los Partidos Políticos**. Barcelona: Anagrama, 1980, p. 213-222.

tornando-se um mandatário vinculado às determinações de sua grei. Essa forma de representação, todavia, não constitui um mandato imperativo, mas um mandato partidário ou mandato comissionado dos Partidos, porquanto o representante teria sua atuação pautada pelas diretrizes destes. Daí a importância que se dá à *fidelidade partidária*⁵²⁶, que se torna pré-requisito fundamental para a mecânica dos Partidos, uma vez que o descumprimento de suas determinações acarretaria a revogação sumária da função representativa.⁵²⁷

3.5 A crise do sistema representativo

A democracia representativa, em todos os países em que vigora, tem necessidade de renovação, por se defrontar com problemas crescentes de desinteresse da população pela política, elevados índices de absenteísmo e, o que é mais grave, hostilidade dos eleitores em relação aos políticos profissionais, sobretudo pela corrupção crônica⁵²⁸, que parece minar a classe política, principalmente nos países emergentes, colocando em profundo descrédito as instituições.

A democracia representativa é uma construção histórica relativamente recente, tendo sido importantíssima a contribuição dos chamados *founding fathers* americanos. Foi a partir do século XVIII que se difundiu no Ocidente a idéia de que os indivíduos recebam um mandato em eleições livres para atuar em representação dos interesses da sociedade. As instituições democráticas, desde então, continuam essencialmente as mesmas. Em contrapartida, o mundo se modificou radicalmente, transformando-se das sociedades comparativamente simples de então nas complexas democracias de massa dos dias de hoje. O desafio contemporâneo é de aperfeiçoar a democracia, de fazer seu *aggiornamento* de modo que o ideal democrático continue

⁵²⁶ Sobre fidelidade partidária, ver: FERNANDEZ, Fernando Francisco Afonso. **Fidelidade partidária no Brasil**: Análise sob a ótica da política jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 177 p. Sobre o sistema eleitoral e a inadiável necessidade da reforma política no Brasil, especialmente acerca da proposta de introdução do voto distrital, ver: ENZWEILER, Romano. **Dimensões do Sistema Eleitoral**: O Distrital misto no Brasil. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.105 p.

⁵²⁷ MEZZARROBA, Orides. *Ibidem*, p. 78-79.

⁵²⁸ Especificamente sobre o tema da corrupção como um dos obstáculos da democracia, ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.* p. 86-91.

prevalecendo e as instituições sejam eficazes.⁵²⁹

As sociedades deixaram de ser homogêneas. Do ponto de vista da economia, já não se pode dividir esquematicamente o tecido social em duas grandes classes: a burguesia e o proletariado, equivalentes, grosso modo, ao capital e trabalho. Economicamente, os indivíduos podem situar-se num amplo espectro de combinações possíveis na relação capital-trabalho. Por exemplo, o trabalhador tornou-se sócio do capital via fundos de pensão, de modo que “diminui” seu interesse de confrontar o capital, de cujos rendimentos dependerá sua aposentadoria. Por outro lado, o trabalho diferenciou-se e o conhecimento passou a representar parcela cada vez maior do valor agregado da economia mundial. Quem detém o conhecimento pode atrair os abundantes capitais hoje disponíveis. [...] Isso contrasta com o início do processo de industrialização, contemporâneo das democracias tradicionais, clássicas, quando o trabalho era abundante e pouco qualificado. Os embates entre a burguesia e o proletariado, centrais nos últimos dois séculos, e cuja essência era a distribuição da renda, diluem-se e começam a perder força mobilizadora em termos de discussão nos espaços públicos.⁵³⁰

Ao dissertar sobre a crise política contemporânea, acrescenta Cardoso:

Do ponto de vista político, a atenuação das dicotomias clássicas capital-trabalho, burguesia-proletariado e, em termos ideológicos, direita-esquerda, levou ao que Alain Touraine aponta como o “desaparecimento das categorias sociais, dos atores sociais em si”. Os indivíduos ou grupos já não se definem por seu papel nas relações sociais de produção, mas antes por suas identidades regionais (o caso do Brasil é típico), raciais, culturais ou religiosas. E o exercício dos direitos civis assegura a proliferação de “novas identidades”. Ainda segundo Touraine, “em vez de nos definirmos pelo que fazemos, passamos a nos definir pelo que somos”. E não apenas pelo que somos, mas também pelo que “queremos”, e estes desejos são muito diversos. Ampliaram-se assim os objetivos da política: oferece espaço para a adesão de grupos de cidadãos a causas mobilizadoras, como direitos humanos e preservação do meio ambiente.⁵³¹

De fato, segundo Touraine, fala-se em vários países ocidentais, de há muito e insistentemente, numa crise da representação política, responsável pelo enfraquecimento da participação. As bases da vida social foram-se enfraquecendo e deslocando à medida que os países abandonavam a sociedade industrial, marcada pela tensão entre empregadores e assalariados. Hoje essas sociedades estão definidas, ao contrário de outrora, pelo consumo e comunicação de massa, pela mobilidade social e

⁵²⁹ CARDOSO, Fernando Henrique. “I – A construção da democracia: A revitalização da arte da Política”. In: ZANETI, Hermes (Org.). **Democracia a grande revolução**. Brasília: UnB, 1996, p. 17 e 18.

⁵³⁰ CARDOSO, Fernando Henrique. Op. cit., p. 18.

⁵³¹ Idem, ibidem, p. 19.

migrações, pela variedade de costumes e defesa do meio ambiente, assim como pela produção industrial. Desse modo, é impossível basear a vida política em debates e atores que correspondem apenas parcialmente à realidade presente. Tal situação provocou a independência crescente dos partidos em relação às forças sociais.⁵³²

O esboroamento dos socialismos, do comunismo leninista à social democracia, proveio fundamentalmente da subordinação crescente do movimento operário a um partido, primeiro revolucionário e, depois, transformado no próprio Estado. Não pode haver democracia representativa se os atores sociais não têm capacidade de dar sentido à sua ação, em vez de serem pautados pelos partidos políticos.⁵³³

Atualmente vive-se a fragmentação dos indivíduos em grupos ou “guetos”, levando a uma simplificação, à crença de que apenas o mercado ou a cultura de massa reúnem os cidadãos numa identidade nacional. Os valores que balizam as sociedades nacionais e as relações entre suas camadas estão esmaecidas. O fascínio do novo pelo retrato da realidade mostrado pela TV desvia a atenção dos verdadeiros elementos que compõem a identidade nacional: “uma história comum, uma herança cultural, uma trajetória coletiva – com êxitos e dificuldades – e um sentido de futuro”.⁵³⁴

De fato, a democracia efetivamente construída, em nível global, experimenta um momento de baixa legitimidade. O exercício do poder meramente delegado à representação não satisfaz as expectativas da cidadania. Por outro lado, há uma visível apatia, uma descrença generalizada nas possibilidades de transformação pela política. Esse descrédito nas instituições políticas, de fatores múltiplos, provém de escândalos de corrupção, de uma cultura patrimonialista e clientelista, assim como de uma acentuada submissão do político ao econômico.⁵³⁵

⁵³² TOURAINE, Alain. *Ibidem*, p. 79.

⁵³³ *Idem*, *ibidem*, p. 80-81.

⁵³⁴ CARDOSO, Fernando Henrique. *Ibidem*, p. 19.

⁵³⁵ DEXHEIMER, Marcus Alexander. **Estatuto da Cidade e Democracia Participativa**. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 27. Sobre a apatia política, o autor lembra, com base em Fernando Salvater, que os antigos gregos denominavam a quem não se envolvia em política de *idiotês*, vocábulo que significava pessoa isolada, sem nada oferecer às demais, obcecada pelas mesquinhas de sua casa e, por isso mesmo, manipulada por todos. Sobre a submissão do político ao econômico, o autor

Apesar dos seus evidentes problemas, assinala Hobsbawn, pela primeira vez na história humana há uma forma de Estado claramente dominante, que é a república democrática, constitucional, representativa e moderna, embora ainda subsista a monarquia parlamentar em sistemas políticos estáveis, como sucede na União Européia e no Japão.⁵³⁶ Segundo ele, na oratória política do nosso tempo, o termo *democracia* tem como significado esse modelo-padrão de Estado. E isso traduz um Estado constitucional, que garante o império da lei e de vários direitos e liberdades civis e políticas, governado por autoridades, incluindo assembleias eleitas pelo sufrágio universal e por maiorias numéricas de todos os cidadãos, em eleições regulares entre candidatos e/ou organizações que concorrem entre si.⁵³⁷

Comentando a célebre frase de Churchill – “A democracia é o pior de todos os governos, com a exceção de todos os demais” –, aduz que embora seja normalmente interpretada como um argumento a *favor* da democracia representativa, ela é, na verdade, a expressão de um profundo ceticismo. Acrescenta que qualquer que seja a retórica nas campanhas eleitorais, os analistas políticos e os próprios protagonistas do processo eleitoral são extremamente descrentes a propósito da democracia representativa de massas como maneira de governar, mesmo porque a folha de serviços dela é essencialmente negativa. Ainda que como alternativa a outros sistemas, somente é defendida como um “suspiro de resignação”. E pondera:

Isso não importou muito durante a maior parte do século XX, uma vez que os sistemas políticos que a desafiaram – tanto a direita como a esquerda autoritárias até o fim da Segunda Guerra Mundial e principalmente a esquerda autoritária até o fim da guerra fria – eram patentemente horríveis, ou pelo menos assim pareciam à maioria dos liberais. Antes que a democracia representativa liberal passasse a sofrer esses desafios, seus defeitos intrínsecos como sistema de governo eram evidentes para a maior parte dos pensadores

extrata do pensamento de Sérgio Cademartori crítica ao que ele chama de verdadeira ideologia da legitimação pela eficácia, a que se submete o próprio Judiciário, no controle de constitucionalidade, ao considerar válidas normas que apresentam algum grau de eficácia econômica e social. Colhe-se: “O que se tem visto é a disseminação de práticas legais e administrativas regidas pelo princípio da capacidade normativa paraconstitucional que obedece a parâmetros alheios à cultura jurídica, como reflexo de uma verdadeira ‘colonização’ do jurídico pelo econômico” (CADEMARTORI, Sérgio. Op. cit., p. 178; DEXHEIMER, Marcus Alexander. Op. cit., p. 27).

⁵³⁶ HOBBSAWN, Eric. Globalização, democracia e terrorismo. Op. cit., p. 98.

⁵³⁷ HOBBSAWN, Eric. Ibidem, p. 100.

sérios, assim como para os que se dedicavam à sátira.⁵³⁸

Observa Hobsbawm que sempre foi muito fácil criticar a retórica de campanha da democracia liberal como maneira de governar. Entretanto, é patente que o “povo” é hoje a base e o ponto comum de referência de todos os governos nacionais, exceto os teocráticos. Entende, entretanto, que isso é inevitável e está correto, pois tendo o governo algum propósito, “tem de ser o de falar em nome dos cidadãos e zelar pelo bem-estar deles”. Avalia que numa era de homens comuns, todos os governos são do povo e para o povo, embora seja evidente que, do ponto de vista operacional, não possam ser governos feitos *pelo* povo. Essa compreensão, aliás, era terreno comum a todos os segmentos políticos – democratas liberais, comunistas, fascistas e nacionalistas –, mesmo que suas idéias pudessem divergir quanto à maneira de formular, expressar e influenciar a “vontade do povo”. O igualitarismo dos povos, que não mais aceitam uma posição de inferioridade em uma escala social governada por “superiores”, é o legado comum que o século XX – século das guerras totais e das economias coordenadas – transmitiu para o século XXI. É certo que sem o apoio passivo e a participação ativa de muitos de seus cidadãos as economias, os sistemas sociais e os próprios Estados nacionais modernos não conseguem funcionar.⁵³⁹

Para Sousa Santos, o modelo hegemônico de democracia – democracia liberal, representativa –, apesar de globalmente triunfante, hoje não mais garante uma democracia de baixa intensidade “baseada na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e em uma inclusão política abstrata feita de exclusão social”.⁵⁴⁰

⁵³⁸ Idem, *ibidem*, p. 101. E acrescenta: “Com efeito, isso era discutido ampla e francamente mesmo entre os políticos, até que se tornou desaconselhável para eles dizer em público o que realmente pensavam a respeito da massa de votantes de quem dependia sua própria eleição. Nos países onde a tradição dos governos representativos estava estabelecida havia muito tempo, ela era aceita não só porque os sistemas alternativos pareciam ser piores, mas também porque, ao contrário do que ocorrera na terrível era das guerras e das catástrofes econômicas mundiais, muito poucas sentiam a necessidade de um sistema alternativo – particularmente em uma era de prosperidade geral, que melhorou as condições de vida até dos pobres, e de sistemas robustos de bem-estar-social. Não é de modo algum certo que muitas partes do planeta que hoje têm governos nominalmente representativos desfrutem efetivamente desse estado de felicidade” (p. 101-102).

⁵³⁹ Idem, *ibidem*, p. 102.

⁵⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Prefácio. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 32.

Todavia, apesar dos problemas emergentes da democracia representativa, há a percepção de que a representatividade constitui a única solução possível nas democracias de grande escala para o problema da autorização.⁵⁴¹

Nesse particular, formula Dahl equação interessante, ao entrever verdadeiro dilema da participação do cidadão na democracia em face da eficácia do sistema. Para ele, quanto menor a unidade democrática, maior seu potencial para a participação do cidadão e menor a necessidade de que os cidadãos venham a delegar as decisões de governo a representantes. Ao revés, quanto maior a unidade, maior a capacidade para tratar de problemas importantes para os cidadãos e maior a necessidade de delegarem as decisões a representantes.⁵⁴²

A justificação da representação pela teoria hegemônica da democracia, segundo Sousa Santos, é baseada na questão da autorização. E dois pilares sustentam o argumento da autorização – o primeiro diz respeito ao consenso dos representantes, tendo surgido no interior da teoria democrática clássica (democracia direta) em oposição às formas de rodízio no processo de tomada de decisão, garantindo igual direito à ocupação dos cargos de decisão política.

A segunda forma de justificação remete a Stuart Mill⁵⁴³ e à questão da capacidade das formas de representação. Para Mill, a assembléia constitui uma miniatura do eleitorado e toda assembléia representativa é capaz de medir as tendências dele. Tal abordagem levou a concepção hegemônica de democracia a centrar-se no papel dos sistemas eleitorais na representação do eleitorado, ligando-o exclusivamente ao problema das escalas. A representação, porém, envolve pelo menos três dimensões – a da autorização, a da identidade e a da prestação de contas (esta última introduzida muito recentemente no debate político). Ainda que a autorização via representação facilite o exercício da democracia em escala ampliada, como aduz

⁵⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Op. cit. p. 48.

⁵⁴² DAHL, Robert A. Ibidem, p. 125.

⁵⁴³ Sobre John Stuart Mill, ver: MILL, John Stuart. **Princípios de economia política, com algumas de suas aplicações à filosofia social** (1848). São Paulo: Nova Cultural, 1996, 2 v; _____. **Sobre a liberdade** (1859). 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991; _____. **Considerações sobre o governo representativo** (1861). Brasília: UnB, 1981, 184 p.; _____. **Utilitarismo** (1863). Coimbra: Atlântida, 1961.

Dahl, também é verdade que ela dificulta a solução de duas outras questões: a da prestação de contas e a da representação de múltiplas identidades. Nessa perspectiva, a representação não garante, pelo método de decisão por maioria, que identidades minoritárias possam ter expressão adequada no parlamento; ou ainda, ao diluir a prestação de contas em um processo de reapresentação do representante no interior de um bloco de questões, também dificulta o processo de prestação de contas e a constatação de estar reaberto o debate democrático, frente a um conjunto de questões não resolvidas.⁵⁴⁴

Apesar das vantagens do sistema representativo, Dahl aponta um lado sombrio desse tipo de governo – a negociação entre as elites. É que num governo representativo muitas vezes os cidadãos delegam imensa autoridade arbitrária para decisões de importância extraordinária. Essa delegação, entretanto, não se dá apenas aos representantes eleitos, mas percorre um trajeto ainda mais indireto e tortuoso, alcançando administradores, burocratas, funcionários públicos, magistrados e, em grau ainda maior, as organizações internacionais.⁵⁴⁵

Relativamente aos valores da democracia, a doutrina sustenta que ela se assenta sobre três princípios fundamentais: *o princípio da maioria*, *o princípio da igualdade* e *o princípio da liberdade*. Maioria, no entanto, no dizer de Afonso da Silva, não é princípio, é uma simples técnica de que se serve a democracia para a tomada de decisões governamentais no interesse geral, não da maioria que é contingente. O que é permanente é o interesse geral de acordo com o momento histórico. Assim, essa técnica da maioria é usada, na democracia representativa, para a designação dos agentes governamentais. Por não ser princípio e sim técnica, pode ser substituída por outra mais adequada, como na hipótese da representação proporcional,

⁵⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. *Ibidem*, p. 48, 49 e 50.

⁵⁴⁵ DAHL, Robert A. *Ibidem*, p. 128. Consoante o autor, a negociação da elite ocorre dentro dos limites impostos pelas instituições e pelos processos democráticos. “Em geral, são limites amplos, a participação e o controle popular nem sempre são vigorosos, e as elites políticas e burocráticas possuem enorme discernimento. Apesar dos limites para o controle popular, as elites políticas nos países democráticos não são déspotas sem controle. Longe disso. As eleições periódicas obrigam-nos a manter um olho na opinião do povo. Além do mais, quando chegam as decisões, as elites políticas e burocráticas são influenciadas e refreadas umas pelas outras. A negociação das elites tem seus próprios pesos e contrapesos. Os representantes eleitos participam da negociação até o ponto em que são um canal através do qual os desejos, os objetivos e os valores populares entram nas decisões governamentais. As elites políticas e burocráticas nos países democráticos são poderosas, bem mais poderosas do que podem ser os cidadãos comuns – mas elas não são déspotas” (p. 128-129).

que ampliou a participação do povo, por seus representantes, no poder. Ainda assim, nos regimes democráticos contemporâneos essa técnica é amplamente empregada. Um exame mais atento dessa realidade, no entanto, revela que essa maioria, representada nos órgãos governamentais, retrata muito mais uma minoria dominante do que a maioria do povo. Esta situação é perceptível principalmente no processo de formação das leis – importante aspecto do regime político –, onde as estruturas sociais se dividem em classes de interesses divergentes, sem que se possa aferir o que seja o interesse geral. As leis, nesse caso, exercem um papel de arbitragem, nem sempre democrático, porquanto acaba por prevalecer o interesse da classe dominante.⁵⁴⁶

E acrescenta Afonso da Silva:

A verdade, que se chega através da lei, é apenas formal, como na sentença judicial, pois que a lei jurídica nem sempre corresponde ao direito sócio-cultural, nem sempre interpreta a realidade social segundo um princípio de justiça. Várias vezes, o Direito legislado representa tão-só um compromisso entre os interesses em choque.

O regime representativo, no Estado burguês [...] procura resolver o conflito de interesses sociais por decisões da maioria parlamentar. Maioria que nem sempre exprime a representação da maioria do povo, porque o sistema eleitoral opõe grandes obstáculos a parcela ponderável da população, quanto ao direito de voto, para a composição das Câmaras Legislativas. Daí decorre que a legislação nem sempre reflete aquilo a que a maioria do povo aspira, mas, ao contrário, em grande parte, busca sustentar os interesses da classe que domina o poder e que, às vezes, está em contraste com os interesses gerais da Nação. As classes dirigentes, embora constituindo concretamente uma minoria, conseguem, pelo sistema eleitoral, impedir a representação, nos Parlamentos, da maioria do povo, razão por que, fazendo a maioria parlamentar, obtêm uma legislação favorável.⁵⁴⁷

No entanto, a democracia, em sua essência conceitual, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários:

- a) o da *soberania popular*, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, expresso na regra de que *todo poder emana do povo*; e
- b) a *participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja efetivamente expressão da *vontade popular*.

Na hipótese em que a participação se dá indiretamente, decorre um princípio derivado

⁵⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 129-130.

⁵⁴⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 130-131.

ou secundário: o da *representação*. As técnicas utilizadas para concretizar esses princípios têm variado e certamente tenderão a se modificar com a evolução do processo histórico. De momento, prevalecem as técnicas eleitorais com suas instituições e o sistema de partidos políticos, como instrumentos de expressão da vontade popular.⁵⁴⁸

É importante registrar que Comparato, ao tratar do soberano, governante e administrador e a dificuldade de partilhar as competências, salienta, com base no pensamento Aristotélico, que a conhecida fórmula de Lincoln de definição de democracia é falsa, ao pressuposto de que soberania não se confunde com governo. Afiança que o grande defeito da democracia antiga foi justamente o estabelecimento dessa confusão na prática. Na democracia moderna, por outro lado, a grande falsidade reside em atribuir ao povo uma soberania puramente retórica ou ornamental.⁵⁴⁹

Igualdade e liberdade, por outro lado, não são princípios, mas valores democráticos, já que a democracia constitui instrumento de sua efetivação no plano prático. A igualdade, ademais, é valor fundante da democracia, não a igualdade meramente formal, situada no plano jurídico, mas a substancial, aquela que estende seu alcance às demais dimensões da vida social, cultural e econômica. É valor fundante porque sem sua concretização os demais não se verificarão. Nesse viés, a democracia é o regime de garantia geral para a efetivação dos direitos fundamentais do homem, assim como os direitos econômicos e sociais, indispensáveis à concretização dos direitos individuais.⁵⁵⁰

De toda sorte, a insuficiência da democracia em realizar esses valores

⁵⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 131.

⁵⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. “Repensar a democracia”. Op. cit. p. 193. Salienta o autor que no pensamento político grego, certamente como reação aos desvios da democracia ateniense, “fez-se a necessária distinção entre *kyria* e *arkhê*. Aristóteles, por exemplo, salienta que os diferentes regimes políticos distinguem-se entre si pela identidade daquele ou daqueles que são *kyrioi* na *polis*; isto é, detêm o poder supremo. Há, assim, diz ele, logicamente, três regimes políticos ou *politeiai*, conforme o poder supremo pertença, a um só, a alguns poucos cidadãos, ou ao conjunto deles. Toda *politeia* bem organizada, salienta o filósofo, deve saber regular harmonicamente três questões fundamentais: 1) a quem incumbe deliberar sobre o bem comum; 2) a questão dos governantes ou magistrados, ou seja, ‘quem pode exercer esse ofício e qual a sua competência’; 3) finalmente, a questão do poder judiciário. Há aí, como se vê, uma nítida distinção entre a esfera da soberania ou poder supremo e a do poder propriamente governamental” (p. 193).

⁵⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 131-132.

concretamente não retira sua validade, pois ela é um conceito histórico, tanto quanto os valores que busca garantir, e que nem sempre logra efetivar pacificamente. Por ser um regime de governo do povo, pelo povo e para o povo, somente se afirma pela luta sem trégua, no embate contínuo, até mesmo pela via revolucionária.⁵⁵¹

Wollheim,⁵⁵² ao observar que grande parte da crítica formulada contra as instituições representativas é muito exagerada por assimilar os abusos do sistema, lembra que tais censuras proporcionam quatro lembretes profícuos sobre as formas pelas quais o sistema pode deteriorar-se:

a) A sociedade sofrer de tal apatia ou ser sobrepujada por tal histeria que o voto majoritário não reflita as idéias e aspirações da maioria social. Como solução para a apatia, sinaliza o autor que certos países optaram pelo voto compulsório (Austrália, Bélgica, Suíça, etc.).⁵⁵³ Apesar dos argumentos favoráveis a essa medida, muitos dos quais suscitados nos debates do parlamento austríaco em 1924, a proposta tem sido considerada não-democrática. Quanto à histeria de massa, sugere, ironicamente, que ainda “não foi proposta qualquer salvaguarda constitucional plausível”.

b) A sociedade ser plenamente razoável e equilibrada em seus hábitos eleitorais, e ainda assim, por problema procedimental técnico-eleitoral, seja impossível produzir uma decisão que reflita com propriedade as aspirações da maioria. Refere o autor que o único sistema absolutamente garantido, ainda que não prático, é aquele em que o eleitor vota uma por uma cada alternativa proposta. Nesse caso, a representação proporcional, recomendada com freqüência, simplesmente se limita a transferir as dificuldades do estágio eleitoral para o plano legislativo.

c) A sociedade sabe o que deseja, expressa inquestionavelmente sua vontade no procedimento eleitoral, mas a maioria estabelecida aplica sua orientação política desprezando frontalmente as aspirações, interesses ou direitos da minoria. Menciona Wollheim que os temores da “tirania da maioria” foram objeto de invariável

⁵⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 132.

⁵⁵² WOLLHEIM, Richard. *Ibidem*, p. 103-104.

⁵⁵³ Embora não referido, também o Brasil adota o alistamento e o voto obrigatórios para os maiores de 18 anos e facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Ver, a propósito, o art. 14, § 1º, incisos I e II, da Constituição Federal.

debate, justamente na grande era do pensamento democrático. No século XX, havido como a grande era da prática democrática, tais temores em grande parte não se concretizaram, muito embora, de forma significativa, onde aconteceu o fato deu-se numa escala imensamente superior ao que se pressupunha. Assinala o autor, porém, que o problema em questão é mais sociológico do que político, advertindo que o condicionamento social talvez seja um remédio mais adequado do que um sistema de freios e contrapesos constitucionais. E, por último,

d) A maioria sabe o que pretende, manifesta sua vontade por mecanismos eleitorais, e a maioria constituída, ao invés de tiranizar a minoria, deixa-a governar. Nessa hipótese, o poder pode cair nas mãos de uma minoria dentro da maioria. Adverte o autor que alguns pensadores argumentam que qualquer estrutura de governo de maioria fatalmente recairá no controle efetivo de uma minoria – o que soa exagerado. Ressalta que desde o final do século passado maior atenção tem sido dispensada “às tendências oligárquicas implícitas no mecanismo democrático, especialmente as que resultam da organização partidária e da formação dos programas”.

Conforme Wollheim, a lição mais importante contida nessas objeções é a de que a democracia não pode ser autogarantida. Está exposta a riscos, “em primeiro lugar oriundos do mecanismo imaginado para implementá-la, e em segundo lugar, oriundos dos demais elementos da sociedade. Tem sido chamada, justificadamente, ‘um risco calculado’”.⁵⁵⁴

Um problema certamente importante nessa discussão diz respeito à própria crise do Estado contemporâneo, a projetar incertezas sobre seu futuro, com reflexos diretos sobre o sistema de governo democrático representativo.

O Estado, para as diferentes nações, de acordo com Guéhenno, deixou de ser a manifestação laica de uma ordem que dá a ele sentido e verdade. Tornou-se, ao contrário, uma combinação precária e modificável de serviços que possibilita às comunidades humanas, elas próprias mutantes, administrar eficientemente seu destino. Assim, indaga: o que sobrou então do Estado? E responde: muitos países já estariam

⁵⁵⁴ WOLLHEIM, Richard. *Ibidem*, p. 104.

deixando de manter a ficção de unidade de representação moral do Estado, delegando suas funções para inúmeras agências executivas, cujas atuações são cada vez menos atreladas ao orçamento único e mais submetidas ao controle direto, fundado na administração com transparência.⁵⁵⁵ Finaliza com inteira pertinência ao tema em foco:

O Estado não é mais o mediador comprometido entre o “interesse geral” e as administrações particulares. Torna-se uma soma de agências especializadas gerindo mais os interesses públicos do que um hipotético interesse geral. Sua legitimidade passa a depender menos da fidelidade à vontade geral popular do que de sua capacidade de mobilizar de forma útil os saberes especializados. Sua unidade não repousa nem na tirania tecnocrática do saber centralizado, que imporia a todos sua lei, nem na vontade geral de uma comunidade política – cuja evidência seria imposta a todos. O Estado não é mais o ponto de passagem obrigatório entre o particular e o geral, entre o interesse público e o particular. Sua permanência também está sendo repensada, à medida que se modificam as fronteiras entre atores públicos e atores privados, e que os atores privados se tornam portadores e gestores dos interesses públicos. A política se privatiza, e as atividades privadas adquirem um significado político. Em meio à desintermediação política, o Estado não é mais o ponto central em torno do qual se organiza a comunidade política. Ainda é um ator importante, mas deve, a cada dia, humildemente, justificar sua utilidade junto dos outros atores que lhe fazem concorrência.⁵⁵⁶

A absorção completa dos interesses privados pela esfera pública, segundo Guéhenno, traria em si própria a destruição da liberdade. Nesse sentido, as ditaduras comunistas deram uma forma política a essa destruição. O mercado triunfante, de maneira mais sutil, poderia lograr o mesmo resultado através “da tirania coletiva do conformismo utilitarista e de uma nova ordem moral”. Nesse caso, a liberdade seria construída entre o cinismo dos que acreditam poder dispensar a ambição da verdade, privando-se do terreno comum sem o qual não pode existir democracia, e a arrogância dos que crêem ter descoberto a verdade e mergulham no totalitarismo.⁵⁵⁷

Ser democrata hoje, pondera Guéhenno, é persuadir-se de que uma comunidade humana é sempre tanto resultado de contingências históricas quanto o produto de uma decisão política na qual a razão tem de se expressar. Descobrir o justo equilíbrio entre a memória e o contrato, a comunidade de herança e a comunidade de

⁵⁵⁵ GUÉHENNO, Jean-Marie. *Ibidem*, p. 54.

⁵⁵⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 54-55.

⁵⁵⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 190.

escolha e entre as contingências da História e as exigências da razão é possivelmente o problema mais difícil e importante para a vitalidade de nossas democracias, porque “introduz no interior de nosso mundo funcional uma interrogação, que é a condição de nossa liberdade”.⁵⁵⁸

O modelo de democracia *dos modernos*, como alternativa possível em uma sociedade que se complexificou, encontra-se numa verdadeira encruzilhada, na leitura de Bolzan de Moraes, seja pelo câmbio dos modelos/sistemas produtivos, seja pela destruição dos espaços tradicionais de decisão coletiva e coercitiva, tornando-se um instrumento incapaz de oferecer respostas adequadas a todos os anseios, pretensões e intenções sociais.⁵⁵⁹

Várias são as circunstâncias que afetam e que são responsáveis por essa crise de fazer política, e portanto de decidir, segundo Moraes. Em primeiro plano, o número crescente de pessoas que conquistaram a inclusão no jogo político – cidadania ativa, densidade subjetiva –, fato que inviabilizou a tomada de decisão por todos os interessados através das *assembléias de cidadãos*, ou outro modo de participação coletiva direta. Em segundo plano, as dificuldades técnicas do tipo e do conteúdo dos temas discutidos – densidade qualitativa –, fato que tornou a política freqüentemente refém das “práticas mercadológicas, das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas”, a exigir um conhecimento técnico-profissional dominado por uma racionalidade instrumental, dificultando/inviabilizando a empreitada política como “jogo dialético/dialógico de pretensões”. Por último, o tamanho de assuntos por decidir – densidade quantitativa –, fato que implicou em “uma atividade *full time* e profissional da política que exclui o cidadão” do debate político. Este se encontra ocupado demais em prover o seu cotidiano. Na mesma medida essa circunstância afasta o político do debate público dos temas a que é chamado a decidir, “marcado que está por uma postura burocrático-

⁵⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 190-191.

⁵⁵⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan. “Crise do Estado e da democracia. Onde está o povo”. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Política**: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, 116.

profissional contraditória com a forma e o conteúdo da política”.⁵⁶⁰

Além disso, é preciso que se reflita acerca dos limites postos pelo rearranjo econômico promovido pela transformação das fórmulas produtivas do capitalismo contemporâneo, sobretudo quando se tem pela frente a mudança radical dos sistemas produtivos, diante da(s) revolução(ões) tecnológica(s), ou, mais gravemente, da sua transformação em um sistema baseado em fórmulas financeiras – capitalismo financeiro – e não, mais, produtivas.

Esse contexto de insuficiências e incapacidades do modelo conduz a tentativa de esvaziá-lo como lugar/estratégia adequado/adequada ao jogo da política, a tentativas de fantochizá-lo – tornando-o apenas um estereótipo formal, pela ausência de alternativas reais de escolha e pela supressão da incerteza como seu elemento caracterizador –, a tentativas de transformá-lo, incorporando instrumentos de participação popular direta no seu interior ou reconstruindo-o com a transformação de seu caráter intrínseco.⁵⁶¹

Em vista dos níveis de debilitação do espaço público da política e da sua economização, em nível global, Morais visualiza a tendência de desaparecimento de alternativas reais de eleição dos representantes.

Diante dos quadros de enfraquecimento do espaço público da política e da sua economização, em um contexto de jogo econômico global inserto em um capitalismo financeiro, marcado, ainda, por uma *reflexidade* normativa, constata-se, ao menos tendencialmente, o desaparecimento de tais alternativas reais de escolha, posto que se tem estabelecido um estereótipo de desdiferenciação de propostas, de desidentificação de candidaturas, de homogeneidade, de mercantilização da política e de *marquetização* das candidaturas – onde propostas e candidaturas são apresentadas, conduzindo o cidadão-eleitor a um processo de apatia, de desinteresse ou, o que é pior, de menosprezo pela política diante da percepção – construída heteronomamente – da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes – as eleições – ou de sua participação no jogo eleitoral, posto que o jogo já está feito, as alternativas inexistentes e os resultados previamente determinados.⁵⁶²

De todo modo, a assunção da democracia como incerteza não significa um prognóstico de sua finitude. Representa sim uma possibilidade de transformação sistemática das significações políticas que passa ineludivelmente por um projeto alicerçado em estratégias decisórias que contemplem a efetiva participação de todos, pela forma direta, participada ou representativa.

⁵⁶⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ibidem*, p. 116.

⁵⁶¹ *Idem*, *ibidem*, p. 116- 117.

⁵⁶² *Idem*, *ibidem*, p. 118.

Na leitura de Leford, esta democracia apreendida como incerteza inaugura a experiência de uma sociedade inapreensível, indomesticável, na qual o povo dito soberano não cessará de questionar sua identidade, que permanecerá latente⁵⁶³ e que necessita ser sentida, na ótica de Warat⁵⁶⁴, como uma invenção constante do novo, como uma condição que comanda nossos processos de autonomia, abrindo-os à imprevisibilidade de suas significações.⁵⁶⁵

Numa visão sistêmica⁵⁶⁶, a democracia, para Celso Fernandes

⁵⁶³ LEFORT, Claude. A Invenção Democrática. Op. cit. p. 118.

⁵⁶⁴ Ver: WARAT, Luiz Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, 200 p.; _____. **Manifesto do Surrealismo Jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

⁵⁶⁵ MORAIS, José Luiz Bolzan. Ibidem, p. 123-124. Para o autor, a estabilidade jurídica, “campo de estabelecimento de normas conviviais, não pode significar o aprisionamento, o congelamento, de uma vez por todas, de seu conteúdo. Não pode significar o fim da democracia. Alteração, mudança, renovação constantes não significam caos. Ao contrário, conduzem ao engajamento, à identificação, mas nunca a uniformização e, suas regras (normas) devem ter a estabilidade inerente à continuidade democrática, que se liga à elaboração de ‘hipóteses sobre o aproveitamento da desordem, entretanto na lógica da conflitualidade’, promovendo ‘... uma cultura da readaptação contínua, nutrida da utopia’” (p.124). Ver, quanto à citação inserida no texto: ECO, Umberto. **Viagem na Irrealidade Cotidiana**. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987, p. 99.

⁵⁶⁶ *A teoria sistêmica* de Niklas Luhmann (1927-1998), segundo Leonel Severo Rocha, procura explicar a sociedade como sistema social. “É importante nessa matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possível distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social. Isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas, como o direito, a economia, a religião, etc., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente. Existem então dois problemas principais que a sociedade se coloca: a complexidade e a dupla contingência.

“A sociedade como sistema social, por outro lado, segundo esta teoria, “é possível graças à *comunicação*. Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas. Isto torna possível a evolução social, porém decisiva é neste sentido a *diferenciação*. Toda teoria dos sistemas se caracteriza por manter determinado tipo de relações com o meio ambiente. A teoria da diferenciação afirma que somente os sistemas são dotados de sentido, sendo que o ambiente é apenas uma complexidade bruta, que ao ser reduzida já faz parte de um sistema. É o sistema a partir da dinâmica da diferenciação que constrói o sentido. Trata-se do princípio da diferenciação funcional dos sistemas sociais da sociedade moderna. Por tudo isto, a sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo, que não cessa de produzi-las. Isto gera um *paradoxo* na comunicação. Nesta ordem de raciocínio, para Luhmann, a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade centrada na complexidade, baseada em postulados tais como os riscos e os paradoxos. Um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente, *operativamente fechado* para manter a sua unidade e *cognitivamente aberto* para poder observar a sua diferença constitutiva. Portanto, a sociedade possui como elemento principal a comunicação: a capacidade de repetir as suas operações diferenciando-as de suas observações” (ROCHA, Leonel Severo. LUHMANN, Niklas, 1927-1998. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 550-553).

Aspecto importante, na teoria dos sistemas, diz respeito à tomada de decisões, e nesse tocante, numa perspectiva política. Segundo tal teoria, a tomada de decisões produz tempo dentro da sociedade: “Não é o consenso que produz o sentido das decisões, mas a diferenciação. As organizações são estruturas burocráticas encarregadas de tomar decisões coletivas a partir da programação e código dos sistemas.

Campilongo, é o pressuposto para a manutenção da complexidade, “visto que continuamente reproduz as possibilidades de escolha, garante a irreversibilidade das decisões e está sempre aberta à renovação dos temas”. Nesse viés, à democracia compete elaborar a complexidade do sistema político. Esta complexidade, de seu turno, é produzida pela indeterminação própria dos sistemas sociais diferenciados⁵⁶⁷ –, característica acentuada do mundo contemporâneo, especialmente nos países periféricos, de baixa densidade democrática e graves problemas sociais, na perspectiva de uma cidadania inclusiva.

Governar a complexidade, para Campilongo, significa selecionar e escolher entre alternativas. Essa escolha, no entanto, produz desapontamentos, pois quanto maior o número de opções, maior o quantitativo de proposições discriminadas na decisão. Isso também significa que quanto mais ampla a democratização do sistema político, igualmente maiores são as possibilidades negadas. A governabilidade democrática importa, em última instância, por isso mesmo, “em capacidade de tomada de decisões coletivamente vinculantes, num contexto de múltiplas alternativas”. Nessa lógica, quanto mais racional for o governo democrático, “maior o exame e o rechaço de outras possibilidades”. E as dificuldades de governabilidade sentidas na democracia decorrem da “contínua justaposição de possibilidades decisórias”. Assim, a racionalidade e o humanismo da democracia atuam na constante tematização política do ambiente e “na sua capacidade estrutural – vale dizer, interna ao sistema

Os sistemas adquirem a sua identidade numa permanente diferenciação com o ambiente e os outros sistemas, graças às decisões das organizações. O Poder Judiciário pode ser visto como uma organização voltada à consecução das decisões do sistema do Direito. A produção do diferente em cada processo de tomada de decisões gera o tempo. Quando a diferenciação ocorre numa metaobservação do sistema surgem paradoxos que constituem a efetiva matriz da história” (ROCHA, Leonel Severo. LUHMANN, Niklas, 1927-1998. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Op. cit., p. 550-553). Da obra de Luhmann, ver: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. 202 p.; _____. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Iberoamericana, 2002; _____. **Soziale Systeme**. Frankfurt: Suhrkamp, 1984; _____. **Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general**. México: Anthropos; Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá; CEJA, 1998; _____. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; _____. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983; _____. De GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 1995.

⁵⁶⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 73; De GIORGI, Raffaele. Problemi della governabilità democratica. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Diritto, democrazia e globalizzazione**. Lecce: Pensa, 2000, p. 141-142.

político – de abrir e alargar o espaço possível”.⁵⁶⁸

Para compreender esse universo das decisões onde gravitam o centro (Estado) e o ambiente (periferia do sistema político) na democracia e que também explicita sua crise – na medida em que governar a complexidade impõe escolhas racionais permanentes, nem sempre respeitadas na observância dos interesses sociais e na definição do bem comum –, destaca-se:

A diferença entre sistema e ambiente envolve um desnível de complexidade. O ambiente é sempre muito mais complexo e rico de possibilidades do que o sistema. Se a democracia é entendida como ‘incremento das possibilidades de escolha’ (De Giorgi), isto é, aumento da complexidade, a questão é saber qual a capacidade do sistema político e, particularmente, no plano do território dos Estados, instaura-se a diferença entre centro e periferia. O centro é representado pelo Estado. Trata-se de um centro de diferenciação organizativa e não de um centro condutor do sistema político. As decisões coletivamente vinculantes são tomadas nesse centro. Mas o sistema político não é composto apenas pelo Estado e nem exclusivamente pelas decisões coletivas. Na periferia do sistema político estão situadas inúmeras organizações políticas que atuam num grau de complexidade mais elevado do que no centro. As decisões são tomadas no centro do sistema político. Mas são as organizações da periferia que preparam e encaminham as decisões. O centro do sistema político desempenha uma função de orientação e subordinação (superior/inferior; governante/governado, governo/oposição) das relações e elementos do sistema. A periferia, ao contrário, é diferenciada por segmentos não coordenados.⁵⁶⁹

Por outro lado, a periferia também reproduz desníveis de complexidade e tensões permanentes pela maior ou menor frustração ocorrida no processo decisional, como se verifica:

Pode-se dizer que a democracia do sistema político também possui desníveis de complexidade: na periferia a tematização política das pretensões é mais intensa e o incremento das possibilidades de escolhas mais veloz; no centro estão os mecanismos seletivos e de autocontrole dessas pretensões. A complexidade do sistema político é assimétrica. As pretensões da periferia do sistema são sempre superiores ao âmbito de possibilidades internas de governo do sistema político. O fechamento do sistema político, sua reprodução auto-referencial e sua conseqüente capacidade de controlar o ambiente por meio do controle de si próprio dependem da manutenção dessa assimétrica complexidade interna entre centro e periferia.⁵⁷⁰

A preocupação sistêmica com a política está focada fundamentalmente

⁵⁶⁸ CAMPILONGO, Celso F. Op.cit., p. 73.

⁵⁶⁹ Idem, ibidem, p. 74.

⁵⁷⁰ Idem, ibidem, p. 74.

na identificação das operações que resgatem a capacidade decisória do sistema político. Assumindo o Estado um papel organizativo central, ao decidir produz instabilidades. Em razão disso, deve responder constantemente “a demandas e problemas que ele próprio cria e compensar os efeitos gerados por sua incompetência”.⁵⁷¹ Nesta ótica, conclui Campilongo:

Assim, a função do Estado é implementar decisões coletivamente vinculantes. A dificuldade decorre da inadequação dos meios disponíveis ao Estado para a ativação de suas decisões. Especialmente os Estados expansivos não reconhecem os limites impostos por códigos externos ao sistema político. O direito, sob a forma de programas condicionais (regras e procedimentos), e a economia, sob a forma de dinheiro, operam com códigos, técnicas e âmbitos decisórios muito diversos daqueles do sistema político. A política atua com a lógica da inclusão generalizada. O direito e a economia não podem adotar a mesma estratégia. Desconhecendo ou não conferindo a devida importância a seus limites estruturais, isto é, incapaz de se auto-observar, o sistema político perde o controle sobre suas operações e passa a pedir e oferecer aos demais subsistemas prestações impossíveis de serem satisfeitas. Inúmeros problemas de politização do Judiciário e de juridificação da política [...] podem ser explicados e têm origem exatamente nesse contexto.⁵⁷²

Evidentemente, não se pretende fazer restrição à politização da magistratura ou do Judiciário, ou ainda ao fenômeno da judicialização da política, temas recorrentes da sociologia e da teoria política, que serão objeto de estudo no terceiro capítulo.

Sobre o assunto, aliás, adverte Campilongo que só quando o direito procura limitar a política e a política determinar o direito é que a “politização da justiça” e a “judicialização da política” tornam-se problemas relevantes. Lembra que, sem que se saiba a função específica de um e outro sistema, não há sentido em fazer as conexões e as sobreposições.⁵⁷³

É justamente sobre esse universo político e jurídico da cidadania inclusiva e da democracia participativa que se aterá a pesquisa, trazendo aporte científico para ampliar e corrigir o que se poderia denominar de déficit de democracia na periferia, numa visão sistêmica, ou ainda, redescobrimo esse modelo de Estado Social dos direitos fundamentais, a que alude Bonavides, ou mesmo democratizando a

⁵⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 74.

⁵⁷² Idem, *ibidem*, p. 74-75.

⁵⁷³ Idem, *ibidem*, p. 25.

democracia, como chancela Boaventura Santos.

3.6 A democracia participativa como fundamento de cidadania inclusiva

Frente ao que já foi exposto, acerca do que se denomina de crise da democracia representativa, ou ainda, o que se poderia cognominar de déficit de democracia, Matos levanta algumas questões importantes no estudo do assunto, quando aponta para o que ele denomina de paradoxos da democracia, cujos termos de certo modo se ajustam a uma visão sistêmica da política. Segundo ele, a busca por mais democracia, especialmente a ampliação da participação, acaba por produzir efeitos aparentemente absurdos, como a própria diminuição da democracia. Por isso, argumenta:

(a) quanto maior o número de cidadãos, menor a qualidade da cidadania, ou seja, ao mesmo tempo em que se busca ampliar a quantidade dos incluídos, ocorre a tendência de diminuir a efetiva participação de cada um (isto é, ao ampliar o número dos que gozam do direito de participar, inevitavelmente a qualidade da participação diminui); (b) quanto maior a participação, maiores as chances para o dissenso e, portanto, maiores as chances de ingovernabilidade; (c) quanto maior a participação, maior a burocracia se faz necessária para viabilizar a participação em grande escala e para executar as deliberações, e em sentido inverso, quanto maior a burocracia, menor a democracia (e ainda, ao lado do crescimento burocrático em face do crescimento da participação, a complexidade dos problemas contemporâneos exige cada vez mais um conhecimento especializado, assim um progressivo aumento da esfera de competência da burocracia além da mera execução das deliberações participativas); (d) a democracia exige ampliação da participação e a participação democrática precisa ser consciente, mas a sociedade de massa não forma o homem consciente, e sim o homem-massa.⁵⁷⁴

O nosso tempo, de todo modo, é uma era de absurdos, de contradições. De avanços sociais, políticos, econômicos, culturais, científicos e tecnológicos, mas contraditoriamente de exclusão, de miséria, de desigualdade social e política, que parece abandonar a parcela mais significativa da humanidade a uma condição de subcidadania.

É essa a leitura de Sousa Santos quando sustenta que, de fato, é um

⁵⁷⁴ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Ibidem*, p. 205-206.

tempo paradoxal. Por um lado, uma quadra de grandes avanços e mudanças dramáticas, “dramaticamente designadas por revolução da informação e da comunicação, revolução eletrônica, revolução da genética e da biotecnologia”. De outro, um período de preocupantes regressões, do retorno de mazelas sociais aparentemente suplantadas ou em vias de o ser: “o regresso da escravatura e trabalho servil, alta vulnerabilidade a doenças antigas que pareciam erradicadas, pelo menos pandêmicas, como HIV/Aids”; desprezíveis desigualdades sociais “que deram o nome à questão social no final do século XIX”; por fim, “o regresso do espectro da guerra, talvez agora mais mundial que nunca e com uma temperatura (quente? fria?), por agora ainda indefinível”.⁵⁷⁵

O paradoxo está em que, se por um lado hoje parecem, mais do que nunca, reunidas as condições técnicas para cumprir as promessas da modernidade ocidental, como a promessa da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da paz, por outro lado, é cada vez mais evidente que tais promessas nunca estiveram tão longe de ser cumpridas como hoje. Essas promessas constituíram o patrimônio matricial do que se chamou emancipação social e as lutas políticas modernas concentraram-se sobre a concepção de tais promessas e sobre os modos de as realizar ou, pelo contrário, de impedir a sua realização. Foi assim que se dividiram os capitalistas e os socialistas, os liberais e os marxistas, os reformistas e os revolucionários, os nacionalistas e os internacionalistas. Por razões diferentes (pelo menos, aparentemente), estas divisões parecem hoje anacrônicas ou incapazes de dar conta das clivagens que atravessam o mundo. A divisão entre capitalistas e socialistas parece ter sido decidida total e irreversivelmente a favor dos capitalistas. Por outro lado, se tivermos em mente que o neoliberalismo não é, ao contrário do que sugere, uma nova forma de liberalismo mas antes uma nova forma de conservadorismo, tanto o liberalismo como o marxismo parecem estar hoje igualmente em crise profunda. E o mesmo se pode dizer da divisão entre reformismo e revolução, pois, se, por um lado, a idéia da revolução social parece ter saído da agenda política, mesmo daqueles que ainda se intitulam revolucionários, por outro lado, o reformismo, ou seja, a idéia de uma melhoria gradual e legal dos padrões de sociabilidade, foi substituído pelos conceitos de governabilidade e de governo. Finalmente, a oposição entre nacionalistas e internacionalistas parece ter deixado de ter sentido numa época que se autodesigna como época da globalização.⁵⁷⁶

Essas mudanças são e transparecem tão intensas que é admissível caracterizar nosso tempo como uma era de problemas modernos, de promessas por

⁵⁷⁵ SANTOS, Boaventura Sousa (org.). Prefácio do Volume 1. (org.). Democratizar a democracia. *Ibidem*, p. 29.

⁵⁷⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 29-30.

cumprir da modernidade, para os quais não se alvitram saídas modernas. É por essa razão que estaria em causa a própria reinvenção da emancipação social.⁵⁷⁷

Nessa senda não há como fugir à crítica do modelo hegemônico de democracia liberal representativa, de baixa intensidade, como já dito, por estabelecer uma distância crescente entre representantes e representados e uma “inclusão política abstrata feita de exclusão social”. Todavia, paralelamente ao modelo hegemônico coexistiram outros como a democracia participativa ou a democracia popular, a despeito de marginalizados ou desconhecidos.⁵⁷⁸

Nesse cenário, mais recentemente tem ganhado expressão a democracia participativa, ao adotar uma nova dinâmica política, protagonizada, sobretudo, “por comunidades e grupos sociais subalternos em luta contra a exclusão social e a trivialização da cidadania, mobilizados pela aspiração de contratos sociais mais inclusivos e democracia de mais alta intensidade”. Trata-se, segundo Boaventura Santos, de iniciativas locais, em contextos rurais ou urbanos, em diversas regiões do planeta, ensejando, ainda que de forma embrionária, a formação de “redes transnacionais de democracia participativa” e o desenvolvimento de vínculos de interconhecimento e de interação com iniciativas paralelas.⁵⁷⁹

O problema da democracia nas concepções não hegemônicas – como a democracia participativa –, para Boaventura Santos, está intimamente ligado à consideração de que “a democracia não constitui um mero acidente ou uma simples obra de engenharia institucional”. Constitui, na verdade, uma nova gramática da história, mesmo porque, sendo uma forma sócio-histórica, não é determinada por qualquer tipo de lei natural.⁵⁸⁰

A democracia, por isso mesmo, implica ruptura com tradições estabelecidas. Daí o impulso de formular novas determinações, novas normas e leis, e não apenas a indeterminação de ignorar quem será o novo ocupante de uma posição de poder. E aduz Boaventura Santos, desta feita abrindo espaço para a visão

⁵⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 30.

⁵⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 32.

⁵⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 32.

⁵⁸⁰ SANTOS, Boaventura Sousa; AVRITZER, Leonardo. *Ibidem*, p. 51.

procedimentalista e reintroduzindo a dimensão social na discussão desse modelo de pensamento político contra-hegemônico, que tem em Habermas o seu maior expoente:

Pensar a democracia como ruptura na trajetória de uma sociedade implica em abordar os elementos culturais dessa mesma sociedade. Mais uma vez, abre-se aqui o espaço para discutir o procedimentalismo e suas dimensões societárias. No interior das teorias contra-hegemônicas, Jürgen Habermas foi o autor que abriu o espaço para que o procedimentalismo passasse a ser pensado como prática social e não como método de constituição de governos. Habermas ampliou o procedimentalismo, reintroduzindo a dimensão social originalmente ressaltada por Kelsen⁵⁸¹, ao propor dois elementos no debate democrático contemporâneo: em primeiro lugar, uma condição de publicidade capaz de gerar uma gramática societária. Para Habermas, a esfera pública é um espaço no qual indivíduos – mulheres, negros, trabalhadores, minorias raciais – podem problematizar em público uma condição de desigualdade na esfera privada. As ações em público dos indivíduos permitem-lhes questionar a sua exclusão de arranjos políticos através de um princípio de deliberação societária que Habermas denomina de princípio D: ‘apenas são válidas aquelas normas-ações que contam com o assentimento de todos os indivíduos participantes de um discurso racional’⁵⁸² [...]. Ao postular um princípio de deliberação amplo, Habermas recoloca no interior da discussão democrática um procedimentalismo social e participativo, estabelecendo uma cunha na via que conduziu de Kelsen a Schumpeter⁵⁸³ e Bobbio^{584 585}.

O modelo da democracia moderna de representação, para Morais, passa por transformações experimentais de dois níveis. No primeiro, adota internamente mecanismos de intervenção decisória direta, conjugando a fórmulas de democracia direta com a representação política, tais como o *referendum*⁵⁸⁶, o plebiscito⁵⁸⁷ e a

⁵⁸¹ Ver: KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵⁸² Ver: HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Cambridge: MIT Press, 1995.

⁵⁸³ Ver: SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. Do original: **Capitalism, socialism, and democracy**. Nova Iork; London: Harper & brothers, 1942.

⁵⁸⁴ Ver: BOBBIO, Norberto. **Marxismo e Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

⁵⁸⁵ SANTOS, Boaventura Sousa; AVRITZER, Leonardo. *Ibidem*, p. 51-52. Esclarece Boaventura Santos que de acordo, com a concepção de Habermas, “o procedimentalismo tem origem na pluralidade das formas de vida existentes nas sociedades contemporâneas. Para ser plural, a política tem de contar com o assentimento desses atores em processos racionais de discussão e deliberação”. (p. 52-53). Contrapondo Bobbio, conclui Boaventura: “Portanto, o procedimentalismo democrático não pode ser, como supõe Bobbio, um método de autorização de governos. Ele tem de ser, como nos mostra Joshua Cohen, uma forma de exercício coletivo de poder político cuja base seja uma um processo livre de apresentação de razões entre iguais [...]. Desse modo, a recuperação de um discurso argumentativo [...] associado ao fato básico do pluralismo e às diferentes experiências é parte da reconexão entre procedimentalismo e participação” (p. 52-53). Ver, a propósito do assunto: COHEN, Joshua. “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”. In: **Deliberative Democracy**. Cambridge: MIT Press, 1997.

⁵⁸⁶ O *Referendum*, segundo Gladio Gemma, “pode ser considerado, em geral, como uma votação popular, que se diferencia do Plebiscito por sua maior regularidade e, portanto, por ser objeto de

iniciativa popular de leis⁵⁸⁸, como sucede na Carta Magna brasileira de 1988,⁵⁸⁹

disciplina constitucional. Enuncia que são vários os tipos de *Referendum* que nos oferece a experiência histórica. “Podemos recordar as classificações mais importantes. Além das distinções referentes à eficácia normativa, em virtude da qual temos o *Referendum* ‘constituente’ (que respeita à aprovação de uma Constituição), o ‘constitucional’ (quando relativo à revisão da Constituição), o ‘legislativo’ ou ‘administrativo’ (se concerne respectivamente às leis ou aos atos administrativos), ou então referentes à eficácia territorial, segundo a qual existem o *Referendum* ‘nacional’ e o ‘local’, há outros aspectos classificatórios. Assim, levando-se em conta a necessidade ou não da intervenção popular, o *Referendum* pode ser facultativo, se essa intervenção puder faltar sem conseqüências para o ato, ou então obrigatório, se o pronunciamento popular for necessário para a sua validade. Sob o aspecto efetivo, o *Referendum* (obrigatório e facultativo) pode ser momento de um processo constitucional, legislativo ou administrativo, ou pode constituir o único ato deliberativo, nele se exaurindo o processo (como quando revoga um ato deliberativo, nele se exaurindo o processo (como quando revoga um ato válido e operante no ordenamento). Há outras classificações, mas estas são as mais significativas.

“O *Referendum* é tido como o principal instrumento de democracia direta, já que, por meio deste instituto, o povo, ou, mais exatamente, o corpo eleitoral, participa, por via consultiva ou deliberativa, do processo decisório. É natural, portanto, que o destino do *Referendum* tenha estado estreitamente ligado às vicissitudes da democracia direta.” (GEMMA, Gladio. “Referendum”. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de Política**. 2. Vol. 13. ed. Brasília: UnB, p. 1074.

Para José Afonso da Silva, o *referendo popular* “que se caracteriza no fato de que os projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências, pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio chefe do executivo, de sorte que o projeto se terá por aprovado apenas se receber votação favorável do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-á rejeitado; está previsto no mesmo art. 14, II, sendo da competência exclusiva do Congresso Nacional autorizá-lo (art. 49, XV), mas a Constituição não estabeleceu as condições de seu exercício; fica livre o Congresso Nacional de autorizá-lo também em matéria constitucional; ele pode mesmo expedir uma lei definindo critérios e requisitos para seu exercício” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Op. cit., p. 142).

⁵⁸⁷ O *plebiscito*, consoante José Afonso da Silva, “é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste no fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre a aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional, já aprovados; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida; alguma vez fala-se em *referendo consultivo* no sentido de plebiscito, o que não é correto. O plebiscito está previsto no art. 14, I, podendo ser utilizado pelo Congresso Nacional nos casos que este decidir seja conveniente, mas já também indicado em casos específicos, para a formação de novos Estados e de novos Municípios (art. 18, §§ 3º e 4º)” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Op. cit., p. 142).

⁵⁸⁸ A *iniciativa popular*, segundo José Afonso da Silva, é um instrumento de democracia participativa “pela qual se admite que o povo apresente projetos de lei ao legislativo, desde que subscritos por número razoável de eleitores, acolhida no art. 14, III, e regulada no art. 61, § 2º; o projeto precisa ser subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional (cerca de 800.000 eleitores), distribuídos pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles; estatui-se também que lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual, enquanto que, em relação aos Municípios, já se dispôs que a sua lei orgânica adotará a iniciativa popular de leis de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado; pena, não ter sido acolhida a iniciativa popular em matéria constitucional” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ibidem, p. 141-142).

⁵⁸⁹ O referendo, assim como o plebiscito e a iniciativa popular, considerados mecanismos de democracia direta, tem previsão constitucional no Brasil, no art. 14 da Carta Magna, com a seguinte redação: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.”

inaugurando um modelo de *democracia semidireta* ou *semi-representativa*.⁵⁹⁰

Em segundo nível, é a efetivação de modelos democráticos alternativos, para fazer face à perda de sentido da democracia representativa, permitindo dar conta desse processo de desconstrução do modelo de Estado da modernidade, calcado na sua configuração clássica (povo, território e poder), e de reconstrução de outras esferas de tomada de decisão. Nesse particular, vale ponderar que há uma cidadania que se rearticula em novos espaços públicos locais, regionais e supranacionais, ou mesmo constitui estruturas coletivas de caráter público, ainda que não vinculados ao Estado.⁵⁹¹

Observa Moraes, pois, que as fórmulas de democracia participativa se apresentam como alternativas possíveis “de rearticulação de espaços públicos que constituam uma fonte de autoridade cuja legitimidade ultrapasse até mesmo os esquemas procedimentais característicos da democracia representativa, escapando, inclusive às insuficiências” que esta enfrenta, particularmente no que se refere à formação da opinião “em sociedades dominadas por sistemas de informação cujo controle público é diminuído ou por fórmulas midiáticas de formação de consensos”.

⁵⁹²

Destarte, refletir a questão democrática contemporaneamente implica introduzir o debate no contexto próprio à sociedade atual. Isso equivale à própria idéia de democracia atrelada à de cidadania, que precisa ser contextualizada. Nesse enfoque, a noção de cidadania é revisitada não só em seus conteúdos, mas especialmente em seus espaços de expressão. Quanto ao conteúdo, é necessário ter em conta que a questão da democracia e da cidadania há muito ultrapassou seu viés político, ingressando em outros setores, como o social, “o gênero, o trabalho, a escola, o consumo, os afetos, as relações jurídicas e jurisdicionais”, embora a maior defasagem talvez se verifique neste último.⁵⁹³

Quanto à extensão – *loci* de exercício –, é preciso saber conjugar e materializar as práticas e conteúdos da cidadania e da democracia no tradicional espaço nacional da modernidade e do Estado-Nação, com o espaço

⁵⁹⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ibidem*, p. 119.

⁵⁹¹ *Idem*, *ibidem*, p. 119.

⁵⁹² *Idem*, *ibidem*, p. 119.

⁵⁹³ *Idem*, *ibidem*, p. 121.

regional/comunitário, produto das aproximações integracionistas/comunitárias, além de expandi-las para o espaço supranacional, seja identificando-o com o espaço das relações privadas, seja com o espaço das relações interestatais, bem como compartilhar do esforço de forjar um espaço local/participativo, onde há uma transformação radical nas fórmulas das práticas cidadãs e democráticas aproximando e autonomizando autor e sujeito das decisões, além de localizá-las em formas novas de organização e de exercício dos interesses sociais.⁵⁹⁴

Diante desse contexto complexo e de procura de materialização para os direitos humanos, pode-se pensar num conceito ampliado de cidadania e de democracia cosmopolita⁵⁹⁵, que ultrapassa a “simples extensão do conjunto de direitos civis, políticos e sociais e suas respectivas garantias para a seara internacional”, por se constituírem em deveres éticos para com os outros “para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais, culturais etc.,” conformando uma instância de atribuição de legitimidade global.⁵⁹⁶

É necessário consignar que a construção da democracia participativa, como adverte Sousa Santos,⁵⁹⁷ não acarreta a destruição da democracia representativa, mesmo porque hodiernamente é impraticável imaginar a supressão do modelo de representação. O que se pretende é alargar os espaços de participação.

O convívio profícuo entre o espaço da representação e o da participação é que se ambiciona idealizar. Construir uma democracia participativa, porém, não significa que toda decisão política deva ser tomada por assembleias populares, transformando a democracia em assembleísmo, mas que se possibilite a composição de momentos democráticos de representação com períodos de participação direta.⁵⁹⁸ Trata-se, assim, de ampliar as possibilidades participativas, estabelecendo relações de coexistência e complementaridade entre a democracia participativa e a

⁵⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 121.

⁵⁹⁵ Sobre democracia cosmopolita, ver: GÓMEZ, Jose Maria. **Política e Democracia em Tempos de Globalização**. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000, p. 90. Segundo Gómez, é necessário construir um projeto de democracia cosmopolita, “sustentado tanto nas garantias institucionais e normativas que assegurem representação e participação de caráter regional e global, quanto em ações deliberativas e em rede que expandam e adensem uma esfera pública sobre as mais variadas questões relevantes (direitos humanos, paz, justiça distributiva, gênero, biosfera, saúde etc.” (p. 138).

⁵⁹⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ibidem*, p. 121-122.

⁵⁹⁷ SANTOS, Boaventura Sousa. *Ibidem*, p. 32.

⁵⁹⁸ DEXHEIMER, Marcus Alexander. *Ibidem*, p. 29.

representativa,⁵⁹⁹ mesmo porque não são formas políticas contrapostas,⁶⁰⁰ uma vez que representar e participar não são atitudes marcadas pelo antagonismo.⁶⁰¹

Ampliar quantitativa e qualitativamente os espaços da participação, para Bonavides, significa aperfeiçoar o próprio instituto da representação. A participação popular é elemento fundamental da democracia participativa, que se expressa por quatro princípios – dignidade da pessoa humana, soberania popular, soberania nacional e unidade da Constituição.⁶⁰²

No exame dos obstáculos à participação, Matos enfatiza que é impossível uma democracia em que todos os participantes se interessem pela atividade política. Ainda que se considere essa perspectiva, aponta um problema prévio, que é o desinteresse pela maioria daqueles que formalmente têm o direito de participar da atividade política. Com fundamento em Dahl, passa a enumerar as causas desse desinteresse político:

(a) O indivíduo se inclina menos a participar da vida política quando atribui um valor reduzido aos prêmios que pode esperar dessa participação, comparativamente aos que resultam de outros tipos de atividade; (b) se pensam que não há diferenças significativas nas alternativas que se apresentam diante delas; (c) se acredita num resultado relativamente satisfatório sem seu envolvimento; (d) se achar que seu conhecimento é muito limitado, o que limita a eficácia da sua ação; (e) quanto maiores os obstáculos que se colocam diante do indivíduo, menor sua inclinação a participar da vida política.⁶⁰³

As condições do participante, ou as dificuldades de satisfazê-las, tornam-se, especialmente na sociedade capitalista, o seu obstáculo, ou em qualquer outro sistema que privilegie a esfera privada, notadamente o ganho e a compensação individual. Como resposta a esses empecilhos para o exercício da atividade política,

⁵⁹⁹ SANTOS, Boaventura Sousa; AVRITZER, Leonardo. *Ibidem*, p. 75.

⁶⁰⁰ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 39.

⁶⁰¹ Ao contrário, já que decidir quem são os representantes é uma forma de participação, embora insuficiente para os anseios de maximização da democracia, interpretada como um processo, cujo projeto pleno de concretização é inalcançável. Sobre o tema, ver: DEXHEIMER, Marcus Alexander. *Ibidem*, p. 32; LISZT, Vieira. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 72.

⁶⁰² BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10.

⁶⁰³ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Ibidem*, p. 207-208.

assim como para qualquer atividade, requer-se do agente, na acepção de Matos:

- a) *preparo* intelectual e cultural;
- b) que a atividade represente *interesse* para o agente;
- c) que disponha de *tempo* livre para se ocupar dos debates e das deliberações;
- d) *esforço* para participar, satisfeitas as condições; e
- e) *organização*, para que o ato seja planejado, racional, pensado.⁶⁰⁴

Apesar das dificuldades notórias da participação política que, como visto, interferem no nível de consciência das pessoas, requerendo condições materiais e culturais do representado, o aporte de novas tecnologias certamente tenderá a facilitar ou estimular um maior nível participativo.

Nesse viés, as novas tecnologias gradativamente vêm possibilitando suplantar os problemas da participação democrática, ainda que mais acentuadamente nos mecanismos de democracia direta. Assim, o uso da internet permite um debate público e isonômico a baixo custo, e a inclusão digital paulatinamente vai possibilitar que todos tenham acesso a esse importante instrumento de informação e de conhecimento, conectando o eleitor no debate político. Do mesmo modo, o acesso ao telefone, ao rádio e à televisão propicia uma crescente abertura de alternativas, diversificando as opiniões e diminuindo o monopólio da informação. A tecnologia, por outro lado, com procedimentos rápidos de votação, fáceis e seguros, permite a votação pelo telefone, pela internet ou através de urnas eletrônicas, com menor esforço e custo. Enfim, as novas tecnologias abrem novos caminhos, suplantando muitos obstáculos operacionais para a prática da democracia.⁶⁰⁵

Na expectativa de construção de uma democracia participativa é fundamental que se estabeleçam plenas condições de expressão de uma cidadania inclusiva. Nesse tocante, ao invocar um princípio de igualdade intrínseca, Dahl considera que o governo, ao tomar decisões, deve atribuir igual peso ao bem e aos interesses de todas as pessoas afetadas por essas decisões. E nesse caso, rejeita qualquer hipótese de tutela por entender que, entre adultos, nenhum indivíduo é mais bem preparado do que outro para governar a ponto de se atribuir autoridade total e

⁶⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 208.

⁶⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 209-210.

decisiva no governo. Deve prevalecer, portanto, a plena inclusão. O corpo dos cidadãos num Estado democraticamente governado deve incluir *todas* as pessoas sujeitas às leis, apenas excetuando as que estiverem de passagem e aquelas comprovadamente incapazes de cuidar de si próprias.⁶⁰⁶

Ao estabelecer os parâmetros do que significa essa *cidadania inclusiva*, Dahl pondera que a nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito às suas leis podem ser negados os direitos disponíveis para os outros, dentre os quais se incluem o direito de votar na escolha de funcionários⁶⁰⁷ em eleições livres e justas⁶⁰⁸; de se candidatar para os cargos eletivos; de ter livre expressão⁶⁰⁹; de formar e participar de organizações políticas autônomas⁶¹⁰; de ter acesso a fontes de informação independentes⁶¹¹; de ter direito a outras liberdades e oportunidades indispensáveis para o bom funcionamento das instituições políticas da democracia em grande escala.⁶¹²

Num balanço dos sistemas políticos vigentes, para o autor, um país que não possua uma ou mais dessas instituições apontadas como expressão de cidadania inclusiva, não está suficientemente democratizado. Sendo assim, o conhecimento das instituições políticas básicas pode ajudar a criar uma estratégia para uma *transição* completa para a democracia representativa moderna. Para um país que apenas recentemente cumpriu essa transição, esse conhecimento, por outro lado, pode auxiliar a informar sobre as instituições decisivas que devem ser *reforçadas, aprofundadas e consolidadas*. Como todas são indispensáveis para a democracia representativa

⁶⁰⁶ DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Ibidem, p. 93-94.

⁶⁰⁷ Dahl emprega a expressão funcionário para caracterizar o governante ou o representante eleito pelo povo, em sufrágio universal e esclarece que “o controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos” (p. 99).

⁶⁰⁸ O autor estabelece a exigência de eleições livres, justas e freqüentes. Assim, “funcionários eleitos são escolhidos em eleições freqüentes e justas em que a coerção é relativamente incomum” (p. 99).

⁶⁰⁹ Sobre a liberdade de expressão, acentua que “os cidadãos tem o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, o governo, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia prevalecente” (p. 99-100).

⁶¹⁰ Acerca da autonomia para as associações, assinala Dahl que, “para obter seus vários direitos, até mesmo os necessários para o funcionamento eficaz das instituições políticas democráticas, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, como também partidos políticos e grupos de interesses” (p. 100).

⁶¹¹ Segundo o autor, de igual sorte, “os cidadãos têm o direito de buscar fontes de informação diversificadas e independentes de outros cidadãos, especialistas, jornais, revistas, livros, telecomunicações e afins” (p. 100).

⁶¹² DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Ibidem, p. 100.

moderna – a democracia poliárquica⁶¹³ –, pode-se vislumbrar que elas estabelecem um *nível mínimo para a democracia*.⁶¹⁴

As democracias mais antigas, de outro vértice, em que a transição já se verificou há algumas gerações e as instituições políticas já estão solidamente sedimentadas, enfrentam hoje dificuldade diferente igualmente complicada, pois tais instituições já não são *suficientes* para atingir plenamente critérios democráticos. Assim, como há necessidade de estratégias para produzir a transição para a democracia em países não-democráticos e para estabilizar as instituições democráticas em países recentemente democratizados, nas democracias mais velhas é necessário “pensar se e como ultrapassar o nível existente de democracia”. Em suma, em muitos países, para Dahl, é necessário alcançar a democratização até o patamar da democracia poliárquica. Contudo, a dificuldade para os cidadãos nas democracias mais longevas residiria em descobrir como poderiam atingir um nível para além da democracia poliárquica.⁶¹⁵

Ademais, a noção de cidadania, aqui denominada de inclusiva, pode ser resgatada pelos juristas e pela Constituição, podendo contribuir decisivamente, na leitura de Ricardo Lobo Torres, para o equilíbrio entre valores e princípios e para a sua concretização na era dos direitos.⁶¹⁶ Sobre esse enfoque, pondera:

⁶¹³ *Poliarquia*, conforme Dahl, deriva de palavras gregas que significam “muitos” e “governo”. Desse modo, “o governo de muitos” distingue-se “do governo de um, a monarquia, e do governo de poucos, a oligarquia ou a aristocracia”. Relata que embora a expressão seja usada raramente, em 1953 ele e um colega a introduziram, “por ser uma boa maneira para usar como referência a uma democracia representativa moderna”. A democracia poliárquica constitui um sistema político dotado das seis instituições democráticas listadas por ele, exigidas por uma democracia em grande escala – (a) funcionários eleitos; (b) eleições livres, justas e freqüentes; (c) liberdade de expressão; (d) fontes de informação diversificadas; (e) autonomia para as associações; e (f) cidadania inclusiva. Nesse horizonte, “a democracia poliárquica é diferente da democracia representativa com sufrágio restrito – como a do século XIX. Também é diferente das democracias e das repúblicas antigas que não apenas tinham sufrágio restrito, mas faltavam-lhes muitas outras características decisivas da democracia poliárquica – por exemplo, os partidos políticos, o direito de formar organizações políticas para influenciar ou fazer oposição ao governo existente, os grupos de interesse organizados, e assim por diante. É também diferente das práticas democráticas em unidades tão pequenas que os membros podem se reunir diretamente e tomar decisões políticas (ou recomendá-las), fazer leis.” E conclui: “Embora muitas vezes outros fatores contribuíssem, as seis instituições políticas da democracia poliárquica apareceram, pelo menos em parte, como reação a exigências de inclusão e participação na vida política. Em países que são hoje chamados *democracias*, existem todas as seis instituições” (DAHL, Robert A. Sobre a democracia. *Ibidem*, p. 104-105).

⁶¹⁴ DAHL, Robert A. Sobre a democracia. *Ibidem*, p. 112.

⁶¹⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 112-113.

⁶¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. “Cidadania”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de**

Sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, inciso II, da CF 88, a cidadania harmoniza os valores da liberdade, justiça e segurança, bem como os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV). Demais disso, favorece a ponderação dos direitos, esmaecendo as rígidas separações entre direitos fundamentais (art. 5º), sociais (arts. 6º e 7º), econômicos (art. 170) e difusos (art. 225), principalmente pela afirmação de todos eles na via do exercício dos direitos políticos e da política jurídica (art. 14). A cidadania múltipla, que é entrecruzada, permite ainda a integração dos direitos, assim como da liberdade, da justiça social e da solidariedade, nos espaços local, nacional e mundial, bem como no virtual. A dimensão bilateral da cidadania conduz ao equilíbrio na relação assimétrica entre direitos e deveres. A cidadania participativa, com sua dimensão nitidamente processual, contribui também para a integração dos direitos. Enfim, os aspectos temporais, espaciais, bilaterais e processuais de uma cidadania multidimensional permitem que se visualize com mais clareza a harmonia entre os valores e os princípios constitucionais e que se atue com maior eficácia na ordem normativa em prol da afirmação dos direitos.⁶¹⁷

Por isso, a resposta para essas questões se coloca inequivocamente no território da democracia participativa e num conceito mais abrangente de cidadania inclusiva, que serão objeto dos próximos capítulos, desta feita situando-se, no contexto dos Poderes da República, um Poder Judiciário democrático, a cumprir uma representação funcional, e o processo visualizado, nessa nova trincheira política, como o microcosmo da democracia e um *locus* de concretização da cidadania.

3.7 Concluindo o capítulo

Do ponto de vista histórico, filosófico e político, não são claros os motivos que levaram à opção contemporânea pela democracia em detrimento da república, principalmente porque o território em que ambos os conceitos transitam é comum, levando muitas vezes à confusão conceitual ou ao uso sinonímico de ambos os termos. A república sempre teve a auréola de bom governo e a democracia sempre carregou o sentido pejorativo do governo da plebe, da massa, dos despreparados. Provavelmente foi o desgaste da propaganda republicana no século XX, por suas promessas não realizadas, que contribuiu para sua superação.

Filosofia do Direito. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 128.

⁶¹⁷ Idem, ibidem, p. 128.

Com a revolução americana, o significado da palavra república mudou totalmente. John Adams e Alexander Hamilton denominaram repúblicas aos Estados e à Federação, não só porque na América não havia instituição monárquica, mas porque se adotou uma democracia representativa, baseada na separação dos poderes e no sistema de pesos e contrapesos entre os diversos órgãos do Estado. Nessa vertente, república passou a significar, inovadoramente, uma democracia liberal, exercitada em grandes espaços territoriais, contraposta à democracia direta e popular das pequenas repúblicas dos antigos.

As primeiras grandes repúblicas modernas surgem na época das revoluções democráticas – os Estados Unidos da América (1776) e a República Francesa (1792). A partir de então, é possível estabelecer diferenças tipológicas nas repúblicas modernas quanto ao modo de organização do poder; todavia, tais nuances são mais quantitativas do que qualitativas, sem afetar a unidade de um governo republicano característico.

Democracia, em seu sentido etimológico, significa governo do povo. Embora tal conceito não seja suficientemente explícito, denota que a participação do cidadão é imprescindível no processo de tomada de decisões políticas, não limitada à mera ampliação do sufrágio na escolha dos seus governantes. A democracia sem adjetivos, hoje, tem o significado de governo em que o povo, direta ou indiretamente, participa das decisões políticas. Por isso mesmo, ultrapassa o mero sentido etimológico, suplantando, igualmente, a máxima de Lincoln – “governo do povo, pelo povo, para o povo”.

Na democracia moderna, a soberania, entendida como poder ascendente, originário, princípio, fonte e medida de toda forma de poder não está no povo, mas em cada indivíduo, como cidadão. De efeito, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda e falaciosa; as pessoas são uma realidade, apesar de seus defeitos e de seus interesses. Não é por outra razão que os fundamentos das democracias modernas estão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Por isso, a democracia moderna repousa numa concepção individualista de sociedade, sem prescindir, entretanto, da concepção de que o homem é também um ser social.

A democracia foi introduzida nos Estados modernos mediante um processo revolucionário, à semelhança do que sucedeu nos Estados antigos. Assim, na Inglaterra, as revoluções de 1648 e 1688 lançaram as bases do regime parlamentar e constitucional; os Estados Unidos da América tiveram sua revolução democrática em 1776; e a França teve sua grande Revolução em 1789, que se constituiu na fonte e na semente dos ideais de igualdade e liberdade da civilização cristã. O Estado de privilégios (monarquia, aristocracia) foi substituído pelo Estado democrático, fundado na liberdade e na igualdade. Um novo Estado surgiu, um Estado de todos e não de alguns, um Estado dirigido e controlado pelo povo, e não por uma minoria privilegiada. A democracia é conquista histórica do povo contra as classes sociais primitivas, que a princípio dominavam a estrutura política do Estado à margem dos interesses comuns da sociedade.

Num balanço histórico, a democracia percorreu um longo caminho. Excluída a democracia ateniense, a república romana anterior ao Império e as repúblicas italianas dos séculos XII e XIII, raros exemplos democráticos podem ser amealhados antes do século XX. E mesmo no século passado, apenas depois da Segunda Guerra Mundial é que se pôde constatar uma generalizada multiplicação de regimes democráticos e o desprestígio das demais formas de governo.

O século XX pode ser caracterizado não como o século das massas, mas da democracia e da igualdade social, das pessoas comuns e do acesso delas a todos os bens materiais e culturais, sociais e políticos que anteriormente lhes haviam sido negados. De igual forma, poder-se-ia caracterizá-lo como o século da ampliação da autonomia e do campo de ação da liberdade humana, da liberdade política, social, sexual, bem como da liberação de numerosos sujeitos, como o colonial, o feminino, enfim, da imensa maioria da humanidade. Em suma, o século XX pode ser pensado como o século da democracia, assim como das resistências a ela.

A compreensão do que seja democracia é de difícil elucidação. Há intenso debate acerca de sua conceituação. Não é uma doutrina imobilizada, petrificada em um dogma eterno, nem tampouco uma forma histórica imutável, porém um sistema de idéias e uma instituição que se retificam constantemente com o

progresso ético e científico da humanidade. É sobretudo um conceito histórico. Não é um mero conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que este vai conquistando no correr da história.

A definição da democracia como a livre escolha, em intervalos regulares, dos governantes pelos governados ilustra com clareza o mecanismo institucional sem o qual ela não existe. Confinando-se ao interior dessa concepção, não há poder popular que possa se chamar democrático que não tenha sido outorgado e renovado pela livre escolha. Assim como inexistente a democracia se uma parcela importante dos governados não tiver o direito de voto.

No debate sobre a democracia contemporânea, o termo democracia designa uma forma ideal jamais atingida. A democracia, contudo, existe realmente quando a distância que separa o Estado da vida privada é reconhecida e garantida por instituições políticas e pela lei. Não se reduz a procedimentos já que representa um conjunto de mediações entre a unidade do Estado e a multiplicidade dos atores sociais. Nessa perspectiva, é indispensável a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, que estes se sintam cidadãos e participem da construção da vida coletiva. Em suma, que os mundos do Estado e da sociedade civil, embora separados, permaneçam ligados pela representatividade dos dirigentes políticos. As três dimensões da democracia – respeito pelos direitos fundamentais, cidadania e representatividade dos dirigentes – completam-se e sua interdependência é que constitui a democracia.

Tanto quanto os defensores das teorias processuais, sustenta-se que a democracia é antes de tudo governo do povo. Nessa esfera, democrático é o Estado no qual o povo se autogoverna. Todavia, autogoverno pressupõe que o cidadão se sinta membro da comunidade e do governo.

Num balanço da democracia nesse limiar do século XXI, considerada a sociedade de massa, poder-se-ia dizer que a democracia está ameaçada. A ameaça se origina não só diretamente de regimes autoritários e totalitários, mas de outros fatores. Esta ameaça provém não de um poder onipotente que submeteria a sociedade à sua mercê, mas da própria sociedade que, na ordem política, visualiza apenas uma

burocracia arbitrária ou corrupção e deseja reduzi-la à função de guarda noturno ou de um Estado mínimo, para não entrar a atividade dos mercados e a difusão dos bens de consumo e de todas as formas de comunicação de massa.

Na representação política da maior parte dos Estados o que caracteriza uma democracia representativa é que o representante seja um fiduciário e não um delegado; e que o fiduciário represente os interesses gerais e não os particulares, tendo em vista a proibição do mandato imperativo. Isso significa que nas eleições políticas a solidariedade de partido e, portanto, a visão dos interesses gerais é mais forte que a solidariedade de categoria e de interesses particulares. Nesse diapasão, por representante entende-se, pelo menos nas democracias representativas conhecidas, a pessoa que tenha duas características bem estabelecidas: na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto não é revogável; não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil, e não os interesses particulares desta ou daquela categoria.

O modelo representativo de mandato pressupõe o deslocamento da soberania nacional para o órgão representativo, decorridas as eleições. Nesse horizonte, os representantes, ainda que levando em consideração as opiniões dos representados, estão desobrigados de segui-las. Representando e expressando a vontade da Nação são invioláveis no exercício de suas prerrogativas soberanas de legisladores e, nessa perspectiva, sendo titulares de mandato político, não se submetem às limitações ou dependência de nenhum colégio eleitoral ou circunscrição territorial.

Essa modalidade de mandato ainda hoje constitui o modelo típico de representação política nas democracias contemporâneas. Ao final do século XIX e início do século XX, entretanto, a democracia representativa passou a ser objeto de fortes críticas, sob o argumento de não propiciar real influência dos representados sobre as decisões de governo e de não estabelecer mecanismos de controle ou de prestação de contas dos representantes face aos seus eleitores, principalmente pelo caráter oligárquico dos órgãos representativos. Esse quadro de impasse ético-político

persiste até hoje.

O Partido Político assume um papel de destaque na reformulação do modelo de mandato político na busca de uma democracia mais autêntica, substituindo o modelo de representação instituído pela Revolução Francesa. Essa nova expressão recebe o nome de Democracia de Partidos ou de Democracia Partidária, ou ainda, conforme a aceção de Kelsen, Estado de Partidos. Nessa modalidade, o deputado perde a sua condição representativa, tornando-se um mandatário vinculado às determinações de sua grei. Essa forma de representação, todavia, não constitui um mandato imperativo, mas um mandato partidário ou mandato comissionado dos Partidos, porquanto o representante tem sua atuação pautada pelas diretrizes destes. Daí a importância que se dá à *fidelidade partidária*, que se torna pré-requisito fundamental para a mecânica dos Partidos, uma vez que o descumprimento de suas determinações acarretaria a revogação sumária da função representativa.

A democracia representativa, em todos os países em que vigora, tem necessidade de renovação, por se defrontar com problemas crescentes de desinteresse da população pela política, elevados índices de absenteísmo e, o que é mais grave, hostilidade dos eleitores em relação aos políticos profissionais, sobretudo pela corrupção crônica, que parece minar a classe política, principalmente nos países emergentes, colocando em profundo descrédito as instituições.

Fala-se em vários países ocidentais, de há muito e insistentemente, numa crise da representação política, responsável pelo enfraquecimento da participação. As bases da vida social foram-se enfraquecendo e deslocando à medida que os países abandonavam a sociedade industrial, marcada pela tensão entre empregadores e assalariados. Hoje essas sociedades estão definidas, ao contrário de outrora, pelo consumo e comunicação de massa, pela mobilidade social e migrações, pela variedade de costumes e defesa do meio ambiente, assim como pela produção industrial. Desse modo, é impossível basear a vida política em debates e atores que correspondem apenas parcialmente à realidade presente. Tal situação provocou a independência crescente dos partidos em relação às forças sociais.

De fato, a democracia efetivamente construída, em nível global,

experimenta um momento de baixa legitimidade. O exercício do poder meramente delegado à representação não satisfaz as expectativas da cidadania. Por outro lado, há uma visível apatia, uma descrença generalizada nas possibilidades de transformação pela política. Esse descrédito nas instituições políticas, de fatores múltiplos, provém de escândalos de corrupção, de uma cultura patrimonialista e clientelista, assim como de uma acentuada submissão do político ao econômico.

Apesar dos seus evidentes problemas, pela primeira vez na história humana há uma forma de Estado claramente dominante, que é a república democrática, constitucional, representativa e moderna, embora ainda subsista a monarquia parlamentar em sistemas políticos estáveis, como sucede na União Européia e no Japão. Na oratória política do nosso tempo, o termo democracia tem como significado esse modelo-padrão de Estado. E isso traduz um Estado constitucional, que garante o império da lei e de vários direitos e liberdades civis e políticas, governado por autoridades, incluindo assembleias eleitas pelo sufrágio universal e por maiorias numéricas de todos os cidadãos, em eleições regulares entre candidatos e/ou organizações que concorrem entre si.

O modelo hegemônico de democracia – democracia liberal, representativa –, apesar de globalmente triunfante, hoje não mais garante que uma democracia de baixa intensidade baseada na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e em uma inclusão política abstrata feita de exclusão social. Todavia, apesar dos problemas emergentes da democracia representativa, há a percepção de que a representatividade constitui a única solução possível nas democracias de grande escala para o problema da autorização.

Relativamente aos valores da democracia, ela se assenta sobre três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Maioria, no entanto, não é princípio, é uma simples técnica de que se serve a democracia para a tomada de decisões governamentais no interesse geral, não da maioria que é contingente. O que é permanente é o interesse geral de acordo com o momento histórico. Assim, essa técnica da maioria é usada, na democracia

representativa, para a designação dos agentes governamentais. Por não ser princípio e sim técnica, pode ser substituída por outra mais adequada, como na hipótese da representação proporcional, que ampliou a participação do povo, por seus representantes, no poder.

Ainda assim, nos regimes democráticos contemporâneos essa técnica é amplamente empregada. Um exame mais atento dessa realidade revela que essa maioria, representada nos órgãos governamentais, retrata muito mais uma minoria dominante do que a maioria do povo. Esta situação é perceptível principalmente no processo de formação das leis – importante aspecto do regime político –, onde as estruturas sociais se dividem em classes de interesses divergentes, sem que se possa aferir o que seja o interesse geral. As leis, nesse caso, exercem um papel de arbitragem, nem sempre democrático, porquanto acaba por prevalecer o interesse da classe dominante.

Igualdade e liberdade não são princípios, mas valores democráticos, já que a democracia constitui instrumento de sua efetivação no plano prático. A igualdade é valor fundante da democracia, não a igualdade meramente formal, situada no plano jurídico, mas a substancial, aquela que estende seu alcance às demais dimensões da vida social, cultural e econômica. É valor fundante porque sem sua concretização os demais não se verificarão. Nesse viés, a democracia é o regime de garantia geral para a efetivação dos direitos fundamentais do homem, assim como os direitos econômicos e sociais, indispensáveis à concretização dos direitos individuais.

O modelo de democracia dos modernos, como alternativa possível em uma sociedade que se complexificou, encontra-se numa verdadeira encruzilhada, seja pelo câmbio dos modelos/sistemas produtivos, seja pela destruição dos espaços tradicionais de decisão coletiva e coercitiva, tornando-se um instrumento incapaz de oferecer respostas adequadas a todos os anseios, pretensões e intenções sociais.

Várias são as circunstâncias que afetam e que são responsáveis por essa crise de fazer política e de decidir. Em primeiro plano, o número crescente de pessoas que conquistaram a inclusão no jogo político – cidadania ativa, densidade subjetiva. Em segundo plano, as dificuldades técnicas do tipo e do conteúdo dos temas discutidos

– densidade qualitativa –, fato que tornou a política freqüentemente refém das práticas mercadológicas, das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas, a exigir um conhecimento técnico-profissional dominado por uma racionalidade instrumental. Por último, o tamanho de assuntos por decidir – densidade quantitativa –, fato que implicou uma atividade *full time* e profissional da política que exclui o cidadão do debate político. Este se encontra ocupado demais em prover o seu cotidiano. Essa circunstância também afasta o político do debate público dos temas a que é chamado a decidir, marcado que está por uma postura burocrático-profissional contraditória com a forma e o conteúdo da política.

A assunção da democracia como incerteza não significa um prognóstico de sua finitude. Representa sim uma possibilidade de transformação sistemática das significações políticas que passa iniludivelmente por um projeto alicerçado em estratégias decisórias que contemplem a efetiva participação de todos, pela forma direta, participada ou representativa. Esta democracia apreendida como incerteza inaugura a experiência de uma sociedade inapreensível, indomesticável, na qual o povo dito soberano não cessará de questionar sua identidade, que permanecerá latente, como uma invenção constante do novo, como uma condição que comanda nossos processos de autonomia, abrindo-os à imprevisibilidade de suas significações.

O nosso tempo é uma era de absurdos, de contradições. De avanços sociais, políticos, econômicos, culturais, científicos e tecnológicos, mas contraditoriamente de exclusão, de miséria, de desigualdade social e política, que parece abandonar a parcela mais significativa da humanidade a uma condição de subcidadania. De fato, é um tempo paradoxal. Uma quadra de grandes avanços e mudanças dramáticas, designadas por revolução da informação e da comunicação, revolução eletrônica, revolução da genética e da biotecnologia. Um período também de preocupantes regressões, do retorno de mazelas sociais aparentemente suplantadas ou em vias de o ser: o regresso da escravatura e trabalho servil, alta vulnerabilidade a doenças antigas que pareciam erradicadas, pelo menos pandêmicas; desprezíveis desigualdades sociais que deram o nome à questão social no final do século XIX; por fim, o regresso do espectro da guerra, talvez agora mais mundial que nunca e com uma

temperatura por agora ainda indefinível. 17.1 O paradoxo está em que, se por um lado hoje parecem, mais do que nunca, reunidas as condições técnicas para cumprir as promessas da modernidade ocidental, como a promessa da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da paz, por outro lado é cada vez mais evidente que tais promessas nunca estiveram tão longe de ser cumpridas como hoje. Essas promessas constituíram o patrimônio matricial do que se chamou emancipação social e as lutas políticas modernas concentraram-se sobre a concepção de tais promessas e sobre os modos de as realizar ou, pelo contrário, de impedir a sua realização.

Nessa senda não há como fugir à crítica do modelo hegemônico de democracia liberal representativa, por estabelecer uma distância crescente entre representantes e representados e uma inclusão política abstrata feita de exclusão social. Todavia, paralelamente ao modelo hegemônico coexistiram outros como a democracia participativa ou a democracia popular, a despeito de marginalizados ou desconhecidos.

Nesse cenário tem ganhado expressão a democracia participativa, ao adotar uma nova dinâmica política, protagonizada, sobretudo, por comunidades e grupos sociais subalternos em luta contra a exclusão social e a trivialização da cidadania, mobilizados pela aspiração de contratos sociais mais inclusivos e democracia de mais alta intensidade.

O modelo da democracia moderna de representação passa por transformações experimentais de dois níveis. No primeiro, adota internamente mecanismos de intervenção decisória direta, conjugando a fórmulas de democracia direta com a representação política, tais como o *referendum*, o *plebiscito* e a *iniciativa popular de leis*, como sucede na Carta Magna brasileira de 1988, inaugurando um modelo de democracia semidireta ou semi-representativa. Em segundo nível, é a efetivação de modelos democráticos alternativos, para fazer face à perda de sentido da democracia representativa, permitindo dar conta desse processo de desconstrução do modelo de Estado da modernidade, e de reconstrução de outras esferas de tomada de decisão. Nesse particular, vale ponderar que há uma cidadania que se rearticula em novos espaços públicos locais, regionais e supranacionais, ou mesmo constitui estruturas coletivas de caráter público, ainda que não vinculados ao Estado.

Refletir a questão democrática contemporaneamente implica introduzir o debate no contexto próprio à sociedade atual. Isso equivale à própria idéia de democracia atrelada à de cidadania, que precisa ser contextualizada. Nesse enfoque, a noção de cidadania é revisitada não só em seus conteúdos, mas especialmente em seus espaços de expressão. Quanto ao conteúdo, é necessário ter em conta que a questão da democracia e da cidadania há muito ultrapassou seu viés político, ingressando em outros setores, como o social, o gênero, o trabalho, a escola, o consumo, os afetos, as relações jurídicas e jurisdicionais, embora a maior defasagem talvez se verifique neste último.

Ampliar quantitativa e qualitativamente os espaços da participação significa aperfeiçoar o próprio instituto da representação. A participação popular é elemento fundamental da democracia participativa, que se expressa por quatro princípios – dignidade da pessoa humana, soberania popular, soberania nacional e unidade da Constituição.

As novas tecnologias gradativamente vêm possibilitando suplantar os problemas da participação democrática, ainda que mais acentuadamente nos mecanismos de democracia direta. Assim, o uso da internet permite um debate público e isonômico a baixo custo, e a inclusão digital paulatinamente vai possibilitar que todos tenham acesso a esse importante instrumento de informação e de conhecimento, conectando o eleitor no debate político. Do mesmo modo, o acesso ao telefone, ao rádio e à televisão propicia uma crescente abertura de alternativas, diversificando as opiniões e diminuindo o monopólio da informação. A tecnologia, por outro lado, com procedimentos rápidos de votação, fáceis e seguros, permite a votação pelo telefone, pela internet ou através de urnas eletrônicas, com menor esforço e custo. Enfim, as novas tecnologias abrem novos caminhos, suplantando muitos obstáculos operacionais para a prática da democracia.

Na expectativa de construção de uma democracia participativa é fundamental que se estabeleçam plenas condições de expressão de uma cidadania inclusiva. Nesse tocante, ao invocar um princípio de igualdade intrínseca, o governo, ao tomar decisões, deve atribuir igual peso ao bem e aos interesses de todas as pessoas

afetadas por essas decisões. A noção de cidadania, aqui denominada de inclusiva, pode ser resgatada pelos juristas e pela Constituição, podendo contribuir decisivamente, na leitura de Ricardo Lobo Torres, para o equilíbrio entre valores e princípios e para a sua concretização na era dos direitos.

4 NOVOS DESAFIOS DE UM PODER JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO FRENTE À COMPLEXIDADE DA VIDA CONTEMPORÂNEA

A história, por vezes, tem uma atualidade inquietante, principalmente quando se depara a humanidade, como agora, com o desafio ético da construção da democracia como expressão de resistência a toda forma de opressão, de injustiça social, de xenofobia, na preservação dos valores e da dignidade da pessoa humana e na concretização da cidadania.

Assim, Tucídides, grande historiador grego, recolheu fragmentos de uma eloquência imortal, do discurso de Péricles em louvor póstumo aos bravos atenienses, mortos na Guerra do Peloponeso⁶¹⁸, fragmento que chega até os nossos dias como um tributo à liberdade, à democracia e como uma lição de civismo:

Nosso regime político é a democracia e assim se chama porque busca a utilidade do maior número e não a vantagem de alguns. Todos somos iguais perante a lei, e quando a República outorga honrarias o faz para recompensar virtudes e não para consagrar privilégios. Nossa cidade se acha aberta a todos os homens. Nenhuma lei proíbe nela a entrada de estrangeiros, nem os priva de nossas instituições, nem de nossos espetáculos; nada há em Atenas oculto e permite-se a todos que vejam e aprendam nela o que bem quiserem sem esconder-lhes sequer aquelas coisas, cujo conhecimento possa ser de proveito para os nossos inimigos, porquanto confiamos para vencer, não em preparativos misteriosos, nem em ardis e estratégias, senão em nosso valor e em nossa inteligência.

O Judiciário, na democracia contemporânea, tem um papel indeclinável. Concebido autonomamente, numa visão liberal de divisão de funções, fundante do Estado Moderno, assume novos desafios nesse novo patamar civilizatório, principalmente em países emergentes, como o Brasil, transformando-se num *locus* da cidadania inclusiva e de concretização de direitos proclamados na Constituição e efetivados no processo.

Essa tendência contemporânea traduz uma radical mudança de perfil do Judiciário, que passa a ter um crescente envolvimento com a questão social, abdicando

⁶¹⁸ Ver: BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**: Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade com ênfase no Federalismo das Regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19.

progressivamente de uma postura positivista normativista,⁶¹⁹ que o tornava um Poder periférico, encapsulado em si mesmo, inacessível, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, transformando-se, agora, numa instituição central à democracia brasileira.

Dois fenômenos universais, emergentes no Brasil do processo de redemocratização do país protagonizado pela Constituição de 1988, surpreendem esse Judiciário insurgente, definindo-lhe novos papéis, que parecem subverter a divisão clássica dos poderes – a judicialização da política e a judicialização das relações sociais.

Facultado o controle abstrato de constitucionalidade das normas à comunidade dos intérpretes, o Judiciário passa a ser apreendido como um estuário para as insatisfações políticas, notadamente pelo ativismo legislativo do Executivo, e assume um papel constitucional que o identifica como o guardião dos valores fundamentais da República,⁶²⁰ exercitando uma representação funcional e argumentativa.

De outro lado, a judicialização das relações sociais – processo universal e sedimentado nas democracias consolidadas – chega ao Brasil muito recentemente com a criação e institucionalização progressiva dos juizados especiais cíveis e

⁶¹⁹ Segundo Luís Roberto Barroso, há exagero no normativismo kelseniano, “ao reduzir o objeto da ciência do Direito a pouco mais que uma lógica jurídica. Seu formalismo não se compadece com a experiência real da vida, especialmente no campo do Direito Constitucional, onde é particularmente aguda a influência da realidade social, política e ideológica. Na linguagem elegante de Cappelletti, ‘a Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico’” (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67. Ver também: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 20; CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris Editor, 1984, p. 62). E conclui: “Resulta assentado, desse modo, com razoável consenso doutrinário, que o Direito Constitucional, mesmo em sua dimensão positiva, expressa a síntese da tensão entre a norma e a realidade com a qual se defronta. A conjunção da face social à face jurídica da Constituição gera um produto final, conceptualmente unitário, que é a Constituição política. Seria enganoso supor, todavia, que esta conclusão conduza a um porto seguro, ou, ao menos, que a partir daí se naveguem águas tranquilas. Justamente ao contrário, desse ponto em diante percorre-se rota incerta, doutrinariamente nebulosa e ideologicamente conflagrada” (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 67. Ver também: PELAYO, Manuel Garcia. **Derecho constitucional comparado**. 8. ed. Madri: Manuales de la Revista Occidente, 1967, p. 20).

⁶²⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 11.

criminais, expondo o Judiciário a um novo território de relações sociais conflagradas, sem qualquer tipo de mediação social ou política, às expectativas por direito e cidadania de setores sociais emergentes⁶²¹, a exigir a democratização do acesso à justiça.

Acentue-se que o grande dilema dos países periféricos, como o Brasil, é a inclusão social.⁶²² Nesse contexto, a questão central do acesso à justiça e, portanto, da democratização do processo, passa a ser o desafio de uma cidadania inclusiva.

Sublinha-se que a Constituição confere ao Judiciário a responsabilidade, como um dos poderes, de concretizar os objetivos fundamentais da República, dentre os quais avulta o compromisso de construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como de erradicar a pobreza e as desigualdades sociais, recuperando-se um sentido ético da política, agora sob o signo da fraternidade.

Na cena contemporânea do Ocidente, não se pode mais compreender a democracia sem considerar suas profundas transformações desde o segundo pós-guerra, e as relações entre os sistemas do direito e da política. O constitucionalismo democrático consolidado, impondo a fórmula do *judicial review*⁶²³, afetou o princípio da soberania da maioria, já que os atos legislativos passaram a se submeter ao possível controle do juiz nas hipóteses de ofensa à Constituição ou aos seus princípios informadores.⁶²⁴

Vive-se um momento, hoje, em que se procura somar a técnica da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Trata-se de democratizar a democracia através da participação, ou seja, otimizando a participação no processo de decisão.⁶²⁵

É nesse universo que se desenha o estudo, vislumbrando na jurisdição

⁶²¹ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Op. cit., p. 11.

⁶²² Sobre o conceito de exclusão e de inclusão social, ver o item 3.8.1

⁶²³ Sobre o sistema *judicial review legislation*, ver o item 3.5.

⁶²⁴ VIANNA, Luiz Werneck. “Dossiê: O Juiz e a Democracia no Poder Judiciário”. In: **Boletim CEDES** fevereiro 2006, Cadernos CEDES n. 4, com edição eletrônica in http://cedes.iuperj.br/main.html_em_26/03/2006.

⁶²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: O acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 19.

uma expressão do Estado Democrático de Direito,⁶²⁶ que tem por fundamento a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo.

Nos dois primeiros capítulos da presente pesquisa promoveu-se, numa visão macro, o estudo sobre o Estado Democrático do Direito e sobre a democracia, que demarcam no Estado contemporâneo um verdadeiro *status* civilizatório para a humanidade, sob os signos da liberdade e da igualdade.

Nos dois últimos capítulos faz-se um recorte na pesquisa, privilegiando o estudo sobre o Poder Judiciário e o processo, desta feita num plano micro, examinando a função democrática do Judiciário na concretização da justiça, sob os signos da fraternidade e da solidariedade.

Neste capítulo aborda-se criticamente o Poder Judiciário Democrático, desafiado a construir uma justiça cidadã, dissertando num primeiro plano sobre o signo da solidariedade. Ao depois, sobre o Estado contemporâneo e a institucionalização do direito na vida social. Num terceiro tópico, é destacado o fenômeno da politização do Judiciário e a juridicização do político na sociedade contemporânea. Numa quarta mirada, destaca-se a representação funcional numa sociedade marcada por déficit de democracia, bem como sobre a representação argumentativa das Cortes Constitucionais, que atuam como autênticas representantes do povo para fazer cumprir a Constituição. Numa quinta perspectiva, destaca-se a fórmula do *judicial review* americano e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Posteriormente, num sexto enfoque, trata-se do significado da interpretação e o papel dos juízes na criação do direito. Numa outra vertente, destaca-se estudo específico, em sétimo plano, sobre os desafios da democratização do Poder Judiciário e sua crise de legitimidade numa sociedade em transformação. Por último, privilegiam-se duas questões centrais na democratização do Judiciário – a cidadania como fundamento do Estado brasileiro e o acesso à justiça.

4.1 O signo da solidariedade ou da fraternidade como desafio da sociedade contemporânea

⁶²⁶ Sobre Judiciário democrático, ver a tese de doutorado do Professor doutor Eduardo Lebre: LEBRE, Eduardo Antônio Temponi. **O conceito de justiça democrática**: seu processo de conhecimento e a questão da separação dos poderes na República. 2002. 354 p. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

A solidariedade é um dos valores mais importantes na sociedade contemporânea e representa, em nível civilizatório, a concretização do ideal revolucionário da fraternidade universal.

Hoje é indeclinável que os valores representam a base material das normas, constituindo, por isso mesmo, o *ethos* das normas jurídicas e servindo de fundamento e de finalidade ao próprio Direito, como fato social. Por conta disso, é corrente a classificação das normas em regras e princípios. Os princípios⁶²⁷ como vetores de integração e interpretação do ordenamento jurídico, dando harmonia e coerência ao sistema jurídico. A solidariedade, quando positivada, reveste-se da forma de princípio. Assim, além de valor, a solidariedade tem caráter jurídico e se irradia em todas as áreas do Direito.⁶²⁸

A justiça, de outro lado, afeiçoa-se, na acepção de Nietzsche,⁶²⁹ numa vontade de impor valores. Não se trata de um juízo de adequação, onde se poderia conformar uma ação ou situação a um critério exterior, mas de uma prescrição soberana, na cena individual e social.

São dois temas que se interligam logicamente, embora focados em perspectivas diferentes. A solidariedade como princípio jurídico essencial para a concretização dos valores e das garantias constitucionais. A justiça, numa perspectiva jurisdicional, como instrumento e feitora da concretização da cidadania.

⁶²⁷ Sobre princípio, ver: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p.; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1522 p.; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288 p.; _____. “A constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, RT v.44, jul. 2003, p. 75-86; _____. “Democracia, constituição e princípios constitucionais: notas de reflexão crítica no âmbito do direito constitucional brasileiro”. **Resenha Eleitoral - TRE/SC**, Florianópolis, Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina v.9, jul. 2002, p. 66-79.

⁶²⁸ DYRLUND, Maria Cecília Baêtas. “Solidariedade”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 774-778.

⁶²⁹ Ver: NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

Solidariedade, para Duguit,⁶³⁰ é um fato social. Já para Ridley⁶³¹ – visualizando a solidariedade pelo aspecto biológico –, é fato social porque não se pode pensar o indivíduo sem estar inserido na sociedade. O ser humano só pode ser concebido como integrante de um grupamento social. Isolado, não desenvolve sua humanidade e não se realiza. Em contrapartida, a sociedade depende da individualidade de cada ser humano para ser coletividade.⁶³²

A fonte remota da solidariedade pode ser localizada no conceito de *justiça distributiva* de Aristóteles,⁶³³ quando a reconhece como sendo a repartição proporcional entre os membros da comunidade das vantagens sociais e dos encargos comuns. Na Idade Média a solidariedade era visualizada inteiramente pelo aspecto da religiosidade. Com o surgimento dos ideais humanistas, a solidariedade se fortalece, num período em que o homem persegue a felicidade para si próprio e para o seu semelhante. Nos séculos XVII e XVIII, acompanhando as transformações operadas no plano histórico, o Direito passa também por mudanças, com a defesa da laicização do poder e do próprio Direito. No nascente Direito Moderno, a relevância é do individualismo jurídico e da igualdade formal, concebidos pelo pensamento liberal. Essa fase demarca um retrocesso em relação à solidariedade, período em que pensadores políticos como Grotius, Pufendorf, Hobbes e Locke dão nova dimensão ao Direito. O individualismo jurídico teve seu auge com o liberalismo político, no século XIX, quando se reservaram ao Estado estritamente as funções de zelar pela ordem pública, administrar a justiça, exercer o poder de polícia e cuidar das relações internacionais. Na segunda metade do século XIX, por força da Revolução Industrial e do pensamento social, entra em crise o liberalismo, os movimentos sociais passam a clamar por justiça social e por igualdade material. Entre esses movimentos políticos

⁶³⁰ Ver: DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Paris: 1927; _____. **Las transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón**. Madri: 1920. Duguit assim a define como fato social: “La solidaridad social, o más bien la interdependencia social tal como yo la comprendo, tal como yo la creo, debe comprenderse científicamente, no es un sentimiento, y aún menos una doctrina; no es siquiera un principio de acción. Es un hecho de orden real susceptible de demostración directa: es el hecho de la estructura social misma”.

⁶³¹ Ver: RIDLEY, Matt. **As origens da Virtude: Um estudo biológico da solidariedade**. Rio de Janeiro: 2000.

⁶³² DYRLUND, Maria Cecília Baêtas. “Solidariedade”. Op. cit., p. 775.

⁶³³ Ver: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. São Paulo: 2002; _____. **Política**. Rio de Janeiro, 1965.

destacam-se o solidarismo e o anarquismo, pregando a ênfase ao social, repensando os conceitos de Estado e de Direito concebidos no Estado liberal.⁶³⁴

A Igreja Católica teve importância destacada no desenvolvimento da doutrina solidarista. A Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, questiona a realidade cruel do liberalismo e clama para que os governantes e os *poderosos* passem a ver os trabalhadores como seres humanos e não como instrumentos de lucro e também prega maior solidariedade entre os homens, com o compartilhamento daquilo que para os ricos é considerado *supérfluo*. A justiça social preconizada pela doutrina da Igreja visou estabelecer uma conexão entre a consciência moral e a consciência social da coletividade, a exigir que a ordem jurídica se mantivesse conectada à ordem moral. Nessa acepção, o Direito, fundado nos valores da justiça social, exerce uma função revisora do individualismo, equilibrando a atividade e os interesses dos vários setores sociais. Os pensadores da justiça social sustentam a reaproximação entre direito e moral, assim como a harmonização entre o individual e o coletivo, entre a liberdade individual e a solidariedade e progresso da coletividade. Nesse norte, Hauriou preconiza não existirem duas justiças nem duas morais, uma para a coletividade e

⁶³⁴ DYRLUND, Maria Cecília Baêtas. *Ibidem*, p. 775. Segundo a autora, o *solidarismo* “é a doutrina moral e social baseada na solidariedade social e na busca pela justiça social. Esse movimento só se consolida, na verdade, nas primeiras décadas do século XX”. E acrescenta: “Um dos primeiros sistematizar o estudo da solidariedade foi Émile Durkheim, no livro *De la Division du Travail Social*, juntamente com L. Bourgeois e A. Fouillé representa o ‘solidarismo sociológico’; para eles a solidariedade é um fato objetivo e científico, e como tal deveria traduzir-se institucionalmente, e transformar-se em dever e em direito. Para Durkheim a solidariedade está vinculada à *consciência coletiva* – no sentido de conjunto de crenças e de sentimentos comuns à média dos membros de uma sociedade. Para ele, na sociedade tradicional essa consciência era mais ampla – solidariedade mecânica – e na sociedade moderna, mais limitada – solidariedade orgânica. Ou seja, com o desenvolvimento da sociedade, com a necessidade de divisões de funções e atividades, a *solidariedade mecânica* dá lugar à *orgânica*, onde o indivíduo se afasta dos valores sociais primários. Sobre a solidariedade orgânica ocorrem os maiores conflitos, com a necessidade de atuação maior do Poder Judiciário para dirimi-los” (Dyrlund, p. 775). Ver: DURKHEIM, Émile. **De la Division du Travail Social**. Paris: 1986. O *movimento anarquista*, por outro lado, também pregava a solidariedade. Consoante Dyrlund, “Mickhail Bakunin, por exemplo, acreditava que a destruição do Estado e das instituições burguesas levaria à consolidação e desenvolvimento das relações sociais livres, baseadas no princípio da solidariedade e na proliferação dos contratos livres e associações voluntárias [...]. Léon Duguit, teórico do anarquismo, foi um dos grandes juristas a defender a solidariedade como base da sociedade e do direito – para ele a solidariedade é norma de Direito objetivo. Expõe Duguit: ‘La notion de société implique la notion du droit: on ne peut pas concevoir un groupement humain où il n’y aurait pas de droit; parce que s’il n’y avait pas de règle de droit s’imposant aux hommes de ce groupement, celui-ci disparaîtrait par la même. Le lien d’interdépendance sociale est surtout un lien juridique, et je ne veux pas dire autre chose en disant que le fondement du droit objectif est la solidarité sociale’ (Duguit). Em sintonia com o pensamento de Aristóteles, Duguit pregava a socialização dos riscos e a igual repartição dos encargos públicos” (Dyrlund, p. 776).

outra para os indivíduos, mas uma única justiça e moral.⁶³⁵

No final do século XIX e início do século XX, a solidariedade como valor/princípio começa a se expressar e a ser reconhecida como dever e direito cívicos, e não apenas como um valor moral/religioso/caritativo. Em meados do século XX, adentra o ordenamento jurídico de alguns países como princípio positivado. Há, de outra parte, uma estreita relação entre os movimentos fundados da solidariedade e o desenvolvimento dos direitos sociais. O sociólogo George Gurvitch⁶³⁶ foi um dos primeiros a sistematizar o Direito Social, que, para ele, não poderia ser reduzido a uma *política social do Estado*. Segundo Gurvitch, as práticas do Direito Social são mais profundas e complexas, porque implicam um pluralismo jurídico na vida real do Direito que, por sua vez, é uma consequência do pluralismo de fato na realidade social.⁶³⁷

Os direitos sociais, como se sabe, foram positivados pioneiramente nas Constituições do México de 1917 e de Weimar, de 1919. No decurso do século XX, a solidariedade sedimentou-se nos ordenamentos jurídicos e nas sociedades, embora diversamente. O valor/princípio incorporou os ideais socialistas da Europa Oriental e do Estado do Bem-Estar Social da Europa Ocidental. Os Estados socialistas apregoavam a provisão, pelo Estado, da saúde, da educação e da previdência social, estabelecendo uma relação de solidariedade entre o Estado e os indivíduos. Os Estados do Bem-Estar-Social, com matriz capitalista, passam a praticar políticas sociais assistencialistas sem romper com as bases liberais, com incentivo estatal à previdência, educação e saúde. Além disso, há o fortalecimento dos sindicatos, com a

⁶³⁵ DYRLUND, Maria Cecília Baêtas. *Ibidem*, p. 775-776. Ver: HAURIOU, André. **Institutions politiques et droit constitutionnel**. 1. ed. Paris: Montchrestien, 1972. 621 p.

⁶³⁶ O sociólogo George Gurvitch, russo-franco, foi autor de várias obras importantes para o desenvolvimento do Direito Social. Da extensa bibliografia do autor, no âmbito do Direito Social, Sociologia e Filosofia do Direito, destaca-se, em português: GURVITSCH, Georges. **A vocação actual da Sociologia**. Lisboa: Cosmos, 1979. E também: _____ . **Tendances Actuelles de la Sociologie Allemande**. Paris: J. Vrin, 1930; _____ . **L'idée du Droit Social**. Paris: Sirey, 1932; _____ . **L'expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit**. Paris: Pedone, 1935; _____ . **Sociology of Law**. New York: Philosophical Library, 1942; _____ . **La Déclaration des Droits Sociaux**. Paris: J. Vrin, 1946; _____ . **Moral Théorique et Science des Moeurs**. 2. ed. Presses Universitaires de France, 1948; _____ . **Déterminismes Sociaux et Liberté Humaine**. P.U.F,1955.

⁶³⁷ DYRLUND, Maria Cecília Baêtas. *Ibidem*, p. 776.

efetivação de inúmeros direitos trabalhistas.⁶³⁸

A partir da Segunda Guerra Mundial, os estudiosos da filosofia e da sociologia, bem como os juristas, sentem a necessidade de reaproximação do direito com a moral. Esse movimento, denominado por alguns de *pós-positivismo*⁶³⁹ e, por outros, de *virada kantiana*, ainda está se concretizando na maioria dos países. No plano internacional está mais consolidado com a aprovação de inúmeros tratados versando sobre direitos sociais e direitos humanos. Afora o Brasil, vários países adotam o princípio da solidariedade em suas Constituições, como é o caso da Dinamarca (Monarquia Constitucional), o Chile (República Presidencialista) e Portugal (República Parlamentarista). No Brasil, o valor solidariedade é localizado implícita ou expressamente em vários preceitos da Constituição de 1988 e está positivado como um dos *princípios fundamentais* da República no art. 3º, incisos I e III, ao dispor dentre esses objetivos: construir uma sociedade justa, livre e *solidária* (inc. I); e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III). Atualmente há um novo movimento solidarista, denominado de *terceiro setor*, nascido em razão da ineficiência do Estado em prover a assistência aos

⁶³⁸ Idem, *ibidem*, p. 776.

⁶³⁹ O *pós-positivismo*, consoante Antônio Carlos Diniz e Antônio Cavalcanti Maia, “pode ser descrito, em grandes linhas, como um novo paradigma concebido no âmbito da teoria jurídica de contestação às insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional, que reflete em larga medida uma ideologia jurídica herdada do Estado de Direito do século XIX. O próprio termo *pós-positivismo* (também conhecido como não-positivismo principiológico) possui um *status* provisório e genérico, enquanto categoria terminológica, posto que seu emprego não é de todo pacífico, mesmo entre os autores que partilham de suas teses axiais. Bem se pode dizer que conquanto ainda ensaie seus primeiros passos como movimento, detecta-se nas obras de justeóricos identificados com sua proposta uma série de afinidades eletivas e tendências comuns aptas a configurar uma nova concepção de Direito. Suas bases filosóficas são ecléticas, e remetem a uma constelação de autores que possuem ponto de contato com as idéias de Gustav Radbruch tardio, passando por influxos da teoria da justiça de John Rawls, incorporando ainda elementos da filosofia hermenêutica, bem como aportes da teoria do discurso de Habermas. A despeito de seus contornos definitórios ainda soarem algo difusos, o pós-positivismo tem se firmado a cada dia como um discurso competitivo frente à hegemonia ainda reinante na cultura jurídica da ortodoxia positivista. Para alguns, o pós-positivismo pode ser descrito como uma espécie de terceira via aos paradigmas positivista e jusnaturalista, sem incorrer nos reducionismos e aporias nos quais estes desembocaram historicamente; para outros, seria uma *nova geração* do positivismo jurídico mitigado pelo peso da principiologia jurídica; e ainda para terceiros, o pós-positivismo não passaria de mais uma variante fraca do jusnaturalismo, uma fase ulterior na milenar trajetória da teoria do Direito Natural. Robert Alexy e Ronald Dworkin são, indiscutivelmente, os autores mais notórios a freqüentar qualquer exposição digna de nota sobre a temática pós-positivista” (DINIZ, Antônio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. “Pós-positivismo”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 650-654).

necessitados. Esse movimento social também tem por base a solidariedade. Segundo Ulhoa Coelho, o Terceiro Setor é conceito político remoto, de enraizamento gramsciano, que evoca distanciamento tanto do Estado como da sociedade civil, formado principalmente pelas Organizações Não-Governamentais – ONGs. Tal fenômeno, embora se verifique em todo o mundo, é mais evidente nos países periféricos, onde entidades privadas mobilizam-se para reverter os graves problemas sociais que a sociedade enfrenta, substituindo o Estado na prestação de atividade pública.⁶⁴⁰

O valor solidariedade é fonte para alguns ramos do Direito, como o Previdenciário, Trabalhista, Ambiental e Direito Internacional de Desenvolvimento. Também é fonte de vários institutos jurídicos como os regentes da Seguridade Social, o da responsabilidade do Estado com base na Teoria do Risco Administrativo, o princípio da capacidade contributiva, os impostos progressivos, o asilo político, o refúgio, a extradição, a homologação de sentença estrangeira, as *ações afirmativas*, a função social da posse, a função social do contrato e a obrigação alimentar.⁶⁴¹

O princípio da solidariedade, por outro lado, está intimamente vinculado aos Direitos Humanos. Alguns doutrinadores o conectam com os direitos humanos de segunda geração. A justiça social e distributiva, nesse viés, tenderia a fortalecer a solidariedade. Os direitos sociais, de outro vértice, estariam na dependência dos vínculos de fraternidade. Para outros estudiosos, no entanto, a partir da década de 1960 os direitos sociais são direitos humanos de terceira geração. Na classificação de Canotilho,⁶⁴² os chamados direitos do homem, vulgarmente chamados de *direitos de terceira geração*, estariam classificados em três categorias – os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade.⁶⁴³

Concluindo, o termo solidariedade, originariamente havido no sentido de filantropia, de caridade, contemporaneamente passou a significar um valor maior,

⁶⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 777. Ver também: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. 388 p.

⁶⁴¹ DYRLUND, Maria Cecília Baêtas. *Ibidem*, p. 777.

⁶⁴² Ver: CANOTILHO, J.J. Gomes. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1522 p.

⁶⁴³ DYRLUND, Maria Cecília Baêtas. *Ibidem*, p. 777.

“denotando o dever do Estado de assistência aos necessitados, o direito e o dever cívico entre os integrantes da sociedade, bem como o dever de efetivação dos direitos humanos sociais”. A solidariedade, ademais, se pauta na justiça social, na igualdade e dignidade da pessoa humana. Por conta disso, sua efetivação implica indiretamente a realização desses valores. As normas constitucionais e infraconstitucionais que albergam esse valor/princípio estariam a indicar que os anseios da sociedade mundial de tornar-se mais justa e solidária estaria se consolidando no direito.⁶⁴⁴

Warat,⁶⁴⁵ ao enfrentar o tema da alteridade⁶⁴⁶ (outridade) e da transmodernidade, sinaliza que se estaria passando por um momento de alta tensão. Por um lado, busca-se responsabilidade e solidariedade e por outro, “se instala um lado perverso de uma ética de mercado e da empresa digital”. Seria a ética do conveniente excedendo o seu sentido ao ser demasiado complacente com as exigências do mercado. A responsabilidade deveria estar demarcada pela solidariedade com o outro.

⁶⁴⁴ Idem, ibidem, p. 777.

⁶⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 193.

⁶⁴⁶ *Alteridade* ou *outridade* pode ser compreendida como “a voz do outro”, tema muito discutido na psicologia social. Também constitui categoria teórica importante do pensamento habermasiano, no que tange à conversão do princípio do discurso em princípio democrático. A Enciclopédia Larousse Cultural (1998) qualifica a alteridade como “estado, qualidade daquilo que é outro, distinto, antônimo de identidade”. Andrea Zanella destaca que o conceito tem sido visitado por intelectuais que vão desde a filosofia até as ciências humanas e sociais. Alteridade é como o contrário de identidade. O conceito de identidade, inegavelmente, avizinha-se à idéia de uniformidade, de uma certa ordem. A ruptura dos dogmas cartesianos de organicidade e homogeneidade e de negação do complexo permite a reconsideração teórico-discursiva do conceito de alteridade e sua inserção, enquanto conceito-chave, na processualidade legislativa contemporânea. Destaca Suely Rolnik que, já no século passado, os estudos em ciências exatas não mais confinavam “a ordem e a estabilidade” - associadas ao “equilíbrio” -, apartando-as “da turbulência e do caos” - associados à concepção de desequilíbrio -, *in verbis*: “O caos não só deixa de ser pensado como um processo irreversível de destruição, mas passa a ser entendido como portador virtual de uma irreversível complexificação do mundo [...]. Ou seja, já não se entende o caos, a dissipação de uma ordem, como seu negativo, e sim como uma dimensão na qual se engendra a processualidade do mundo: o movimento permanente de decomposição das ordens vigentes e de composição de novas ordens, em múltiplas direções [...]. Ordem e caos passaram a ser pensados como indissociáveis: há sempre ordem e caos ao mesmo tempo; do caos estão sempre nascendo novas ordens; a processualidade é intrínseca à ordem”. Para Warat, o conceito de alteridade tem um sentido quase espiritual; seria, em suma, a capacidade de compreender a dor, a partir do outro, pelo exercício da compaixão. Seria entender o próprio caos interior através do outro, compreendendo a dor e o sofrimento do outro para encontrar-se. Ver: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, 1997, v. 1 e 2, passim; ZANELLA, Andréa Vieira. “Sujeito e alteridade: reflexões a partir da psicologia histórico-cultural”. **Psicologia & Sociedade**, São Paulo, v. 17 (2), p.99-104, maio/ago. 2005; ROLNIK, Suely. “À sombra da cidadania: alteridade, homem da ética e reinvenção da democracia”. In: **Boletim de Novidades, Pulsional – Centro de Psicanálise**, São Paulo, n. 41, p. 33-42, set. 1992, p. 34.

Nesta perspectiva sublinha que quando se fala agora de solidariedade, se está pensando em vínculos concretos com o outro. Esclarece que solidariedade há de ser pensada, de fato, em vínculos concretos com o outro: “Vizinhos que se buscam para solucionar problemas comuns, ações comunitárias, ambientais; centros de auto-ajuda e gestão vicinal; variadas formas de voluntariado e de reivindicações pontuais e coletivas”.

É a solidariedade como forma de realização da cidadania, transitando-se do ato de dar esmola, como resposta ao individualismo possessivo (uma forma de altruísmo hipócrita), aos atos de participação solidária; enfim de uma modernidade de deveres absolutos ao início de um tempo de sentimentos autogestionados, reciprocamente gerenciados no vínculo com o outro. É a cidadania como sentimento. É a ética do sentimento e da sensibilidade que não se impõe, não exige, e sim comove e motiva na comoção. É uma ética que moraliza a partir da emoção e da sensibilidade. Acerca-se um tempo de homens que se sentem interpelados e movidos pela dor alheia, e não por um dever abstrato e universal que era vivido como obrigação e como culpa. Os efeitos de solidariedade não podem ser confundidos com os movimentos de um coração preocupado com o outro. A solidariedade pode ser produzida de maneira vital ou mediática; transmoderna ou pós-moderna. A solidariedade vital passa pela compreensão, que é uma forma de apropriação existencial da fragilidade humana.

E acrescenta:

Na transmodernidade terminam as possibilidades do Estado providência, e resta a cidadania como substituto. Terminou o Estado-providência, começa a cidadania providencial. Sua base é a mediação, como forma de exercitar a compaixão (que como define o Dalai Lama, é a possibilidade de nos colocar no sofrimento do outro). A cidadania tem que fazer da cooperação social uma realidade. A humanização passa por esse sentimento de solidariedade. São micropolíticas pontuais, que podem valer mais do que se imagina.⁶⁴⁷

A solidariedade, como valor civilizatório, perpassa pela construção de uma sociedade fraterna, ambientada na democracia substantiva e como desafio insurgente de nosso tempo, que tem no direito um instrumento de institucionalização da vida social.

4.2 O Estado contemporâneo e a institucionalização do direito na vida social

Do ponto de vista histórico, já são decorridos mais de meio século do

⁶⁴⁷ WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 197-198.

último conflito mundial, e os três Poderes da conceituação clássica de Montesquieu se têm sucedido nesse período na preferência da bibliografia e da opinião pública. Inicialmente teve prevalência o Executivo, instância sobre a qual se depositava o desafio da reconstrução de um mundo arrasado pela guerra. Essa fase trouxe centralidade aos estudos sobre burocracia, as elites políticas e a máquina governamental. Seguiu-se a fase do Legislativo, quando a sociedade civil transformada pelas novas condições da democracia política impôs a agenda de questões atinentes à sua representação. Agora há uma convergência para o denominado Terceiro Poder e a questão substantiva da justiça.⁶⁴⁸

Nessa vigorosa sinalização se faz presente um processo de internalização do Estado por parte de uma sociedade civil que se vem organizando em torno de postulações por novos direitos e práticas igualitárias.

Tal processo não somente aponta para um novo arranjo da clássica antinomia público/privado, como também, na medida em que tensiona a identificação entre Direito e Poder, reatualiza as relações entre Direito e Justiça, como argumentam correntes contemporâneas do neojusnaturalismo⁶⁴⁹ e da filosofia do direito. A sociabilidade moderna, filha do processo de globalização, além de levar ao desgaste as bases particularistas do Estado-nação, ator por excelência, desde Hobbes, do Direito Positivo, bem longe de trazer consigo a superação do Direito, parece designá-lo como o lugar da *praxis* por onde se pode ter acesso ao terreno da utopia.⁶⁵⁰

Sob essa perspectiva, o final do século XX, ao retomar a inquirição sobre a justiça, se reencontra com o século XVIII de Rousseau e Kant, não mais com a carga

⁶⁴⁸ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 24.

⁶⁴⁹ Para o *neojusnaturalismo*, segundo Werneck Vianna e outros, “a revitalização das correntes concernentes a este campo se prenderia ao fato de o positivismo jurídico ter sido incapaz de levantar barreiras valorativas à emergência do nazifascismo na Europa dos anos 20 a 40, e, como C. Lafer lucidamente chama a atenção, ao domínio dos regimes burocrático-autoritários na América Ibérica nos anos 60 e 70. Como reação ao positivismo jurídico, foram impostos, nos preâmbulos e nas declarações dos direitos fundamentais de muitas constituições do pós-guerra, assim como daquelas que sucederam os regimes burocrático-autoritários nos anos 70, tal como no Brasil, princípios normativos de legitimidade absoluta como fonte obrigatória de limitação de todo o Direito Positivo e do Estado, com o que se generalizou a experiência do constitucionalismo democrático. Assim é que, com o constitucionalismo moderno, o direito público passaria a internalizar uma concepção de justo, em uma efetiva ruptura com a arquitetura do Estado de Direito kelseniano” (p. 25). Ver: LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 78. Sobre uma visão histórica do constitucionalismo vinculado ao direito natural, ver: SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, p. 393 e segtes.

⁶⁵⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* Op. cit., p. 24.

revolucionária daquele contexto histórico, marcado pelo signo da razão, para denunciar o mundo de outrora. Agora, pragmático, esse novo ciclo não estaria comprometido com a exploração metafísica da idéia de justiça, bem como não estaria interessado na contraposição entre o Direito Natural e o Direito Positivo. A marca contemporânea está voltada para a positivação do direito nas cartas constitucionais.⁶⁵¹

A agenda do direito e dos direitos tornou-se dominante nos planos político e social na sociedade contemporânea, por conta da radicalização do princípio da igualdade. A expansão do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, dominando espaços dantes inacessíveis a ele, dimensionados na esfera privada. Esse fenômeno decorre principalmente da emergência do movimento operário na luta pelos direitos sociais que eclodiu já na metade do século XIX, pondo fim à separação rigorosa entre Estado e sociedade civil, idealizada pelo pensamento liberal da liberdade negativa. O Direito do Trabalho nasceu do êxito desse movimento operário, conferindo um caráter público ao contrato de compra e venda da força laboral, dantes confinado à esfera privada, coroando décadas de lutas sindicais, apoiadas por amplos setores da sociedade civil, ao final do século XIX e início do século XX.⁶⁵²

A par desse deslocamento da esfera privada para a esfera pública na proteção dos direitos sociais, que antecedeu o Estado do Bem-Estar (*Welfare State*), o Direito do Trabalho infiltrou no campo do Direito um ingrediente de justiça – “presença bizarra na concepção ortodoxa do contratualismo liberal” –, procurando compensar, através da regulação jurídica, a parte considerada economicamente desfavorecida nas relações laborais. Esse direito novo criado importou numa revisão da ordem liberal, conferindo um viés igualitário através da publicização da esfera privada. O direito privado clássico, bem de ver, assentou-se sobre a liberdade individual e sobre o pressuposto da autolimitação dos indivíduos. Tendo ele admitido um fundamento de justiça na proteção do “economicamente desfavorecido” no âmbito do Direito do Trabalho, conferiu-lhe um novo significado, colocando-o a serviço da

⁶⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 24-25.

⁶⁵² Idem, *ibidem*, p. 15.

justiça social.⁶⁵³ Neste tocante, aliás, assinala Habermas que considerações de ética social infiltraram-se em regiões do direito que, até então, se limitavam a garantir a autonomia privada.⁶⁵⁴

Além desse trânsito entre os domínios do público e do privado, verificou-se um traspasse de publicização da esfera privada, com o reconhecimento da existência de um direito desigual para sujeitos substantivamente desiguais. Nessa norte, o indivíduo e a sua autodeterminação como sujeito careceram ser investidos por uma função supra-individual, social, pública, em tudo o que versasse sobre o mercado de trabalho.⁶⁵⁵

O Direito do Trabalho será o ramo do direito em que o “desigual” se apresenta como objeto da tutela das leis e no qual as relações mercantis se traduzem em funções técnico-jurídicas. Com ele, o mundo da norma passa a recobrir, quando não a abafar inteiramente, o mercado e a organização sindical, com o que se publiciza o movimento social que deu partida ao *welfare*. A judicialização do mercado de trabalho, com a transformação dos conflitos a ele inerentes em matéria a ser jurisdicionada pelo direito, significou a tentativa de extrair o tema da justiça social da arena livre da sociedade civil, dos Partidos e do Parlamento, compreendendo-o como um fato a ser regulado pelo Poder Judiciário, de cuja intervenção dependeria uma convivência harmoniosa dos interesses divergentes.

Nesse sentido, o *Welfare State* propriamente dito, que já nasce sobre a base da legislação protetora do trabalho e ordenadora do associativismo sindical, irá consistir em um tipo de intervenção do Legislativo que recondiciona a antinomia entre o direito público e o privado, pondo a própria economia, além do mercado de trabalho, sob a jurisdição da Administração Pública e de suas normas.⁶⁵⁶

O *Welfare State* protagonizou, na leitura de Werneck Vianna, o surgimento do Estado administrativo, “com sua burocracia autonomizada do controle político”, protegendo de modo paternalista cada região da vida social – um onipotente aparelho administrativo, fechado à cidadania e conversor dos indivíduos em clientes. Nesse sentido, a agenda igualitária deveria insistir na judicialização da Administração, mobilizando o direito, suas categorias e procedimentos. Os direitos liberais (primeiros civis e depois políticos) e sociais teriam uma face funcional e normativa. Na funcional,

⁶⁵³ Idem, *ibidem*, p. 15 e 16.

⁶⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. Op. cit., p. 134.

⁶⁵⁵ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política...** Op. cit., p. 16.

⁶⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 16-17.

os direitos liberais estariam identificados com a institucionalização do sistema econômico dirigido pelo mercado, e os sociais, com o regime burocrático do Estado do Bem-Estar. A primazia do Executivo sobre o Legislativo no Estado social, apropriando-se da iniciativa das leis – por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social e por dispor da perícia técnica de seus quadros para atuar na Administração – transforma o direito num dos principais recursos de comunicação do Estado social, pondo sob ameaça a divisão democrática entre os Poderes. O Poder Judiciário, de seu turno, porque dominantes a linguagem e os procedimentos do direito nesse tipo de Estado, é mobilizado para o exercício de um novo papel, de “instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia”.⁶⁵⁷

Nesse contexto, a agenda da igualdade, além de difundir o direito na sociabilidade, redefiniu a relação entre os Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos, como acentua Cappelletti, erigindo-se em um “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”.⁶⁵⁸ Nesse delineamento, sustenta-se a transformação do Poder Judiciário, em nível universal, “em agência de controle da vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o *justo* contra a *lei*. Essa nova perspectiva decorre do constitucionalismo moderno que, ao pontuar os princípios fundamentais, inclusive os direitos sociais, deslocou a hegemonia do positivismo kelseniano, ao abrir espaço para correntes de humanismo jurídico, reintroduzindo no direito a idéia de justiça que o positivismo recusara.”⁶⁵⁹

O processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Judiciário no espaço da política, por outro lado, seria decorrente da democratização social tal como se esboçou no *Welfare State* e da nova institucionalidade da democracia política, afirmada inicialmente após a derrota do nazifascismo e posteriormente com o desmonte, nos anos 70, dos regimes autoritários, trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos

⁶⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 18, 19 e 20.

⁶⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 47.

⁶⁵⁹ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *ibidem*, p. 21 e 22.

fundamentais.⁶⁶⁰

Há, por outro lado, uma tendência à desneutralização do Judiciário, de caráter universal, ultrapassando as questões constitucionais, já que associada às profundas transformações das relações entre Estado e sociedade civil no capitalismo contemporâneo. Tais transformações, segundo Vianna, têm início uma vez conquistados os direitos políticos por domínios subalternos da sociedade, os sindicatos e partidos, “criando-se o que M. Cappelletti denominou de um *welfare* de ‘estado legislativo’, convertido, a seguir, no *welfare state* com seu formato administrativo-burocrático”. E o *welfare* introduz um sentido promocional prospectivo na legislação, deslocando o direito do tempo passado⁶⁶¹ para o tempo futuro, “quando a promoção social estipulada pela lei deverá ser realizada por meio da intervenção do Estado”.⁶⁶²

A desneutralização do Judiciário seria, então, um dos efeitos do novo tipo de articulação, resultante da imposição do *welfare state*, entre a esfera do público e do privado, repercutindo sobre a clássica fórmula da separação dos poderes nos países de *civil law*, caudatários da Revolução Francesa e da sua concepção daquele Poder como a “boca inanimada da lei”. Mais recentemente, outros efeitos macroestruturais vieram a reforçar as tendências à redefinição da fórmula canônica de separação entre os poderes, atribuindo-se crescentemente ao Executivo papéis legislativos, especialmente em matéria econômica, sob o imperativo das necessidades dos governos de agir com presteza e eficácia para inibir ou contornar conjunturas adversas. Processo semelhante vem-se produzindo a partir da institucionalização do chamado neocorporativismo societal, que ao mobilizar os conflitos de interesses das empresas e do sindicalismo para o interior de câmaras de negociação sob a arbitragem do Executivo – à margem, portanto, do Parlamento e dos partidos –, concede alcance “legislativo” às suas tomadas de decisão, as quais, freqüentemente, não só obrigam as partes diretamente envolvidas, como também a sociedade como um todo, em razão das repercussões abrangentes das suas resoluções.

A ação conjugada desses processos tem promovido a debilitação do Legislativo quanto à iniciativa das leis, cada vez mais submetida à ação do Executivo, Poder no qual se entranha o conhecimento, a perícia e os comandos tecnoburocráticos da regulação dos processos econômicos, fundamentais à reprodução do capitalismo moderno. Essa regulação visa sobretudo a realização de resultados na esfera

⁶⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 22.

⁶⁶¹ Werneck Vianna aqui, quando se refere a um direito do tempo passado, se reporta à norma formalizada de caráter geral e abstrato, que é fundamento da chamada certeza jurídica.

⁶⁶² VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e alma...** Op. cit., p. 26. Sobre a referência a Cappelletti, ver: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Op. cit., p. 39.

econômica e opera, animada por uma racionalidade instrumental, no sentido de privilegiar a governabilidade. A exacerbação do poder discricionário do Executivo, o gigantismo do ramo administrativo esvazia o Parlamento “como lugar da vontade geral e expressão de uma racionalidade universal”. Nesse patamar, a função do Estado não se contém mais no modelo de normais gerais, formais e universais, mas em regulações particulares, respostas eventuais às mutações conjunturais da imediata realidade econômico-social.⁶⁶³

A invasão do direito pela política, com a passagem do Estado de Direito ao *welfare state*, segue-se, com o constitucionalismo moderno, a invasão da política pelo Direito, ampliando-se a esfera da legalidade: o Judiciário por meio do controle de constitucionalidade das leis, especialmente no que se refere à declaração dos direitos fundamentais, passa a fazer parte, ao lado Legislativo, da sua formulação. De outra parte, a jurisdição passa a afetar os interesses de indivíduos e os conflitos de caráter coletivo diretamente envolvidos com a dimensão da política, território naturalmente estranho à “certeza do direito”, com o que o tempo da política passa a fazer parte do Direito.⁶⁶⁴

Com o constitucionalismo moderno emerge o Judiciário como um novo ator no processo de adjudicação de direitos, em franca contraposição ao contexto original do *welfare*, tempo em que a luta foi travada no campo da política. Assumindo o Judiciário essa nova função constitucional, o território da incorporação de direitos se requalifica não só com esse novo *locus* institucional, passando a admitir, igualmente, a linguagem da justiça e não somente do Direito. Especialmente nos países de *civil law* houve uma mudança de paradigma, levando o juiz a transcender suas funções tradicionais de adequar o fato à lei, assumindo também a atribuição de perquirir a realidade à luz dos valores e princípios constitucionais. O Poder Judiciário passa a ser um ator que mantém sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis. Sob esse prisma, diferentemente do Estado Liberal, a Justiça não mais é dependente da política, uma vez que o constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário sobre as decisões dos demais Poderes. Com isso, põe-se em evidência o novo papel do Poder Judiciário na vida coletiva, justificando o manejo da expressão “democracia

⁶⁶³ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e Alma...** Ibidem, p. 28-29.

⁶⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 30.

jurisdicional” como designação política do Ocidente desenvolvido.⁶⁶⁵

De outra mirada, novos processos sociais têm incitado a geração de conflitos coletivos, próprios do contexto da globalização e da complexidade da vida moderna, originando fenômenos de massificação da tutela jurídica. A tutela jurídica para conhecimento de conflitos entre grupos sociais e a produção de interesses coletivos e difusos tem sido objeto de inovações processuais do tipo *class action*⁶⁶⁶ e *public interest litigation*, causando um envolvimento do direito na própria sociabilidade, facilitando a formação de identidades e de núcleos de organização social, necessários para a iniciativa judicial. Essas transformações operadas no plano institucional e social têm projetado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a adequação de um cenário para a ação substitutiva à dos partidos e à das instituições políticas propriamente ditas, disponibilizando o Poder Judiciário como uma alternativa para a equação de conflitos coletivos, “para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à justiça”.⁶⁶⁷

Em razão disso, vem-se criando, em torno do Judiciário, uma nova arena

⁶⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 30-31.

⁶⁶⁶ Sobre a origem da *class action* norte americana, inovação que se difundiu para o direito ocidental, esclarecem Werneck e Burgos: “Elaboradas em 1938, no *Federal Rules of Civil Procedure*, as *class actions* foram reformadas em 1966, a partir da revisão da Regra 23, datando daí o surgimento do modelo de tutela de direitos coletivos que vige atualmente nos EUA. Um de seus pressupostos básicos é a existência de uma classe identificável – conjunto de pessoas interessadas, grupo ou categoria. Um segundo pressuposto diz respeito aos critérios para sua admissão, condicionada aos casos em que não é possível e cabível o litisconsórcio. Além disso, cabe aos órgãos judiciais observar se as questões são de direito ou de fato comuns à classe, se há identidade entre esta e o representante, seja ele um indivíduo ou uma associação, prevendo-se, inclusive, a possibilidade de os tribunais ordenarem a comunicação aos demais membros da classe para que fiquem cientes da causa e optem, se for o caso, pela sua exclusão – esse mecanismo é conhecido como o sistema do *opt-out*.”

“A *class action* permite que um litigante represente toda uma classe de pessoas em uma determinada demanda, evitando os custos de criar uma organização permanente; propicia substancial economia de escala, favorecendo a reunião de pequenas causas e aumentando o poder de barganha dos membros da classe, sobretudo pela ameaça de enormes indenizações por danos; e, afinal, fornece incentivos econômicos, mediante a cobrança de honorários, para que advogados se interessem pelas causas. Malgrado essas vantagens, segue bastante custoso todo o processo de defesa através das *class actions*, na medida em que exigem ‘especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas grupos permanentes, prósperos e bem assessorados possuem’ (Cappelletti e Garth)” (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. “Revolução processual do direito e democracia progressiva”. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Op. cit., p. 390-391). Ver também: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Op. cit., p. 61.

⁶⁶⁷ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política...** *Ibidem*, p. 22.

pública, externa ao circuito clássico “*sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária*”, inaugurando-se uma provocante faceta para a teoria clássica da soberania popular. Nesse palco, os métodos políticos de mediação dão lugar ao procedimento judicial, sofrendo o Poder Judiciário interpelação direta de indivíduos, grupos sociais e até de partidos, como na hipótese do controle concentrado de constitucionalidade. Esse contexto institucional, dominante em maior ou menor escala em países ocidentais, denuncia um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, trazendo à cena um novo personagem da *intelligentia*: os magistrados e membros do Ministério Público, qualificados por Antoine Garapon⁶⁶⁸ como “Guardiães das promessas”. Apresentam-se como personagens míticos – Hércules –, como em Dworkin⁶⁶⁹, impelidos em abrir caminho à realização do justo, através de decisões exemplares, habilitando-se como “portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito”.⁶⁷⁰

Há uma dissensão teórica sobre essa nova vertente. Para alguns, a efetividade dos direitos sociais, subsumida ao campo do direito, fora do território livre da sociedade civil, poderia conduzir a uma cidadania passiva de clientes, em desproveito de uma cultura cívica e das instituições da democracia. Aqui valeria a advertência de Tocqueville⁶⁷¹ de que o avanço irresistível da igualdade poderia provocar o esvaziamento dos ideais e práticas da liberdade; ou, numa leitura contemporânea, de que a ampliação do direito, visível na judicialização da política e das relações sociais, e também na positivação dos direitos fundamentais, teria o condão de “desestimular a face libertária e reivindicatória da cidadania social”.⁶⁷² Nesse horizonte, a igualdade somente frutificaria quando embasada numa cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento democrático. Esse eixo

⁶⁶⁸ Ver: GARAPON, Antoine. **Le Gardien de Promesses**. Paris: Ed. Odile Jacob, 1996; _____. **Bien Juger**: Essai sur le Rituel Judiciaire. Paris: Odile Jacob, 1997.

⁶⁶⁹ Sobre essa concepção de Dworkin, Vianna se reporta a François Ost. Ver: OST, François. “Jupiter, Hercule, Hermès: trois modes du juge”. In: BOURETZ, Pierre (org.). **La force du Droit**. Paris: Esprit, 1991.

⁶⁷⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política...** Ibidem, p. 23.

⁶⁷¹ Sobre o assunto, ver: TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1987.

⁶⁷² Ver: TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 291.

analítico é designado como *procedimentalista*, e está identificado nas obras de Habermas e Garapon.⁶⁷³

Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, “ao gozo passivo de direitos”, “à privatização da cidadania”, ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, “à clericalização da burocracia”, “a uma justiça de salvação”, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial.⁶⁷⁴

Compõem outro eixo explicativo, denominado de *substancialista*, as obras associadas a Cappelletti e Dworkin, para quem as novas relações entre direito e política, especialmente através da criação jurisprudencial, além de inevitáveis, seriam favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade.

Especialmente nesse eixo, valoriza-se o juiz como personagem de uma *intelligentia* especializada em declarar como direito princípios já admitidos socialmente – vale dizer, não arbitrários – e como intérprete do justo na prática social. Esse caminho, porém, de “confiar ao ‘terceiro poder’, de modo mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela evolução do direito”, longe de significar uma indicação ingênua de seus autores, é visto como “arriscado e aventureiro”, na medida em que, embora pleno de promessas, pode importar ameaças a uma cidadania ativa.⁶⁷⁵

Para José Eisenberg, nesses dois eixos os autores estabelecem um diálogo crítico com duas tradições, para mostrar os vícios e as virtudes da judicialização da política. O procedimentalismo do eixo Habermas-Garapon implica uma valorização apenas parcial da judicialização na medida em que ela é um indicador das conquistas sociais consolidadas no Estado do Bem-Estar Social. Todavia, aponta também para os riscos da nova forma de cidadania clientelista que tais avanços da judicialização produziram. Neste eixo, portanto, busca-se uma reafirmação do valor procedimental de uma estrutura básica de direitos que

- a) possibilite a reorganização e o robustecimento de uma cidadania ativa no âmbito da sociedade civil;
- b) seja capaz de restabelecer a acepção original do conceito de soberania popular que

⁶⁷³ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política...** Ibidem, p. 23.

⁶⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 23-24.

⁶⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 24.

está na base do modelo democrático constitucionalista vigente no ocidente; e
 c) mutuar, assim, a função paliativa dos atores do Judiciário enquanto contrapeso radical às desigualdades sociais decorrentes do modelo vigente.⁶⁷⁶

Por outro lado, o eixo Cappelletti-Dworkin, na dicção de Eisenberg, confronta a invasão da política pelo direito de uma expectativa um pouco mais otimista. Aponta para o importante papel que os juízes e demais operadores do Judiciário exercem para situarem um contraponto conservador à inevitável tendência dos legisladores de agirem em convergência com os anseios da maioria. Acentua que os juízes são capazes e têm até a responsabilidade – na condição de defensores da Constituição, e símbolo máximo do contrato original que estabelece o horizonte normativo da ordem política democrática – de intervir ativamente nos processos políticos para assegurar a estabilidade e a coerência dessa ordem, bem como sua extensão aos setores menos integrados da sociedade.⁶⁷⁷

A par da controvérsia, esses dois eixos seriam consonantes no reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, “não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadã”.⁶⁷⁸

4.3 A politização do Judiciário e a judicialização do político na sociedade contemporânea

Uma das questões centrais da teoria política e da teoria jurídica é a demarcação dos limites da representação em face de dois fenômenos contemporâneos – a denominada judicialização da política e a politização do jurídico, que parecem subverter a clássica divisão dos poderes concebida pelo Estado liberal. Outra questão adjacente diz respeito à delimitação dos espaços dos diversos sistemas – político,

⁶⁷⁶ EISENBERG, José. “Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política”. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 44-45.

⁶⁷⁷ EISENBERG, José. Op. cit., p. 44-45.

⁶⁷⁸ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política...** Ibidem, p. 24.

jurídico e econômico – objeto de interferências recíprocas, apontadas como razão de uma verdadeira crise da representação.

A desneutralização, a emergência de seu ativismo e, sobretudo, a judicialização da política são processos afirmativos do Judiciário, em escala mundial, compreendendo tanto os sistemas de *common law* como os de *civil law*, constituindo-o, no vaticínio de Cappelletti, no “Terceiro Gigante”⁶⁷⁹. O Judiciário, seja como ator coletivo, seja através do trabalho do juiz individual, “abandona o seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação”⁶⁸⁰.

No plano político um dos temas recorrentes na atualidade é justamente a discussão acerca da capacidade de intervenção do Judiciário no âmbito das questões governamentais. Assuntos habitualmente circunscritos à arena política estariam sendo objeto de decisões judiciais. Por isso, fala-se em *governo de juízes*, *judiciarismo*, *judicialização*, *judiciocracia*, *ativismo judicial*, *juridicização do fato político*, entre outros termos, que retratam essa expansão do Poder Judiciário, fenômeno apontado como um dos mais notórios fatos políticos da atualidade.⁶⁸¹

⁶⁷⁹ Ver: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Op. cit., p. 47.

⁶⁸⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e Alma...** Ibidem, p. 31 e 39.

⁶⁸¹ SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 79-80. O autor esclarece que a expressão (a) *governo dos juízes* é oriunda dos EUA durante o período de expansão do controle de constitucionalidade da Suprema Corte. Sobre o tema, igualmente, reporta-se às obras de LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociale aux Etats-Unis.** Paris: Giard, 1921; LEMOINE, Yves. **Le Complot des Juges.** Paris: Félin, 1993. (b) O termo *judiciarismo* é atribuído ao Ministro Orozimbo Nonato do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido na Representação n. 94-RS, publicado na **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p. 109, mar. de 1948. (c) Já o termo *judicialização da política*, segundo Silva, ver: LOEWENSTEIN, Karl. **Téoria de la Constitución.** 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970; _____. “The Judicialization of Politics”. In: **International Political Science Review.** Londres, v. 15, n. 2, abr. de 1994; SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics and Judicialization.** Oxford: Oxford University Press, 2002; TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Orgs.). **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics.** Nova York: New York University Press, 1995.(d) Quanto ao termo *judiciocracia*, ver: LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Op. cit., p. 325. (e) Sobre a expressão *ativismo judicial*, reporta Silva que a palavra *judicial activism* surgiu nos EUA para designar a participação crescente do Judiciário nas questões políticas, como observa GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas.** Trad. Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Riode Janeiro: Revan, 2001, p. 24). (f) Por fim, o termo *juridicização do fato político*, ver: BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetivação de suas Normas: limites e**

O limite entre o político e o judicial, para Zaffaroni, não pode ser definido formalmente no Estado moderno. A justiça moderna não pode ser apolítica, mesmo porque é inarredável o reconhecimento de que o poder judiciário é governo. A definição do judiciário, por isso, não pode ser estabelecida “na afirmação de que não estabelece regras *erga omnes*, de que não é co-legislador”, porquanto a realidade tem demonstrado que não lhe resta, às vezes, outro recurso do que sê-lo.⁶⁸²

Numa visão sistêmica, para Luhmann⁶⁸³ a sociedade sempre foi uma rede de comunicações. Entretanto, de acordo com Campilongo, os modos de organização dessa rede variaram historicamente e somente na modernidade foram estabelecidos critérios funcionais, com a estabilização de sistemas especializados, como o direito, a política e a economia. Como consequência da realidade de uma sociedade diferenciada funcionalmente, conforme salienta Campilongo, “os vínculos, relações e sobreposições entre sistemas tornam-se pela primeira vez um problema prático e teórico da sociedade”.⁶⁸⁴

Com o advento do Estado moderno evidenciaram-se as exigências de estabilização de sistemas com funções delimitadas. “A atribuição de papéis distintos e específicos aos sistemas jurídico, político e econômico, paradoxalmente cria as condições para que se pense não só na autonomia dos sistemas, mas também nos seus entrelaçamentos”.

Com o sistema jurídico dá-se o mesmo. [...] as grandes categorias do

possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66-73.

⁶⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24-25. Sobre o assunto ver também: BIELSA, Rafael A. **Transformación del derecho en justicia: Ideas para una reforma pendiente**. Buenos Aires: 1993, p. 54; DROMI, Roberto. **El Poder Judicial**. Mendoza: 1984, p. 87 e 83.

⁶⁸³ Ver: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. 202 p.; _____. **Legitimation durch Verfahren**. Berlin: Neuwied, 1969; _____. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Iberoamericana, 2002; _____. **Soziale Systeme**. Frankfurt: Suhrkamp, 1984; _____. **Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general**. México: Anthropos; Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá; CEJA, 1998.

⁶⁸⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e decisão judicial**. Op. cit., p. 23-24. Anota o autor que, “quando os critérios de organização da comunicação eram estratificados, o importante era saber a posição de quem falava na hierarquia social. Os critérios de inclusão nos sistemas dependiam, essencialmente, da origem social, família ou status de nascimento. As diferenças entre o sistema político e jurídico, por exemplo, ocupavam um papel secundário em face dos critérios de estratificação. Ainda não existiam, na visão de Luhmann, sistemas diferenciados funcionalmente” (p. 24).

constitucionalismo moderno constroem as bases estruturais para a autonomia funcional do direito: divisão de poderes, princípio da legalidade, igualdade perante a lei, Estado de direito, personalidade jurídica, garantias das minorias, etc., são exemplos dessas ações. Mas as Constituições, se de um lado fornecem as ferramentas para o fechamento operativo do direito, de outro também são o mecanismo da abertura cognitiva do direito para a política. No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política. Isso não significa ignorância ou insensibilidade pela política. Ocorre que os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema. Enquanto a política opera num quadro de complexidade elevada e indeterminada, o direito atua num contexto de complexidade já reduzida e determinada por limites estruturais mais rigorosos.

Só quando o direito procura limitar a política e a política determinar o direito a ‘politização da justiça’ e ‘judicialização da política’ tornam-se problemas relevantes. Sem que se saiba a função específica de um e de outro sistema, não há sentido em se fazer as conexões ou sobreposições.⁶⁸⁵

No plano jurídico, na acepção de Faria, de todos os ramos do Direito talvez seja o constitucional o mais impactado pelas transformações econômicas e políticas destas últimas décadas. A idéia de constituição, fruto da engenharia política liberal-burguesa do século XIX, foi pensada como “centro emanador do ordenamento jurídico”. O direito constitucional principiou o século XX como sinônimo de segurança e legitimidade. Demarcou os mecanismos de violência monopolizados pelo Estado, “institucionalizando seus procedimentos decisórios, legislativos e adjudicatórios”, situou as formas de participação política e definiu o espaço soberano da palavra e da ação “em contextos sociais marcados pelo relativismo ideológico e em cujo âmbito o poder do Estado depende de critérios externos aos governantes para ser aceito como válido”.⁶⁸⁶

No limiar do século XXI, contudo, a idéia de constituição cada vez mais é apontada como entrave ao funcionamento do mercado, como freio da competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo à expansão da economia. O que ocorreu ao longo desse período? O que explica a metamorfose sofrida pelas constituições contemporâneas, deixando de ser aceitas como condição de legitimidade da ordem jurídico-política para se converter em objeto de um amplo processo de reforma e enxugamento? O que levou a esse refluxo do constitucionalismo e do próprio direito público e a

⁶⁸⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Ibidem*, p. 24-25.

⁶⁸⁶ FARIA, José Eduardo. “Prefácio”. In: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. xv.

retomada das pretensões hegemônicas do direito privado, especialmente o civil?⁶⁸⁷

E ao contextualizar a influência da economia sobre o sistema jurídico, contaminando todos os demais setores da vida social, completa:

Ao final do século passado, os princípios e mecanismos básicos forjados pelo constitucionalismo, como as liberdades fundamentais, o equilíbrio dos poderes e a segurança do direito, alimentavam um projeto jurídico-político considerado capaz de enfrentar a crescente complexidade sócio-econômica gerada pelo capitalismo mercantil. Hoje, com a globalização dos mercados e a internacionalização do sistema financeiro, valores como ganhos incessantes de produtividade, acumulação ilimitada e livre circulação de capitais converteram-se em imperativos categóricos, transcendendo os limites da economia e contaminando todas as demais esferas da vida social.⁶⁸⁸

A preponderância da lógica do mercado, segundo Faria, que contagia todas as esferas da vida social, atendendo aos imperativos peremptórios do sistema econômico, esvaece a compreensão de uma ordem constitucional submetida a um padrão político e moral.

Anseios e expectativas formadas ao longo de tensos e conflitivos processos de construção e reconstrução política, em cujo âmbito o tipo de sociedade por eles constituído corresponde a uma certa concepção de moralidade, são sumariamente desqualificados e desconfirmados. Daí, em relação a todas essas mudanças, a tentativa de se recuperar a ética no centro das discussões, ao menos do ponto de vista teórico. Mais precisamente, de se retornar às questões sobre o reconhecimento da dignidade humana, da manutenção das redes sociais de produção, dos direitos dos pobres e das minorias, da atribuição ao poder público da responsabilidade pela equalização de oportunidades – enfim, as velhas, porém muitas vezes esquecidas questões de justiça distributiva e do bem comum, que vinculam Estado e cidadania.⁶⁸⁹

Especialmente sobre a inserção da ética no âmbito da política para lograr-se a configuração de uma identidade na democracia, Cittadino observa que o tão anunciado “triunfo” da democracia liberal⁶⁹⁰ convive com o fim da utopia igualitária, com as constantes violações de direitos humanos, com o sentimento de vazio

⁶⁸⁷ FARIA, José Eduardo. Op. cit., p. xv.

⁶⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. xv e xvi.

⁶⁸⁹ Idem, *ibidem*, p. xvii.

⁶⁹⁰ A autora sublinha esse triunfo da democracia liberal especialmente pela derrocada do autoritarismo comunista no Leste Europeu e a reconstrução do Estado de Direito nos países latino-americanos, após longas ditaduras militares, além da convivência de grupos étnicos e religiosos em sociedades multiculturais, que marcaram a história política do final do século XX.

associado a uma compreensão da política enquanto mera estratégia de engenharia social, com as concepções de “estado mínimo” e de mercado concorrencial que agravam a sensação de desamparo e fragilidade.⁶⁹¹

Acrescenta que é em meio a esse contexto histórico complexo que se pode assistir a um renascimento da filosofia política, centrada nas relações entre ética, direito e política, cuja principal marca é o compromisso indiscutível com os ideais democráticos. A filosofia política, nessa conjuntura histórica, parece ter encontrado a certeza de que já não é possível sobreviver fora de algum padrão de eticidade e de justiça.⁶⁹²

Por outro lado, sublinha Cittadino que a ficção do sujeito pré-político dá lugar agora à intersubjetividade, ou seja, a considerações acerca das relações lingüísticas entre os indivíduos. A filosofia política contemporânea⁶⁹³ se defronta com os valores culturais, os mundos plurais, as diversas concepções sobre a vida digna, uma vez que o sujeito racional solitário está morto. É pela via da intersubjetividade, portanto, que se regressa ao mundo da ética, do direito e da política. As diversas correntes travadas no âmbito da filosofia política, envolvendo liberais,⁶⁹⁴ comunitários⁶⁹⁵ e crítico-deliberativos,⁶⁹⁶ compartilham esse território comum de

⁶⁹¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Op. cit., p. 75-76.

⁶⁹² Idem, *ibidem*, p. 76.

⁶⁹³ Há pelo menos quatro correntes doutrinárias, no âmbito da filosofia política, que realizam um debate teórico – os *libertários*, os *liberais contratualistas*, os *comunitaristas* e os *crítico-deliberativos*, conforme anota José Eduardo Faria. Gisele Cittadino, na obra em destaque, privilegia três dessas correntes – os liberais, os comunitários e os crítico-deliberativos, que serão objeto de referência. Sobre os *libertários*, anota Faria:

“Os *libertários*, como Robert Nozick e Friedrich Hayek para quem (a) o aparato coercitivo-jurídico do Estado moderno tem sido utilizado para pressionar o indivíduo e violar seus direitos, inclusive quando o obriga a ajudar o próximo ou o proíbe de desenvolver determinadas atividades para se proteger contra roubos e fraudes, (b) as idéias de justiça social em princípio são um contra-senso por comprometer as liberdades inerentes ao homem, (c) a livre apropriação seria o único princípio de justiça, e (d) só o Estado mínimo, limitado às funções restritas de proteção contra a força e fiscalização do cumprimento de contratos, é justificável” (FARIA, José Eduardo. *Ibidem*, p. xviii).

⁶⁹⁴ Para Faria, os *liberais contratualistas*, como John Rawls e Ronald Dworkin, “tratam de questões como as relativas à efetividade e ao reconhecimento dos direitos civis dentro da tradição kantiana, vendo a sociedade como uma combinação da afirmação de identidades e da eclosão de conflitos entre distintas concepções individuais acerca do bem e da vida digna” (FARIA, José Eduardo. *Ibidem*, p. xviii).

⁶⁹⁵ Segundo Faria, “os *comunitaristas*, como Michael Walzer, Charles Taylor, Michael Sandel e Alasdair MacIntyre, que recuperam a tradição aristotélica ao (a) pôr em xeque a pressuposição de um sujeito universal e não situado historicamente, (b) enfatizar a multiplicidade de identidades sociais e culturais étnicas presentes na sociedade contemporânea e (c) conceber a justiça como a virtude na aplicação de

investigar como se pode compreender a sociedade e quais os elementos e instrumentos que devem atuar nesse processo. A intersubjetividade é para todos, entretanto, marco de referência da ética e da política, imediatamente vinculada à idéia de construção da democracia.⁶⁹⁷

A representação política, diz Campilongo, está em crise. A divisão do trabalho, idealizada com a democracia liberal e associada à crescente diferenciação social, pensou-se, possibilitaria um sistema especializado na tomada de decisões coletivas. Essa atribuição seria própria do sistema político, incumbindo às instituições representativas, em nome da sociedade, decidir sobre o futuro. Imaginou-se a partir das intervenções do sistema político, no dizer de Campilongo, “formatar a economia, o direito, a educação, a saúde, enfim, o mundo”. Havia a confiança sobretudo “na calculabilidade, previsibilidade e racionalidade das decisões políticas”.⁶⁹⁸

Apesar de o sistema político desempenhar, hoje, uma função específica, as demais expectativas criadas no plano da sociedade redundaram em eloqüente fracasso, notadamente pela infactibilidade de se decidir no presente como será o futuro. De fato, persiste uma “ingênua convicção na capacidade prestidigitadora do sistema político”, determinante da crise da representação hodierna.⁶⁹⁹

Lembra Campilongo que essa ambição totalizante do sistema político invariavelmente deságua em frustrações. Para os fracassos, encontram-se desculpas simplórias – “políticos corruptos, eleitores ignorantes, planejamento deficiente, conseqüências não previstas”, sem que se discutam politicamente os limites do sistema

regras conforme as especificidades de cada meio ou ambiente social, criticando os liberais por não serem capazes de lidar com as situações intersubjetivas e de ver os diálogos apenas como uma ‘sucessão alternada de monólogos’” (Idem, *ibidem*, p. xviii-xix).

⁶⁹⁶ Os *crítico-deliberativos*, consoante Faria, “como Jürgen Habermas, formados na tradição hegeliano-marxista, para quem (a) os valores normativos modernos só podem ser compreendidos por meio de leituras intersubjetivas, (b) o princípio do universalismo moral foi encarnado de modo imperfeito nas instituições do Estado constitucional, tendo definhado a ponto de não ser mais do que uma simples palavra, (c) só a razão comunicativa possibilita ‘acordos sem constrangimentos’ em condições de se irradiar para toda a sociedade, e (d) a diversidade das concepções individuais a respeito da vida digna, apreçoada pelos *liberais*, e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições, enfatizada pelos *comunitaristas*, estão presentes nas democracias contemporâneas, não havendo como optar por uma em detrimento da outra” (Idem, *ibidem*, p. xix).

⁶⁹⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito...** *Ibidem*, p. 76-77.

⁶⁹⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 73.

⁶⁹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. cit.*, p. 73.

político. Esse déficit de representação leva a outra falácia, a eventual capacidade do mercado para decidir, substituindo os mecanismos de escolha coletiva. Nesse processo, em vão, sai a política e entra a economia, transferindo-se para o sistema econômico os malogros do sistema político.⁷⁰⁰

A representação política tem estruturas, funções e técnicas de atuação que não lhe permitem substituir ou suprir as deficiências e lacunas dos sistemas econômico e jurídico. A economia e o direito, por sua vez, operam em bases que não se confundem com as da política. É evidente a enorme relação entre os sistemas. Mas isso não significa que um determine o outro. Política, economia e direito podem trocar prestações, mas nunca atuam com lógica intercambiáveis. Dito de outro modo: os sistemas sociais particulares são funcionalmente isolados e, por isso, só podem ser autocontrolados e autoestimulados. Só a política pode reproduzir o sistema político.⁷⁰¹

De efeito, a representação política, desconhecida dos povos antigos, no dizer de Campilongo, é uma característica e um sintoma da sociedade moderna. Com a modernidade, no plano jurídico estabeleceu-se a universalização do direito, ao passo que no campo político afirmou-se a democratização da participação. “Direito universal é direito posto por decisões. A participação democrática, por seu turno, é premissa para que as decisões coletivas sejam tomadas”. Há nesse universo, todavia, “um excesso de possibilidades de escolha, de alternativas para o direito a ser positivado e opções entre diferentes linhas políticas. Só com a modernidade essas condições estruturais foram oferecidas aos sistemas jurídico e político”.⁷⁰²

“Escolher, selecionar ou optar – numa palavra: decidir” –, isso significa o mesmo que expor, nas condições da sociedade moderna, o direito e a política à contínua transformação, em vista da contingência do processo decisório. A instabilidade, nesse processo, não é defeito e nem vício da democracia moderna. Ao contrário, a abertura para novas alternativas, assim como as incertezas, é da essência

⁷⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 74.

⁷⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 74. Anota Campilongo, que “quando o sistema político se confunde com os sistemas econômico e jurídico; quando há sobreposição de funções entre os sistemas; quando a diferenciação funcional encontra resistência em estruturas hierárquicas, o poder passa a ter donos – como diz RAIMUNDO FAORO – e a democracia transforma-se num lamentável mal-entendido – na crítica de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA. A democracia representativa só é realizável num contexto em que política, economia e direito são plenamente diferenciados. Quando as decisões políticas – exceção feita ao controle de constitucionalidade – são condicionadas, bloqueadas, ou inviabilizadas pelo poder econômico ou pelos tribunais, não existe representação política” (p. 74-75).

⁷⁰² Idem, *ibidem*, p. 75.

da democracia. As instituições representativas são os veículos dessas variações e instabilidades, e, talvez por esse motivo, fala-se de crise da representação política, desde as origens da modernidade.⁷⁰³

Universalização do direito e democratização da política indicam uma importante interdependência entre os sistemas jurídico e político⁷⁰⁴, notadamente porque na democracia representativa a lei deve ser a expressão da soberania popular. Assim, a representatividade condiciona-se às normas definidas pelo direito e vice-versa. O que caracteriza a modernidade, no entanto, como consequência dessa ampla interação dos sistemas, é a separação de funções entre o direito e a política. As instituições representativas, por isso, podem instituir o direito novo, todavia são compelidas a acatar os limites impostos pelo próprio direito. De igual sorte, os tribunais também podem decidir questões de cunho político inovador, mas no processo judicial são compelidos a observar as fronteiras fixadas pelo sistema político.⁷⁰⁵

Como visto, os sistemas se intercomunicam funcionalmente, mas se submetem à observância dos limites de cada qual, fixados pela Constituição, sob pena

⁷⁰³ Idem, *ibidem*, p. 76.

⁷⁰⁴ Sobre o processo de produção do Direito pelo poder político, numa visão sistêmica, Calmon de Passos enumera: “O processo de produção do Direito pelo poder político democraticamente institucionalizado realiza-se mediante os seguintes procedimentos redutores de complexidade: a) A definição prévia de expectativas compartilháveis, expressas em termos gerais, como primeira redução de complexidade, com o que se viabiliza um mínimo de previsibilidade de como serão compostos os conflitos que vierem a se instaurar na convivência social (o denominado direito material). b) A subsequente disciplina do procedimento a ser adotado pelos interessados e pelos agentes públicos, quando atuarem para prevenir ou solucionar os conflitos de interesses não compostos ou insuscetíveis de ser compostos pelos próprios interessados (o denominado direito processual). c) Por fim, para lograr esses objetivos, a organização da função e definição das competências dos agentes que se farão responsáveis pela composição dos conflitos que vierem a se configurar nas relações sociais (normas de organização). Nesta perspectiva, distingue-se o *processo legislativo* de produção do Direito, delimitada a função de cada qual deles no espaço amplo da disciplina da solução dos conflitos, específica do jurídico, aos quais, na modernidade, e em decorrência da institucionalização do Estado de Direito Democrático, se acresceu o *processo administrativo* de produção do Direito. Há, por conseguinte, no processo global de produção do Direito, uma primeira redução de complexidade, de *natureza predominante, mas não exclusivamente política*, para determinação de um universo de *dever ser* formalizados em termos genéricos, a par de uma segunda redução de complexidade, de *natureza predominante, mas não exclusivamente técnica*, a partir daquela, para concreção do que foi definido genericamente, tendo em vista sua aplicação a casos concretos. O processo político-legislativo disciplina e conforma a primeira função; os processos político-administrativo e político-jurisdicional disciplinam e conformam a segunda função. Tudo isso com atendimento aos preceitos constitucionais” (PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.87).

⁷⁰⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Idem*, p. 76.

de se inviabilizarem reciprocamente e comprometerem a própria democracia.

Conforme acentua Campilongo, a modernidade trouxe as idéias de democracia representativa e de Constituição. A democracia constitucional pressupõe a separação entre os sistemas político e jurídico, pois sem essa distinção não há democracia. Como regra isso significa que as decisões políticas não se submetem ao controle judicial, com exceção à constitucionalidade. De igual sorte, as decisões dos tribunais independem do aplauso das assembleias ou da aceitação das praças. Nesse viés ele adverte para o que se denomina perigo da “juridificação da política” ou da “politização da justiça”.⁷⁰⁶

O problema apenas residiria quando os papéis se invertem e os juízes intentam assumir a condição de representantes do povo, ou os políticos, a pretexto de submeter o Judiciário à lógica do consenso popular, procuram amordaçá-lo, criando entraves que não possibilitam o funcionamento tanto do sistema jurídico quanto do sistema político. A Constituição, bem de ver, é o engenho pensado para impedir a politização do direito e proteger a representação das intromissões do Judiciário. É a Constituição que equaliza um sistema em relação ao outro e que delimita o território funcional de cada qual.⁷⁰⁷

O alargamento que se deu à atividade do Estado, segundo Calmon de Passos, não importou em alteração substancial da função de julgar, ainda voltada e exclusivamente para a solução dos microconflitos. Esse universo apenas se enriqueceu com os novos conflitos “entre os sujeitos de direito em geral e os agentes públicos, também estes limitados, agora, pela lei, por conseguinte suscetíveis de serem questionados perante os órgãos da função jurisdicional”.⁷⁰⁸

Não se institucionalizou, por força disso, uma função que às demais se sobrepôs, porque também a função jurisdicional se coloca sob o império da lei e sujeita-se à deslegitimação pelos agentes das demais funções básicas do Estado, como mandatários do povo soberano, e pelo próprio povo, diretamente. Nem lhe foram atribuídas funções políticas, inaceitáveis sem a legitimação específica constitucionalmente reclamada para isso. Nenhuma limitação, por conseguinte, em termos de definição política, sofreu a função legislativa, que

⁷⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 82.

⁷⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 76-77.

⁷⁰⁸ PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Op. cit., p. 90.

permanece como a única legitimada para a formalização da vontade geral, democraticamente expressa e institucionalizada, só modificável pelo processo político, jamais por outra via. Novidade foi sua atribuição, com maior ênfase, a agentes executivos e judiciários, em dimensão diversa da anterior e com alcance diferenciado.⁷⁰⁹

Os agentes políticos e o processo político, consoante Calmon de Passos, permanecem como únicos autorizados a formalizar decisões de natureza política fundamental. Os agentes administrativos e jurisdicionais, assim como o processo administrativo e judicial, precisam de legitimidade e adequação para formalizar decisões políticas básicas. Nenhuma das três funções – legislativa administrativa e judicial –, no entanto, é livre e soberana para sobrepor-se à única soberania reconhecível num sistema democrático – a vontade popular, exercida através do processo político constitucionalmente instituído.⁷¹⁰

Em palavras mais simples – só é Estado de Direito Democrático aquele em que todo e qualquer detentor de poder político só pode exercitá-lo nos limites de sua competência, sujeitando-se à responsabilidade social quando faltar a esse dever. Outrossim, só é Estado de Direito Democrático aquele em que as entidades e órgãos responsáveis pelo exercício do poder político, nos limites de sua competência, submetem-se a recíprocos controles, com vistas à atuação tanto quanto possível harmônica, sem prejuízo de sua autonomia (ausência de vínculos hierárquicos) nunca independência (ausência de responsabilidade), o que também vale para o Judiciário, não apenas para o Legislativo e para o Executivo. Donde ser negação do Estado de Direito Democrático toda organização da função jurisdicional que se mostre em desacordo com essas exigências fundamentais.⁷¹¹

Nesse passo, pondera Campilongo que sem autonomia funcional a representação política e o direito perdem sua capacidade de assegurar procedimentos decisórios que mantenham abertas e crescentes as probabilidades de escolha, variação e construção de alternativas. A representação política, por evidente, não pode tudo e muito menos é capaz de transformar os grandes ideais em realidade. Sem ela, no entanto, perde-se uma peça basilar para a sustentação da democracia.⁷¹²

⁷⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 90.

⁷¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 91.

⁷¹¹ Idem, *ibidem*, p. 92.

⁷¹² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Ibidem*, p. 77.

4.4 A representação funcional do Judiciário, peculiar numa sociedade marcada por déficit de democracia, e a representação argumentativa das Cortes Constitucionais

A sociedade mundial convive com uma enorme expansão da complexidade⁷¹³ social, isto é, de pluralidade de alternativas, e da contingência do processo decisório, que permite a escolha de uma dentre várias opções políticas. Isso significa que quanto mais complexa e contingente a sociedade, mais raras as possibilidades de decisões consensuais, o que equivale a cometer escolhas árduas, em pouco espaço de tempo, sobre assuntos não rotinizados e com decorrências sociais imprevisíveis. Nesse contexto é que os temas da política se reproduzem – fato que constitui, na advertência de analistas da sociedade contemporânea, mais do que a eventualidade do perigo, a inevitabilidade dos riscos.⁷¹⁴

É nesse cenário que ressurge o debate acerca da função política dos tribunais e do próprio Ministério Público, assim como dos operadores jurídicos, para o que se convencionou designar de “politização do judiciário”. O reverso desse fato vem

⁷¹³ Sobre *complexidade e contingência*, conceitos extraídos da *teoria dos sistemas*, reporta-se Calmon de Passos, acerca do pensamento de Luhmann: “Falar de sociedade [...] é falar de sistema, de ordem social. E como a ordem social é possível? Para ele, o problema, que é a origem da gênese e da manutenção da ordem social, se configura sob a égide de dois conceitos estreitamente ligados: *complexidade* e *dupla contingência*. Por *complexidade* se compreende o conjunto de todos os acontecimentos possíveis. Desenha-se, assim, o campo ilimitado dos *mundos possíveis*. Essa complexidade remete a duas idéias. De um lado, um mundo de possibilidades, que não é um mundo real e para sê-lo se fez necessário que o *acaso* permitisse a decantação de um desses mundos possíveis, para transformá-lo em mundo real. Por outro lado, o campo ilimitado das possibilidades que se denomina *complexidade*, concebe-se, conceitualmente, como *caos* e não como *cosmos*. Quando se faz possível uma certa ordem de infinitude, reduz-se a complexidade e a sociedade começa a existir. É nessa idéia de *redução da complexidade*, como processo social permanente, que Luhmann situa o motor da evolução dos sistemas sociais”.

E acrescenta: “Complexidade, entretanto, não significa apenas evolução, ela está presente no começo de toda ordem, na origem de toda a interação social.

“Se pensarmos uma situação originária de contato entre dois indivíduos, sobre o pano de fundo dessa complexidade não reduzida ainda de alguma maneira, isto é, na ausência da sociedade, o problema toma a forma de uma *dupla contingência*. *Contingente* é o que não é necessário nem impossível, mas simplesmente possível. Quando dois indivíduos entram em contato nesse quadro, cada qual deles perceberá essa contingência, que diz respeito tanto a ele quanto ao outro. Isto não serve a nenhum deles para orientar-lhes a conduta, pois é impossível a qualquer deles conhecer as *expectativas* do outro. Nada é previsível onde tudo é possível. Nestes termos não há expectativas, não há comunicação. Da desordem não rompida só pode decorrer desordem” (PASSOS, J.J. Calmon de. *Ibidem*, p. 84-85).

⁷¹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Ibidem*, p. 83.

representado por um processo de substituição e delegação do sistema político ao sistema jurídico – particularmente aos tribunais – de importantes competências decisórias, fenômeno denominado de “judicialização da política”.⁷¹⁵

Diante das incertezas do processo decisório político (e dos riscos a ele inerentes) o Judiciário estaria, cada vez mais, assumindo um papel de revalidador, legitimador ou instância recursal das decisões políticas. Os temas da política, premidos por uma multiplicidade de demandas, seriam revistos pelo sistema jurídico. Livre dos ônus do processo eleitoral, limitado por interferências cognitivas técnicas e, especialmente, mantendo uma relação menos imediata com os conflitos, os tribunais contariam com um ambiente de serenidade que, mesmo sendo incapaz de eliminar as incertezas das decisões, os habilitaria a manter esses riscos dentro dos limites toleráveis. A questão é saber: o sistema jurídico está apto a substituir funcionalmente o sistema político?⁷¹⁶

A tarefa da democracia, para Campilongo, é manter elevadas taxas de contingência e complexidade. Havendo redução dessas taxas drasticamente, como sucede nas ditaduras, “acentua-se a sobreposição de funções entre a política e o direito, geralmente em prejuízo do sistema jurídico”. Abrindo-se mão do direito e da política, enquanto alternativas possíveis, “tem-se a redução da complexidade, mas como via para a supressão da diferenciação funcional e eliminação da contingência”. Nessa conjuntura excepcional, “não há que se falar em fechamento operativo do sistema ou sistemas autopoieticos”.⁷¹⁷

Alerta, entretanto, que não é o caso de se restaurar a antiga distinção entre legislação e jurisdição. A hipertrofia do direito legislado apenas reforçaria e alimentaria as possibilidades do direito judicial. Também não se poderia negar a expansão global do Judiciário e suas conotações políticas. Na sociedade moderna,

⁷¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 83-84.

⁷¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 84.

⁷¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 85. Sobre o caráter autopoietico do direito moderno, salienta Campilongo: “O direito desempenha uma função muito importante, específica e insubstituível nas sociedades modernas. Cada operação do sistema jurídico parte da operação anterior e cria condições para a operação seguinte, todas elas encerradas no mesmo código recursivo: a distinção direito/não direito. Nisso reside o caráter autopoietico do direito moderno. Daí se dizer, igualmente, que a função do direito resume-se à garantia e confirmação de expectativas de direitos. Insista-se: não se trata de pouca coisa. O sistema político, já se disse aqui, atua com base noutras referências. Sua função é tomar as decisões que vinculem a coletividade. São outras as operações que permitem sua ‘autopoiese’. O aparato conceitual do direito moderno, em que pesem todas as suas limitações, é o fruto de uma longa aquisição evolutiva. Pressupõe, de um lado, as mencionadas interdependências entre política e direito. Mas decorre, paradoxalmente, da autonomia funcional dos dois sistemas” (p. 85).

“democracia é sinônimo de manutenção de elevada complexidade e pressupõe diferenciação funcional entre o sistema jurídico e o sistema político”. A censura que faz é junto a alguns setores da magistratura que, invocando justificável desilusão do sistema político, avocam para si a condição de “substitutos funcionais” de partidos, eleitores, políticos e parlamentos. Adverte Campilongo que não há democracia sem escolha, sem manutenção da complexidade e, nesse aspecto, sem “governo representativo”. E conclui não haver garantias à oposição e nem independência da magistratura sem um sistema jurídico operativamente fechado. “O ‘governo dos juízes’, carente de verificação histórica, também é incompatível com a manutenção de uma complexidade social sempre elevada”.⁷¹⁸

A consolidação institucional da democracia brasileira, além dos problemas sociais emergentes de uma sociedade profundamente desigual e injusta e de baixo índice de cultura cívica, enfrenta um problema político que se revela particularmente grave, que diz respeito às relações assimétricas entre os três Poderes da República. O atual sistema potencializa o Executivo, em desfavor de um Legislativo com baixa legitimidade, e repatria para o Judiciário demandas de caráter político e social que teoricamente estariam na órbita da representação.

Por tudo isso, a doutrina tem afirmado a existência de um déficit no nosso modo de funcionamento da democracia que, tornado constante, poderia pervertê-la em um sistema de procedimentos formalizados tendentes a se fechar às expectativas e demandas sociais.⁷¹⁹

Tal déficit é perceptível pela predominância do Executivo sobre o Legislativo, evidenciada pela prática abusiva da edição de Medidas Provisórias, notadamente em matérias não compreendidas na cláusula da reserva de emergência prevista na Constituição, subtraindo, no processo decisório sobre temas estratégicos para os rumos da sociedade, a formação da opinião não só no âmbito parlamentar, mas também da sociedade civil. A ultrapassagem da deliberação parlamentar, perceptível nas contínuas reedições de Medidas Provisórias, que auferem eficácia sem transpor a

⁷¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 87.

⁷¹⁹ VIANNA, Luiz Werneck. “Apresentação”. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 8.

controvérsia e a aprovação da representação popular, estaria a refletir o sintoma da assimetria entre esses dois Poderes. O mais preocupante é que esse processo de ultrapassagem tem a aparente conivência do próprio Parlamento, quando este, por exemplo, opta por não votar as Medidas Provisórias, camuflando complexos mecanismos de cooptação exercidos pelo Executivo junto à sua maioria parlamentar, mercadejando o silêncio obsequioso com a liberação de recursos para projetos de interesse de suas bases eleitorais.⁷²⁰

Essa delegação viciosa por parte do soberano tem gerado um circuito vicioso nas relações entre o vértice do Executivo com as bases locais, mediadas por parlamentares com acesso aos recursos públicos, dando lugar à política assistencialista com que o governo procura se legitimar. Nesse circuito é que se avigora a dissociação recorrente entre representantes e representados e se reduz a cidadania “a uma massa passiva, mero objeto de políticas compensatórias e dos eventuais benefícios provenientes das máquinas que manipulam clientelas”.⁷²¹

Assim, se o civismo, por definição, implica a existência de uma esfera pública que se abre à participação de todos, as práticas prevalentes de diminuição do papel do Legislativo na formulação da agenda política do país mínguem a sua função institucional de ser responsivo às demandas da cidadania e as possibilidades de se conectar ativamente com a sociedade civil. A gravitação do Legislativo em torno do Executivo, de que é testemunha a presença de muitas das principais personalidades de diferentes partidos à testa de ministérios, em um simulacro de regime parlamentarista que apenas reforça aquele último Poder, induz à retração da esfera pública e cerceia suas possibilidades de contato com o mundo da opinião. Por meio dessa operação, realizada no âmbito das relações entre esses dois Poderes, esvazia-se a substância democrática do regime de 1988.⁷²²

Nessa contingência, o público torna-se um ambiente sob o domínio do Executivo e das lideranças de sua maioria congressional, que passa a decidir, em estilo monocrático, sobre interesses e valores que vinculam a todos. O Executivo, nessa distorção, arroga-se o papel de intérprete da vontade geral. Submete suas “interpretações”, usualmente confinadas ao âmbito deliberativo da tecnocracia estatal, à confirmação da maioria, que, pelo sistema de Medidas Provisórias, pode dispensar a

⁷²⁰ VIANNA, Luiz Werneck. Op. cit., p. 8-9.

⁷²¹ Idem, ibidem, p. 9.

⁷²² Idem, ibidem, p. 9.

aprovação explícita. Especialmente no tocante às questões econômicas, a opinião e o fluxo das opiniões, nesse contexto limitador de uma cultura cívica, não encontram meios e modos de tradução de sua vontade na esfera pública.⁷²³

Atuando reativamente aos efeitos desse estreitamento da esfera pública tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas, das organizações sociais e do próprio cidadão, que recorrem ao Judiciário “contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo quanto do Legislativo”. A judicialização desse movimento tem logrado eventualmente limitar a ação legislativa do Executivo, enquadrando a sua intervenção regulatória do mercado aos comandos da ordem racional-legal. Além disso, através de novos institutos processuais como a ação popular e a ação civil pública, tem sido possível a defesa do cidadão contra o Estado e o poder econômico. O caráter afirmativo desse processo adquiriu tal relevância que hoje é plausível pensar em judicialização da política e das relações sociais como uma dimensão da sociedade brasileira.⁷²⁴

Nesse aspecto, a Constituição de 1988 redefiniu as relações entre os Três Poderes da República, dando eficácia ao sistema do *judicial review*, ampliando os sujeitos institucionais da sociedade civil “na comunidade de intérpretes com direito à participação no controle da constitucionalidade das leis”. Essa inovação possibilitou que segmentos organizados da sociedade civil passassem a ter legitimação para provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal para discutir a inconstitucionalidade de lei ou de norma da Administração. De igual sorte, os institutos da ação popular e da ação civil pública foram constitucionalizados com maior abrangência. O Ministério Público, por sua vez, foi refundado, agora com a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Essa nova formatação institucional possibilita, através da procedimentalização da aplicação do direito, a criação de outro *locus*, ainda que embrionário, de manifestação da esfera pública, com capacidade de atuação sobre

⁷²³ Idem, *ibidem*, p. 10.

⁷²⁴ Idem, *ibidem*, p. 10-11.

o poder político, conectando o cidadão e suas associações com o Poder Judiciário.⁷²⁵

Esse novo *locus* da esfera pública, erigido em torno do direito, de suas instituições e procedimentos, “estaria mobilizando formas e mecanismos de representação funcional⁷²⁶, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, o sindicalismo, as ONGs e a vida associativa em geral”, sem a pretensão de concorrer com o sistema de representação política. Em verdade, as duas formas de representação – a funcional e a política – atuariam em uma relação de complementaridade, de reforço recíproco. Essa relação de complementaridade, extraída da tradição republicana brasileira, estaria atuando de forma compensatória em relação ao déficit democrático, especialmente contra a intervenção legislativa do Executivo. A ilustrar essa premissa, a evidência de que são os partidos minoritários no Parlamento, assim como as organizações sindicais, os dois personagens sociais que usualmente mais utilizam as

⁷²⁵ Idem, *ibidem*, p. 11.

⁷²⁶ Werneck Vianna e Marcelo Burgos, tratando da representação funcional, dissertam sobre sua conformação típica na tradição republicana brasileira, desde os anos 30. Colhe-se: “A Constituição de 1988, documento com que o país se reencontra com a democracia política, longe de erradicar as formas de representação funcional, não somente as consagra, como lhes concede um novo e afirmativo papel ao entendê-las, tacitamente, como parte integrante dos mecanismos da democracia participativa. Confiou-se, assim, ao Ministério Público – órgão não eleito de inequívoco caráter de representação funcional – a representação da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, convertendo-o em uma instituição aberta às demandas da sociedade. E, principalmente, admitiram-se na comunidade de intérpretes da constitucionalidade das leis algumas categorias, como a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tem-se, portanto, que a nova Carta introduziu uma mudança significativa quanto à representação funcional, como no caso dos sindicatos, legitimados para serem autores das ações civis públicas e dos mandados de segurança coletivos, o que implicou destinar parte da sua atividade institucional ao Poder Judiciário, contrariando a experiência que nos vinha dos anos 30, em que a participação sindical se articulava exclusivamente com o Executivo ou com um ramo daquele Poder especializado na sua jurisdição, o Judiciário Trabalhista.

“Assim é que a representação funcional, originária do contexto de modernização autoritária dos anos 30, permanece como elemento de continuidade na formação da cidadania, passando de suporte necessário à cidadania regulada de que tratou Santos [...] a uma outra modalidade de expressão da livre cidadania que emerge da Carta de 1988. Dessa *continuidade-descontinuidade* quanto ao papel da representação funcional no país, tem resultado, como um dado singular à nossa formação, uma parceria institucional entre as duas formas de representação, do que é exemplo a freqüência com que os partidos políticos recorrem à iniciativa do Ministério Público. É aí que se tem afirmado, entre nós, uma cidadania complexa, não limitada ao eixo especializado da representação política, e que encontra um dos seus cenários no Poder Judiciário quer no controle da constitucionalidade das leis e dos atos da administração pública, quer como partícipe eventual do próprio processo de criação do direito, nos procedimentos das ações civis públicas, das ações populares e dos mandados de segurança coletivos, especialmente em matéria de direito subjetivo público” (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva”. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Op. cit. p. 384-385). Ver também sobre o tema: SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade.⁷²⁷

Além disso, uma outra forma de mitigar tal déficit procederia dos novos institutos garantidores de direitos dos indivíduos e grupos diante do Estado e do mercado, em especial as ações civis públicas e a ação popular, possibilitando, externamente aos mecanismos clássicos da democracia representativa, a criação do direito a partir de sua abertura processual às demandas sociais. No caso, vale ainda notar que esses dois instrumentos são também utilizados por parlamentares, em mais de um exemplo, entre nós, da relação de complementaridade entre representação política e representação funcional. Tal complementaridade afastaria significativamente a experiência brasileira de processos de judicialização da política e das relações sociais prevalentes em outros contextos nacionais, interpretados, em sua maioria, como uma invasão deletéria no papel do soberano por parte do ativismo judicial. Aqui, longe de se ter uma prática desse ativismo, na raiz da recente afirmação do Poder Judiciário está a intervenção do Legislativo no sentido de dotar a sociedade de novos instrumentos de defesa e de aquisição de direitos, instituindo a representação funcional como mais uma arena para a democracia brasileira. Por meio desse movimento, é de se registrar, o Legislativo tem conseguido, ao menos em parte, compensar sua situação atual de inferioridade quanto ao Poder Executivo, submetendo-o a procedimentos de *accountability* extraparlamentares.⁷²⁸

Acerca do déficit democrático, pode-se concluir que não tem origem em matriz constitucional, nem deriva do plano da política ou da sociabilidade, mas, segundo Vianna, do desencontro entre elas. A melhor expressão desse desencontro seria o insulamento do Legislativo em relação à sociedade civil. De todo o modo, o Legislativo transparece ter consciência dessa contingência, uma vez que são dele as iniciativas tendentes a reforçar as funções de *checks and balances* do Poder Judiciário, desde a Constituinte, e de instituir, no campo procedimental, como na hipótese das *class actions*, uma modalidade de esfera pública desenvolvida em torno da representação funcional. Apesar da constatação da existência de relações assimétricas e desarmônicas entre os Três Poderes do país, essa circunstância tem propiciado condições favoráveis para uma adequação criativa da democracia mesmo num cenário adverso, confirmando outra tradição da cultura política do país, qual seja, “a do pragmatismo quanto à manipulação de formas e procedimentos”. A própria representação funcional coexistindo com a representação política é um exemplo desse

⁷²⁷ VIANNA, Luiz Werneck. *Ibidem*, p. 11-12.

⁷²⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 12.

pragmatismo, embrião que poderá vir a formar uma *cidadania complexa*⁷²⁹, mais um exemplo de adaptação criativa da nossa cultura política à má contingência, extraindo vantagens do *atraso* para a construção de uma moderna democracia.⁷³⁰

A *soberania complexa*, ajustando as duas formas de representação – a funcional, dimanada das leis e especialmente da Constituição; e a procedural, provinda diretamente do corpo eleitoral –, amplia e não contrai a influência da sociedade no processo político. Esse sistema, no contexto da modernidade, se tem afirmado, de maneira irreversível, no sentido de favorecer a auto-instituição do social pelos caminhos institucionalmente disponíveis, entre os quais os da democracia representativa.⁷³¹

A generalização da representação funcional sugere, ainda, a criação de equivalentes funcionais de democracia direta, sem dúvida presentes na concepção da Constituição como obra aberta de Häberle⁷³² – evidentes as

⁷²⁹ O conceito de soberania complexa é desenvolvido a partir de Condorcet (Marie Jean Antoine Nicolas Caritat [1743-1794], mais conhecido por marquês de Condorcet, ou simplesmente Condorcet, filósofo e matemático francês, contemporâneo da Revolução Francesa e um dos políticos importantes de seu tempo), que imagina, por fora do Legislativo, mecanismos institucionais que favoreçam uma soberania mais ativa, possibilitando, por exemplo, que a opinião pública, de acordo com regras processuais generosas, pudesse censurar um texto de lei, iniciativa que poderia incumbir a um simples cidadão, desde que respaldada por um departamento da comuna, e eventualmente concluir por sua revogação através do sufrágio popular.

A *soberania complexa*, segundo Vianna e Burgos, “encaminharia para uma resposta o problema não resolvido em 1789, quando a vontade geral e a Liberdade dos Modernos se afirmaram como pólos contrapostos, tal como se faz presente na perspectiva contemporânea a convergência entre as duas Revoluções. Nas sociedades atuais, essa complexidade se faria presente pelo fenômeno emergente da pluralidade das formas expressivas da soberania, como atestam os processos de afirmação da democracia deliberativa, da democracia participativa e das organizações não governamentais, significando que, ao lado da cidadania política formalmente vinculada aos ritos eleitorais, tem feito presença uma ‘cidadania social’. Paralelamente, verifica-se que a pluralização da soberania tem coincidido com a ampliação dos níveis de representação, que passam a compreender, além dos representantes do povo por designação eleitoral, os que falam, agem e decidem em seu nome, como a magistratura e as diversas instâncias legitimadas pela lei a fim de exercer funções de regulação. Pode-se, portanto, falar com Rosanvallon em uma dupla representatividade: a funcional, derivada das leis, sobretudo da Constituição; e a procedural, emanada diretamente do corpo eleitoral, a única reconhecida pela visão monista do político” (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Op. cit. p. 370-371).

Sobre Condorcet. Ver: CARITAT, Marie Jean Antoine Nicolas. **Ensaio de um quadro histórico do espírito humano**. Campinas: Unicamp, 1993. Sobre Rosanvallon, ver: ROSANVALLON, Pierre. **La démocratie inachevée**. Paris: Éditions Gallimard, 2000.

⁷³⁰ VIANNA, Luiz Werneck. “Apresentação”. Ibidem, p. 15-16.

⁷³¹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Ibidem, p. 371.

⁷³² Sobre o conceito de constituição como obra aberta, ver: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

afinidades com Condorcet de 1793 –, tão influente na elaboração de várias Constituições recentes, inclusive na brasileira, que prevê a participação, entre outras, da sociedade civil organizada e do Ministério Público no controle da constitucionalidade das leis, este último uma agência criada pelo texto constitucional com o fim de exercer representação funcional.⁷³³

Não se verifica, portanto, uma migração do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada tanto pela cidadania política nas instituições clássicas da soberania quanto pela “cidadania social”.⁷³⁴

Conforme Alexy⁷³⁵, outra forma importante de *representação* é a *argumentativa*, de que estariam investidas as Cortes Constitucionais. Visualizando no Poder Judiciário uma instância concretizadora dos direitos fundamentais, Alexy, de forma inovadora, interpreta que no princípio fundamental “todo o poder emana do povo” não estaria compreendido apenas o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representante do povo.

Ressalte-se, neste ponto, tal como ensina Alexy, que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”. Nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão:

O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como

⁷³³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. *Ibidem*, p. 371.

⁷³⁴ Por “cidadania social” Vianna e Burgos entendem aquela que, por natureza, “não se deixa recortar por duros sistemas identitários nem se exprime a partir de ontologias privilegiadas que possam ser entendidas como derivações de qualidades essenciais intrínsecas a grupos sociais. De outra parte, o indivíduo como sujeito de direito da cidadania social não é idêntico ao do diagnóstico toquevilliano, levado às últimas conseqüências por Dumont [...], que denuncia sua independência quanto aos valores da tradição e da hierarquia como via para o triunfo do particularismo privatista. É, ao contrário, aquele que na qualidade de homem comum, ao lutar por sua incorporação ao mundo dos direitos ou pela realização de suas expectativas de novos direitos, ou, ainda, para encontrar reconhecimento da sua identidade, mobiliza os ‘direitos já declarados’, que conformam o constitucionalismo democrático, a fim de se integrar socialmente e de afirmar a dignidade da sua pessoa. Nesse sentido, se a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimentos democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação civil pública, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública” (p. 371-372). Ver também: DUMONT, Louis. **Essais sur l’individualisme: une perspective anthropologique sur l’idéologie moderne**. Paris: Éditions du Seuil, 1983.

⁷³⁵ Ver: ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. Trad. Luís Afonso Heck. In: **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.⁷³⁶

Em seu voto exarado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, que tratou das células-tronco e que teve grande repercussão nacional, o Ministro Gilmar Mendes situou esse modelo de representatividade política do Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional. Sustentou que aquela Corte revelava, com aquele julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, um espaço democrático, tal qual o parlamento. “Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas”.⁷³⁷

⁷³⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 55-56.

⁷³⁷ Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/3510 - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Procurador Geral da República e Requeridos Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Britto. Julgamento em 28/05/2008.

Extraí-se do voto do Ministro Gilmar Mendes: “Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida.

“Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que ‘os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias’.

“Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS n° 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática.

Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* – ou, em certos casos, de *greater restraint*,

Ao tratar dos direitos fundamentais e democracia, sob a perspectiva do controle de constitucionalidade, Marinoni estabelece os fundamentos dessa representação argumentativa. Pondera, nesse aspecto, que tendo em consideração que a lei deve ser compreendida à luz dos direitos fundamentais – de modo a significar que o juiz controla a constitucionalidade a partir daí – é indescartável que esses direitos podem se sobrepor à maioria parlamentar.⁷³⁸ Daí travar-se, segundo Marinoni, uma verdadeira luta pela interpretação dos direitos fundamentais e se advertir que o árbitro dessa luta não é o povo, do qual emana o poder, mas sim o juiz.⁷³⁹

Sobre o tema Marinoni pondera, com fundamento em Alexy⁷⁴⁰, que ao juiz é necessário, quando da afirmação de inadequação da lei a um direito fundamental, argumentar que a decisão do parlamento interfere sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição. Não se trata meramente de opor o direito fundamental à lei, segundo o autor, mas antes de tudo de evidenciar, mediante adequada argumentação, que a decisão legislativa afronta o direito fundamental. Ou seja, a mera oposição entre direito fundamental e lei, tendente a pôr em rota de colisão os direitos fundamentais com a democracia, passa a denotar uma oposição entre a argumentação jurisdicional em defesa da sociedade e a decisão adotada pelo legislativo. Haveria, assim, uma representação argumentativa a cargo da jurisdição em

utilizando a expressão de García de Enterría – teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia.

“O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.”

Ver também: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”. In: **Revista de Direito Público** n° 92; out./dez. de 1989, p. 14; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 426.

⁷³⁸ Nessa perspectiva, Marinoni remete à obra de Roberto Gargarella. Ver: GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al Gobierno** (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial). Barcelona: Ariel, 1996.

⁷³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. “A Jurisdição no Estado Contemporâneo”. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45-46.

⁷⁴⁰ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático: Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 40.

face de uma representação política concretizada na lei.⁷⁴¹

Para Marinoni resta claro que a percepção dessas duas formas de representação não resolve a questão, estabelecendo apenas a identificação de um sinal capaz de levar à sua solução. É necessário que a representação argumentativa suplante a representação política. Para tanto deve ter a capacidade de persuadir os cidadãos de que a decisão parlamentar, ou a representação política, não deve sobrelevar o direito fundamental.⁷⁴²

Nesse diapasão, a adequação da lei aos direitos fundamentais apenas é possível quando a representação argumentativa em proveito desses direitos supera a representação política identificada na lei. Desse modo, a representação argumentativa está muito além de expressar uma mera superposição do juiz sobre o legislador, pois essa representação, antes de controlar a lei, deverá ter a capacidade de convencer os cidadãos da sua racionalidade.⁷⁴³

Conclui Marinoni destacando ser possível sustentar que o controle jurisdicional da constitucionalidade, ante a necessidade de sua problematização e fundamentação *para o convencimento*, “é plenamente justificável, sendo um limite admissível para a política concretizada na decisão tomada pela maioria parlamentar”.⁷⁴⁴

Na ótica de Binbenbojm, embora as Constituições modernas consagrem a democracia e o princípio da soberania popular, dispõem, igualmente, sobre a *forma* a ser cumprida para a manifestação da vontade majoritária e sobre *conteúdos mínimos* que devem ser respeitados pelos órgãos representativos. Nessa perspectiva, visualizando a democracia como um *jogo*, a Constituição seria o *manual de regras* e, os *jogadores*, os agentes políticos representantes do povo. Sob esse prisma, à jurisdição constitucional cumpriria o papel de *árbitro* do jogo democrático.⁷⁴⁵

⁷⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 47.

⁷⁴² Idem, ibidem, p. 47.

⁷⁴³ Idem, ibidem, p. 47.

⁷⁴⁴ Idem, ibidem, p. 47. O autor lembra que “Habermas também adverte que os ataques ao controle de constitucionalidade sempre são feitos com base no princípio da separação dos poderes, ou melhor, que ‘the critique of constitutional adjudication is always made in view of the distribution of powers between the democratic legislature and the judiciary’” (p. 47).

⁷⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: Legitimidade democrática e

Nos países que adotam o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis, sublinha Binenbojm, os eventuais conflitos políticos de ordem constitucional não se dirimem, em caráter definitivo, pela decisão da maioria, mas, ao revés, por uma deliberação da Corte Constitucional. Ao Tribunal, de fato, como intérprete *último* da Constituição, incumbe determinar aos demais Poderes os limites de sua autoridade, velando para que suas ações sejam pautadas pelos *procedimentos* e conforme os limites *substanciais* constitucionalmente previstos. Com isso evita-se a *tiranização* do poder da maioria, suprimindo os direitos das minorias, pondo-se em risco o próprio regime democrático.⁷⁴⁶

Cumprida à Corte Constitucional, nessa perspectiva, pronunciar a *última palavra institucional* no âmbito do Estado democrático de direito, porquanto suas decisões jurídicas não se submeterão a qualquer controle democrático posterior. Nesse caso, o Tribunal Constitucional, sendo o juiz último da autoridade dos demais Poderes, é o *único juiz de sua própria autoridade*.⁷⁴⁷

4.5 A fórmula do *judicial review legislation* americano e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e a forma federativa de Estado são as mais importantes contribuições do constitucionalismo norte-americano às democracias ocidentais. A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, a par disso, é reconhecida como a primeira Constituição escrita do mundo, pelo menos no sentido contemporâneo do termo. Nada obstante, o *judicial*

instrumentos de realização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48.

⁷⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 48-49.

⁷⁴⁷ Segundo BINENBOJM, a expressão “único juiz de sua própria autoridade”, é atribuída a Rui Barbosa por Inocêncio Mártires Coelho. Ver: COELHO, Inocêncio Mártires. “As idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro”. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 211, jan./mar. 1998, p. 131. Frase do mesmo conteúdo teria, segundo Binenbojm, sido proferida por Francisco Campos em discurso na solenidade de reabertura dos trabalhos do STF, em 2.4.1941: “Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo”. Ver: CAMPOS, Francisco. “O Poder Judiciário na Constituição de 1937”. In: **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 367.

review of legislation foi até hoje a mais significativa inovação americana relativamente à tradição inglesa. Importou, na prática, a suplantação do princípio da supremacia do Parlamento – ainda vigente na Inglaterra – pela supremacia normativa da Constituição. Definiu incumbir ao Judiciário exercitar a vigilância de tal supremacia, ainda que redunde na invalidação dos atos do Legislativo.⁷⁴⁸

No modelo norte-americano, juízes e tribunais podem declarar nulos, no curso de qualquer processo, os atos e leis contrários à Lei Fundamental. Tal competência é distribuída *difusamente* por todos os órgãos jurisdicionais. Todavia, a Suprema Corte desempenha função determinante no campo da interpretação em razão do princípio *stare decisis*, que confere eficácia vinculante às suas decisões. Desse modo, incumbe à Suprema Corte, em tema constitucional, dar a última e definitiva palavra.⁷⁴⁹

Numa leitura histórica, o Direito norte-americano *receptionou*, desde os tempos coloniais, as teses desenvolvidas por Edward Coke,⁷⁵⁰ na Inglaterra, no século XVII, ao sustentar que os juízes deveriam controlar a legitimidade das leis votadas pelo Parlamento, negando aplicabilidade àquelas contrárias à *common law*. Na realidade colonial, com efeito, os juízes muitas vezes negavam aplicação a normas de direito local havidas como incompatíveis com as “Cartas” outorgadas pela Coroa a cada uma de suas colônias. Nesse contexto, embora a doutrina da supremacia da *common law* tenha sido repudiada na Inglaterra depois de 1688, acabou incorporada à tradição jurídica americana e adicionada à prática judicial anterior à independência,

⁷⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*, p. 25. Ver também: ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1984, p. 50-51.

⁷⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*, p. 25-26. Ver também: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 63.

⁷⁵⁰ Edward Coke (1552-1634), jurista, escritor e parlamentar inglês nascido em Mileham, Norfolk, notabilizou-se pela defesa do princípio da supremacia da lei comum diante das prerrogativas do rei, fato que diminuiu o poder da realeza na Inglaterra e teve profundas conseqüências no desenvolvimento da legislação e da constituição britânica. Tornou-se membro do *Parliament* por Aldeburgh (1589) e foi nomeado presidente do tribunal civil, notabilizando-se pela firmeza na defesa do judiciário e a sua absoluta incorruptibilidade. Com o intuito de "flexibilizá-lo", James I nomeou-o (1613) presidente do Tribunal Superior de Justiça, ou seja, *Chief Justice King's Bench*, o *Lord Chief Justice of England*. Sua firmeza lhe custou (1621) nove meses de prisão na torre de Londres. Escreveu, entre outros trabalhos, **Institutes of the Law of England** (1628-1644), primeira tentativa de consolidação do direito comum, em vários volumes e reedições, e **Petition of Rights** (1628). Ver: consulta eletrônica no sítio <http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/EdwaCoke.html>. Acesso em 4/jul.2008.

oferecendo as condições para o desenvolvimento da *judicial review*.⁷⁵¹

A idéia de jurisdição constitucional, como método de atuação da preeminência da Lei Fundamental, entretanto, não adveio expressamente da Constituição americana de 1787. Decorreu de construção jurisprudencial. A denominada *supremacy clause* (“cláusula de supremacia”), prevista no art. VI, item 2,⁷⁵² limitava-se a proclamar a superioridade hierárquica da Constituição, das leis com ela compatíveis e dos tratados sobre as Constituições e leis dos Estados-membros. Nada obstante, a idéia de controle da constitucionalidade foi intensamente debatida pelos delegados na Convenção de 1787. No *Federalista*⁷⁵³ n. LXXVIII e depois no n. LXXXI, Alexander Hamilton sustenta a idéia de que a Constituição deve ser vista como lei fundamental, incumbindo aos juízes proclamar a nulidade das leis ordinárias que com ela conflitam.⁷⁵⁴

Colhe-se passagem clássica do pensamento de Hamilton, que prenuncia a afirmação da jurisdição constitucional:

Alguma perplexidade quanto ao poder dos tribunais de pronunciar a nulidade de atos legislativos contrários à Constituição tem surgido, fundada na suposição de que tal doutrina implicaria na superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Afirma-se que a autoridade que pode declarar os atos da outra nulos deve ser necessariamente superior àquela cujos atos podem ser declarados nulos [...] A presunção natural, à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio órgão legislativo seja o juiz de seus poderes e que sua interpretação sobre eles vincula os outros Poderes [...] É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que este último se contenha dentro dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação

⁷⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 26.

⁷⁵² O art. VI, item 2, da Constituição americana tem a seguinte redação: “Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos elaboradas de acordo com ela, bem como os tratados celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão a suprema lei do país; os juízes de todos os Estados ficam sujeitos a ela, não devendo prevalecer qualquer disposição em contrário na Constituição de qualquer dos Estados ou nas suas leis.”

⁷⁵³ *The Federalist* ou “O Federalista”, como esclarece Luís Roberto Barroso, “reúne um conjunto de ensaios enumerados, escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, publicados na imprensa de Nova York durante os debates sobre a ratificação da Constituição aprovada em 1787, pela Convenção de Filadélfia. Tais textos explicavam o conteúdo da Constituição e defendiam a sua ratificação. A adesão do Estado de Nova York era decisiva, e a ela se opunha o Governador do Estado, George Clinton”. Ver: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 155, nota 31; BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 28.

⁷⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*, p. 27 e 28. Ver: BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 155-156.

das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo. Esta conclusão não importa, em nenhuma hipótese, em superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Significa, tão-somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira.⁷⁵⁵

O controle de constitucionalidade das leis, como já dito, não teve previsão expressa no texto constitucional americano. O primeiro marco da jurisdição constitucional adveio do célebre aresto de John Marshall proferido pela Suprema Corte no caso *William Marbury versus James Madison*, em 1803.⁷⁵⁶ Esse julgamento entrou para a história. A partir dele o controle de constitucionalidade das leis se incorporou categoricamente à experiência constitucional americana. Com esse precedente o Judiciário americano lançou as bases, pioneiramente, para a sua afirmação como verdadeiro Poder do Estado. Em razão da delicada conjuntura política que envolveu o julgamento e pela sabedoria com que se houve a Corte, o caso *Marbury v. Madison*⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*, p. 27; BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 155-156.

⁷⁵⁶ Sobre esse histórico julgamento da Suprema Corte americana, o Professor Doutor João dos Passos Martins Neto realizou recentemente estudos de pós-doutoramento nos Estados Unidos da América. Também sobre o tema é a tese de doutoramento de Danielle Pamplona, recentemente defendida na UFSC, junto ao CPGD do Centro de Ciências Jurídicas.

⁷⁵⁷ Luís Roberto Barroso sustenta que o julgamento em questão, ao estabelecer os princípios do *judicial review of legislation*, pode ser considerado a mais célebre decisão judicial de todos os tempos (Ver: BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 156). Extrai-se o seguinte excerto do julgado de John Marshall, que se tornou clássico pela excelência do raciocínio jurídico: “A vontade originária e suprema organiza o governo e assina aos diversos departamentos e seus respectivos poderes. E pode contentar-se com isso ou fixar certos limites para que não sejam ultrapassados por esses departamentos. Pertence à última classe o governo dos Estados Unidos. Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e, para que esses limites não se possam tornar confusos ou apagados, a Constituição é escrita. Para que fins os poderes são limitados e com que intuito se confia à escrita essa delimitação, se a todo tempo esses limites podem ser ultrapassados por aqueles a quem se quis refrear? A distinção entre um governo de limitados ou de ilimitados poderes se extingue desde que tais limites não confinem as pessoas contra quem são postos e desde que atos proibidos e atos permitidos sejam de igual obrigatoriedade. É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideram tais instrumentos como lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda resolução legislativa com ela incompatível. Se nula é a resolução da legislatura inconciliável com a Constituição, deverá, a despeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeitos? Enfaticamente, é a província e o dever do Poder

é extremamente importante para o constitucionalismo universal.⁷⁵⁸

Do aresto em apreço podem ser extraídos pelo menos três fundamentos teóricos acerca do controle de constitucionalidade americano. Em primeiro lugar, a Constituição escrita é visualizada como *lei fundamental*, “expressão da vontade originária do povo (soberania popular) que institui e, ao mesmo tempo, delimita os poderes do Estado (governo limitado)”. Nessa equação reafirma-se o princípio da supremacia da Constituição, “segundo o qual nenhum ato do governo ou da legislatura pode subsistir validamente se incompatível com a Constituição.”⁷⁵⁹

Em segundo lugar, é reconhecido a todo juiz ou tribunal, ao decidir um processo, a possibilidade de deixar de aplicar uma norma da legislação ordinária, com pertinência para o caso, quando esta se mostrar antagônica ao texto constitucional. A harmonia do sistema judicial, por outro lado, é garantida pela força vinculante dos precedentes judiciais (*stare decisis*), “tão cara ao sistema jurídico da *common law*. Nesse caso, a decisão proferida pela Suprema Corte gera efeito regulador sobre todos os demais órgãos do Poder Judiciário.”⁷⁶⁰

Em terceiro lugar, a lei inconstitucional é considerada *nula*, inválida desde o seu nascedouro, incumbindo ao Judiciário apenas *declarar* tal nulidade. A decisão judicial, nessa perspectiva, cinge-se a reconhecer uma situação preexistente, operando efeitos retroativos (*ex tunc*). Decorre daí a invalidade de todos os direitos e obrigações constituídas sob a égide da lei incompatível com a Constituição.⁷⁶¹

O modelo americano do *judicial review of legislation*, apesar de certa resistência inicial, consolidou-se nos Estados Unidos e se irradiou por diversos países,

Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la, e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a quem ambas de aplicam” (Ver: MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais**. Imprensa Nacional, 1908, p. 24-27; BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*, p. 31-33).

⁷⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*, p. 29 e 31.

⁷⁵⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 34.

⁷⁶⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 34.

⁷⁶¹ *Idem*, *ibidem*, p. 34-35.

como Canadá, Brasil, Argentina, Japão, Portugal, Noruega, Dinamarca, Suécia, Alemanha (mesmo na vigência da Constituição de Weimar, de 1919) e Itália (entre 1948-1956). O sistema difuso para os países da tradição jurídica romano-germânica, todavia, se revelaria problemático. A despeito de sua enorme expansão e da influência que exerceu e ainda exerce, em nível universal, na doutrina constitucional, o modelo americano acabou perdendo espaço ao longo do século XX, sobretudo na Europa continental. Prevaleceu nessa tradição o controle concentrado, confiando-se a fiscalização da constitucionalidade das leis, com exclusividade, a um órgão jurisdicional independente – o *Tribunal Constitucional* – situado no vértice ou fora da estrutura do Poder Judiciário. Esse modelo concentrado surgiu com a Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, redigida a partir de projeto elaborado por Hans Kelsen, a pedido do governo, justamente no período entre guerras mundiais.⁷⁶²

O sistema concentrado difere fundamentalmente do sistema difuso pela atribuição da fiscalização da constitucionalidade das leis, em caráter exclusivo, a um único órgão jurisdicional, não necessariamente integrante da estrutura do Poder Judiciário, já que pode ser criado especialmente para tal fim. Além disso, o sistema concentrado observa fundamentos jurídicos diversos daqueles do *judicial review*. Para Kelsen, a inconstitucionalidade da lei não pode ser reduzida ao mero *reconhecimento*, por qualquer juiz ou tribunal, de uma situação jurídica preexistente, de *nulidade* da lei incompatível com a Constituição. Segundo Kelsen, a lei inconstitucional é válida até a sua *anulação* pelo processo próprio, definido na Constituição, e pela Corte Constitucional competente. A inconstitucionalidade, assim, nada mais é que o pressuposto para a aplicação de uma sanção, qual seja, a retirada da lei do ordenamento jurídico. Como consectário de tais premissas, delineia-se que no sistema difuso (americano) a decisão que proclama a inconstitucionalidade tem natureza *declaratória*, com efeitos retroativos (*ex tunc*), mas restritos às partes demandantes (*inter partes*), ao passo que no sistema concentrado (austríaco), a decisão tem caráter *constitutivo*, com efeitos prospectivos (*ex nunc*) e extensíveis a todos os casos a que a lei se refira (*erga omnes*).⁷⁶³

⁷⁶² Idem, *ibidem*, p. 35.

⁷⁶³ Idem, *ibidem*, p. 36-37. O controle de constitucionalidade, na versão kelseniana, para Binenbojm,

A Constituição austríaca, em sua formulação originária, além de *concentrar* na Corte Constitucional a competência para decidir as questões de constitucionalidade, subordinou tal controle à existência de uma *ação especial*, passível de ser aforada por alguns órgãos políticos. Os juízes e tribunais, portanto, não decidiam sobre matéria constitucional nos casos concretos e também não detinham legitimação para provocar um pronunciamento da Corte Constitucional. Criou-se, destarte, um sistema de controle *abstrato* de constitucionalidade, aferida em tese pelo Tribunal Constitucional, porque desvinculado imediatamente de qualquer caso concreto. Com a reforma de 1929, houve a ampliação dos legitimados para a deflagração do controle perante a Corte Constitucional, incluindo-se os tribunais de segunda instância, aos quais se permitiu apenas a via incidental. Introduziu-se, a partir de então, o controle abstrato e o controle concreto de constitucionalidade no sistema austríaco, embora a competência, para ambas as vias, fosse reservada, com exclusividade, para a Corte Constitucional.⁷⁶⁴

O modelo austríaco, embora adotado em seguida na antiga Tchecoslováquia (1921) e na Espanha (1931), somente se expandiu a partir do segundo pós-guerra, com sua adoção por diversos países da Europa continental – Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960), Turquia (1961) e na então Iugoslávia

“não seria senão um processo especial para a revogação da lei, segundo requisitos específicos previstos na Constituição, e alternativo ao processo usual, consistente na edição de outra lei por aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*. No mesmo sentido, como o juízo acerca da compatibilidade da lei com a norma constitucional não envolve a solução de um caso concreto, parece claro a Kelsen que a fiscalização da constitucionalidade não é função própria do Poder Judiciário, ‘mas uma função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de *legislação negativa*. Assim, no sistema de controle concentrado, antes da decisão da Corte Constitucional, aos juízes comuns falece competência para apreciar – ainda que incidentalmente (*incidenter tantum*) e com eficácia limitada ao caso concreto – a validade da lei aplicável à espécie” (p. 37). Ver também: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata...** Ibidem, p. 67; KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 290 e 293; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 792.

⁷⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. Ibidem, p. 38-39. Lembra o autor, todavia, “que aos juízes ordinários não se reconhecia qualquer acesso àquela Corte, estando eles jungidos à aplicação *cega* da lei, ainda quando pairasse sobre ela fundada suspeita de ilegitimidade constitucional. Tal sistema viria a ser *corrigido* nos sistemas italiano e alemão, onde, diferentemente da Áustria, todos os juízes, mesmo os inferiores, encontrando-se diante de uma lei que considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de seja decidida por esta, com eficácia vinculatoria” (p. 39). Ver também: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ibidem, p. 68-69; CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Op. cit., p. 109.

(1963). Nas décadas de 70 e 80 surgiram Tribunais Constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982) e Bélgica (1984). Nas duas últimas décadas do século XX foram implantadas novas Cortes Constitucionais, desta feita em países da “cortina de ferro”, no Leste Europeu, como Polônia, República Tcheca, Hungria, e em países africanos, como Argélia e Moçambique.⁷⁶⁵

De outra parte, a instituição do sistema difuso em países de tradição romano-germânica revelou-se por vezes problemática, do ponto de vista da segurança jurídica. Na prática, há a possibilidade de uma lei determinada ser declarada inconstitucional por um juiz de primeiro grau, enquanto outros magistrados, de opinião contrária, possam entendê-la aplicável. Esse dissenso pode também estabelecer-se entre juízes de primeiro grau – normalmente mais jovens e progressistas – e juízes de instâncias superiores – usualmente mais ligados à tradição e por isso mais conservadores –, gerando uma situação de conflito entre órgãos e de incerteza jurídica, com reflexos negativos não só para os indivíduos, mas para a coletividade e o próprio Estado. Ademais, aponta-se a inconveniência de a decisão de inconstitucionalidade no sistema difuso produzir efeitos apenas *inter partes*, circunstância que na prática obriga todo e qualquer interessado na mesma questão à propositura de ação idêntica, sem a garantia de obter igual resultado.⁷⁶⁶

Em razão disso, há uma tendência de adoção da jurisdição constitucional concentrada nos países de tradição romano-germânica e de ampliação dos mecanismos procedimentais de controle, como no Brasil, que adota um sistema de controle *eclético* ou híbrido, no qual coexistem o método difuso, pelo sistema de exame incidental – herdeiro do *judicial review* norte-americano –, e o método concentrado, pelo sistema de exame abstrato, de inspiração austríaca.⁷⁶⁷

⁷⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*, p. 39-40.

⁷⁶⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 40-41. Lembra o autor, que a plethora de de ações rigorosamente iguais, situação freqüente na realidade brasileira, “sem uma solução célere e homogênea, além de *emperrar* o funcionamento da máquina judiciária, representa um foco recorrente de conflitos sociais e descrédito das instituições do Estado de Direito” (p. 41).

⁷⁶⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 41-42. O autor reporta-se a um critério de sistematização proposto por Clèmerson Merlin Clève, classificando os sistemas de controle de constitucionalidade da seguinte forma: “(a) o modelo inglês de ausência de fiscalização da constitucionalidade, no qual vigora a supremacia do Parlamento, e não a da Constituição; juízes e tribunais são **incompetentes** para **conhecer** e **decidir** qualquer questão de constitucionalidade; (b) o modelo francês de controle político e preventivo de

O sistema brasileiro⁷⁶⁸ é eclético porque, além de manter um sistema dual coexistente, em seu modelo concentrado tem peculiaridades que o tornam singular em relação a outros países. Nessa perspectiva, a Constituição de 1988, além de ampliar significativamente a legitimação ativa para o controle abstrato de constitucionalidade, desmonopolizando a iniciativa dantes restrita ao Procurador Geral da República,⁷⁶⁹ instituiu mecanismos de controle contra omissões normativas, tanto em sede concreta (*mandado de injunção*, art. 5º, LXXI)⁷⁷⁰ como em sede abstrata (*ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, art. 103, § 2º)⁷⁷¹, para remediar o crônico problema de mora legislativa no cumprimento de obrigações positivas impostas pela Constituição. A par disso, o modelo brasileiro instituiu, singularmente, a

constitucionalidade, exercido pelo Conselho Constitucional anteriormente à promulgação da lei; juízes e tribunais são também **incompetentes** para **conhecer** e **decidir** qualquer questão de constitucionalidade; (c) *o modelo de jurisdição constitucional difusa, de origem norte-americana*, no qual os juízes e tribunais são **competentes** para **conhecer** e **decidir** a questão constitucional, deixando de aplicar a lei ao caso submetido a seu crivo, quando considerada inconstitucional, com possibilidade de recurso para a superior instância, inclusive para a Suprema Corte; (d) *o modelo de jurisdição constitucional concentrada, desenvolvido a partir da matriz austríaca*, no qual os juízes e tribunais são **competentes** para **conhecer**, mas **incompetentes** para **decidir** a questão de constitucionalidade, cabendo exclusivamente ao Tribunal Constitucional deliberar sobre a validade da lei em face da Constituição” (p. 42-43; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Ibidem*, p. 42-43). Por outro lado, o Tribunal Constitucional poderá usualmente pronunciar-se, segundo anota Binenbojm, por três vias distintas: “(I) por meio de uma *ação direta*, intentada por algum dos órgãos legitimados, na qual irá aferir a compatibilidade, em tese, da lei com a Constituição, sem vinculação a qualquer caso concreto, pronunciando decisão com efeitos gerais (*erga omnes*); (II) por meio de exame *incidental*, suscitado por algum juiz ou tribunal, no qual irá aferir a compatibilidade de determinada lei com a Constituição, quando tal questão for relevante (questão prejudicial) para a solução de um determinado caso concreto; (III) por meio de um pedido formulado diretamente ao Tribunal, existente em países como Alemanha e Espanha, no qual irá aferir se determinada lei ou ato do Poder Público acarreta lesão a direito fundamental do requerente assegurado na Constituição” (Op. cit., p. 43).

⁷⁶⁸ Sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, exercido pelo Supremo Tribunal Federal e o modelo de controle de constitucionalidade alemão, exercido pelo *Bundesverfassungsgericht*, ver: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 446 p.

⁷⁶⁹ O art. 103 da CFB ampliou a chamada *comunidade de intérpretes* da Constituição, conferindo legitimação ativa para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: “I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

⁷⁷⁰ O art. 5º, LXXI, da CFB dispõe: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

⁷⁷¹ Art. 103, § 2º: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

ação declaratória de constitucionalidade, através da Emenda n. 3, de 17 de março de 1993, tendo por escopo propiciar decisão afirmativa do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante de constitucionalidade de lei ou ato normativo.⁷⁷² Através dessa ação, a presunção de constitucionalidade da lei, que é relativa (*juris tantum*), torna-se absoluta (*juris et de jure*), impedindo a sua inobservância sob alegação de inconstitucionalidade. Ademais, com fundamento no art. 102, § 1º,⁷⁷³ da Constituição, através da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, foi instituída a *arguição de descumprimento de preceito fundamental*.⁷⁷⁴ Essa ação teve inspiração no *recurso constitucional alemão* (Lei Fundamental de Bonn, de 1949, art. 93, I, 4) e no *recurso de amparo* do Direito Constitucional espanhol (Constituição Espanhola de 1978, art. 161, I, e 162, I, b).⁷⁷⁵ Por último, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, instituiu a *súmula vinculante*,⁷⁷⁶ visando uniformizar – conferindo validade – a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, acarretando grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos

⁷⁷² A Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

⁷⁷³ O art. 102, § 1º, da CFB, dispõe: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

⁷⁷⁴ Binenbojm observa, criticamente, que o produto final da Lei n. 9882/99, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, está longe de ser – como seus supostos congêneres europeus – “um instrumento processual que assegura o acesso direto do cidadão ao Tribunal Constitucional, de forma a alcançar a proteção mais célere e efetiva de um direito fundamental seu que haja sido vulnerado. Antes que um *recurso-cidadão*, o *novel* instituto – sobretudo após os nefastos vetos presidenciais ao projeto original – assemelha-se muito mais à vetusta e malsinada *avocatória*” (p. 136).

⁷⁷⁵ Sobre a nova jurisdição constitucional brasileira, emergente da Constituição Federal de 1988 e sobre o sistema eclético em vigor, ver: BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*, p. 129-137.

⁷⁷⁶ A CFB dispõe sobre a *súmula vinculante* no art. 103-A e seus parágrafos §§ 1º, 2º e 3º. Colhe-se:

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

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

sobre questão idêntica.

A jurisdição constitucional, apesar de suas virtudes e proveito para a própria funcionalidade do regime democrático, mantém com a democracia uma tensão permanente e de equilíbrio instável, ao colocar em xeque decisões tomadas pela Administração e pelos representantes do povo. Como lembra Barroso,⁷⁷⁷ tem-se travado, nos últimos tempos, uma ampla discussão sobre o controle de constitucionalidade pelo Judiciário e seus limites. Afirma-se que os agentes políticos do Executivo e Legislativo, “além de ungidos pela vontade popular, sujeitam-se a um tipo de controle e responsabilização política de que os juízes estão isentos”. Daí sustentar-se que o controle judicial dos outros Poderes dá lugar ao que se denominou de *countermajoritarian difficulty* (dificuldade contramajoritária). Nesse aspecto, adverte Barroso que setores conservadores têm questionado o avanço dos tribunais sobre espaços que, segundo crêem, deveriam ficar reservados ao processo político.⁷⁷⁸

4.6 O significado da interpretação e o papel dos juízes na criação do direito

O problema da criação do Direito⁷⁷⁹, enquanto fenômeno histórico-social, segundo Wolkmer, leva a duas expressões técnico-formais que dão plena efetividade ao Direito positivo, que são a lei e a jurisprudência. Em torno dessas duas principais fontes jurídicas⁷⁸⁰ sobressaem duas orientações doutrinárias extremamente significativas: a chamada *Escola Clássica*, ligada à tradição jurídica latino-românica que identifica o Direito com a lei escrita – o *jus scriptum*; e a representada pela cultura jurídica da *Common Law*, cunhada como *Escola Jurisprudencial*.⁷⁸¹

⁷⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação...** Ibidem, p. 157.

⁷⁷⁸ Idem, ibidem, p. 157; BINENBOJM, Gustavo. Ibidem, p. 45.

⁷⁷⁹ Sobre o tema o poder criador do juiz, ver: AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual**. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁷⁸⁰ Lembra o autor que evidentemente a lei e a jurisprudência não são as únicas fontes do Direito, pois são também fontes o costume, a doutrina, a equidade e os princípios gerais de Direito.

⁷⁸¹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia...** Ibidem, p. 173. Lembra Wolkmer, relativamente à *Escola Clássica*, que a “a lei é a verdadeira fonte formal do Direito; é sempre criada pelo legislador e entregue à sociedade para ser usada, mesmo que para isso se exclua a presença de julgador, pois a este competirá, no máximo, a aplicação mecânica da lei. O juiz, vinculado ao princípio da fidelidade à lei,

O legalismo formalista evidentemente ignora a importância das decisões judiciais como fonte do direito e desconsidera o fato de que a lei não contém todo o Direito. Conforme salienta Wolkmer, ao juiz compete muito mais a criação do Direito do que a mera interpretação e aplicação da lei, porquanto ele exerce uma função criadora extremamente importante, na medida em que contribui para o aperfeiçoamento e a perpetuação contínua da ordem jurídica.⁷⁸²

No tocante à jurisprudência, é consabido que a uniformidade e constância das decisões, assim como o repertório de julgados análogos dos tribunais, são importantes instrumentalizações do direito positivo no domínio das relações sociais de um modo de produção vigente. A força criadora da jurisprudência tem se revelado importante mesmo nos países de tradição no direito escrito (*Civil Law*), onde os denominados “precedentes judiciais” mais e mais têm sido invocados por advogados e juízes.⁷⁸³ Essa aceção é irrefutável pelo menos em relação à sumula vinculante, dado o seu caráter normativo e cogente.

O ponto fundamental de gravitação de toda a criação judicial, seja nos parâmetros da *Common Law*, seja nos sistemas jurídicos de direito codificado, advém da resolução de casos particulares e não na formulação de regras gerais e abstratas, mesmo porque a criação judicial enunciada por decisões dos juízes nos tribunais representa a fonte autêntica do direito objetivado.⁷⁸⁴

Neste sentido, a doutrina clássica da Separação dos Poderes, consagrada pelo liberalismo político burguês, tende a balizar a tarefa do juiz, reduzindo-o a um mero aplicador das regras do sistema jurídico dominante e restringindo a função

concretiza, de caso para caso, as soluções gerais previstas por ela, assim como confronta o conflito materializado com a forma configurada de conflito ‘idealizado’ ou ‘racionalizado’ pelo legislador ao criar a norma legal. A Escola Clássica nega sistematicamente a força do fenômeno jurisprudencial como uma das fontes essenciais do Direito, bem como o poder criador dos juízes, pois estes são meras ‘bocas que pronunciam as palavras da lei’”. Para a *Escola Jurisprudencial*, “o Direito não se confunde com a lei escrita, pois é sempre criado pelos juízes, nos tribunais, com material embasado nos precedentes judiciais, na *equity*, nos costumes, na doutrina e no *statue law*. Portanto, para a tradição jurídica anglo-saxônica é notória não só a existência e o papel da jurisprudência enquanto fonte do Direito, como também a relevância da função criadora do juiz” (p. 173).

⁷⁸² WOLKMER, Antônio Carlos. *Ibidem*, p. 174.

⁷⁸³ *Idem*, *ibidem*, p. 175-176; Ver também: CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, v. 2, p. 118.

⁷⁸⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ibidem*, p. 176. Ver também: TOBEÑAS, José Castán. **La formulación judicial del derecho**. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, p. 25 e 295.

jurisprudencial aos estreitos horizontes de uma “simples máquina de silogismos”. Nesta linha de entendimento, os legalistas clássicos não consideram o exercício jurisdicional como um terceiro poder essencial do Estado, negando-lhe o tratamento que é dispensado aos outros dois órgãos vinculados à categoria de ativamente políticos (Legislativo e Executivo) e que dispõem de função reguladora e criadora. O Judiciário, de seu turno, como poder não-político, é relegado à simples função de execução e aplicação dos ditames dos poderes políticos. Nessa esteira, a criação do Direito é atributo exclusivo do Legislativo, estando o juiz inteiramente submetido a esses parâmetros, de modo a transformar a independência jurisdicional numa mera ficção.⁷⁸⁵

O juiz, na verdade, tem um papel bem maior do que lhe é atribuído falsamente pelo legalismo, já que o monopólio legislativo, em matéria de elaboração e fixação do direito, é pura falácia. O juiz, em verdade, é soberano na atividade jurisdicional, e como tal, pode estabelecer as normas e as regras de aplicação necessárias, uma vez que, em relação à lei, não se caracteriza jamais pela passividade e nem tampouco a lei será considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos. A lei não é a medida exata que assegura a estabilidade e a continuidade do direito. Há uma antinomia entre lei e os princípios fundamentais da ordem jurídica, e o resguardo e a manutenção destes princípios incumbem ao juiz e não ao Poder Legislativo.⁷⁸⁶

Neste tocante, vale a advertência de Alexy de que a lei não vale mais por si, mas depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, se antes era possível asseverar que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, hoje é apropriado concluir que as leis devem estar em consonância com os direitos fundamentais.⁷⁸⁷

Para Marinoni, o princípio da legalidade, com a assunção do Estado constitucional, exige que a ele se dê uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era *formal*, atualmente ele tem conteúdo *substancial*, pois

⁷⁸⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ibidem*, p. 176-177.

⁷⁸⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ibidem*, p. 177-178.

⁷⁸⁷ ALEX Y, Robert. “Los derechos fundamentales...” *Ibidem*, p. 34; MARINONI, Luiz Guilherme. “A Jurisdição no Estado Contemporâneo”. *Ibidem*, p. 25.

requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. Essa conformação da lei ou da legislação faz com que o juiz crie, mediante a interpretação ou o controle de constitucionalidade, uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão.⁷⁸⁸

Essa compreensão crítica, consoante Marinoni, já é uma tarefa de concretização, uma vez que “a lei não é mais objeto, mas sim componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, portanto, como um novo ou outro objeto”.⁷⁸⁹

Comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, o jurista não deve mais apenas *revelar* as palavras da lei, mas sim *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só restará ao jurista demonstrar a inconstitucionalidade da lei, ou – ainda de forma figurativa – descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem adequada.⁷⁹⁰

Por outro lado, não há como negar, hoje, a eficácia normativa ou a normatividade dos princípios de justiça. Atualmente, segundo Marinoni, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Nesse viés, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia jurídica. Essa tomada de consciência, para Luiz Roberto Barroso⁷⁹¹, é muito importante para concluir que tais princípios e direitos conferem unidade e harmonia ao sistema, “não dando alternativa ao juiz e ao jurista senão colocar a lei na sua perspectiva. Vale dizer que as normas constitucionais são vinculantes da interpretação das leis”.⁷⁹²

A função jurisdicional, conforme salienta Wolkmer, transcende a modesta e subserviente atividade de aquiescer aos caprichos e à vontade do legislador, porquanto como poder criador, o juiz não constitui um simples técnico que

⁷⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 25 e 51.

⁷⁸⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 26.

⁷⁹⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 26.

⁷⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

⁷⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 26.

mecanicamente aplica o direito em face de litígios reais. Busca, em verdade, solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos, operando juridicamente como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica. O magistrado, por conseguinte, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado. Sua tarefa versa na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa.

Conseqüentemente, a sentença judicial emanada do Juiz adquire, não só a validade formal como também preceituação obrigatória e legitimação eficaz. Faz-se necessário, sem dúvida, assinalar que tais disposições judiciais são inegavelmente parte do Direito estatal na medida em que são respeitadas pelos litigantes e acatadas pelos tribunais, quanto reiteradamente incorporadas pelo legislador do Direito positivo. O papel do Juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. É contribuindo para a transformação e democratização contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister interpretativo, insere a semente vivificadora e inspiradora do Direito justo.⁷⁹³

Há evidentemente preocupação em definir critérios-limite de natureza ético-jurídica para demarcar a ação jurisdicional e os poderes do juiz. O limite, por certo, é o razoável. Há o risco de que poderes ilimitados possam gerar um governo dos magistrados ou a ditadura do Judiciário. Sobre o assunto, Benjamin Cardozo, representante do realismo da tradição jurídico-burguesa norte-americana, observa:

As excentricidades dos Juizes se equilibram. Um Juiz considera os problemas do ponto de vista da história, outro da filosofia, outro ainda da utilidade social; um é formalista, outro demasiado liberal; um tem medo de mudanças, outro está descontente com o presente; apesar do atrito dos diversos espíritos, atinge-se a um grau de constância e de uniformidade [...]. O Juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro-errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade. [...] Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência indefinida e desgovernada.⁷⁹⁴

Hoje é desprezível a doutrina que considera o processo mera técnica

⁷⁹³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia...** Ibidem, p. 179-180; WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 67.

⁷⁹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia...** Ibidem, p. 180-181; CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução do direito.** 3. ed. Porto Alegre: Ajuris-9, 1978, p. 128, 134 e 157.

instrumentalmente conexa ao direito material, como adverte Dinamarco.⁷⁹⁵ Exorta, no entanto, que ele é técnica sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. E acrescenta:

Existem ainda outros compromissos do juiz moderno, entrelaçados com os demais objetivos de sua própria função. Ele deve ter consciência das *destinações políticas e culturais* do sistema que opera, para que o exercício da jurisdição possa dar efetividade a certos valores relevantes para a sociedade como um todo – valores que se expressam nos chamados *escopos do processo*. O escopo social de *educação* para o exercício de direitos próprios e respeito aos direitos alheios aconselha o juiz a dispensar a tutela jurisdicional com a possível celeridade; o escopo político de preservação da *moralidade administrativa* há de estar presente na condução das ações populares; de um modo geral, o escopo também político de dar *efetividade* aos valores acatados pelo direito objetivo recomenda plena participação do juiz nos processos sob sua direção, tomando razoáveis iniciativas probatórias, dialogando racionalmente com os litigantes, dispondo medidas urgentes que evitem a consumação de males irremediáveis e capazes de frustrar o exercício útil da jurisdição etc.⁷⁹⁶

O dever fundamental do juiz, de fato, é fazer justiça⁷⁹⁷. Para tanto deve afastar-se dos legalismos estéreis que cerceiem sua liberdade de criar na sentença o Direito para o caso concreto; de conferir o caráter injuntivo que lhe permite impender, na sentença, seu papel institucional de construtor de uma ordem jurídica justa, comprometida com os valores e os princípios ético-sociais que a sociedade pretende preservar.

⁷⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 61. Vol. I.

⁷⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 61. O autor, em sintonia com o tema ora proposto, observa: Existe hoje a legítima tendência a atribuir poder de ‘*criação*’ ao juiz, mas isso não interfere na questão em exame. A *invenção* de soluções novas, compatíveis com a realidade sócio-econômica e política do caso em julgamento, é consequência da interpretação sociológica ou teleológica da lei e não erige o juiz em legislador ou criador do direito. O juiz que vai aos princípios gerais e constitucionais ou considera as grandes premissas éticas da sociedade ao julgar, cumpre apenas um tradicional mandamento da própria ordem jurídica (*os fins sociais da lei*, art. 5º LICC) e comporta-se como autêntico canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos concretos que julga. Não fora assim, a jurisprudência jamais evoluiria segundo as tendências da sociedade e de acordo com os cambiantes problemas enfrentados por esta. Do ponto de vista jurídico, todavia, inexistente *criação* em casos assim, justamente porque o juiz não retira da sua vontade ou preferências pessoais a norma substancial que servirá de base para julgar o caso: simplesmente, dá efetividade aos princípios gerais do direito, à analogia etc., que são fontes formais do direito expressamente indicadas na própria ordem jurídica positiva (LICC, art. 4º)” (Op. cit., p. 62).

⁷⁹⁷ Sobre justiça, e especialmente sobre *justiça cidadã*, ver o item 4.1.

Consoante Coelho,⁷⁹⁸ a resistência às leis injustas deve começar pelos juízes, o segmento da sociedade que, em razão de conquistas que logrou após muita luta e arrostando muita incompreensão, “transformou-se não somente no derradeiro refúgio das reivindicações sociais, mas no único setor realmente aparelhado para resistir aos desmandos e às tentativas autoritárias”. Daí acrescer em muito a responsabilidade dos juízes perante o povo.

4.7 Desafios da democratização do Poder Judiciário e sua crise de legitimidade numa sociedade em transformação

Para Eisenberg, há certo elo perdido na modernização de sociedades como a brasileira. Elementos de materialização do direito – processo característico do Estado do Bem-Estar Social –, são incorporados a um direito de constitucionalização ainda frágil e não completamente formalizado, criando a paradoxal imagem de um país cheio de leis, mas sem lei. Relata o autor que em diagnósticos produzidos pela sociologia jurídica nas três últimas décadas, constata-se a existência de uma crise regulatória do Estado do Bem-Estar, assim como de seus mecanismos de intervenção. Mesmo não tendo resolvido os problemas atinentes ao estágio de formalização e procedimentalização do direito, supostamente já se estaria sofrendo as crises de juridificação associadas às formas de gestão legal do Estado do Bem-Estar Social.⁷⁹⁹ E acrescenta:

Muitos diagnósticos contemporâneos partem da incompletude da nossa modernidade e da juventude de nossa democracia para justificar esse quadro paradoxal. De acordo com José Eduardo Farias [...], por exemplo, tal cenário configura-se como uma verdadeira crise ‘hamletiana’, em que o direito deve escolher entre se adaptar às novas condições independentemente do viés formalista dos legisladores, ou permanecer fiel ao seu papel formal, perdendo assim toda a capacidade de exercer sua função de guardião da igualdade e das liberdades iguais, e de provedor de segurança e certeza nas transações sociais. Nessa crise, o direito privado passa por um processo de publicização marcado por uma crescente intervenção estatal, e o Direito Público se torna cada vez

⁷⁹⁸ COELHO, Luiz Fernando. “Do Direito Alternativo”. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Acadêmica, n. 1, 1992, p. 18; WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia...* Ibidem, p. 181.

⁷⁹⁹ EISENBERG, José. “Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política”. Ibidem, p. 43.

mais voltado para questões administrativas, em que ele é reduzido cada vez mais a normas dispositivas como portarias, decretos, medidas provisórias e outros instrumentos típicos do direito administrativo.⁸⁰⁰

A modernização capitalista no Brasil deu-se de forma particular. Aqui, a grande indústria e o processo de industrialização derivaram mais da iniciativa do Estado do que de um avanço cumulativo da iniciativa privada. O moderno e a modernização são trazidos pela esfera pública e por uma fração das elites formada na tradição ibérica, plasmada na precedência do Estado sobre a sociedade civil e de “concepções organicistas da vida social sobre a matriz do indivíduo”. Nesta perspectiva, a emancipação da dimensão do privado é tardia e coincidente, em termos político-culturais, com o processo de transição do autoritarismo à democracia. A emergência do moderno, expressa a partir da esfera do privado, centrada na lógica da eficiência econômica e de um livre mercado, está contingenciada por uma modernização gerada no interior da esfera pública e sob a influência particular de ideologias de Estado.⁸⁰¹

Do ponto de vista da historiografia e de sua formação político-social, os magistrados brasileiros constituíram antiga reserva dos quadros das elites que, no Império, municiavam os dirigentes do Estado. De elite político-administrativa imperial, o juiz passou a ser na República um técnico-perito na adequação da lei ao fato social, transformando-se de “construtor da ordem” em garantidor das condições de previsibilidade necessárias à expansão da vida mercantil (“a certeza jurídica”). Por outro lado, quanto ao cenário social da sua procedência, se antes era vinculado às elites proprietárias, viu-se trocado pelo cenário das camadas médias.⁸⁰²

No que concerne à postura política dos magistrados no período autoritário recente, foi circunstante, passiva e ausente da agenda pública nacional nos primeiros anos do processo de transição à democracia. A magistratura, ainda que preservada em sua funcionalidade tradicional de arbitragem e resolução de conflitos individuais, no processo de transição será envolvida numa disputa entre distintos setores da elite brasileira sobre o tipo de relação que deveria prevalecer entre as

⁸⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 43-44.

⁸⁰¹ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e Alma...** *ibidem*, p. 10.

⁸⁰² Idem, *ibidem*, p. 10.

dimensões do público e do privado, isso em plena crise mundial do *welfare state*. O envolvimento do Judiciário nesse processo, por outro lado, foi tardio, já que seu desempenho esteve restrito, por muito tempo, ao cânone da separação dos Poderes. Nesse período manteve-se à margem da conflituosidade entre o Executivo e o Legislativo, sendo pouco mobilizado, na defesa de seus direitos, pelos setores sociais emergentes.⁸⁰³

O Poder Judiciário, embora retardatário, teve redefinido seu papel republicano com o aprofundamento do processo de transição e especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, que o trouxe para o primeiro plano da vida pública nacional. A soma de vários fatores históricos colocou o Judiciário na centralidade política do país. Favorecido pela ambigüidade da Constituição na definição do regime de governo, foi instado a decidir impasses institucionais entre Executivo e Legislativo. Além disso, o intervencionismo estatal sobre a economia, com a edição de vários planos de estabilidade monetária, causou impacto dramático sobre os interesses privados, fato que constituiu o Judiciário em instância única de defesa do cidadão e do setor empresarial.⁸⁰⁴

De todo o modo, o protagonismo do Judiciário foi resultado menos de seu próprio desejo, e mais de um efeito inesperado da transição para a democracia. Esse fenômeno, de outra parte, verificou-se sob a circunstância geral – e não apenas brasileira – de reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade, por decorrência das amplas transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo.⁸⁰⁵

As novas demandas, contudo, chegam a um Judiciário ainda sob a forte influência do princípio da separação dos Poderes e de uma adesão ao direito sob a forma de códigos. O que se designa, então, como crise do Poder Judiciário nada mais é do que a sua súbita adaptação à feição contemporânea da sociedade brasileira, sem estar equipado material, conceitual e doutrinariamente para dar conta da carga de novos problemas que a sociedade passou a lhe apresentar. Acompanhando o diagnóstico consagrado pelos estudos comparados em sociologia do direito, J. E. Faria associa, com precisão, a chamada crise do Judiciário à mudança no sistema de relações entre a

⁸⁰³ Idem, *ibidem*, p. 11.

⁸⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 10-11.

⁸⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 12.

sociedade e o Estado, entendendo-a como devida à “expansão desordenada das normas dispositivas, [ao] aumento incessante de regras editadas por fatores meramente conjunturais, [à] expansão irracional das matérias submetidas ao controle jurídico, [à] diluição das fronteiras entre o público e o privado, [à] emergência de um sem-número de fontes materiais de direito, abrindo caminho para um efetivo pluralismo jurídico, e [à] tendência ao esvaziamento básico do direito positivo”⁸⁰⁶.

Resulta daí que, tanto pelo ângulo institucional como de afirmação de novos direitos, a função jurisdicional recebe uma sobrecarga, simultaneamente com o recorro crescente a esse Poder, escancarando-se as suas deficiências quanto aos meios e recursos humanos. Evidenciou-se também o desajuste do seu sistema de orientação normativista,⁸⁰⁷ em razão do novo ambiente com que passou a se defrontar.⁸⁰⁸

⁸⁰⁶ Idem, ibidem, p. 12. Ver: FARIA, José Eduardo. **Poder Judiciário no Brasil**. CEJ, 1996, p. 16.

⁸⁰⁷ O *normativismo* é uma das vertentes do positivismo jurídico kelseniano. Conforme Francisco Amaral, Normativismo é termo que se usa na Teoria do Direito em dois sentidos. “Para o primeiro, normativismo é a concepção segundo a qual o Direito consiste essencialmente em normas ou conjunto de normas que disciplinam e orientam a vida em sociedade. O Direito é, por sua natureza, norma, e o conceito de norma o conceito central do Direito. Concepção dominante no século XX, a sua principal tese é a de que o Direito exprime um *dever-ser* (*Sollen*), e não um *ser* (*Sein*). Ser e dever-ser seriam imediatos, porém irreduzíveis entre si, não interferentes.

“Para um segundo sentido, mais restrito, normativismo designa a teoria de Hans Kelsen, a *Teoria pura do direito*, assim chamada por desvincular o Direito de qualquer valoração política, filosófica, ideológica ou social, limitando-se à análise da estrutura lógica das normas que o constituem. O Direito seria composto só de normas, que tirariam sua autoridade de uma norma fundamental, ou do Estado, e constituiria um sistema completo, isto é, sem lacunas, autônomo em relação ao contexto histórico e político-social em que surgiu. O Direito seria também *autopoiético*, no sentido de que regularia sua própria criação e aplicação.

“O normativismo é uma variante do positivismo, na medida em que considera o Direito uma realidade objetiva e pré-constituída, isto é, um fenômeno externo e anterior ao sujeito, cujo comportamento é chamado a regular. Exprime a idéia de que qualquer coisa deve ocorrer, e, especialmente, de um determinado comportamento. Corresponde às exigências do pensamento jurídico-científico da modernidade (séculos XVIII, XIX e XX), pensamento em que historicamente se revela marcado pela racionalização da vida jurídica e pelo desenvolvimento do pensamento sistemático. Para os juristas normativistas, pensar juridicamente é pensar mediante normas, pelo que a representação mental do Direito se torna rigorosamente normativista. Além disso, a concepção normativa vê no Direito uma estrutura racional, o que implica a idéia de sistema. O Direito seria então um sistema de normas, ou comandos, emanadas do Estado e providas de sanção. Disso resulta, também, a consideração da atividade judicial como essencialmente lógico-dedutiva, limitado o juiz a atuar de modo meramente declarativo, e a ciência do Direito, uma dogmática ou uma simples exegese. Dessa concepção sistêmica resultou o processo de codificação que produziu os códigos civis da modernidade [...]. Levou também à idéia de que o Direito seria autônomo, relativamente ao seu contexto político-social, tudo isso a configurar, em última análise, um entendimento positivista do fenômeno jurídico, a garantir objetividade, segurança e igualdade, os valores fundamentais da sociedade burguesa. Qualquer que seja o entendimento adotado, certo é que o normativismo representa a concepção jurídico-doutrinária mais difundida no século XX, principalmente no campo das fontes do Direito, a mais desenvolvida sob o ponto de vista teórico e uma das mais relevantes no estudo do fenômeno jurídico” (AMARAL, Francisco. “Normativismo”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 608).

Verifica-se, então, uma contradição no âmbito do Judiciário, já que embora não compelido a reconstruir a sua identidade nos difíceis trâmites da transição, subitamente vê-se alçado à posição estratégica de árbitro dos demais Poderes e responsável pela inscrição na esfera pública dos novos atores sociais advindos pelo processo de democratização.⁸⁰⁹

Nesse contexto – em que também atua uma recente mudança no quadro mental brasileiro, deslocando a primazia do Estado em favor das práticas sociais –, a cultura jurídica, entre nós, tende a conhecer mudanças substanciais no seu marco tradicionalmente positivista e a incorporar a dimensão da justiça. Assim, democratizar o Judiciário passa a dizer respeito, sobretudo, à sua aproximação com a vida social, criando-se uma malha institucional que capilarmente se credencie a amparar o mundo do direito e da liberdade, inclusive os pequenos interesses até então desamparados.⁸¹⁰

Num balanço de todo esse processo, pode-se concluir que a chamada crise do Judiciário está inserida numa crise geral das relações entre o Estado e a sociedade, “em um contexto de democratização, de ruptura com os padrões tradicionais de subordinação, de interpelação dos valores de equidade e justiça”. Essas demandas desaguaram numa instituição tolhida, ao longo de décadas, de qualquer outra função que transcendesse a arbitragem de conflitos entre direitos, inclusive em razão dos períodos de autoritarismo.⁸¹¹

O Judiciário, com a consolidação política da democracia no Brasil, tem sido exigido cada vez mais não só por uma estonteante explosão de conflitos individuais, de molde a expor dramaticamente sua ineficiência funcional numa sociedade em profunda transformação, mas principalmente por lhe serem cobrados novos papéis na agenda política, econômica e social do país.

Por conta de decisões recentes, que compeliram o Executivo, o Legislativo e a sociedade ao cumprimento da ordem constitucional, o Judiciário saiu do cenário de discrição que sempre marcou sua atuação política, para uma visibilidade expansiva, decidindo sobre questões cada vez mais graves e de repercussão na vida

⁸⁰⁸ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* Ibidem, p. 12-13.

⁸⁰⁹ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **O Perfil do Magistrado Brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1995, p. 26.

⁸¹⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* Op. cit., p. 26.

⁸¹¹ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e Alma...** Ibidem, p. 13.

nacional.

A magistratura nacional, no caso brasileiro, segundo Castro Júnior, após muita resistência interna, passou a ter necessidade de rediscutir as suas funções a partir da década de 80, com maior ênfase no período pós-Constituição de 1988, quando a sociedade civil reiniciou um novo processo de conscientização dos direitos da cidadania.⁸¹²

Tal período, caracterizado como de *transição para a democracia*, tem o significado para a Teoria Política de redistribuição de poderes e reconstrução das regras do jogo político. Configura o câmbio de um sistema normativo autoritário para um contexto de regras mais abertas e claras e por uma grande crise de hegemonia, sobretudo na relação entre os Poderes. A lei, nesse passo, é convertida em instrumento relativamente impotente para resolver as demandas de atores sociais atormentados com a legitimidade democrática das decisões e das políticas dos Poderes Públicos.⁸¹³

Ademais, o Legislativo tem cedido parcela de sua titularidade no processo legislativo para o Executivo, assim como para setores mais organizados da sociedade civil, a exigir do Judiciário uma postura adequada para a equação de litígios decorrentes dessa nova cultura.⁸¹⁴

O que se denominou de crise do Judiciário não é uma tensão autônoma e com características peculiares de sua própria cultura e estrutura. Traduz a crise de ampliação e do desenvolvimento desta mesma sociedade, assim como a desestabilização entre os Poderes, decorrentes da expansão do Estado, em especial do Executivo, nos campos econômicos usualmente reservados à ação privada e à atuação dos monopólios e grupos econômicos organizados.⁸¹⁵

Observa-se, portanto, que a ação desordenada dos Poderes Públicos provocou uma hipertrofia dos poderes políticos em geral, especialmente do Poder Executivo sobre o Poder Judiciário, vez que aquele, ao invadir a esfera das atribuições do Poder Legislativo, principalmente no que se refere às políticas de estabilização da economia, passou a provocar uma série de ilegalidades em

⁸¹² CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 18.

⁸¹³ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Op. cit., p. 18.

⁸¹⁴ Idem, ibidem, p. 19.

⁸¹⁵ Idem, ibidem, p. 19.

face das inconstitucionalidades das suas normas jurídicas, o que prontamente gerou demandas judiciais por parte da sociedade afetada, criando uma sobrecarga de processos judiciais que desestabilizou o Poder Judiciário, já despreparado tecnicamente e organizacionalmente para tratar de questões de natureza econômica.⁸¹⁶

Anota Castro Júnior que o Judiciário brasileiro enfrentou diversos períodos de desenvolvimento econômico, assim como a evolução das relações sociais entre atores que contratam livremente entre si, apoiando seus fundamentos de organização tradicionalmente no pensamento liberal dos séculos XVII e XVIII. Foi esse liberalismo iluminista que modelou a formação básica das instituições políticas do Estado brasileiro moderno, sem, contudo, suprimir as suas raízes absolutistas.⁸¹⁷

Associe-se a essa circunstância histórica e política uma cultura processual que privilegia a propositura e a solução de litígios individuais em detrimento de demandas coletivas, inobstante os novos institutos jurídicos inseridos na Constituição de 1988,⁸¹⁸ circunstância que explicita, de algum modo, a crise do Judiciário, principalmente no tangente à sua desfuncionalidade.

Adverte Castro Júnior que, no plano dos litígios de natureza coletiva, estes novos preceitos constitucionais foram pouco assimilados por profissionais do direito, principalmente por magistrados, cuja formação jurídica ainda tem o mau vezo “patrimonialista, individualista e positivista, portanto conservador e distante das novas

⁸¹⁶ Idem, ibidem, p. 20.

⁸¹⁷ Idem, ibidem, p. 21.

⁸¹⁸ Idem, ibidem, p.21. Lembra o autor que o legislador brasileiro soube enfrentar as exigências da sociedade, “primeiro com o instituto da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), que tratou dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, atinentes ao meio ambiente e aos consumidores, depois pelos dispositivos da Constituição de 1988, tais como o Mandado de Segurança Coletivo (Art. 5º, LXX), de organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de seus membros ou associados (Art. 5º, LXX, alínea b), bem como deu legitimidade ativa às entidades associativas para representar os interesses dos seus associados, desde que autorizadas (Art. 5º, XXI) e aos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria (Art. 8º, III)” (p. 21-22).

Ademais, “a Carta Magna deu titularidade ao Ministério Público para zelar pelo respeito aos direitos assegurados na Constituição (Art. 129, II), bem como aos índios, suas comunidades e organizações para defesa dos seus direitos e interesses (Art. 232), sem prejuízo de outras titularidades estabelecidas em lei (Art. 129, § 1º) e, finalmente, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que ampliou a abrangência da Ação Civil Pública, estendendo-a à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e criando nova ação coletiva, pioneira no sistema da *civil law*, para a defesa dos direitos subjetivos e indivisíveis, tratados separadamente, mas que podem ser agrupados pela sua origem comum” (p. 22).

exigências de uma sociedade mais reivindicadora”.⁸¹⁹

Ao indagar se há uma crise de legitimidade no Poder Judiciário brasileiro, Castro Júnior responde afirmativamente. Afiança que há uma crise na qualidade de Poder, pois tem sido omissivo e ineficiente na compatibilização das suas atribuições constitucionais (Arts. 92 a 126 da Constituição Federal)⁸²⁰, com os fundamentos da cidadania (Art. 1º, II)⁸²¹ e da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III)⁸²² e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam: “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I, III e IV)”^{823 824}.

Nessa perspectiva, conclui Castro Júnior que, quando a estrutura de um poder contradiz a evolução e os anseios de uma sociedade, “verifica-se que há uma crise de sua legitimidade, já que inexistente ou é deficiente o elemento integrador na relação de poder que deve haver no âmbito do Estado”.⁸²⁵

4.8 A cidadania como fundamento político para o exercício democrático do Judiciário

Refletir a questão democrática contemporaneamente implica introduzir a sociedade no debate. Isso equivale à própria idéia de democracia atrelada à de cidadania, que precisa ser contextualizada. A noção de cidadania é aqui revisitada não só em seus conteúdos, mas especialmente em seus espaços de expressão. Quanto ao

⁸¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 21.

⁸²⁰ Trata-se do Capítulo III, da Constituição Federal que, dos arts. 92 a 126 trata do Poder Judiciário.

⁸²¹ O Art. 1º, II, da Carta Magna dispõe, em suma, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo a cidadania como fundamento.

⁸²² O Art. 1º, III, dispõe que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República.

⁸²³ O Art. 3º da CF define os objetivos fundamentais da República, dentre os quais: (I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais; (IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸²⁴ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *Ibidem*, p. 26.

⁸²⁵ Idem, *ibidem*, p. 26.

conteúdo, é necessário ter em conta que a questão da democracia e da cidadania há muito ultrapassaram seu viés político, ingressando em outros setores, como o social, de gênero, do trabalho, da escola, do consumo, dos afetos, das relações jurídicas e jurisdicionais, embora com menor intensidade tenha se infiltrado neste último.⁸²⁶

Quanto à extensão – *loci* de exercício –, é preciso saber conjugar e materializar as práticas e conteúdos da cidadania e da democracia no tradicional espaço nacional da modernidade e do Estado-Nação, com o espaço regional/comunitário, produto das aproximações integracionistas/comunitárias, além de expandi-las para o espaço supranacional, seja identificando-o com o espaço das relações privadas, seja com o espaço das relações interestatais, bem como compartilhar do esforço de forjar um espaço local/participativo, onde há uma transformação radical nas fórmulas das práticas cidadãs e democráticas aproximando e autonomizando autor e sujeito das decisões, além de localizá-las em formas novas de organização e de exercício dos interesses sociais.⁸²⁷

Diante desse contexto complexo e de procura de materialização para os direitos humanos, pode-se pensar num conceito ampliado de cidadania e de democracia cosmopolita⁸²⁸, que ultrapassa a “simples extensão do conjunto de direitos civis, políticos e sociais e suas respectivas garantias para a seara internacional”, por se constituírem em deveres éticos para com os outros para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais, culturais etc., constituindo-se numa instância de atribuição de legitimidade global.⁸²⁹

A cidadania é um conceito decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito, e para Bastos consiste na participação política do indivíduo nos negócios do Estado e em outras áreas de interesse público.⁸³⁰

Os direitos da cidadania, para Brandão, são direitos típicos de uma realidade de Direito e de Estado emergente no século XX, e por essa razão estão insertos na categoria de “novos” direitos.

⁸²⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ibidem*, p. 121.

⁸²⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 121.

⁸²⁸ Sobre democracia cosmopolita, ver: GÓMEZ, Jose Maria. **Política e Democracia em Tempos de Globalização**. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000, p. 90. Segundo Gómez, é necessário construir um projeto de democracia cosmopolita, “sustentado tanto nas garantias institucionais e normativas que assegurem representação e participação de caráter regional e global, quanto em ações deliberativas e em rede que expandam e adensem uma esfera pública sobre as mais variadas questões relevantes (direitos humanos, paz, justiça distributiva, gênero, biosfera, saúde etc.” (p. 138).

⁸²⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ibidem*, p. 121-122.

⁸³⁰ BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 148.

E Cidadania é entendida como os direitos que decorrem da relação de participação que se estabelece entre o Estado e todos os integrantes da Sociedade Civil, da qual aquele é instrumento, seja numa perspectiva individual ou coletiva. Quando se trata da judicial dos ‘novos’ direitos e quando ela é dirigida para os direitos da cidadania considera-se como instrumento próprio para o exercício dessa tutela as Ações Constitucionais.⁸³¹

Uma idéia essencial do conceito de cidadania, segundo Afonso da Silva, consiste na sua vinculação com o princípio democrático.

Por isso, pode-se afirmar que, sendo a democracia um conceito histórico que evolui e se enriquece com o evoluer dos tempos, assim também a cidadania ganha novos contornos com a evolução democrática. É por essa razão que se pode dizer que a cidadania é o foco para onde converge a soberania popular. E essa nova idéia de cidadania se constrói sob o influxo progressivo dos direitos fundamentais do Homem.⁸³²

Vislumbrando as dificuldades de enunciar um conceito além do liberal, Andrade situa três indicações e deslocamentos que constituem, a seu ver, a base histórica para a reconstrução de um conceito paradigmático de cidadania. Em primeiro lugar, “o deslocamento da apreensão da cidadania como categoria estática, de conteúdo definitivo, para sua apreensão como processo histórico e de dimensão política mutável, mobilizado pela participação política”. Esse deslocamento dinamiza e historiciza o conceito. Em segundo lugar, o deslocamento da cidadania do sítio único que engloba os direitos políticos para dimensão que engloba o conjunto dos direitos humanos, instituídos e instituintes; “da cidadania reduzida à representação ou nela esgotada, à cidadania centrada na participação como alavanca mobilizadora”. Tal processo envolveria uma conscientização popular ou uma pedagogia da cidadania. Em terceiro lugar, o deslocamento da cidadania individual às construções coletivas e plurais de classes, grupos e movimentos sociais.⁸³³

Justifica ela que tematizar a construção de uma nova cidadania implica tematizar a construção de um espaço público não-estatal e de uma nova relação de

⁸³¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ibidem*, p. 9-10.

⁸³² SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: Estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 151.

⁸³³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. “A reconstrução do conceito liberal de cidadania: da cidadania moldada pela democracia à cidadania moldando a democracia”. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.125.

verticalidade (cidadão-Estado) e transversalidade políticas (homem-categorias-grupos-classes-movimentos-cidadão etc.). Implica, em outras palavras, engajar-se em definitivo “num esforço transdisciplinar de apreensão de uma cidadania pós ou transmoderna” ou, como o define Warat,⁸³⁴ de uma ‘Ecocidadania’.”⁸³⁵

O quarto e último deslocamento “é o da cidadania moldada pela democracia (representativa) à cidadania moldando a democracia (possível e sem fim); da cidadania instituída pela democracia à cidadania instituinte da democracia”. Dessa forma, o conteúdo da democracia deve encontrar legitimidade, entre outros elementos, no conteúdo da cidadania.⁸³⁶

Warat propõe a denominação de *ecocidadania* como referência globalizante de uma resposta emancipatória sustentável, “baseada na articulação da subjetividade em estado nascente, da cidadania em estado de mutação e dos ambientes no conjunto de suas implicações”.⁸³⁷ Interpreta a ecocidadania como uma resposta filosófica global para a atual crise civilizatória: “a autonomia centrada na alteridade que permitiria aos indivíduos tornarem-se, num só tempo, cada vez mais solidários e diferentes”.⁸³⁸

Temos de recuperar a idéia de que a cidadania e os Direitos Humanos representam o modo de realização autônoma e emancipatória das relações.

⁸³⁴ Ver, a propósito do tema ecocidadania, WARAT, Luis Alberto. **Por quem cantam as sereias: Informe sobre Ecocidadania, Gênero e Direito.** Tradução de Julieta Rodrigues Sabóia Cordeiro. Porto Alegre: Síntese, 2000. 200 p.

⁸³⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p.126.

⁸³⁶ Idem, ibidem, p. 126.

⁸³⁷ WARAT, Luis Alberto. **Por quem cantam as sereias...** Ibidem, p., 50. Acrescenta o autor: A ‘ecocidadania’ representa uma mudança ética, estética, política e filosófica profunda. Seria a possibilidade de criar um novo eixo emancipatório (para a autonomia individual e coletiva) que possa ocupar, na tarefa de recomposição permanente da sociedade, o lugar dos antigos e já trivializados valores emancipatórios. A gênese da nova história: uma atitude na produção da subjetividade e da realidade que se identifica com o novo emancipatório, com o ‘outro jovem’ que as pessoas levam dentro de si como se fosse uma reserva selvagem. É no contexto amplo do conflito que existe o novo (como emancipação) com o velho (como pólo de captura) que situo minha concepção de ‘ecocidadania’, como uma forma que possa servir-nos para reaprender o mundo através, de basicamente, seis objetivos de análise: os ambientes, a cidadania, os saberes, os valores, a dialética do gênero e o desejo. Seis pontos de vista que, funcionando integrados (como ecocidadania), permitirão recompor os objetivos do conjunto dos movimentos sociais (como redes) nas condições irreversíveis da transmodernidade (o homem nunca voltará a ser o que era na modernidade).

⁸³⁸ WARAT, Luis Alberto. Ibidem, p.51. E justifica: “Num certo sentido, estou tratando de afirmar a ecocidadania como um direito do amanhã que não representaria uma resposta súbita, dada de uma só vez; ela resultaria de mil revoluções moleculares do sistema de valores existenciais que iriam infiltrando-se em redes (rizomaticamente) por todo o tecido social e no devir dos desejos”.

Constituem modos de humanização das relações, entendendo aqui humanização como expressão cabal da autonomia, isto é humanizar. Em embrionária aproximação, é permitir aos homens escapar da alienação para a autonomia.⁸³⁹

Embora a definição de um conceito de cidadania seja tema complexo, demandando distintas versões, pelo prisma jurídico, político, sociológico, filosófico ou histórico,⁸⁴⁰ para Torres⁸⁴¹ a cidadania, numa visão contemporânea, deve ser comprometida com valores e entendida como exercício de uma reivindicação de direitos. Tal reivindicação, de outro lado, é entrevista como uma batalha pelo reconhecimento de novos direitos sociais, ou de direitos já existentes, os quais têm sido historicamente negados.

Não se trata pura e simplesmente de lutar pelo respeito a valores que já estão dados. Ao contrário, trata-se de restabelecer e de fazer com que a ordem político-constitucional existente consagre, efetivamente, e assegure tais direitos. Então, a concepção contemporânea da cidadania é uma concepção que recupera a idéia de uma atividade do cidadão, mas que a recupera não dentro da ação estatal e do exercício da soberania, mas reafirma o caráter dinâmico da ação cidadã a partir da sociedade civil, e como um programa de transformação da esfera público-jurídico-constitucional – tal como estabelecido numa certa circunstância.⁸⁴²

A cidadania, definida pelos princípios da democracia, segundo Liszt Vieira,⁸⁴³ “constitui-se na criação de espaços sociais de luta (movimentos sociais) e na definição de instituições permanentes para a expressão política (partidos, órgãos

⁸³⁹ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. I. p. 217.

⁸⁴⁰ Ver, a propósito do tema: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. Cidadania e novos direitos. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades (Org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 191; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993; MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. 219 p.; SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. A justiça brasileira frente aos dilemas da cidadania. In: **Espaço Jurídico** – Revista Jurídica de Direito, São Miguel do Oeste, n. 2, v. 2, 2º sem. 2000, p. 7-28; OLIVEIRA Junior, José Alcebiades e LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: CPGD e Paralelo 27, 1996. 288 p.; HERKENHOFF, João Batista. **A cidadania: Coleção como funciona a cidadania**. Manaus: Valer, 2000; BERTASO, João Martins. **Devir-cidadania: as (im)possibilidades na leitura freudiana**. 1998. 215p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis; LEAL, Eduardo Costa Coelho. **A (de)formação da cidadania brasileira a partir do personalismo e de outras doenças culturais brasileiras**. 1995. 115p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

⁸⁴¹ TORRES, João Carlos B. “Cidadania: exercício de reivindicação de direitos”. **Anais da XIV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**. Vitória: 1992, p. 343-348.

⁸⁴² TORRES, João Carlos B. Cidadania... Op. cit., cit., p. 343-348.

⁸⁴³ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 40.

públicos), significando necessariamente conquista e consolidação social e política”. E com apoio em Chauí,⁸⁴⁴ distingue a cidadania passiva, outorgada pelo Estado, da cidadania ativa, “na qual o cidadão, portador de direitos e deveres, é essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política”.⁸⁴⁵

Recorda Liszt Vieira que, num Estado democrático, incumbe ao Direito “o papel normativo de regular as relações interindividuais, as relações entre o indivíduo e o Estado, entre os direitos civis e os deveres cívicos, entre os direitos e deveres da cidadania, definindo as regras do jogo da vida democrática”. Nesse horizonte, a cidadania poderá cumprir, na ótica de Guatari,⁸⁴⁶ um papel libertador e contribuir para a emancipação humana, “abrindo novos espaços de liberdade”, por onde, para Liszt Vieira, “ecoarão as vozes de todos aqueles que, em nome da liberdade e da igualdade, sempre foram silenciados”.⁸⁴⁷

A ampliação da cidadania, pela participação popular em todas as esferas do corpo social, no dizer de Veronese,⁸⁴⁸ produzirá transformações na idéia tradicional do Estado como instância exclusiva e absoluta de poder. Nesse sentido, há que se modificar o enfoque e passar a encarar o Estado, na leitura de Wolkmer,⁸⁴⁹ “não mais como criador e tutor autoritário da Sociedade Civil, mas como articulador e reordenador dos espaços democráticos de acesso popular, como autêntico mandatário da Sociedade Civil, plenamente organizada pelo exercício e pela participação da cidadania popular”.

Campilongo assevera que o esquema de evolução dos direitos concebido por Marshall pressupõe específicas concepções de cidadania pouco relacionadas com a realidade brasileira. Aqui, o processo que vai dos direitos civis aos políticos e destes aos sociais não foi linear e nem cumulativo. Pelo contrário, a luta pela cidadania trava-

⁸⁴⁴ Ver CHAÚÍ, Marilena. **Cultura e democracia**. São Paulo: Moderna, 1984.

⁸⁴⁵ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Op. cit., p.40.

⁸⁴⁶ Ver GUATARI, Felix. **A revolução molecular**. São Paulo: Brasiliense, 1987; e **As três ecologias**. São Paulo: Papyrus, 1990.

⁸⁴⁷ VIEIRA, Liszt. *Ibidem*, p.41.

⁸⁴⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Acesso à justiça: a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente – ficção ou realidade?** Florianópolis, 1994, p. 56-57. Tese (Doutorado). Curso de pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

⁸⁴⁹ Ver WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 1990. p.43.

se em todas essas frentes, de forma imperfeita, truncada e simultânea. Acrescenta que o problema dos países centrais e periféricos é comum: o de combinar essas três gerações de direitos. A diferença, no entanto, é que, para os primeiros, o equilíbrio trata de *manter o padrão de eficácia* da ordem jurídica assim como a intensidade dos direitos. Para os segundos, “o problema está em harmonizar os diferentes tipos de direitos legalmente garantidos para suprir *vazios de efetividade* e alargar sua intensidade a amplos setores das classes trabalhadoras”.⁸⁵⁰ Conclui Campilongo considerando que os desafios redistributivos impostos ao sistema político e cobrados ao sistema judicial são muito fortes, porquanto os grupos sociais têm percebido o Judiciário como um *locus* essencial de afirmação desses direitos e de superação desse déficit. Por isso mesmo, vislumbra nesse fato uma sinalização do cidadão no sentido de legitimar a magistratura.⁸⁵¹

A percepção do Estado democrático de direito, como afirmação dos direitos da cidadania, pressupõe um Judiciário comprometido com os valores sociais e políticos que a sociedade pretende preservar e garantir. Por outro lado, avulta a questão da democracia na perspectiva da jurisdição e do processo como instrumento de concretização da cidadania. São justamente a democracia como direito de quarta geração e a jurisdição democrática como exigência do Estado contemporâneo que tornam o Judiciário um *locus* efetivo da concretização da cidadania e da participação, suplantando os entraves do acesso à justiça, especialmente os graves problemas sociais de Estados emergentes como o Brasil, onde a exclusão, mais do que um problema, constitui uma chaga social.

4.8.1 Da exclusão social como entrave para a consolidação de uma cidadania inclusiva

A desigualdade e a exclusão⁸⁵² têm na modernidade ocidental, para

⁸⁵⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. “2. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998. p.11.

⁸⁵¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 32.

⁸⁵² A questão da desigualdade e da exclusão social é extremamente preocupante. Aymoré Pottes de

Boaventura Santos, um significado totalmente distinto do que tiveram nas sociedades do antigo regime. Segundo ele, pela primeira vez na história, a igualdade, a liberdade e a cidadania são reconhecidas como princípios emancipatórios da vida social. Nesse norte, a desigualdade e a exclusão têm de ser justificadas como exceções ou incidentes de um processo societal que, em princípio, não lhes reconhece legitimidade. E a única política social legítima é a que define os meios para minimizá-las.⁸⁵³

Para Boaventura Santos, o conceito de exclusão social que emprega diverge daquele que emergiu nas ciências sociais e nas políticas sociais dos países centrais nas duas últimas décadas. Lembra ele que a exclusão social insere-se no sistema de desigualdade e visa deslocar o debate sobre ela, centrado no conceito de pobreza, para os conceitos de capital social, de comunidades ativas, de políticas ativas. Atendendo às condições estruturais da exclusão social, procura capacitar os indivíduos para as novas exigências do sistema produtivo (flexibilidade, mobilidade,

Mello (MELLO, Aymoré Pottes de. A política neoliberal de endividamento e de exclusão social e instrumentos para o exercício da cidadania e da democracia. In: 2º FÓRUM SOCIAL MUNDIAL 2002, Porto Alegre. Oficina: Justiça para todos? Democracia e acesso ao Judiciário. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/ofajuris/artigo6.htm>. Acesso em: 18 mar.2002, p.6.) anota que a miséria e a pobreza atingem dois terços da humanidade e que cresce incessantemente a desigualdade social no mundo. “A relação entre os 20% mais ricos e os 20% mais pobres era de 11 para 1 em 1913 e de 30 para 1 em 1960, passando de 90 para 1 em 2000, no mesmo passo que o patrimônio líquido dos 500 bilionários deste planeta é igual ao patrimônio líquido conjunto de metade da população mundial”.

De outro lado, refletindo sobre os efeitos devastadores da concentração da riqueza, Ismael Vieira de Cristo (CRISTO, Ismael Vieira de. **Acesso à justiça e participação popular**: reflexões sobre o direito de ação. São Paulo: Pulsar, 2000, p. 20) refere-se a interessante matéria da revista *Caros Amigos* de outubro de 1999 noticiando, num balanço trágico, que 6% da população mundial detêm 59% da riqueza, e do contingente populacional 70% é composto de analfabetos, estimando-se que 50% vivam em estado de subnutrição.

Não é por outra razão que Eduardo Galeano (GALEANO, Eduardo. **Patatas arriba**: la escuela del mundo al revés. México: Siglo Veinteuno, 1998) constata que a tanto chegou a distorção das idéias e ideais, produto do capitalismo selvagem, que falar em “povo” é quase um palavrão, freqüentemente substituído por “gente”, por soar mais “inofensivo” e, aparentemente, desprovido de ideologia.

⁸⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo; Cortez, 2006 (Coleção para um novo senso comum; v. 4), p. 279. Lembra o autor, entretanto, que nada disso “vale para as sociedades sujeitas ao colonialismo europeu. Aí vigoraram a desigualdade e a exclusão como princípios de regulação cuja validade não implicou qualquer relação dialéctica com a emancipação. Durante o longo tempo do ciclo colonial, a ‘opção’ para essas sociedades foi, quando muito, entre a violência da coerção e a violência da assimilação. A importância da perspectiva pós-colonial reside hoje em mostrar que o ‘outro’ da modernidade européia, a ‘exterioridade colonial’, foi, de facto, um elemento constitutivo originário da modernidade e que a sua exclusão do círculo da dialéctica regulação/emancipação co-determinou o fracasso desta no âmbito em que foi confinada, as sociedades européias. Continua, no entanto, a ser importante analisar a trajetória desse fracasso, um fracasso que se desenrolou como se o colonialismo não fosse um factor, o que igualmente escapou aos mais acérrimos críticos desse fracasso” (p. 279).

aprendizagem ao longo da vida, etc.).⁸⁵⁴

Enfatiza Santos que a desigualdade e a exclusão são dois sistemas de pertença hierarquizada. No sistema da desigualdade, o domínio dá-se pela integração subordinada, enquanto que no sistema de exclusão dá-se pela exclusão. A desigualdade, segundo o autor, implica um sistema hierárquico de integração social, pois quem está embaixo está dentro, e a sua presença é imprescindível. Ao revés, a exclusão insere-se num sistema igualmente hierárquico, mas dominado pelo princípio da segregação – “pertence-se pela forma como se é excluído”. Adverte que quem está embaixo está fora. Todavia, esses dois sistemas de hierarquização social são tipos ideais, uma vez que, na prática, os grupos sociais inserem-se ao mesmo tempo nos dois sistemas, em combinações complexas.⁸⁵⁵

No século XIX consuma-se a convergência da modernidade e do capitalismo, possibilitando analisar nesse tempo os sistemas de desigualdade e de exclusão. O grande teorizador da desigualdade na modernidade capitalista foi Karl Marx. Para ele, a relação capital/trabalho é o grande princípio da integração social na sociedade capitalista, uma integração fundada na desigualdade entre o capital e o trabalho, desigualdade de classes baseada na exploração.⁸⁵⁶

Se Marx é o grande teorizador da desigualdade, Foucault [...] é o grande teorizador da exclusão. Se a desigualdade é um fenómeno sócio-económico, a exclusão é sobretudo um fenómeno cultural e social, um fenómeno de civilização. Trata-se de um processo histórico através do qual uma cultura, por via de um discurso de verdade, cria o interdito e o rejeita. Estabelece um limite para além do qual só há transgressão, um lugar que atrai para outro lugar, a heteropatia, todos os grupos sociais que são atingidos pelo interdito social, sejam eles a delinquência, a orientação sexual, a loucura, ou o crime. Através das ciências humanas, transformadas em disciplinas, cria-se um enorme dispositivo de normalização que, como tal, é simultaneamente qualificador e desqualificador. A desqualificação como inferior, louco, criminoso ou pervertido consolida a exclusão e é perigosidade pessoal que justifica a exclusão. A exclusão da normalidade é traduzida em regras jurídicas que vincam, elas próprias, a exclusão. Na base da exclusão está uma pertença que se afirma pela não-pertença, um modo específico de dominar a dissidência. Assenta num discurso de fronteiras e limites que justificam grandes fracturas, grandes rejeições e segregações. Sendo culturais e civilizacionais, tais fracturas têm também consequências sociais e económicas ainda que se não definam

⁸⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 280.

⁸⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 280.

⁸⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Ibidem*, p. 280.

primordialmente por elas. Aqui a integração não vai além do controle de perigosidade.⁸⁵⁷

O sistema da desigualdade, para Santos, está assentado paradoxalmente no essencialismo da igualdade. Por essa razão o contrato de trabalho é um contrato entre partes livres e iguais. Já o sistema de exclusão assenta-se no essencialismo da diferença, “seja ele a cientifização da normalidade e, portanto, do interdito, ou o determinismo biológico da desigualdade racial ou sexual”. Esclarece o autor que as práticas sociais, as ideologias e as atitudes combinam a desigualdade e a exclusão. Lembra que a desigualdade e a exclusão permitem diferentes graus – o grau extremo de exclusão é o extermínio. Já o grau extremo da desigualdade é a escravatura.⁸⁵⁸

Os estudos em torno do problema da exclusão social surgiram nas primeiras décadas do século XX, inicialmente em torno do crescimento das cidades americanas diante da industrialização. Posteriormente, à medida que avultava a complexidade social, aferiu-se que esse fenômeno se manifestava não só nas grandes cidades, mas também nas de pequeno e médio porte, assim como em áreas rurais. Tal fenômeno era visualizado como consequência de um processo de mudança econômica, sem qualquer conotação com o Estado ou com políticas públicas. Já numa perspectiva marxista passou-se a examinar o fenômeno da exclusão social correlacionada com a omissão do Estado. A apreensão do conceito passou a ser vislumbrada a partir de dois vértices – a exclusão originada nas relações sociais de produção e aquela de ordem sociocultural e de cidadania.⁸⁵⁹

O conceito de exclusão, segundo Moreira de Paula, embora denotando

⁸⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Ibidem*, p. 280-281.

⁸⁵⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 281-282.

⁸⁵⁹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. São Paulo: Manole, 2002, p. 88-89. Sobre o tema, ver também: ZARTH, Paulo Afonso *et al.* **Os caminhos da exclusão social**. Ijuí: Unijuí, 1998, p. 12-13; CAMPOS, André *et al* (org.) **Atlas da exclusão social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004, vol. 2, 167 p.; POCHMANN, Márcio *et al* (org.). **Atlas da exclusão social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004, vol. 4, 229 p.; POCHMANN, Márcio *et al* (org.). **Atlas da exclusão social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005, vol. 5, 162 p.; SCALON, Celi (org.). **Imagens da desigualdade**. Belo Horizonte: UFMG e Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2004, 342 p.; SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania**: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica. Belo Horizonte: UFMG e Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006, p. 207; WERTHEIN, Jorge; NOLETO, Marlova Jovchelovitch (Org.). **Pobreza e desigualdade no Brasil**: Traçando caminhos para a inclusão social. Brasília: Unesco, 2003. 289 p.; JANUZZI, Paulo de Martino. **Indicadores Sociais no Brasil**: Conceitos, Fontes de Dados e Aplicações. 3. ed. Campinas: Alínea, 2006. 141 p.

um processo de marginalização ou eliminação de pessoas ou de grupos sociais dos benefícios conferidos pelo sistema econômico, não leva em conta apenas o aspecto material, mas também o político-cultural, ou seja, os benefícios do sistema. Nessa esteira, a exclusão social é um processo, tendo em vista que excluir não significa apenas “eliminar” ou “marginalizar” dos benefícios do sistema político-econômico, mas também manter esse estado de “eliminação” ou “marginalização” desses benefícios.⁸⁶⁰

A inclusão social, ao reverso, é um conceito que “conota um processo, atinente a eliminar a manutenção da exclusão”. A inclusão social, por isso, é um processo que visa eliminar a conservação de pessoas ou de grupos sociais à margem dos benefícios do sistema político-econômico.⁸⁶¹

Esse conceito, entretanto, pode receber um traspasse, desde que associado à idéia de cidadania, envolvendo também os benefícios político-culturais, além dos sócio-econômicos. É o que se poderia nominar de cidadania inclusiva. Significaria o esforço, através de uma jurisdição democrática, de possibilitar o acesso à justiça de todos os segmentos sociais, como expressão de uma cidadania social ativa, especialmente para concretizar direitos declarados e não efetivados na Constituição.

A democracia depende fundamentalmente de instituições estáveis, além de razoável atendimento das necessidades básicas do cidadão, economia capaz de arrostar choques, educação crescente do povo e adequada distribuição de rendas, de molde a reduzir a população dos excluídos e obstar a desordem social. Mesmo os excluídos devem ter esperanças e reais condições de evoluir e romper o ciclo de marginalidade social.⁸⁶²

Nesse passo, é fundamental o compromisso da jurisdição. No dizer de Habermas, o discurso jurídico precisa assimilar a inclusão social como forma de legitimidade da ordem jurídica. Deve-se estipular um sistema de direitos que privilegie a autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema, para Habermas, “deve

⁸⁶⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Op. cit., p. 91.

⁸⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 91.

⁸⁶² MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A era das contradições: Desafios para o novo milênio**. São Paulo: Futura, 2000, p. 99.

contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo”.⁸⁶³

Uma forma social que aspire à autonomia, na percepção de Warat, precisa de utopias eficientes, que não se frustram nas esperanças que simulam realizar. Utopias eficientes, ele acentua, na medida em que convocam esperanças, esforços de transformação; na medida em que possibilitam os caminhos da autonomia aos socialmente excluídos da vida para reivindicar. Utopias eficientes, sublinha, porque podem servir, aos socialmente excluídos, para descobrir o que neles foi silenciado pelas repressões máximas da cultura. Uma utopia eficaz permite aos homens adquirir uma consciência de si próprios e das condições de exploração social, que operaria como medida do possível sem ser ainda medida do real. Sua eficácia política repousaria, conclui, “na possibilidade de acelerar os espaços de crises e de conflitos por conter a medida do possível”.⁸⁶⁴

4.9 Do acesso à justiça como condição de um Judiciário democrático e cidadão

O acesso à justiça insere-se entre as grandes preocupações da sociedade contemporânea. Na verdade, é hoje apontado como o primeiro dos direitos humanos. Como direito fundamental, não se limita à simples petição ao Poder Judiciário, mas ao direito de uma pronta e efetiva resposta, em um prazo razoável, além do julgamento imparcial por um juiz ou tribunal, à observância do devido processo legal e às demais garantias processuais e constitucionais.⁸⁶⁵

⁸⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Op. cit., vol. 1, p. 154.

⁸⁶⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: Interpretação da Lei: Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, vol. I, p. 23.

⁸⁶⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e principais entraves”. Op. cit., p. 237 e 248. Sobre acesso à justiça, ver também: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, 168 p.; ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 282 p.; BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 298 p.; LIMA FILHO, Francisco das Chagas.

A par do enfoque jurídico, notadamente do processo civil como instrumento de resolução de conflitos, avulta a repercussão política e social do tema, essencial no esquema mais amplo da democracia e do Estado Democrático de Direito.⁸⁶⁶

A preocupação de dar um tratamento político ao processo não é recente. Já na década de 1950, Piero Calamandrei⁸⁶⁷ dissertava sobre sua dimensão política. Hoje, a consciência jurídica foi despertada para a dimensão social do processo. É a chamada *revolução copernicana*, definida por Mauro Cappelletti⁸⁶⁸ como um movimento mundial por um direito e uma justiça mais acessíveis.

O acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais. A titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. No dizer de Cappelletti e Garth, o acesso à justiça pode ser encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.⁸⁶⁹

Nessa perspectiva, há uma tendência mundial, nas atuais democracias, de constitucionalizar as garantias processuais. E dentre elas avultam o direito de ação e a

Acesso à Justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, 351 p.; SCHUCH, Luiz Felipe Siebert. **Acesso à Justiça e a autonomia financeira do Poder Judiciário: a quarta onda?** Curitiba: Juruá, 2006, 259 p.; ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça:** Novas perspectivas após a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 154 p.; BRÜGGEMANN, Sirlane Melo. **Um caminho para a justiça.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, 144 p.

⁸⁶⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85:** reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.71.

⁸⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. **Processo y democracia.** Tradução para o espanhol de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. A obra representa o conjunto de oito conferências pronunciadas pelo autor, em fevereiro de 1952, na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México.

⁸⁶⁸ Tratando do tema, CAPPELLETTI proferiu conferência no 1º Congresso Brasileiro de Direito Processual, realizado em Curitiba. Ver CAPPELLETTI, Mauro. A dimensão social do processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **O processo civil contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 1994. p.9-30.

⁸⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Op. cit., p.11-13.

inviolabilidade do direito de defesa, como garantias da igualdade processual, como as define Calamandrei.⁸⁷⁰

E na democracia há uma exigência fundamental, segundo Calamandrei: “justiça e liberdade”. Para que a liberdade não se torne uma palavra vã, adverte o mestre, exige-se que se assegure a todos os cidadãos um mínimo de justiça social, possibilitando que os meios econômicos efetivem a liberdade política.⁸⁷¹

De outro vértice, as exigências sociais tornam o processo, hoje, um fenômeno de massa,⁸⁷² a requerer um sério tratamento, pressupondo-se que o Estado moderno é, ou deveria ser, um “Estado social de direito”, fundado naquilo que os constitucionalistas chamam de “o princípio do Estado social”.⁸⁷³ E um processo social por excelência deve evitar excessivas dilações e ser acessível.⁸⁷⁴ É mais do que reconhecida a desconfiança do pobre de que a justiça oficial do Estado não é igual para todos, circunstância que tem estimulado a violência e a autotutela,⁸⁷⁵ nos seus mais variados matizes.

No atual quadro político brasileiro, de outro lado, e agora no território inédito da democracia política, como lembra Werneck Vianna, “o direito, seus procedimentos e instituições passam a ser mobilizados em favor da agregação e da solidarização social, como campo para o exercício de uma pedagogia para o civismo”.⁸⁷⁶ E visualiza-se no Judiciário, especialmente pela maneira como se vem expondo à maioria da população, sobretudo com a criação dos Juizados de Pequenas Causas como “um dos requerimentos para a afirmação de uma plena cidadania do país”.⁸⁷⁷

⁸⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. *Ibidem*, p. 179.

⁸⁷¹ *Idem*, *ibidem*, p. 177. Extrata-se do texto: “Con el fin de que esa libertad no se reduzca, como ocurre muy frecuentemente, a una vana palabra, se requiere que se asegure a todos los ciudadanos, al menos en principio, un mínimo de justicia social, que se implica un mínimo de medios económicos que les permita la utilización práctica de los beneficios de la libertad política”.

⁸⁷² CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologías, sociedad**. Tradução para o espanhol de Santiago Sentís Milendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. p.131.

⁸⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p.132.

⁸⁷⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 132.

⁸⁷⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 135.

⁸⁷⁶ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política...** *Ibidem*, p.153.

⁸⁷⁷ CARVALHO, José Murilo de. **A construção da cidadania no Brasil**. México: Fundo de Cultura Econômica, 1993. p. 220-221; VIANNA, Luiz Werneck et al. *c Op. cit.*, p.153.

Nesta vertente, a constitucionalização dos juizados especiais de pequenas causas e principalmente a edição da Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995, enfatizam a democratização do acesso à justiça e a expansão da capacidade do Judiciário de intervir institucionalmente no plano da sociabilidade.⁸⁷⁸

4.9.1 Visões conceituais de acesso à justiça

Acesso à justiça, para Afonso da Silva, é uma expressão que denota “o direito de buscar proteção judiciária”, isto é, “direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesses”. Nesse enfoque, tem um sentido institucional,⁸⁷⁹ que não explicita integralmente o seu significado. Do Judiciário espera-se que administre justiça como valor, “instituição que, numa acepção moderna, não deve nem pode satisfazer-se com a pura solução das lides, de um ponto de vista puramente processual”.⁸⁸⁰ Destaca o autor:

Se o Poder Judiciário é um dos poderes do Estado, como enuncia o art. 2º da Constituição, e se o Estado, República Federativa do Brasil, tem como um de seus primeiros fundamentos construir uma sociedade justa, então não pode mais ele se contentar com a mera solução processual dos conflitos. Cada sentença há de constituir um tijolo nessa construção da sociedade justa. E a justiça, aqui, há de ser aquele valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito que nos promete o ‘Preâmbulo’ da Constituição.⁸⁸¹

Apesar de difícil conceituação, o termo *acesso à justiça* delimita duas finalidades básicas do sistema jurídico, consoante Cappelletti e Garth: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”⁸⁸²

Num plano metodológico, o acesso à justiça considera a perspectiva constitucional, trabalhando a teoria do processo a partir da idéia de democracia

⁸⁷⁸ VIANNA, Luiz Werneck et al. Ibidem, p.155.

⁸⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Ibidem, p. 150.

⁸⁸⁰ Idem, ibidem, p. 150.

⁸⁸¹ Idem, ibidem, p., 150-151.

⁸⁸² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Ibidem, p. 8.

social.⁸⁸³ Por isso mesmo, afigura-se como o rótulo da teoria processual preocupada com a questão da justiça social, afirmada pela democracia social.⁸⁸⁴

De fato, o tema do acesso à justiça, para Santos, é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica.⁸⁸⁵

A jurisdição e o tema do acesso à justiça, nessa direção, devem ser focados na perspectiva do Estado Democrático de Direito: a jurisdição visando à realização dos fins do Estado; o acesso à justiça objetivando a superação das desigualdades; o processo, com uma participação paritária de armas, possibilitando a participação do cidadão na gestão do bem comum, aliás um dos escopos da jurisdição.⁸⁸⁶

O “acesso” entremostra-se, pois, não apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, mas também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo é pressuposto de uma ampliação e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.⁸⁸⁷

Em sentido amplo, o efetivo acesso à justiça comporta uma série de fundamentos, que transcendem o campo estrito do direito processual. Para Rodrigues, seria necessário um direito material legítimo, voltado para a realização da justiça social; uma administração estatal imbuída da solução dos problemas sociais e da plena realização do direito; instrumentos processuais que possibilitem a efetividade do direito material, as garantias processuais constitucionais e a plenitude da atividade jurisdicional; e, por fim, um Judiciário “axiologicamente em sintonia com a sociedade na qual está inserido e adequadamente estruturado para atender as demandas que se lhe apresentam”.⁸⁸⁸

⁸⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 21.

⁸⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 21-22.

⁸⁸⁵ SANTOS. Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999. p. 167.

⁸⁸⁶ SANTOS. Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 23-24.

⁸⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Ibidem, p.12-13.

⁸⁸⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no Direito Processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.15.

Na mesma linha de entendimento, Grinover depreende que a idéia de acesso à justiça não se limita ao mero acesso aos tribunais. Acentua que não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. E para tanto destaca, referendando Watanabe,⁸⁸⁹ os seguintes dados elementares desse direito:

O direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da ordem jurídica justa; o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características.⁸⁹⁰

De outro lado, ela deduz que a questão do acesso, no plano processual, insere-se no quadro da democracia participativa. Enfatiza que a participação popular na administração da justiça e a participação popular mediante a justiça “são as duas facetas pelas quais se concretiza no processo a moderna democracia participativa”. E acrescenta:

A participação na administração da justiça, ou seja, no próprio exercício da jurisdição, representa, como bem disse Vittorio Denti, instrumento de garantia, de controle e de transformação; e responde à exigência da legitimação democrática do exercício da jurisdição e às instâncias presentes de educação cívica, segundo salienta Mauro Cappelletti.⁸⁹¹

Ante a vagueza do termo, normalmente a doutrina tem atribuído duplo sentido à expressão “acesso à justiça”. No primeiro, conferindo ao significante “justiça” o mesmo sentido e conteúdo de Poder Judiciário, de molde a tornar sinônimas as expressões “acesso à justiça” e “acesso ao Judiciário”. No segundo, a partir de uma visão axiológica da expressão justiça, interpreta o acesso a ela como o ingresso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser

⁸⁸⁹ WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p.161-167.

⁸⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 115.

⁸⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 116.

humano. Esse último, de conteúdo mais amplo, estaria a englobar no seu significado o primeiro.⁸⁹²

Nessa linha, Clève resolutamente sustenta que não basta haver Judiciário, pois é necessário haver Judiciário que decida. Assim como não basta haver decisão judicial, porquanto é necessário haver decisão judicial justa. Também não basta haver decisão judicial justa, já que é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa.⁸⁹³ O acesso à decisão judicial, aliás, constitui importante questão política, uma vez que não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue provocar, obter e executar a tutela jurisdicional.

Nesse passo, considera Pasold que na maior parte das vezes atualmente se pode visualizar o Estado “como um instrumento a serviço de parcelas sociais, ora privilegiadas economicamente ora ideologicamente”. Sinaliza, entretanto, que o Estado deve ser um instrumento do todo social.⁸⁹⁴

Relativamente ao seu campo de aplicação, a expressão “acesso à justiça”, para Benjamin, comporta três enfoques básicos: num sentido restrito, refere-se apenas a acesso à *tutela jurisdicional*. Em sentido mais amplo, quer significar acesso à *tutela de direitos ou interesses violados*, “através de mecanismos jurídicos variados, jurisdicionais ou não”. Numa acepção integral, é acesso *ao direito*, ou seja, a uma ordem jurídica *justa*.⁸⁹⁵ No tangente a esse último enfoque – combinando ao mesmo tempo um rol apropriado de direitos – compreende acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (notadamente os preventivos), estando os titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados material e psicologicamente a

⁸⁹² RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no Direito Processual brasileiro**. Op. cit., p. 28.

⁸⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Poder Judiciário: autonomia e justiça”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 691, p.41, maio/1993.

⁸⁹⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988, p. 87. O autor assevera que “o Estado *deve ser* um conjunto de atividades legítimas efetivamente comprometidas com uma Função Social, esta entendida como implicando em ações que – por dever para com a Sociedade – o Estado executa, respeitando, valorizando e envolvendo o seu Sujeito (que é o homem individualmente considerado e inserido na Sociedade), correspondentemente ao seu Objeto (conjunto de áreas de atuação que dão causa às ações estatais) e cumprindo o seu Objetivo (o Bem Comum ou Interesse Coletivo, fixado dinamicamente pelo todo social)” (Op. cit., p.87).

⁸⁹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. Op. cit., p.74-75.

exercê-los.⁸⁹⁶ Nessa última acepção dilargada, “acesso à justiça” significaria *acesso ao poder*.⁸⁹⁷

Em sentido lato, acesso à justiça pode ser tomado como sinônimo de *justiça social*, como acentua Veronese.⁸⁹⁸ Tal expressão foi grafada por Pio XI, e posteriormente adotada na linguagem dos documentos papais a partir da Encíclica “Quadragesimo Anno”, em 1931, e principalmente na “Divini Redemptoris”, em 1937, seguindo-se em outros documentos da Igreja, que a incorporou na sua doutrina social.⁸⁹⁹

A idéia da justiça social, para Pio XI, estava fundada na ideologia de que todo ser humano tem direito à sua parte nos bens materiais existentes e produzidos e que sua repartição seja pautada pelas normas do bem comum, diante da constatação da desigual distribuição da riqueza, concentrada em um pequeno grupo de ricos em detrimento de uma multidão de miseráveis.⁹⁰⁰

Nesse panorama, ressalta Veronese que somente com uma justa e eficaz distribuição de rendas, com a participação do trabalhador nos lucros resultantes de sua força de trabalho, é que haverá uma efetiva justiça social.⁹⁰¹

Nesse mesmo diapasão, salienta-se que a temática do acesso à justiça está intimamente ligada à noção de justiça social, sendo o “tema-ponte” a interligar o processo civil com a justiça social.⁹⁰² Tal aporte compreende ainda a desmistificação da neutralidade ideológica do juiz e do processualista.⁹⁰³ Por isso, o tema do acesso à justiça, no âmbito do processo civil, representaria uma opção ideológica desmistificadora da neutralidade científica imposta pela dogmática.⁹⁰⁴

⁸⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 75.

⁸⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 75.

⁸⁹⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Acesso à justiça: a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente – ficção ou realidade?** 1994. 342 p. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis. Ver 1.1.1.

⁸⁹⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Op. cit.*, p.16.

⁹⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 16.

⁹⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 28.

⁹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. *Ibidem*, p.25.

⁹⁰³ Idem, *ibidem*, p. 25.

⁹⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 26.

Cumpra ao Judiciário, por outro vértice, o dever de assegurar os direitos humanos fundamentais e, por conseguinte, a consecução da justiça social.⁹⁰⁵

O acesso à ordem jurídica justa, na percepção de Marinoni, é uma questão de cidadania. Justifica que a participação da gestão do bem comum através do processo cria o paradigma da cidadania responsável. E citando Clève, enfatiza: “responsável pela sua história, a do país, a da coletividade”.⁹⁰⁶

Numa visão gramsciana,⁹⁰⁷ concebendo o acesso à justiça numa perspectiva da guerra de posições, Octaviani acentua que, em termos contemporâneos ambientados na cena jurídica, pode-se pensar em novos padrões de relações sociais, “a partir da disputa empreendida pelos movimentos contestatórios junto ao Poder Judiciário”:

Ao invés de um Poder Judiciário ideologicamente vinculado às falas do ordenamento remanescentes do período de política legislativa liberal ou oriundas da inflação normativa neoliberal, abrir-se-ia espaço para um Poder Judiciário que ordenasse baseado em outra ordem de valores, alguns dos quais já consagrados na atual Constituição Federal, alguns outros passíveis de serem criados e concretizados.

O acesso à justiça não seria simplesmente a porta de entrada que o Estado oferece ao indivíduo, para lhe garantir os mínimos direitos (o que não é nada desprezível). Na perspectiva proposta, o acesso à justiça seria um dos vários eixos de produção e reprodução de relações sociais, nos padrões escolhidos pelos grupos contestatórios dos atuais padrões vigentes. Seria um momento para que se instituisse um novo padrão de propriedade, um novo padrão de relação do cidadão com o mítico

⁹⁰⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Ibidem*, p.36.

⁹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 28.

⁹⁰⁷ GRAMSCI, Antônio. Sobre suas obras publicadas, ver: **Cadernos do cárcere: Maquiavel**: notas sobre o Estado e Política. Trad. Luiz Sérgio Henriques, Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, 428p.; _____. **Cadernos do cárcere: os intelectuais**: O princípio educativo: jornalismo. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, 334 p. ; _____. **Cadernos do cárcere**: introdução ao estudo da Filosofia: a filosofia de Benedetto Croce. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, 494 p.; _____. **Os intelectuais e a organização da cultura**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968; _____. **Cartas do cárcere**. Seleção e tradução Noênio Spinola. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978; _____. **A questão meridional**. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987; _____. **Maquiavel, a política e o Estado moderno**. Trad. Luiz Mário Gazzaneo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988; _____. **Concepção dialética da História**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.

poder de autoridade, um novo padrão com as palavras e conceitos complexos, um novo padrão de relação com as normas que ordenam os serviços públicos, um novo padrão de relação psicofísica com os espaços físicos onde funcionam os aparatos judiciários.⁹⁰⁸

Para Berizonce, nessa ótica social e política, o acesso à justiça seria uma concepção muito mais ampla que não se esgotaria em defender a igualdade de todos na justiça, na possibilidade de todos terem acesso sem restrições à tutela jurisdicional. O conceito é também expandido ao direito de ter acesso, no mesmo nível de igualdade, à educação, saúde, segurança social, e a todas as prestações que a dignidade de um indivíduo – em sua completude – requer. Relembra o autor que basicamente esse é o profundo sentido moral da idéia que preside todo o movimento universal para um acesso à justiça, atualmente bastante expandido.⁹⁰⁹

A concepção social do processo, como instrumento político de efetivação do próprio direito, de fato, parece ser o grande desafio a ser vencido na construção de uma nova justiça no Brasil e no mundo, numa perspectiva de democratização e de cidadania.

Nesse norte, o processo não é apenas um instrumento técnico. Tem-se destacado repetidamente o seu conteúdo ético, como instrumento que permite à jurisdição a realização de seus escopos sociais e políticos. E para que sejam legítimos, necessitam representar as mais verdadeiras aspirações da sociedade.⁹¹⁰

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individualistas dominantes; se postulamos uma sociedade

⁹⁰⁸ OCTAVIANI, Alessandro. Acesso à justiça: a perspectiva da guerra de posições. In: 2º FÓRUM SOCIAL MUNDIAL 2002, Porto Alegre. Oficina: “Justiça para todos? Democracia e acesso ao Judiciário”. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/ofajuris/artigo9.htm>. Acesso em: 18 mar.2002. Ao concluir, indaga o autor: “A partir deste olhar, a questão do acesso à justiça reabre, entre outros, duas profundas questões para os operadores do direito: se a estátua move-se, o que faremos nós nesta guerra de posições? A que justiça queremos acesso?”

⁹⁰⁹ BERIZONCE, Roberto O. “El programa de Casas de Justicia, una iniciativa transcendental en la lucha por el acceso a la justicia”. **Revista ‘Garantias’ da Defensoría del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires**, Buenos Aires, año 2, nº 5, set. 2001, p.5.

⁹¹⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no Direito Processual brasileiro**. Ibidem, p.26.

pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um *processo sem óbices econômicos e sociais* ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigí-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas.⁹¹¹

A relevância do tema para a construção de um novo paradigma de Justiça não passou ao largo da percepção do legislador ao editar o Estatuto da Criança e do Adolescente,⁹¹² que lhe reservou um título específico (Livro II, Título VI).⁹¹³

4.9.2 Breve esboço histórico dos movimentos de acesso à justiça

O acesso à justiça tem maior interesse a partir da eclosão dos chamados direitos sociais, no princípio do século XX, rompendo com o modelo liberal e com a consolidação do Estado democrático de direito.

Entretanto, para efeito de mero relato histórico, registra-se que desde os primórdios do direito escrito, de inspiração divina, fundado na religião, havia a preocupação do legislador em oferecer garantias especiais ao hipossuficiente, ou, ao menos, em evitar a opressão do mais forte, assegurando a proteção às viúvas e aos órfãos. O Código de Hamurabi incentivava o oprimido a procurar o soberano, para que este solucionasse a questão. O acesso à justiça, por isso mesmo, dependia do acesso à religião.⁹¹⁴

⁹¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. 12. ed. rev. atual. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.45.

⁹¹² Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁹¹³ O título VI do Livro do II do Estatuto da Criança e do Adolescente trata “do acesso à justiça”, dos artigos 141 a 224.

⁹¹⁴ Ver CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 3-4. O texto de Hamurabi dizia: “Em minha sabedoria eu os refreio para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça. Deixai ler a inscrição do meu monumento. Deixai-o atentar nas minhas ponderadas palavras. E possa o meu monumento iluminá-lo quanto à causa que traz e possa ele compreender o seu caso”.

As primeiras discussões filosóficas sobre o direito nasceram na Grécia antiga, tomando forma, inclusive, a expressão *isonomia* que, associada ao pensamento jusnaturalista, influenciaria enormemente, no futuro, a questão dos direitos humanos. A Escola Pitagórica representava a justiça com a figura geométrica do quadrado, pela absoluta igualdade de todos os seus lados. Aristóteles formulou a teoria da justiça fundada na igualdade das razões, influenciado pelo pensamento pitagórico (sobre peso, medidas de igualdade e proporcionalidade). Através da chamada régua de Lesbos, enunciou o conceito de equidade,⁹¹⁵ evidenciando a possibilidade de o juiz adaptar a lei ao caso concreto.⁹¹⁶

Em razão do modelo de democracia direta de algumas das cidades gregas, a função de julgar era dos cidadãos, em assembléia, incumbindo unicamente aos magistrados a execução das sentenças. O acesso era amplo e restrito aos cidadãos. Foi Atenas o berço da assistência judiciária aos pobres, ao nomear anualmente dez advogados para promover a assistência jurídica às pessoas havidas como carentes.⁹¹⁷

Na cultura romana, inspirada no pensamento grego, edificou-se o primeiro sistema jurídico, que influenciou, posteriormente, o sistema romano-germânico. Dessa época surgiram noções importantes sobre o direito e a justiça, como a exigência de patrocínio de advogado em juízo para manter-se o equilíbrio entre as partes, culminando com a lei de Constantino, que assegurou o patrocínio gratuito aos necessitados, incorporada ao Código de Justiniano.⁹¹⁸

O conceito de acesso à justiça, para Cappelletti e Garth, tem sofrido uma evolução importante, que acompanhou transformações equivalentes no estudo e ensino do processo civil:

Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios refletiam a filosofia

⁹¹⁵ Na *Ética a Nicômano*, Aristóteles faz a distinção entre o legalmente justo e o justo equitativo: “O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal [...] Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Livro V, 10, p. 336-337).

⁹¹⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit., p. 4-5.

⁹¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 5-7.

⁹¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 7-8.

essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.⁹¹⁹

No início do século XX, a questão do acesso passou a ter maior interesse, na onda dos novos direitos sociais e com o surgimento das constituições dirigentes, havendo reiteradas denúncias do funcionamento insatisfatório da justiça na Alemanha e na Áustria, pela incapacidade de atendimento da demanda judicial, sendo várias as tentativas de minimizar o problema, protagonizadas tanto pelo Estado como por setores organizados das classes sociais mais débeis.⁹²⁰

Para Werneck Vianna, “a democratização do acesso à Justiça como um item da agenda igualitária se constituiu em um dos fenômenos mais evidentes da nova presença do direito no mundo contemporâneo”.⁹²¹

De efeito, desde a década de 1960, em nível internacional já se havia consolidado a consciência quanto aos obstáculos que o sistema formal de justiça oferecia às pequenas causas, especialmente aos autores individuais pobres.⁹²² Mesmo na vigência do *Welfare State*, o Estado priorizou a universalização dos direitos sociais básicos, privilegiando “as formas organizadas de demanda e os autores coletivos já incorporados ao sistema da ordem”.⁹²³ Todavia, no plano individual, o exercício do direito de todos os indivíduos à proteção judicial continuou falto de mecanismos para a sua efetivação.⁹²⁴

⁹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Ibidem*, p. 9.

⁹²⁰ SANTOS. Boaventura de Sousa. *Ibidem*, p.167. O autor refere-se à reforma do processo civil levada a efeito por Franz Klein na Áustria e à criação dos centros de consulta jurídica pelos sindicatos alemães, mencionados por Klein, Denti e Reifner.

⁹²¹ VIANNA, Luiz Werneck et al. *Ibidem*, p. 157.

⁹²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Ibidem*, p. 28.

⁹²³ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política...** *Ibidem*, p. 157.

⁹²⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 157.

É relevante ressaltar que o Estado Social proporcionou avanços consideráveis na proteção legislativa aos mais vulneráveis, aquinhoando o trabalhador de novos direitos, proporcionando especial proteção ao consumidor e ao meio ambiente, amparando as minorias e gerando uma expectativa geral de justiça, em profunda contradição com o século XIX, cujo modelo foi marcado pelo fatalismo, pela resignação e pela apatia reivindicatória generalizada.⁹²⁵

Todavia, o Estado Social, a par de ter avançado no domínio material, esqueceu-se do instrumental, pois se é verdade que concedeu novos direitos e estabeleceu novas obrigações, não interveio no processo, determinando sua adaptação à nova ordem política e econômica, ambas democrática e supra-individualmente dirigidas.⁹²⁶

Observa Santos que foi a consagração dos novos direitos econômicos e sua expansão paralela à do Estado-Providência que “transformou o direito ao acesso efectivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais”.⁹²⁷ Destituídos de mecanismos de efetividade, “passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores”.⁹²⁸

Na década de 60, houve a eclosão da chamada crise da administração da justiça, cujos efeitos ainda não se esgotaram. As lutas sociais aceleraram a transformação do Estado liberal em Estado-providência, este “ativamente envolvido na gestão dos conflitos e concertações entre classes e grupos sociais, e apostando na minimização possível das desigualdades sociais no âmbito do modo de produção capitalista dominante nas relações econômicas”.⁹²⁹ A expansão dos direitos sociais, com a consolidação do Estado-Providência, repercutiu de maneira significativa na integração das classes trabalhadoras e da pequena burguesia no mercado de consumo.⁹³⁰

⁹²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. *Ibidem*, p. 79-80.

⁹²⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 82.

⁹²⁷ SANTOS. Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. *Ibidem*, p. 167.

⁹²⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 167.

⁹²⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 165.

⁹³⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 165.

A integração da classe trabalhadora nesse mercado resultou numa explosão de conflitos jurídicos, levados aos tribunais, emergentes dos novos direitos sociais, envolvendo desde a relação de trabalho à segurança social, habitação, bens de consumo durável etc. Esse quadro se agravou com a integração da mulher no mercado de trabalho, com aumento da renda familiar, culminando em mudanças radicais no comportamento da família, na relação entre cônjuges e filhos, resultando, igualmente, em significativo aumento de litígios.⁹³¹

Ante a emergência dos novos direitos individuais e coletivos, os sistemas jurídicos preocuparam-se em possibilitar o acesso à justiça de consumidores, locatários, empregados, ou usufrutuários de um meio ambiente degradado.⁹³² Nessa diretriz, a origem da democratização dos sistemas jurídicos esteve associada de forma incidível à emergência dos chamados direitos difusos, alterando regras de legitimação, de procedimentos tradicionais e a atuação dos juízes.⁹³³

Restou patente que a administração da justiça, com essa explosão de litigiosidade, dificilmente poderia dar uma resposta adequada. Esse fenômeno agravou-se na década de 70, período em que terminava a expansão econômica, inaugurando-se mais uma recessão, dessa vez de caráter estrutural, que resultou na progressiva redução das receitas do Estado e seu débito crescente em cumprir os compromissos assistenciais e providenciais junto às classes trabalhadoras.⁹³⁴ Tal fenômeno, recorrente, persiste, adicionado a outros fatores emergentes da visibilidade social que foi dada à justiça pelos meios de comunicação, repercutindo na incapacidade de o Estado expandir os serviços judiciais, o que criou uma oferta de justiça incompatível com a demanda.⁹³⁵

Nesse tocante, é de fundamental importância a atuação da Defensoria Pública, que cumpre uma advocacia popular indispensável ao efetivo acesso à justiça,

⁹³¹ Idem, *ibidem*, p. 166.

⁹³² VIANNA, Luiz Werneck et al. *Ibidem*, p. 157.

⁹³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Ibidem*, p. 50.

⁹³⁴ SANTOS. Boaventura de Sousa. *Ibidem*, p. 166.

⁹³⁵ Idem, *ibidem*, p. 166.

especialmente dos hipossuficientes. A Constituição Federal definiu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado.⁹³⁶

Contemporaneamente, em especial na década de 90, por força do fenômeno da globalização econômica, estaria havendo uma contra-reação ao chamado Estado social e estaríamos ingressando numa terceira fase, dita pós-social.⁹³⁷ Sucede que na primeira etapa houve o liberalismo, caracterizado por nenhuma ou mínima intervenção estatal, seguido pelo Estado social, de forte ingerência estatal, influenciado pela filosofia marxista e pelos movimentos sociais.⁹³⁸

No atual quadrante mundial, a luta é pela efetividade dos direitos fundamentais, estando-se a exigir do Judiciário, ou do Estado, em sentido lato, no plano individual ou no plano coletivo, meios e modos de efetivação.⁹³⁹ Esse movimento estaria a ultrapassar os interesses jurídicos das classes pobres, já alcançando as classes médias, sobretudo no que concerne aos chamados direitos difusos, protagonizados por grupos sociais organizados e protegidos por direitos sociais emergentes cuja titularidade individual é problemática.⁹⁴⁰

4.9.3 O acesso à justiça e os novos conflitos na sociedade contemporânea

Contemporaneamente, a doutrina tem destacado a dilação semântica do termo “necessitado” ou “hipossuficiente jurídico”, tendo em conta a própria estruturação da sociedade de massa. Fala-se de uma nova categoria de hipossuficiente, vislumbrada nos cognominados “carentes organizacionais”, referidos por Cappelletti.⁹⁴¹

⁹³⁶ Ver: CF, art. 134: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

⁹³⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Ibidem*, p. 30.

⁹³⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 30.

⁹³⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 30.

⁹⁴⁰ SANTOS. Boaventura de Sousa. *Ibidem*, p.172.

⁹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ibidem*, p.116.

Grinover define como carentes organizacionais “as pessoas que apresentam particular vulnerabilidade em face das relações sociojurídicas existentes na sociedade contemporânea”, como por exemplo,

o consumidor no plano das relações de consumo; o usuário de serviços públicos; os que se submetem necessariamente a uma série de contratos de adesão; os pequenos investidores do mercado imobiliário; os segurados da Previdência Social; o titular de pequenos conflitos de interesses, que via de regra se transforma em litigante meramente eventual. Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinantes, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo.⁹⁴²

São de duas ordens os conflitos que despontam nas inter-relações sociais e que revelam esse déficit de carência organizacional já mencionado. De um lado, os pequenos conflitos e de outro, os conflitos metaindividuais.⁹⁴³

Quanto aos primeiros, ordinariamente não são levados à justiça tradicional, não só por sua irrelevância econômica, mas também pela estrutura formalista do processo clássico, circunstância que só serve para aumentar a distância entre o povo e a justiça, “exacerbando a insatisfação social e o desprestígio do Poder Judiciário e contribuindo para o incremento da litigiosidade contida, de que nos fala Kazuo Watanabe, sempre pronta a explodir em graves conflitos”.⁹⁴⁴

É consabido que a desconfiança e a ineficiência do sistema de justiça têm repercussão direta no meio social, e seus efeitos são detectados notadamente no recrudescimento da violência, na desordem e no descrédito do próprio Judiciário. De outro vértice, estariam a se avolumar os conflitos metaindividuais, envolvendo “comunidades de pessoas mais ou menos indeterminadas ou de difícil determinação”, tendo por objeto “bens ou valores espalhados pela coletividade e de natureza indivisível” – os interesses ou direitos coletivos ou difusos.⁹⁴⁵

⁹⁴² Idem, *ibidem*, p. 116-117.

⁹⁴³ Idem, *ibidem*, p. 117.

⁹⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 117.

⁹⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 117.

No Brasil, a experiência dos Juizados de Pequenas Causas⁹⁴⁶ e mais recentemente dos Juizados Especiais⁹⁴⁷ – com propostas de tutela diferenciada ou de vias alternativas de tutela e modelos de justiça popular, participativa, democrática, e como expressão de *justiça coexistencial*, pondo em relevo a conciliação e engajando juízes leigos, árbitros e conciliadores –, tem servido de contraponto à justiça tradicional, contenciosa, de natureza estritamente jurisdicional, sabidamente saturada, onerosa e tardia.

O sistema de Juizados insere o Brasil na chamada terceira onda (*terza ondata*) do universo cappellettiano, pois representa acesso à justiça, adequação dos anseios da população a uma Justiça rápida⁹⁴⁸, sem custas e sem formalismo, como freio ao fenômeno da litigiosidade contida e à violência, capazes de induzir à justiça de mão própria e à barbárie social, nesse quadro sombrio de pobreza e de exclusão social dos países em via de desenvolvimento.

No plano dos conflitos coletivos, ressalta Grinover⁹⁴⁹ que o legislador brasileiro deu respostas adequadas, inicialmente com a Lei da Ação Civil Pública⁹⁵⁰, posteriormente com a Constituição de 1988, trazendo inovações importantes, especialmente no pertinente ao mandado de segurança coletivo,⁹⁵¹ às ações coletivas de associações,⁹⁵² de sindicatos,⁹⁵³ do Ministério Público,⁹⁵⁴ dos índios e suas comunidades e organizações,⁹⁵⁵ sem prejuízo de outras legitimações ainda a serem

⁹⁴⁶ Ver Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, que dispôs sobre a criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas.

⁹⁴⁷ Ver Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criados pelo art. 98, I, da Constituição Federal de 1988.

⁹⁴⁸ LAGRATA NETO, Caetano. “Juizado Especial de Pequenas Causas e Direito Processual e Civil Comparado”. In: WATANABE, Kazuo (Coord). **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.96.

⁹⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ibidem*, p. 117-118.

⁹⁵⁰ Ver Lei nº 7.347/85, que tratou dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, relativos ao meio ambiente e aos consumidores.

⁹⁵¹ Ver: Art. 5º, inc. LXX, da Constituição Federal de 1988.

⁹⁵² Ver: CFB/88, art. 5º, inc. XXI.

⁹⁵³ Ver: CFB/88, art. 8º, inc. III.

⁹⁵⁴ Ver: CFB/88, art. 129, inc. II.

⁹⁵⁵ Ver: CFB/88, art. 232.

definidas por lei,⁹⁵⁶ e, por último, com o Código de Defesa do Consumidor,⁹⁵⁷ ampliando a abrangência da ação civil pública.⁹⁵⁸

Nessa direção, o legislador pátrio optou pela legitimação concorrente e autônoma dos entes públicos ou organizações associativas para a titularidade das ações coletivas, suprindo as eventuais deficiências organizacionais dos titulares individuais, possibilitando o acesso à ordem jurídica justa de parcela significativa da população e dirimindo judicialmente seus conflitos individuais e coletivos.⁹⁵⁹

É nessa perspectiva que se projeta a jurisdição como um *locus* democrático e o processo como instrumento de democracia participativa e de cidadania inclusiva. É justamente esse enfoque que será o objeto do próximo capítulo.

4.10 Concluindo o capítulo

O processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Judiciário no espaço da política decorre da democratização social tal como se esboçou no *Welfare State* e da nova institucionalidade da democracia política, afirmada inicialmente após a derrota do nazifascismo e posteriormente com o desmonte, nos anos 70, dos regimes autoritários, trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais.

Há uma tendência à desneutralização do Judiciário, de caráter universal, ultrapassando as questões constitucionais, já que associada às profundas

⁹⁵⁶ Ver: CFB/88, art. 129, § 1º.

⁹⁵⁷ A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor –, ampliou a abrangência da ação civil pública, passando a tutelar qualquer interesse difuso ou coletivo e instituindo uma nova ação coletiva.

⁹⁵⁸ Sobre os novos direitos e sobre a legitimação e definição dos interesses coletivos, ver: BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001, 277 p.; MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988; FERRAZ, Antônio Augusto de Camargo et al. **A ação civil pública e a tutela jurisdicionais dos direitos difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984; PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, 80p.; LEITE, José Rubens Morato. “Interesses metaindividuais: conceitos – fundamentações e possibilidade de tutela”. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Cidadania Coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 27-43.

⁹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. (Ibidem, p. 118.

transformações das relações entre Estado e sociedade civil no capitalismo contemporâneo. Tais transformações têm início uma vez conquistados os direitos políticos por domínios subalternos da sociedade, os sindicatos e partidos, criando-se um *welfare* de ‘estado legislativo’, convertido, a seguir, no *welfare state* com seu formato administrativo-burocrático. E o *welfare* introduz um sentido promocional prospectivo na legislação, que deverá ser realizada por meio da intervenção do Estado.

Com o constitucionalismo moderno emerge o Judiciário como um novo ator no processo de adjudicação de direitos, em franca contraposição ao contexto original do *welfare*, tempo em que a luta foi travada no campo da política. Assumindo o Judiciário essa nova função constitucional, o território da incorporação de direitos se requalifica não só com esse novo *locus* institucional, passando a admitir, igualmente, a linguagem da justiça e não somente do direito. Especialmente nos países de *civil law* houve uma mudança de paradigma, levando o juiz a transcender suas funções tradicionais de adequar o fato à lei, assumindo também a atribuição de perquirir a realidade à luz dos valores e princípios constitucionais. O Poder Judiciário passa a ser um ator que mantém sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis. Sob esse prisma, diferentemente do Estado Liberal, a Justiça não mais é dependente da política, uma vez que o constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário sobre as decisões dos demais Poderes. Com isso, põe-se em evidência o novo papel do Poder Judiciário na vida coletiva, justificando o manejo da expressão *democracia jurisdicional*.

Novos processos sociais têm incitado a geração de conflitos coletivos, próprios do contexto da globalização e da complexidade da vida moderna, gerando fenômenos de massificação da tutela jurídica. A tutela de conflitos entre grupos sociais e a produção de interesses coletivos e difusos tem sido objeto de inovações processuais do tipo *class action*, causando um envolvimento do direito na própria sociabilidade e facilitando a formação de identidades e de núcleos de organização social, necessários para a iniciativa judicial. Essas transformações operadas no plano institucional e social têm projetado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a adequação de um cenário para a ação substitutiva a dos partidos e a das

instituições políticas propriamente ditas, disponibilizando o Poder Judiciário como uma alternativa para a equação de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à justiça.

A desneutralização, a emergência de seu ativismo e, sobretudo, a judicialização da política são processos afirmativos do Judiciário, em escala mundial, compreendendo tanto os sistemas de *common law* como os de *civil law*. O Judiciário, seja como ator coletivo, seja através do trabalho heróico e compassivo do juiz individual, abandona o seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais.

No plano político um dos temas recorrentes na atualidade é a discussão acerca da capacidade de intervenção do Judiciário no âmbito das questões governamentais. Assuntos habitualmente circunscritos à arena política estariam sendo objeto de decisões judiciais. Por isso, fala-se em governo de juízes, judiciarismo, judicialização, judiciocracia, ativismo judicial, juridicização do fato político, dentre outros termos, que retratam essa expansão do Poder Judiciário, fenômeno apontado como um dos mais notórios fatos políticos da atualidade.

Os agentes políticos e o processo político permanecem como únicos autorizados a formalizar decisões de natureza política fundamental. Os agentes administrativos e jurisdicionais, assim como o processo administrativo e judicial precisam de legitimidade e adequação para formalizar decisões políticas básicas. Nenhuma das três funções – legislativa administrativa e judicial –, no entanto, é livre e soberana para sobrepor-se à única soberania reconhecível num sistema democrático – a vontade popular, exercida através do processo político constitucionalmente instituído.

A consolidação institucional da democracia brasileira, além dos problemas sociais emergentes de uma sociedade profundamente desigual e injusta e de baixo índice de cultura cívica, enfrenta um problema político que se revela particularmente grave e diz respeito às relações assimétricas entre os três Poderes da República. O atual sistema potencializa o Executivo, em desfavor de um Legislativo

com baixa legitimidade, e repatria para o Judiciário demandas de caráter político e social que teoricamente estariam na órbita da representação. Por tudo isso, há um déficit no nosso modo de funcionamento da democracia que, tornado constante, poderia pervertê-la em um sistema de procedimentos formalizados tendentes a se fechar às expectativas e demandas sociais.

Atuando reativamente aos efeitos desse estreitamento da esfera pública há um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas, das organizações sociais e do próprio cidadão, que recorrem ao Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto tanto do Executivo quanto do Legislativo. A judicialização desse movimento tem logrado eventualmente limitar a ação legislativa do Executivo. Além disso, através de novos institutos processuais como a ação popular e a ação civil pública, tem sido possível a defesa do cidadão contra o Estado e o poder econômico. O caráter afirmativo desse processo adquiriu tal relevância que hoje é plausível pensar em judicialização da política e das relações sociais como uma dimensão da sociedade brasileira.

A Constituição de 1988 redefiniu as relações entre os três Poderes da República, dando eficácia ao sistema do *judicial review*, ampliando os sujeitos institucionais da sociedade civil na comunidade de intérpretes com direito à participação no controle da constitucionalidade das leis. Essa inovação possibilitou que segmentos organizados da sociedade civil passassem a ter legitimação para provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal visando discutir a inconstitucionalidade de lei ou de norma da Administração. Do mesmo modo, os institutos da ação popular e da ação civil pública foram constitucionalizados com maior abrangência. O Ministério Público, de outro lado, foi refundado, agora com a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Essa nova formatação institucional possibilita, através da procedimentalização da aplicação do direito, a criação de outro *locus*, ainda que embrionário, de manifestação da esfera pública, com capacidade de atuação sobre o poder político, conectando o cidadão e suas associações com o Poder Judiciário.

Esse novo *locus* da esfera pública, erigido em torno do direito, de suas

instituições e procedimentos, mobiliza formas e mecanismos de representação funcional, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, o sindicalismo, as ONGs e a vida associativa em geral, sem a pretensão de concorrer com o sistema de representação política. As duas formas de representação – a funcional e a política – atuam numa relação de complementaridade, de reforço recíproco. Essa relação de complementaridade, extraída da tradição republicana brasileira, estaria atuando de forma compensatória em relação ao déficit democrático, especialmente contra a intervenção legislativa do Executivo.

Acerca do déficit democrático, o Legislativo tem consciência dessa contingência, uma vez que são dele as iniciativas tendentes a reforçar as funções de *checks and balances* do Poder Judiciário, desde a Constituinte, e de instituir, no campo procedimental, como na hipótese das *class actions*, uma modalidade de esfera pública desenvolvida em torno da representação funcional. Apesar da constatação da existência de relações assimétricas e desarmônicas entre os Três Poderes do país, essa circunstância tem propiciado condições favoráveis para uma adequação criativa da democracia mesmo num cenário adverso, confirmando outra tradição da cultura política do país, de pragmatismo quanto à manipulação de formas e procedimentos. A própria representação funcional coexistindo com a representação política é um exemplo desse pragmatismo, embrião que poderá vir a formar uma *cidadania complexa*, exemplo de adaptação criativa da nossa cultura política à má contingência, extraindo vantagens do *atraso* para a construção de uma moderna democracia.

Outra forma importante de representação é a argumentativa, de que estariam investidas as Cortes Constitucionais. Visualizando no Poder Judiciário uma instância concretizadora dos direitos fundamentais, o princípio fundamental “todo o poder emana do povo” não se compreende apenas no parlamento, mas também no tribunal constitucional como representante do povo. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente.

A adequação da lei aos direitos fundamentais apenas é possível quando a representação argumentativa em proveito desses direitos supera a representação política identificada na lei. A representação argumentativa está muito além de

expressar uma mera superposição do juiz sobre o legislador, pois essa representação, antes de controlar a lei, deverá ter a capacidade de convencer os cidadãos da sua racionalidade. É possível sustentar que o controle jurisdicional da constitucionalidade, ante a necessidade de sua problematização e fundamentação para o convencimento, é plenamente justificável, sendo um limite admissível para a política concretizada na decisão tomada pela maioria parlamentar.

Cumpra à Corte Constitucional pronunciar a última palavra institucional no âmbito do Estado democrático de direito, porquanto suas decisões jurídicas não se submeterão a qualquer controle democrático posterior. Nesse caso, o Tribunal Constitucional, sendo o juiz último da autoridade dos demais Poderes, é o único juiz de sua própria autoridade.

O judicial review of legislation foi até hoje a mais significativa inovação americana relativamente à tradição inglesa. Importou, na prática, a suplantação do princípio da supremacia do Parlamento – ainda vigente na Inglaterra – pela supremacia normativa da Constituição. Definiu incumbir ao Judiciário exercitar a vigilância de tal supremacia, ainda que redunde na invalidação dos atos do Legislativo.

No modelo norte-americano, juízes e tribunais podem declarar nulos, no curso de qualquer processo, os atos e leis contrários à Lei Fundamental. Tal competência é distribuída *difusamente* por todos os órgãos jurisdicionais. Todavia, a Suprema Corte desempenha função determinante no campo da interpretação em razão do princípio *stare decisis*, que confere eficácia vinculante às suas decisões. Desse modo, incumbe à Suprema Corte, em tema constitucional, dar a última e definitiva palavra.

A Constituição austríaca, em sua formulação originária, além de *concentrar* na Corte Constitucional a competência para decidir as questões de constitucionalidade, subordinou tal controle à existência de uma *ação especial*, passível de ser aforada por alguns órgãos políticos. Criou-se um sistema de controle *abstrato* de constitucionalidade, aferida em tese pelo Tribunal Constitucional. Com a reforma de 1929, houve a ampliação dos legitimados para a deflagração do controle perante a Corte Constitucional, incluindo-se os tribunais de segunda instância, aos

quais se permitiu apenas a via incidental. Introduziu-se, a partir de então, o controle abstrato e o controle concreto de constitucionalidade, embora a competência, para ambas as vias, fosse reservada, com exclusividade, para a Corte Constitucional.

O sistema brasileiro é eclético porque além de manter um sistema dual coexistente (difuso e concentrado), em seu modelo concentrado tem peculiaridades que o tornam singular. A Constituição de 1988, além de ampliar significativamente a legitimação ativa para o controle abstrato de constitucionalidade, instituiu mecanismos de controle contra omissões normativas, tanto em sede concreta (mandado de injunção) como em sede abstrata (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), para remediar o crônico problema de mora legislativa no cumprimento de obrigações positivas impostas pela Constituição. Instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, tendo por escopo propiciar decisão afirmativa do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante de constitucionalidade de lei ou ato normativo. Ademais, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição, através da Lei nº 9.882/99, foi instituída a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por último, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituiu a súmula vinculante.

O juiz tem um papel bem maior do que lhe é atribuído artificialmente pelo legalismo, porquanto exerce ideologicamente uma formidável e dinâmica atividade recriadora. O monopólio legislativo, em matéria de elaboração e fixação do direito, é falacioso. O juiz, em verdade, é soberano na atividade jurisdicional, e como tal, pode estabelecer as normas e as regras de aplicação necessárias, uma vez que, em relação à lei, não se caracteriza pela passividade e nem tampouco a lei será considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos. A lei não é a medida exata que assegura a estabilidade e a continuidade do direito. Há uma antinomia entre lei e os princípios fundamentais da ordem jurídica, e o resguardo e manutenção destes princípios incumbe ao Juiz e não ao Poder Legislativo. Neste tocante, a lei não vale mais por si, mas depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes se podia asseverar que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, hoje é apropriado concluir que as leis devem estar em consonância com os direitos fundamentais.

O princípio da legalidade, com a assunção do Estado constitucional, exige que a ele se dê uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era *formal*, atualmente ele tem conteúdo *substancial*, a requerer a conformação da lei com a Constituição e especialmente com os direitos fundamentais. Essa conformação da lei ou da legislação faz com o juiz crie, mediante a interpretação ou o controle de constitucionalidade, uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão. Essa compreensão crítica já é uma tarefa de concretização, porquanto a lei não é mais objeto, mas sim componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, portanto, como um novo ou outro objeto.

A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aquiescer aos caprichos e à vontade do legislador pois, como poder criador, o Juiz não constitui um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face de litígios reais. Busca, em verdade, solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos, operando juridicamente como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica. O magistrado, por conseguinte, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado. Sua tarefa versa na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa.

A resistência às leis injustas deve começar pelos juízes, justamente o segmento da sociedade que, em razão de conquistas que logrou após muita luta e arrostando muita incompreensão, transformou-se não somente no derradeiro refúgio das reivindicações sociais, mas no único setor realmente aparelhado para resistir aos desmandos e às tentativas autoritárias. Daí acrescer em muito a responsabilidade dos juízes perante o povo.

O Poder Judiciário teve redefinido seu papel republicano com o aprofundamento do processo de transição para a democracia e especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, trazendo-o para o primeiro plano da vida pública nacional. A soma de vários fatores históricos colocou o Judiciário na

centralidade política do país. Favorecido pela ambigüidade da Constituição na definição do regime de governo, foi instado a decidir impasses institucionais entre Executivo e o Legislativo. Além disso, o intervencionismo estatal sobre a economia, com a edição de vários planos de estabilidade monetária, causou impacto dramático sobre os interesses privados, fato que constituiu o Judiciário em instância única de defesa do cidadão e do setor empresarial. Esse protagonismo do Judiciário foi resultado de um efeito inesperado da transição para a democracia. Esse fenômeno, de outra parte, verificou-se sob a circunstância geral, e não apenas brasileira, de reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade, por decorrência das amplas transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo.

Verifica-se uma contradição no âmbito do Judiciário, já que embora não compelido a reconstruir a sua identidade nos difíceis trâmites da transição, subitamente vê-se alçado à posição estratégica de árbitro dos demais Poderes e responsável pela inscrição na esfera pública dos novos atores sociais advindos pelo processo de democratização.

O Judiciário, com a consolidação política da democracia no Brasil, tem sido exigido cada vez mais não só por uma estonteante explosão de conflitos individuais, de molde a expor dramaticamente sua ineficiência funcional numa sociedade em profunda transformação, mas principalmente por lhe serem cobrados novos papéis na agenda política, econômica e social do país. Por conta de decisões recentes, compelindo o Executivo, o Legislativo e a sociedade ao cumprimento da ordem constitucional, o Judiciário saiu do cenário de discrição que sempre marcou sua atuação política, para uma visibilidade expansiva, decidindo sobre questões cada vez mais graves e de repercussão na vida nacional.

Há uma crise de legitimidade no Poder Judiciário brasileiro. Crise na qualidade de Poder, pois tem sido omissivo e ineficiente na compatibilização das suas atribuições constitucionais (Arts. 92 a 126 da Constituição Federal), com os fundamentos da cidadania (Art. 1º, II) e da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III) e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam: “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da

marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I, III e IV)”. Nessa perspectiva, quando a estrutura de um poder contradiz a evolução e os anseios da sociedade, verifica-se uma crise de legitimidade.

Os direitos da cidadania são típicos de uma realidade de direito e de Estado emergente no século XX, e por essa razão estão insertos na categoria de novos direitos. Numa visão contemporânea, deve ser comprometida com valores e entendida como exercício de uma reivindicação de direitos. Tal reivindicação é entrevista como uma batalha pelo reconhecimento de novos direitos sociais, ou de direitos já existentes, os quais têm sido historicamente negados. Não se trata simplesmente de luta pelo respeito a valores que já estão dados. Ao contrário, trata-se de restabelecer e de fazer com que a ordem político-constitucional consagre, efetive e assegure tais direitos. Por isso, essa concepção recupera a idéia de uma atividade do cidadão, não dentro da ação estatal e do exercício da soberania, mas reafirma o caráter dinâmico da ação cidadã a partir da sociedade civil, e como um programa de transformação da esfera público-jurídico-constitucional.

O esquema de evolução dos direitos pressupõe específicas concepções de cidadania pouco relacionadas com a realidade brasileira. Aqui, o processo que vai dos direitos civis aos políticos e destes aos sociais não foi linear e nem cumulativo. Pelo contrário, a luta pela cidadania trava-se em todas essas frentes, de forma imperfeita, truncada e simultânea. O problema dos países centrais e periféricos é comum: o de combinar essas três gerações de direitos. A diferença, no entanto, é que, para os países centrais, o equilíbrio trata de *manter o padrão de eficácia* da ordem jurídica assim como a intensidade dos direitos. Para os periféricos, entretanto, o problema está em harmonizar os diferentes tipos de direitos legalmente garantidos para suprir *vazios de efetividade* e alargar sua intensidade a amplos setores das classes sociais.

A ampliação da cidadania, pela participação popular em todas as esferas do corpo social, produzirá transformações na idéia tradicional do Estado como

instância exclusiva e absoluta de poder. Nesse sentido, há que se cambiar o enfoque e passar a encarar o Estado não mais como criador e tutor autoritário da sociedade civil. Deve ser o articulador e reordenador dos espaços democráticos de acesso popular. Ou seja, autêntico mandatário da sociedade civil, plenamente organizada pelo exercício e pela participação da cidadania popular.

A percepção do Estado democrático de direito, como afirmação dos direitos da cidadania, pressupõe um Judiciário comprometido com os valores sociais e políticos que a sociedade pretende preservar e garantir. Por outro lado, avulta a questão da democracia na perspectiva da jurisdição e do processo como instrumento de concretização da cidadania. É justamente a democracia, como direito de quarta geração e a jurisdição democrática como exigência do Estado contemporâneo que tornam o Judiciário um *locus* efetivo da concretização da cidadania e da participação, suplantando os entraves do acesso à justiça, especialmente os graves problemas sociais de Estados emergentes como o Brasil, onde a exclusão, mais do que um problema, constitui uma chaga social.

A democracia depende fundamentalmente de instituições estáveis, além de razoável atendimento das necessidades básicas do cidadão, economia capaz de arrostar choques, educação crescente do povo e adequada distribuição de rendas, de molde a reduzir a população dos excluídos e obstar a desordem social. Mesmo os excluídos devem ter esperanças e reais condições de evoluir e romper o ciclo de marginalidade social. Nesse sentido, é fundamental o compromisso da jurisdição. O discurso jurídico precisa assimilar a inclusão social como forma de legitimidade da ordem jurídica. Deve-se estipular um sistema de direitos que privilegie a autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo.

O acesso à justiça insere-se dentre as grandes preocupações da sociedade contemporânea. Na verdade, é hoje apontado como o primeiro dentre os direitos humanos. Como direito fundamental, não se limita à simples petição ao Poder Judiciário, mas ao direito de uma pronta e efetiva resposta, em um prazo razoável,

além do julgamento imparcial por um juiz ou tribunal, da observância do devido processo legal e das demais garantias processuais e constitucionais.

A questão do acesso à justiça está intimamente ligada à noção de justiça social, sendo o “tema-ponte” a interligar o processo civil com a justiça social. Tal aporte compreende ainda a desmistificação da neutralidade ideológica do juiz e do processualista. Por isso, o tema do acesso à justiça, no âmbito do processo civil, representaria uma opção ideológica desmistificadora da neutralidade científica imposta pela dogmática.

O acesso à justiça não é apenas a porta de entrada que o Estado oferece ao indivíduo para lhe garantir os mínimos direitos. É também um dos vários eixos de produção e reprodução de relações sociais, nos padrões escolhidos pelos grupos contestatórios dos atuais padrões vigentes. O acesso à justiça, numa ótica social e política, é uma concepção muito mais ampla que não se esgota em defender a igualdade de todos na justiça, na possibilidade de todos terem acesso sem restrições à tutela jurisdicional. O conceito é também expandido ao direito de ter acesso, no mesmo nível de igualdade, à educação, saúde, segurança social, e a todas as prestações que a dignidade de um indivíduo, em sua completude, requer.

O legislador pátrio optou pela legitimação concorrente e autônoma dos entes públicos ou organizações associativas para a titularidade das ações coletivas, suprindo as eventuais deficiências organizacionais dos titulares individuais, possibilitando o acesso à ordem jurídica justa de parcela significativa da população e dirimindo judicialmente seus conflitos individuais e coletivos. Também ampliou o universo de intérpretes da Constituição. É nessa perspectiva que se projeta a jurisdição como um *locus* democrático, e o processo como instrumento de democracia participativa e de cidadania inclusiva.

5 O PROCESSO JURISDICIONAL COMO UM *LOCUS* DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E DE CIDADANIA INCLUSIVA

Há um estágio novo no processo de transformação da democracia moderna. Na leitura de Calmon de Passos, democratizado o Estado, com a democracia liberal, há a necessidade de democratizar-se igualmente a sociedade.⁹⁶⁰

A democracia liberal⁹⁶¹ foi a solução institucional do Estado, que não respondeu satisfatoriamente às exigências postas pelo processo de democratização da sociedade. Sucede que a expansão da esfera de atuação estatal, com a ampliação da cidadania, restringiu correspectivamente a esfera da liberdade dos cidadãos. O desafio atual seria, pois, efetivar a democratização da sociedade, sem prejuízo da democratização do Estado, ou seja, conservar a prioridade do bem-estar social, sem impor restrição à esfera da liberdade. Para esse desiderato sugere-se a necessidade da execução de instrumentos adequados, plasmando-se as novas instituições e vencendo-se o caminho da chamada democracia participativa.⁹⁶²

A democracia liberal, nesse enfoque, teria sido fruto da dissociação entre o político e o econômico. Já a democracia social⁹⁶³ teria representado a tentativa de

⁹⁶⁰ PASSOS, J.J. Calmon de. Democracia, Participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 92.

⁹⁶¹ Conforme observa Vânia Siciliano Aieta, “na *democracia liberal* prevalece a autonomia do indivíduo, a liberdade de agir de acordo com o livre-arbítrio, desde que respeitado o *pacto*, pois a partir do momento em que cada um cuida de si próprio (teoria do Estado mínimo, vista pelo viés econômico), a sociedade como um todo acabará cuidando do interesse de todos. O governo constitucional das maiorias se alicerça sobre as bases de uma relativa liberdade e igualdade, ou seja, a liberdade e igualdade civil (igualdade e liberdade perante a lei, ainda que *materialmente* não existam), proporcionando ao povo o poder de representação e fiscalização dos negócios públicos” (AIETA, Vânia Siciliano. “Democracia”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 194).

⁹⁶² PASSOS, J.J. Calmon de. Op. cit., p. 92.

⁹⁶³ Sobre a *democracia social*, pondera Aieta: “Na segunda metade do século XIX e início do século XX, observou-se o quanto era necessário corrigir as mazelas do constitucionalismo clássico ou formal. Nessa ambiência, começa a surgir o *constitucionalismo material*, que tinha por escopo o asseguramento de condições que buscavam garantir a eficácia material da liberdade e da igualdade. Esse movimento constitucional, alicerçado no ideal da *igualdade de oportunidades*, do *Estado-providência* e da *função social da propriedade*, contou notadamente com a participação da Igreja Católica, por meio da afirmação da sua doutrina social. A idéia de sacrifício parcial da liberdade com o fito de assegurar a todos bem-estar e condições mínimas de vida encontrou no instrumento do *imposto* seu maior aliado, pois por meio dele poder-se-ia distribuir melhor a renda, atenuando as desigualdades” (AIETA, Vânia Siciliano. Op. cit., p. 194).

reaproximação de ambos, ao assumir o Estado não só tarefas de promoção, coordenação e planejamento, mas ele próprio se fazendo de produtor e empresário. Elevado à condição de provedor, transformou-se em Estado opressor.⁹⁶⁴

Num terceiro tempo, estar-se-ia marchando para a democracia participativa⁹⁶⁵, na tentativa de manter-se a interação entre o econômico e o político e sua formulação jurídica, porfiando-se pela superação do exacerbamento do Estado em detrimento da liberdade, para recuperar-se, para a sociedade, um poder de controle que a democracia liberal e a social não previram nem efetivaram, salvo pelo mecanismo do voto e pela pressão da opinião pública, revelados insuficientes e insatisfatórios.⁹⁶⁶ Esse seria um estágio marcado pelo signo da liberdade, calçado na igualdade substantiva e no espírito de solidariedade, inspirando a sociedade civil para o exercício de uma cidadania ativa e inclusiva, para a efetivação dos direitos declarados e não adimplidos na Constituição. É o estágio da concretização correspectiva dos signos da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

O Estado democrático de direito tem em seu conteúdo princípios da justiça social e do pluralismo⁹⁶⁷, realizando-se através da democracia participativa. E

⁹⁶⁴ PASSOS, J.J. Calmon de. Ibidem, p. 92.

⁹⁶⁵ A *democracia participativa* situa-se dentre os sistemas de democracia. Sobre o assunto, explicita Vânia Siciliano Aieta: “Entre os sistemas de democracia, pode-se apontar: *sistema democrático direto*, no qual o povo dirige por ele mesmo, sem representantes, os poderes políticos governamentais; o segundo modelo reside no *sistema democrático indireto*, periódico e limitado, em que o povo exerce por meio de representantes o poder político; e o terceiro modelo, que é o *sistema democrático participativo*, no qual, não obstante ser um sistema cuja base decisória de poder se dá por via oblíqua (indireta), isso não significa que os cidadãos não possam também exercer diretamente, em certas circunstâncias, e, por instrumentos decisórios conjugados ou diretos, os poderes governamentais. A terceira via, manifesta pela proposta da democracia participativa ou semidireta, possibilita, também, a *democracia partidária*, modalidade de democracia indireta, representativa, que se vale também do *mandato*, porém sendo o *partido político* o verdadeiro titular do mesmo e não um indivíduo eleito como representante do povo, desvinculado dos seus compromissos” (AIETA, Vânia Siciliano. Ibidem, p. 193-194).

⁹⁶⁶ PASSOS, J.J. Calmon de. Ibidem, p. 92.

⁹⁶⁷ *Pluralismo*, expressão de origem latina *plural/pluralis*, significa multiplicidade de elementos ou formas de ação; contrapõe-se ao uno, ao centralismo. O pluralismo enquanto concepção filosófica, segundo Antônio Carlos Wolkmer, “toma em consideração que existem inúmeras fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas igualmente as condições de historicidade que cercam a própria vida humana. O pluralismo, enquanto *multiplicidade dos possíveis*, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade de culturas. O pluralismo tem-se revelado fator importante de intermediação capaz de se contrapor aos extremos da fragmentação atomista e da interferência totalizadora do poder centralizado do Estado. Assim, enquanto predomínio de corpos sociais intermediários, o pluralismo age tradicionalmente contra o *individualismo* e o *estatismo*. Por

dentre as diversas formas de participação prevê a ação popular, as ações coletivas e a ação de inconstitucionalidade. Estas últimas através da participação de entidades legitimadas para agir,⁹⁶⁸ ampliando significativamente o círculo de intérpretes da Constituição, através do *status activus processualis*, para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta.

Nesse norte, a jurisdição e o acesso à justiça devem ser focados com fundamento no Estado Democrático de Direito. E explicita Marinoni:

fim, além de se reconhecer determinados princípios da doutrina do pluralismo (autonomia, descentralização, diversidade e tolerância), importa aludir a existência de várias modalidades de pluralismo. Dependendo da espécie de critérios utilizados, pode-se enquadrar o pluralismo em formas antigas, tradicionais, conservadoras, liberais, modernas, progressistas, radicais ou críticas” (WOLKMER, Antonio Carlos. “Pluralismo Jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 637-640; Ver, do mesmo autor: _____ . **Pluralismo Jurídico**. 3. ed., rev. atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001. 403 p.). Yash Ghai cunha a expressão *pluralismo dos direitos humanos*: “O regime dos direitos humanos já não é centrado exclusivamente no indivíduo. Ele inclui fortes normas de justiça social, por direitos econômicos e sociais; já não é indiferente às diferenças culturais; ataca a pobreza e alienação; e o conceito de igualdade foi enriquecido de modo a incluir a discriminação positiva e outras formas de direitos coletivos. Alguns destes desenvolvimentos podem existir apenas no plano teórico, mas esse não deixa de ser um ponto de partida” (GHAI, Yash. “Globalização, multiculturalismo e Direito”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 576-577). Sob o prisma político, para Gisele Cittadino, “o pluralismo é uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas. Quando Jürgen Habermas descreve a ‘moralidade pós-convencional’, ou quando Claude Lefort menciona a dissolução dos ‘marcos de referência da certeza’, ambos se referem ao fato de que no mundo moderno já não é possível configurar uma idéia substantiva acerca do bem que venha a ser compartilhada por todos. O pluralismo, entretanto, possui, pelo menos, duas significações distintas: ou o utilizamos para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. No âmbito da filosofia política contemporânea, os representantes do pensamento liberal – John Rawls, Ronald Dworkin e Charles Larmore, dentre outros – adotam o primeiro significado do pluralismo e descrevem as democracias modernas como sociedades onde coexistem distintas concepções individuais acerca do bem. Quanto à segunda significação do pluralismo, são os representantes do pensamento comunitário, Charles Taylor e Michael Walzer, dentre outros, que a utilizam para salientar a multiplicidade de identidades sociais e de culturas étnicas e religiosas que estão presentes nas sociedades contemporâneas. De outra parte, Jürgen Habermas – debatendo com liberais e comunitários e representando o que aqui designamos por pensamento crítico-deliberativo, – acredita que as duas dimensões do pluralismo – a diversidade das concepções individuais acerca da vida digna e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições – estão presentes nas democracias contemporâneas e não há como optar por uma em detrimento da outra. No entanto, e a despeito das diferentes maneiras através das quais descrevem e compreendem as sociedades democráticas contemporâneas, liberais, comunitários e crítico-deliberativos acreditam que é possível formular e justificar um ideal de justiça – especialmente de justiça distributiva – adequado ao pluralismo do mundo moderno” (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Op. cit., p. 1-2).

⁹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 20.

A jurisdição visando a realização dos fins do Estado; fins que tomam a liberdade e a igualdade em termos que diferem amplamente daqueles que influenciaram as mais prestigiadas teorias sobre jurisdição, teorias essas que ainda vicejam nos manuais e tratados de direito processual. O acesso à justiça objetivando a superação das desigualdades que impedem o acesso, bem como a participação através do processo mediante paridade de armas, inclusive a participação efetiva do cidadão na gestão do bem comum, ponto, esse, último, que também está entre os escopos da jurisdição.⁹⁶⁹

Nesse contexto, aborda-se, no presente capítulo, num primeiro plano, o desafio de uma justiça cidadã como perspectiva de uma cidadania inclusiva; em seguida, discute-se o processo jurisdicional como estratégia de poder do Estado. Numa terceira mirada, dimensiona-se o *status activus processualis* como fundamento para uma cidadania inclusiva e ampliação do círculo de intérpretes para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta. Num quarto nível, enfrenta-se a questão dos limites e possibilidades da constituição da ciência do Direito na perspectiva da tradição do Direito Processual e sua pretensão epistemológica de verdade. Num quinto plano, examina-se a proposição de um novo direito processual civil imantado pelo constitucionalismo contemporâneo e a desconstrução da tradição científico-racional do processo. Ao depois, num sexto tópico, estuda-se a (re)definição do conceito de jurisdição e a tarefa de julgar vista como efetivação social integradora da ordem jurídica, através de um discurso de adequação. Num sétimo aspecto, sublinha-se o processo jurisdicional vislumbrado como expressão dialética de democracia participativa. Por derradeiro, conclui-se a pesquisa evidenciando o processo jurisdicional como *locus* do exercício democrático.

5.1 O desafio de uma justiça cidadã como perspectiva de uma cidadania inclusiva

O termo justiça oferece diversidade de significados. Ela pode ser apreendida como um conjunto de exigências ou aspirações relativas à estrutura da sociedade, assim como a própria instituição judiciária. A filosofia jurídica revela grande interesse pela justiça enquanto instância institucional incumbida de administrar o direito, o foco primordial da reflexão jusfilosófica sempre recaiu sobre a justiça

⁹⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 20.

como aspiração fundamental de uma ordem social e jurídica.⁹⁷⁰

Na vertente da jusfilosofia, a justiça apresenta-se, na acepção de Lumia,⁹⁷¹ como um conjunto de critérios ideais que devem presidir a boa condução e o desenvolvimento ordenado da coisa pública. Tais critérios são discutíveis para muitos autores, mas é irrecusável o fato de que a justiça, como a interpreta Kellerhals,⁹⁷² é como uma espécie de sentimento moral, de caráter intersubjetivo, comum aos diversos grupos humanos. Na órbita do procedimento, autores como Höffe⁹⁷³ são mais objetivos ao enumerar algumas condicionantes: a exigência de imparcialidade, a proibição de alguém ser juiz em causa própria ou a necessidade, na hipótese de ocorrência de um conflito, de que cada litigante seja ouvido.⁹⁷⁴

A justiça, no âmbito do pensamento ocidental, foi tradicionalmente concebida sob a forma de repartição. Tornou-se célebre a expressão latina insculpida no *Digesto*, segundo a qual a justiça consistiria na disposição ou virtude permanente de dar a cada um o que lhe é devido (ou “dar a cada um o que é seu”) – *constans et perfecta voluntas ius suum unicuique tribuere*. Para Farago,⁹⁷⁵ no entanto, tal concepção é tautológica, já que não especifica quem deva ser incumbido da distribuição, nem identifica o princípio a ser utilizado na referida partilha. Todavia, ainda que vago, o aludido adágio dos juriconsultos romanos sugere duas dimensões importantes da repartição – a formal e a material. A primeira, de natureza procedimental, assinala para o fato de que toda divisão deve estar fundada em parâmetros aceitos por todos. A segunda dimensão, de caráter mais substancial, aponta para o imperativo de identificação dos princípios a serem manejados na repartição, tais como necessidade, merecimento, posição social, etc.⁹⁷⁶

As duas dimensões suscitam grandes debates filosóficos. A

⁹⁷⁰ RABENHORST, Eduardo Ramalho. “Justiça”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 493-495.

⁹⁷¹ Ver: LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁹⁷² Ver: KELLERHALS, Jean. **Le sentiment de justice dans les relations sociales**. Paris: PUF, 1997.

⁹⁷³ Ver: HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Petrópolis: Vozes, 1991.

⁹⁷⁴ RABENHORST, Eduardo Ramalho. “Justiça”. Op. cit., p. 493.

⁹⁷⁵ Ver: FARAGO, France *et al.* **A justiça**. São Paulo: Manole, 2004.

⁹⁷⁶ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Ibidem*, p. 493.

procedimental, por um lado, assenta-se sobre uma definição formal da igualdade, ou seja, do pressuposto de que todas as pessoas em sociedade ou grupo devem ser tratadas com regras idênticas. Essa ótica não estabelece parâmetros pelos quais se daria essa igualdade, nem possibilita a identificação dos membros de uma mesma categoria. Já a dimensão substancial defronta-se com a difícil tarefa de escolher, consoante Perelman,⁹⁷⁷ dentre princípios de distribuição antitéticos, aquele que deva ser considerado o mais adequado, além de ter que justificar as desigualdades dele decorrentes.⁹⁷⁸

De toda sorte, a fórmula do *Digesto* possibilita a identificação de três elementos intrínsecos à noção de justiça – a *alteridade*, a *igualdade* e a *exigibilidade do débito*. A justiça, de efeito, acontece sempre no âmbito de uma relação intersubjetiva. Pressupõe um elo de reciprocidade vinculando um sujeito a outro. Contém, em seguida, um item de igualdade ou simetria que deve, dependendo da hipótese, ser estabelecido (distribuição) ou restabelecido (retribuição). A justiça impõe, por fim, uma exigibilidade com relação ao que for devido (*debitum*). Na esfera da distribuição, de um lado, busca repartir os encargos advindos de uma relação intersubjetiva. No âmbito da retribuição, de outro lado, a justiça almeja compensar ou corrigir a violação de uma simetria – por exemplo, uma obrigação contratual ou um direito.⁹⁷⁹

Na Modernidade, a justiça, na leitura de Taylor,⁹⁸⁰ deixou de ser visualizada apenas como uma virtude e passou a ser ressaltada como fundamento da sociedade. Essa transformação pode ser percebida na obra do filósofo David Hume,⁹⁸¹ que definiu a justiça como *virtude artificial*, fundada numa convenção social preexistente.⁹⁸² Na mesma esteira de entendimento situa-se a tradição do

⁹⁷⁷ Ver: PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁹⁷⁸ RABENHORST, Eduardo Ramalho. “Justiça”. *Ibidem*, p. 493.

⁹⁷⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 493.

⁹⁸⁰ Ver: TAYLOR, Charles. **As fontes do self: A construção da identidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1997.

⁹⁸¹ Ver: HUME, David, filósofo escocês (1711-1776). **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**, São Paulo: Editora UNESP, 2001; _____. **Diálogos Sobre a Religião Natural**. Lisboa: Edições 70, 2005; _____. **Ensaio Morais, Políticos e Literários**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2002.

⁹⁸² Sobre a concepção de justiça em David Hume, ver também: BARRY, Brian. **La justicia como**

utilitarismo,⁹⁸³ que pensou a justiça em termos teleológicos, isto é, como a maximização do bem-estar social.⁹⁸⁴

A filosofia kantiana é fundamental no redimensionamento do conceito de justiça. Kant parte da idéia de que o homem possui uma preeminência valorativa, decorrente de sua racionalidade, para conceituar justiça como um dever absoluto, consistente em tratar cada ser humano com respeito, ou seja, como um fim em si mesmo e não como meio de obtenção de algo. Posição semelhante é de alguns autores socialistas, como Proudhon,⁹⁸⁵ que vislumbrou a justiça sob a ótica da reciprocidade – como a faculdade de reconhecer, em nós mesmos e no outro, uma idêntica dignidade.⁹⁸⁶

Muitos autores modernos foram céticos em relação ao ideal de justiça. Esse ceticismo foi mais intenso nas diversas teorias jurídicas inspiradas no positivismo, principalmente em sua vertente *analítica*. Kelsen⁹⁸⁷ construiu uma Teoria do Direito de traço formal e exclusivamente descritiva. Para ele, a justiça é um ideal

imparcialidad. Barcelona: Paidós, 1997.

⁹⁸³ O *utilitarismo*, na leitura de Eurico de Lima Figueiredo, representa um conjunto “de teorias (morais, jurídicas, políticas, sociais e econômicas) que, em geral, advoga que nada, entre os seres humanos, é (ou poder ser) mais desejado em si mesmo que o próprio prazer. Por conseguinte, as construções teóricas relativas à convivência social devem supor que as pessoas têm como finalidade a obtenção do prazer e a conseqüente diminuição (ou mesmo eliminação) da dor. Concebendo-se o bem-estar como satisfação do prazer, não se pode supor uma hierarquia de prazeres, ou, em outras palavras, que um dado tipo de prazer possa ser tomado como superior ou inferior a um outro. Os atos dos indivíduos tornam-se adequados aos fins quando maximizam o prazer e minimizam a dor, ou até mesmo a sua eliminação. As regras da vida, nas mais diversas esferas da organização social, serão mais compatíveis com tal princípio na medida em que se mostrem capazes de garantir a maior satisfação para o maior número de pessoas. As teorias utilitaristas surgiram no quartel final do século XVIII e ganharam ímpeto no século XIX; no entanto, em alguns de seus aspectos centrais, elas ainda não foram descartadas pela reflexão política contemporânea. Na verdade, não obstante as pesadas refutações de seus críticos, os argumentos utilitaristas ainda fazem eminentes adeptos entre filósofos, cientistas sociais, legisladores, juristas e economistas nos dias que correm. No campo do Direito, em especial, o utilitarismo manteve, desde o seu nascedouro, vínculos profundos com o sistema do pensamento liberal. A jurisprudência utilitarista assenta-se, em geral, e em última hipótese, na satisfação das aspirações da personalidade dos indivíduos, sustentando a proposição segundo a qual os governos existem para proteger e realizar os direitos inalienáveis do homem” (FIGUEIREDO, Eurico de Lima. “Utilitarismo”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 837-840).

⁹⁸⁴ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Ibidem*, p. 493.

⁹⁸⁵ Ver: PROUDHON, Pierre-Joseph. “La justice dans la Révolution et dans l’Église”. In: **Corpus des oeuvres de philosophie de langue française**. Paris: Fayard, 1998.

⁹⁸⁶ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Ibidem*, p. 494.

⁹⁸⁷ Ver: KELSEN, Hans. **O que é justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

irracional que se alicerça numa concepção metafísica do jurídico. Já segundo Ross,⁹⁸⁸ influenciado pelo emotivismo ético do *Círculo de Viena*,⁹⁸⁹ a aspiração da justiça traduziria tão-somente sentimentos de admissão ou reprovação no pertinente a uma conduta ou circunstância.⁹⁹⁰

Contemporaneamente Rawls,⁹⁹¹ com sua obra *Uma teoria da justiça*, fez ressurgir o debate sobre a justiça substancial. As discussões teóricas, desde sua publicação, em 1971, enfatizaram a justiça como princípio de maximização da liberdade ou de distribuição de bens sociais e culturais fundamentais. Segundo Rawls, a justiça reveste-se de um caráter político e de uma virtude que se aplica à *estrutura de base da sociedade*.⁹⁹²

As idéias de Rawls sobre justiça foram objeto de inúmeros debates e acerbas críticas. Sandel⁹⁹³ enfatiza o aspecto metodológico, acenando para a possibilidade de realização de um acordo entre indivíduos racionais, reciprocamente desinteressados e que gozam de igual liberdade. De outro lado, autores ligados ao pensamento liberal questionam o princípio da equidade contido na *teoria da justiça*. Nesse prisma, Nozick⁹⁹⁴ desconsidera que em nome da correção das desigualdades o Estado possa atentar contra a liberdade de mercado e os direitos de propriedade, ou ainda as capacidades específicas de cada indivíduo. Entende Nozick que a teoria de

⁹⁸⁸ Alf Ross é conhecido como um dos fundadores do *realismo jurídico* escandinavo, movimento vinculado ao *positivismo lógico*. Parte da obra de Ross esteve focada em analisar e criticar a doutrina do jusnaturalismo, e por outro lado, na reflexão dos fundamentos epistêmicos e metodológicos da construção teórica de seu mestre e colega - Hans Kelsen. Ver: ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru/SP: EDIPRO, 2003. 432 p.

⁹⁸⁹ O *Círculo de Viena*, de acordo com a enciclopédia livre eletrônica Wikipédia, foi um grupo de filósofos e cientistas, organizado informalmente em Viena à volta da figura de Moritz Schlick. Encontravam-se semanalmente, entre 1922 e 1936. Muitos de seus membros deixaram a Áustria com a ascensão do partido nazista. O Círculo foi dissolvido em 1936. O seu sistema filosófico ficou conhecido como o "Positivismo lógico". Alguns de seus membros proeminentes: Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Philipp Frank, Friedrich Waissman, Hans Hahn. O Círculo recebeu visitas ocasionais de Hans Reichenbach, Kurt Gödel, Carl Hempel, Alfred Tarski, W.V. Quine, e A. J. Ayer. Karl Popper, apesar de não ter freqüentado as reuniões do Círculo, foi uma figura central na recepção e na crítica às suas doutrinas. Ver: http://www.pt.wikipedia.org/circulo_de_viena.

⁹⁹⁰ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Ibidem*, p. 494.

⁹⁹¹ Ver: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.; _____. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; _____. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁹⁹² RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Ibidem*, p. 494.

⁹⁹³ Ver: SANDEL, Michel. **Liberalism and the limits of justice**. Cambridge: University Press, 1982.

⁹⁹⁴ Ver: NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado y utopia**. México: FCE, 1979.

Rawls é incompatível com o liberalismo político que ela pretende defender, mormente no que tange às idéias de pluralismo e de tolerância.⁹⁹⁵

Noutra frente de objeção estão os chamados *comunitaristas*,⁹⁹⁶ que

⁹⁹⁵ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Ibidem*, p. 494.

⁹⁹⁶ O termo *comunitarismo*, segundo Gisele Cittadino, “vem sendo utilizado para designar, especialmente no mundo anglo-saxão, o movimento crítico ao liberalismo. É a partir dos anos 1980 que boa parte dessa literatura vem sendo produzida, embora numa genealogia desse debate nos revele um confronto já muito inscrito no tempo, envolvendo o formalismo racional kantiano e a racionalidade histórica hegeliana”. E prossegue: “Com efeito, os liberais – John Rawls, Ronald Dworkin, Charles Larmore, dentre outros – vinculam-se à tradição kantiana na medida em que, comprometidos com a prioridade do justo sobre o bem, defendem a idéia de que, a despeito do pluralismo que caracteriza o mundo contemporâneo, é possível conformar uma noção de justiça que possa garantir a autodeterminação moral dos indivíduos e ser compartilhada por todos. Os comunitários – especialmente Alasdair MacIntyre, Michael Walzer, Charles Taylor e Michael Sandel – de sua parte, apelam à tradição hegeliana para contestar toda e qualquer racionalidade abstrata que abra mão de sua inscrição na história, nos costumes institucionais e nas diversas formas de vida”. E acrescenta: “Importa ressaltar, no entanto, que não estamos diante de duas posturas filosóficas claramente opostas e distintas. Ainda que suas diferentes tradições teóricas nos conduzam a esse raciocínio, talvez seja mais adequado pensar em duas equipes cujos membros são bastante heterogêneos. Isso significa que por vezes as diferenças que separam os liberais dos comunitários não são mais significativas que aquelas que separam os próprios comunitários ou mesmo os liberais. No que diz respeito às semelhanças, a defesa da sociedade democrática liberal une liberais e comunitários. Em primeiro lugar, todos defendem as instituições do Estado liberal, ou seja, império da lei, separação dos poderes e direitos fundamentais, ainda que possam configurá-las de forma distinta. Ao mesmo tempo, também é evidente o compromisso de todos com a defesa da democracia, representada pela soberania popular e pela regra da maioria, ainda que aqui também variem as interpretações. De outra parte, sabemos que a idéia de sociedade democrática liberal evoca ainda a defesa do mercado como forma de administração da escassez. O liberalismo de Rawls é evidentemente compatível com a defesa do mercado; sua teoria da justiça, no entanto, busca oferecer mecanismos que possam restringir as desigualdades decorrentes das relações mercantis. De sua parte, embora se defina como socialista, o compromisso comunitário de Walzer não o coloca contra o mercado como critério de distribuição de bens sociais adotado por uma comunidade histórica específica. Em outras palavras, a discordância entre liberais e comunitários não se traduz em propostas diferenciadas de regimes políticos, mas sim em debate *no interior* da própria democracia liberal acerca de suas prioridades. Se são muitas as semelhanças entre liberais e comunitários e se as divergências teóricas não se refletem necessariamente no plano das posições políticas concretas, parece não restar dúvidas, entretanto, que todo o debate tem início porque cada um dos grupos nele envolvidos, ao pretender formular uma concepção de justiça compatível com o mundo contemporâneo, adota uma concepção distinta acerca do que é pluralismo”. E conclui: “A publicação de *A Theory of Justice*, de John Rawls, [...], foi certamente o marco a partir do qual liberais e comunitários passam a enfrentar o debate acerca das relações entre ética, direito e política, em sociedades plurais em que já não é mais possível configurar uma idéia substantiva acerca do bem que venha a ser compartilhada por todos. O pluralismo, entretanto, possui, pelo menos, duas significações distintas: ou utilizamos o termo para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para indicar a multiplicidade de identidades sociais, étnicas ou religiosas presentes nas democracias contemporâneas. Quando publica a sua teoria da justiça, Rawls faz a opção pelo primeiro significado do pluralismo e conforma um ideal de justiça que busca assegurar a cada indivíduo a realização do seu projeto pessoal de vida. A argumentação comunitária se volta precisamente contra essa idéia liberal de que é possível elaborar uma concepção de justiça que represente uma solução imparcial dos conflitos de interesse. Ao descrever as democracias contemporâneas como sociedades em que o pluralismo se caracteriza pela diversidade de identidades sociais e culturais, os comunitários pretendem conformar uma concepção de justiça que não se vincula à idéia de imparcialidade, mas, ao

concebem – como MacIntyre –⁹⁹⁷ cada comunidade política concreta como uma unidade livre para estabelecer seus fins e práticas sociais. Para os comunitaristas, notadamente Walzer,⁹⁹⁸ a teoria rawlsiana ignora o fato de que a justiça distributiva deve ser sempre local, ou seja, ligada às compreensões compartilhadas pelos membros de um determinado grupo social. Opondo-se a qualquer critério uniforme de distribuição, Walzer sustenta uma concepção pluralista de justiça fundada na idéia de igualdade complexa. Objetiva, com isso, entrever que cada esfera social está a exigir um princípio específico de distribuição.⁹⁹⁹

O tema justiça ainda provoca enormes debates no âmbito do pensamento contemporâneo. Segundo Kymlicka,¹⁰⁰⁰ outros aspectos importantes da justiça foram negligenciados pela doutrina de Rawls, mas ganharam destaque nos debates atuais. Assim, Young¹⁰⁰¹ reivindica maior cuidado no que tange à distribuição dos *bens culturais* e às questões atinentes aos grupos vulneráveis, mormente mulheres e homossexuais. Habermas,¹⁰⁰² de seu turno, desenvolve aspectos importantes da relação entre justiça e democracia deliberativa, tomando por fundamento sua própria teoria do agir comunicativo. Por fim, Barry¹⁰⁰³ vem se destacando no exame do princípio de

contrário, ao estabelecimento de um consenso ético, fundado em valores compartilhados. A crítica comunitária ao liberalismo volta-se, dessa maneira, contra a idéia de que é possível compatibilizar justiça e imparcialidade. Para os comunitários, os liberais só conseguem imaginar a possibilidade de construção de um ponto de vista moral imparcial porque estão apoiados em uma antropologia equivocada, que supõe o homem como um ser desvinculado do mundo concreto, sem raízes, sem história, enfim, um *eu* isolado, independente dos demais e com capacidade de escolher autônoma e soberanamente os objetivos e os valores que orientam o seu projeto pessoal de vida. Em vez de supor um ser atomizado, os comunitários enfatizam que são os conteúdos substantivos da história de cada um aquilo que dá sentido à existência humana. E como tais conteúdos estão inscritos na cultura, no mundo da vida, eles precedem o indivíduo de forma que não é possível definir nossa identidade ou exercer nossa autonomia sem levar em conta o horizonte social e cultural no qual cada um de nós se insere” (CITTADINO, Gisele. “Comunitarismo”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 136-138).

⁹⁹⁷ Ver: MACKINTYRE, Alsdair. **After Virtue**. University of Notre Dame Press, 1981.

⁹⁹⁸ Ver: WALZER, Michael. **As esferas da justiça**: Em defesa do pluralismo e da igualdade. Lisboa: Presença, 1999.

⁹⁹⁹ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Ibidem*, p. 494.

¹⁰⁰⁰ Ver: KYMLICKA, Will. **Les théories de la justice**. Paris: La Decouverte, 1999.

¹⁰⁰¹ Ver: YOUNG, Iris Marion. **Justice and the Politics of Difference**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

¹⁰⁰² Ver: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁰⁰³ Ver: BARRY, Brian. **La justicia como imparcialidad**. Barcelona: Paidós, 1997; _____. **Teorias de la justicia**. Barcelona: Gedisa, 1995.

imparcialidade como fundamento equitativo para o acordo entre as díspares concepções do bem que coexistem nas sociedades plurais e democráticas.¹⁰⁰⁴

Sobre justiça cidadã, como categoria de um judiciário democrático, há um vislumbre novo no pensamento político estruturante da concepção de direito e de justiça. Segundo Warat,¹⁰⁰⁵ um direito que não esteja mais centrado nas normas e sim na cidadania. Uma justiça não mais centrada em valores, “mas no exercício cotidiano de uma outridade cidadã”. O direito da cidadania e a justiça cidadã percebidos como duas idéias novas que surgem no pensamento jurídico transmoderno, como formas humanizadas do direito e da justiça, “distanciando-se de uma concepção normativa de solução de conflitos, que burocratizou o estabelecimento de litígios e desumanizou seus operadores”. Nesse viés, humanizar o direito significa reduzir o poder normativo à sua mínima expressão.¹⁰⁰⁶

Nesse aspecto, deve-se recuperar a idéia de que a cidadania e os Direitos Humanos representam o modo de realização autônoma e emancipatória das relações. Constituem modos de realização das relações. Humanização interpretada como expressão cabal da autonomia. Humanizar, numa embrionária aproximação, significa permitir aos homens escapar da alienação para a autonomia.¹⁰⁰⁷

A tarefa de dar voz à cidadania,¹⁰⁰⁸ principalmente com relação aos

¹⁰⁰⁴ RABENHORST, Eduardo Ramalho. “Justiça”. Ibidem, p. 495.

¹⁰⁰⁵ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Ibidem, p. 217.

¹⁰⁰⁶ Idem, ibidem, p. 217.

¹⁰⁰⁷ Idem, ibidem, p. 217.

¹⁰⁰⁸ Warat assevera que o surrealismo é a única forma que o homem hoje dispõe para compreender a viagem transmoderna de “humanização do humano”. Nesse norte, reafirma a idéia de uma *cidadania surrealista* que tem de ser buscada para descobrir algumas lições dessa procura: (a) A primeira lição – entender que a vida não é uma ferida absurda (um tango deprimente), mas algo que devemos amar com fervor, “é parte da condição esquecida do ser humano”. (b) A segunda lição surrealista é compreender que a realidade deve ser construída poeticamente (um real poético), para unir todas as presenças em um todo complexo, ambíguo, contraditório, fantástico: “o natural que traz sempre uma dimensão imaginária, o real que traz sempre consigo o irreal, o querido que é também o temido, o solene que esconde sempre um pouco de irreverência”. Uma viagem em que ardem, ao mesmo tempo, “o combustível que nos move, o meio que nos transporta, e os portos seguros que imaginamos chegar”, porquanto a única coisa “que se deve cuidar, para não ser queimada, é a esperança”. (c) A terceira lição surrealista se aufere quando se é capaz de entender a distinção entre o sentido do homem poético e do homem de ciência, de técnica: “O primeiro caracteriza-se por seu sentido de inoportunidade, que lhe chega de uma elevada espiritualidade e de uma rebeldia permanente diante das regras, dos conceitos da proclamada sensatez do sentido comum e dos princípios estabelecidos”. É a insurreição contra tudo o que foi instituído como oportuno ou conveniente para cada coisa. “A cidadania surrealista é o exercício do inoportuno em busca da autonomia”, exercitando a ética da

próprios conflitos, para Warat, é algo a que se pode começar a ascender com a execução de programas de justiça cidadã,¹⁰⁰⁹ onde os indivíduos possam sair do silêncio, recuperar a voz. Esses mecanismos que propiciam a harmonização dos direitos diferenciados, atualizados com o devir do pensamento transmoderno, permitem o exercício de cidadania, com autonomia e como modo de realização dos Direitos Humanos. “O cidadão sai da passividade para o exercício efetivo de uma democracia com bases humanas”.

O processo de humanização da magistratura, por outro lado, no dizer de Warat, termina colocando os juízes diante de vários desafios. Explicita ele:

O primeiro deles tem a ver com a necessidade de reformar o pensamento jurídico e suas instituições, repensar os meios com que o Direito foi pensado com a condição moderna. Como venho reiterando nesse texto, os magistrados e demais operadores dos processos judiciais foram ensinados a manipular um conhecimento normativo recoberto de ilusões impossíveis, Aprenderam um saber técnico, sonhado como científico, separado em fragmentos de verdade unidimensionalizada, que atrofiaram a possibilidade de vê-los como problemas do Direito, em termos de vínculos e conflitos humanos, na totalidade, e na

inoportunidade. O segundo (homem de ciência) não é necessário caracterizá-lo, porque todos têm “a cabeça cheia de informações que nos mostram, na própria carne, como esse sujeito é”. (d) A quarta lição é a de que o conhecimento, a sabedoria, não é dom que se possa entregar e o outro receber passivamente. É uma conquista que deve ser buscada ou rejeitada por conta própria. “A vida esconde um mistério, ao qual somente é possível aproximar-se pela poesia, que é, nesse ponto, mais produtiva que a interpretação”. (e) A quinta lição é de que a cidadania surrealista é um grande diálogo. O substrato dessa cidadania, aquilo que nos torna indivíduos, “está nos instantes do diálogo continuado”. O que se denomina alma é somente poesia, “é neutra usina de metáforas sensíveis que nos vinculam” Nesse viés, o indivíduo não é só substância, “fundamentalmente, é um caudal de relacionalidade. Tudo se define pela diferença e pela ética, feitas poesia”. (f) A sexta lição é a de que precisamos buscar um novo entendimento para a ética. “As respostas éticas não podem mais ser escatológicas”. A ética não é uma questão só metafísica. Há um novo lugar para a metafísica que se situa no inconsciente. Nossa sensibilidade, principalmente a desconhecida por nós mesmos, “está no lugar das antigas divindades”. As novas palavras éticas devem ser criadoras de mundos melhores possíveis e previsíveis. “A antiga metafísica deixou-nos prisioneiros de sonhos perfeitos, nunca realizáveis. A nova palavra ética é a poesia que nos transporta a sonhos realizáveis. A ética transmoderna é, simplesmente, poesia. (g) A última lição é o compromisso do surrealismo com os programas emergentes no Brasil de humanização da justiça. “Eles não serão possíveis, se não forem acompanhados com programas de humanização de todos os operadores do Direito” (Op. cit., p. 233-236).

¹⁰⁰⁹ O autor se refere especificamente ao Projeto Casa da Cidadania, orientado por ele próprio e executado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que prevê, dentre vários objetivos, instalar um juizado da cidadania (das pequenas causas ou especial) em todos os municípios que não sejam sede de comarca ou nos bairros de maior densidade populacional nas cidades maiores. Atualmente já foram instaladas em todo o Estado mais de 80 Casas da Cidadania, além de vários outros Postos Avançados de Conciliação. É um projeto, segundo Warat, “de implementação da cidadania humanizada, e dos Direitos Fundamentais relacionados à humanização do indivíduo e de sua cultura. São os Direitos Humanos como Direitos da humanização. É um projeto inovador de humanização da justiça saído do próprio seio institucional da magistratura” (Op. cit., p. 218).

generalidade da experiência, sem essa visão redutora do unidimensionalismo normativo. É um saber que escapa do complexo e elimina a possibilidade de uma ajuda corretiva ou de uma visão totalizadora a longo prazo. São juízes preparados dentro de uma inteligência técnica normativa cega, irresponsável e inconsciente, servos dessa preparação. São desarrochos normativos disciplinares que trouxeram vantagens na divisão do trabalho jurídico, mas, também, provocaram um saber confinado e fragmentado com o qual se decidem litígios, acreditando ilusoriamente enfrentar a complexidade e trabalhar os vínculos, tornando-se o trabalho de perceber o que não é normativamente quantificável, ou seja, as paixões e as necessidades humanas.¹⁰¹⁰

Adverte Warat que o juiz decide a partir de sua espiritualidade, “quando entende de gente, quando entende a partir de sua sensibilidade, com amor, quando entende de vínculos insatisfatórios”. Pondera que “é o próprio espírito que o juiz descobre, quando trata de adquirir sabedoria, para desintoxicar relações, começando pelas dele mesmo”. Avalia ser contraproducente contar com uma magistratura integradas por juízes perdidos “em meio da maré pessoal de vínculos tóxicos; que tratam de organizar o caos dos outros para escapar do próprio”.¹⁰¹¹

5.2 O processo jurisdicional como estratégia de poder do Estado

O poder,¹⁰¹² para Parsons,¹⁰¹³ é um dos conceitos-chave na grande

¹⁰¹⁰ WARAT, Luis Alberto. *Ibidem*, p. 219. Mais adiante, o autor relata que nos seminários que conduziu, tratou de mostrar aos juízes que eles estão diante de um desafio cultural importante. “A ciência jurídica avançou consideravelmente em termos de sua matematização. Vivemos hoje um paradigma de modernidade jurídica muito elaborado em termos de verdade ou falsidade deontica, mas cada vez, mas cada vez mais humanamente atrasado; juízes cada vez menos preparados para articular seus processos decisórios aos grandes interrogantes humanistas finseculares. A cabeça dos juízes não está feita para fazer do jurídico um processo de humanização (desvinculando o inumano do processo e das instituições que o comprometem). São juízes que decidem com uma cabeça cheia de normas e cada dia mais atrofiada em termos de criatividade e de articulação do complexo. São juízes cada dia mais dispersamente informados, sem capacidade para organizar sua informação e muito menos transformá-la em sabedoria. As informações que têm os juízes não são mais que parcelas esparramadas de saber, não dispõem de nenhum princípio humanista de seleção, nenhuma pauta, que lhes permita superar as estruturas de dependência simbólica” (p. 220). Warat fala da espiritualidade do magistrado e de vínculos insatisfatórios para compreender a si e ao outro, para ser compassivo, compreendendo o sofrimento alheio. O juiz cidadão, para ele, em seu sentido mais amplo, “é um indivíduo que realiza parte de sua cidadania surrealista por meio de sua função humanizada na magistratura”.

¹⁰¹¹ WARAT, Luis Alberto. *Ibidem*, p. 238.

¹⁰¹² Sobre *Poder*, Filomeno Moraes destaca que, em torno do tema, três abordagens merecem destaque: “a *substancialista*, a *subjetivista* e a *relacional*. Para a primeira, que tem em Thomas Hobbes um dos

seus representantes, o poder é concebido como coisa, dote natural ou adquirido, que se possui e que se usa como qualquer outra coisa ou como qualquer outro dote. Para a teoria subjetivista, de que John Locke é partidário, o poder não é apenas a posse de instrumentos úteis para se atingir objetivos, mas a possibilidade ou capacidade de utilizar deste como bem entender para obter certos efeitos. Por fim, a abordagem relacional, que tem no pensador político contemporâneo Robert A. Dahl um dos seus expoentes, destaca que, se a posse de objetos é característica importante a ser considerada, o poder necessita sempre da existência de um indivíduo ou indivíduos que determinem as ações ou comportamentos de outros indivíduos, não necessariamente contra a sua vontade. Também não interessa à política o poder do indivíduo sobre si mesmo, mas, tão-somente, sobre outro ou outros indivíduos. Delimitado o conceito à esfera social, poder é, pois, a capacidade de um indivíduo agir ou influenciar a ação ou comportamento de outro indivíduo. Nesse sentido, o homem é tanto sujeito quanto objeto do poder, e tal relação, entre indivíduos humanos, mostra-se fundamental o estudo do poder social”. E especificamente sobre *Poder, política, direito e Estado*, Filomeno Moraes acrescenta: “Na vida social, é praticamente inexistente relação em que não existe a influência voluntária de um indivíduo ou grupo sobre outro indivíduo ou grupo. Neste sentido, o estudo sobre o poder abrange todas as esferas da vida em sociedade, no entanto, é na política que o poder mostra de forma crucial o seu papel. Max Weber, estudioso do poder na sociedade e na política, considerou que as relações de mando e obediência devem considerar não apenas a posse de recursos, nem o hábito da obediência, mas em especial, a questão da legitimidade. Diferente do poder de fato, o poder legítimo, segundo ele, se expressa em três tipos puros, a saber, o tradicional, o carismático e o racional-legal. O *poder tradicional* baseia-se na crença do caráter sacro do que *sempre* existiu, tendo como fonte a tradição. O aparelho administrativo tradicional é do tipo patriarcal e sustenta relações pessoais entre quem manda e quem obedece. O *poder carismático* baseia-se nas características pessoais de um líder, sobretudo o seu valor exemplar, seu poder de espírito e de palavra, no seu dom pessoal, entre outros aspectos. O aparelho administrativo baseia-se no carisma e na dedicação pessoal. O *poder racional-legal* fundamenta-se na crença da legitimidade de ordenamentos jurídicos, tendo a lei, a que todos devem estar sujeitos, papel crucial. O aparelho administrativo é controlado pela burocracia”. E sobre a forma que esse poder se exterioriza na sociedade, disserta F. Moraes: “[...] vive-se em sociedades nas quais o poder tem alta possibilidade de ser exercido, com continuidade tanto da ação do sujeito ativo quanto da obediência do sujeito passivo. É, pois, não somente poder *estabilizado*, mas por ser o mais das vezes acompanhado de um aparato administrativo, com funções diversas, claramente definidas e estavelmente coordenadas, constitui-se verdadeiro poder *institucionalizado*. Observa-se, ademais, que o poder se concentra de modo especial em organizações que se assentam sobre um território e que pretendem o monopólio legítimo da coerção, isto é, os Estados Nacionais, muito embora não se possa desconsiderar a relativização do poder de tais organizações, ocasionada, sobretudo, por conta dos processos mais recentes de globalização. Mas, não é possível descurar da importância de agências de poder institucionalizado que, em regra, como observava Emmanuel Kant, contêm em si três poderes, ‘a vontade geral reunida em três pessoas (*trias politica*)’: o poder soberano que reside na pessoa do legislador, o poder executivo, na pessoa que governa (conforme a lei), e o poder judiciário (que atribui a cada um o que é seu acordo com a lei), na pessoa do juiz (*potestas legislativa, rectoria et judiciaria*). Em suma, os Estados Nacionais desempenham papel fundamental nas relações de poder que se estabelecem quer no plano interno quer no concerto internacional”. E conclui Moraes: “Convém lembrar, ainda com Max Weber, que, quem aspira ao poder, considera-o um meio a serviço de certos fins, ideais ou egoístas, ou o deseja *por ele mesmo*, com o intuito de usufruir o sentimento de prestígio que ele confere. Neste diapasão, não é, por conseguinte, temerário afirmar que a questão do poder – como conquistá-lo, como conservá-lo, como exercê-lo, como defendê-lo e como dele defender-se – é o alfa e o ômega da vida nas sociedades até agora vivenciadas, representando, de um lado, problema que é privilegiado do ponto de vista analítico, e, de outro, problema a ser solucionado basicamente no plano ético-político” (MORAES, Filomeno. “Poder”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 640-642). Ver também: WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2000; HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2001; KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**, 1797.

¹⁰¹³ Ver: PARSONS, Talcott. “Conceito de Poder Político”. In: CARDOSO, Fernando Henrique;

tradição do pensamento ocidental. Por isso, seu conceito permeia de maneira inexorável a ciência política, de modo a tornar inconcebível a compreensão do fenômeno político sem o estudo do poder. De outra parte, há impossibilidade da apreensão do fenômeno jurídico, do direito, sem o diálogo permanente com a política, em vista da fértil interpenetração dos conceitos de direito e de poder. A irradiação da política, evidentemente, atinge também o processo civil. Daí o interesse do processualista para o exame do tema.¹⁰¹⁴

A problemática do poder, na visão de Reale, é essencial tanto para ciência jurídica como para a ciência política. Segundo o autor, não faltam jusfilósofos contemporâneos que apontam “o poder como ‘elemento de conexão’ entre o mundo do Direito e do Estado, os quais reciprocamente se co-implicam, sem se reduzirem um ao outro”.¹⁰¹⁵

Poder, conforme já salientado no primeiro capítulo – quando se tratou do modelo liberal da divisão dos poderes –, sob o prisma político é tema central, porque o Estado não somente o detém, mas também porque ele próprio é um poder. É justamente sob este prisma a teoria de Burdeau, para quem o Estado é a institucionalização do poder. O Estado, para Burdeau, é poder e por isso seus atos obrigam. Todavia, é poder abstrato, por essa razão não é afetado pelas modificações que atingem seus agentes. E apesar das contingências históricas, ele perdura, por encarnar uma idéia de ordem que é o próprio fundamento do poder.¹⁰¹⁶

A questão do poder, conforme já referido, foi confinada pelos juristas como problema específico das ciências políticas, impedindo, segundo Wolkmer,¹⁰¹⁷ de se reconhecer seus fundamentos e funcionalidade em uma dada formação social. Com isso, os juristas acabaram por reduzir, de forma superficial, o conceito de poder à teoria legalista do Estado soberano, ou seja, “como elemento integrante da organização

MARTINS, Carlos Estevam (Orgs.). **Política e Sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979, p. 21.

¹⁰¹⁴ SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 40.

¹⁰¹⁵ Ver: REALE, Miguel. **Direito Natural / Direito Positivo**. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 76; SILVA, Carlos Augusto. Op. cit., p. 40.

¹⁰¹⁶ Ver: BURDEAU, Georges. **L'État**. Paris: Éd. du Seuil, 1970, passim; DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 109.

¹⁰¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77.

dos três poderes estatais (tripartição dos poderes)”. E essa demarcação jurídica do poder tradicional do Estado moderno inviabilizou contemplar o fenômeno por outros matizes, como o político, o social e o ideológico.¹⁰¹⁸

O processo jurisdicional, nesse contexto, pode ser vislumbrado por uma ótica diversa daquela usualmente manejada pela doutrina, a partir de uma dimensão que lhe permite conferir nova significação. Sob esse prisma, para Marinoni o processo é, antes de tudo, “um instrumento através do qual o poder é exercido”.¹⁰¹⁹ A partir dessa idéia, que será desenvolvida racionalmente, conjugando-se o pensamento de Dinamarco¹⁰²⁰ e de Fazzalari¹⁰²¹, tem-se a compreensão de que todo poder se exerce mediante um *procedimento*. Procedimento que se caracteriza como processo, desde que seja produzido em contraditório. Nesse passo, para Fazzalari, apenas existe processo quando, em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato, há participação das partes (autor e réu) em contraditório.

Essa compreensão do processo como estratégia de poder é construída numa perspectiva de racionalização¹⁰²². A racionalização¹⁰²³, por outro lado, é um

¹⁰¹⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 77-78. Conforme Wolkmer, a discussão acerca do discurso político-jurídico, enquanto discurso de poder, foi objeto de reflexão crítica fundamentalmente de dois autores contemporâneos – Michel Foucault e Nicos Poulantzas, possibilitando novas perspectivas sobre o tema. Poulantzas, para Wolkmer, inclina-se por uma visão relacional de poder, ao contrário de Foucault, e uma visão de Estado mais ampliada, “caracterizada como instância possuidora de ‘autonomia relativa’ que condensa relações de forças”, por isso, de forma natural “tenta introduzir a função da lei e do Direito no domínio das formações discursivas de poder” (WOLKMER, *Ibidem*, p. 80). Admitindo-se as proposições de Poulantzas – pondera Wolkmer –, “vê-se que a estrutura jurídica capitalista desempenha as funções principais de ‘regular’ e ‘definir os limites’ da articulação de poder do Estado.” Para Poulantzas o aparelho do Estado está, em geral, “submetido às regras que ele próprio decreta. O Direito estabelece os limites do exercício do poder de Estado, (...) estes limites tomam efetivamente uma forma de demarcação entre o espaço ‘privado’ e o espaço ‘público’: no entanto, eles exprimem uma relação de força, que é uma relação de classe” (Wolkmer, *ibidem*, p. 81).

¹⁰¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. *Ibidem*, p.156.

¹⁰²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁰²¹ Ver: FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 781 p.

¹⁰²² A racionalização é definida por Katie Argüello, como a “adequação dos meios mais eficientes para alcançar determinados fins”. Ver: ARGÜELLO, Katie. **O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 148.

¹⁰²³ O fenômeno da *racionalização* é descrito por Wolkmer como pressuposto essencial para a correta compreensão dos aspectos normativos, institucionais e decisórios do moderno direito ocidental: “Foi Max Weber quem melhor tratou a racionalidade não só como ‘expressão problemática do mundo moderno’, mas, sobretudo, como ‘fio condutor’ particular à civilização ocidental”. O processo de racionalização enquanto desenvolvimento de um modo de vida, por vezes associado ao conceito de

fenômeno histórico que, embora não exclusivo da modernidade, teve nele crescente desenvolvimento, de maneira especial a partir das descobertas no plano das ciências experimentais.¹⁰²⁴

Weber¹⁰²⁵ foi o grande arauto dessa racionalidade para o mundo moderno, ao estabelecer a distinção entre racionalidade formal e material.¹⁰²⁶ A

intelectualização, segundo o autor, deve ser visualizado, na lição de Julien Freund, como “o resultado da especialização científica e da diferenciação técnica peculiar à civilização ocidental. Consiste na organização da vida, por divisão e coordenação das diversas atividades, com base em um estudo preciso das relações entre os homens, com seus instrumentos e seu meio, com vistas à maior eficácia e rendimento. Trata-se, pois, de um puro desenvolvimento prático operado pelo gênio técnico do homem”. E conjunto único de condições instituidoras de um certo tipo de racionalização, para Wolkmer, “revelado para Weber, no ‘espírito’ do Capitalismo e do protestantismo burguês, ‘desencantaram os poderes mágicos do sagrado e do religioso, impondo ao mundo as necessidades calcadas no progresso da ciência e da técnica. É natural, pois, que a racionalidade, na medida em que se transforma num dos elementos nucleares da lógica do desenvolvimento capitalista, apareça estreitamente vinculada à estatalidade, à organização burocrática e ao formalismo legal” (WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. 3. ed., rev. atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p.63/64; Ver também: FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1980, p. 21).

¹⁰²⁴ SILVA, Carlos Augusto. *Ibidem*, p. 61.

¹⁰²⁵ Sobre a racionalidade em Weber, especialmente sobre racionalização formal e racionalização material do direito, ver: WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 2. Vol., p. 100-116.

¹⁰²⁶ Consoante Wolkmer, “ao delimitar o espaço da ação racional num encadeamento de ‘meios e fins’, Weber distingue uma materialidade material ou absoluta, que está relacionada aos valores, à ética da convicção e à razão substancial, é aquela que prioriza a subordinação dos meios aos fins a serem atingidos, ou seja, ‘os meios quase sempre costumam ser escolhidos após a determinação dos fins desejados. [...] a racionalidade material traduz a subordinação das normas individuais às normas gerais, basicamente em razão de seu conteúdo’. Por sua vez, a racionalidade formal implica o desenvolvimento intelectualizado de um modo de vida, identificado com a razão instrumental e com procedimentos técnico-formais que ordenam sistematicamente as estruturas materiais que são sua base objetiva. Na racionalidade formal, identificada com a ética da responsabilidade e com a razão instrumental, os ‘fins são determinados em função de procedimentos previamente definidos, conhecidos e regulados por uma ordem legal’. Na racionalidade formal, a consecução dos fins pressupõe a subordinação e o enquadramento dos meios às regras de comportamento legalmente oficializadas por autoridades competentes”. E mais adiante: “Nessa dinâmica de procedimentos formais que identifica a legitimidade com a legalidade, o exercício do poder com um estatuto legal-racional, a estatização das fontes jurídicas com a segurança, a impessoalidade com um sistema de dominação burguesa acabado, nada mais lógico do que a racionalização jurídica alcance sua culminância nos movimentos de codificação do século XIX. Ora, o Estado moderno, com seu aparato burocrático, tem um papel instrumental para a definição da validade formal dos critérios de legalidade e para a legitimidade do processo de racionalidade da vida social. Evidentemente, o normativo propiciado pelo Estado Liberal e o contratualismo político gerado pela ordem burguesa favorecem uma racionalização jurídica, uma racionalização positivista fundada na presunção de universalidade e neutralidade das regras jurídicas estatais. Esta racionalidade jurídica que se instaura numa ‘ordem institucional crescentemente utilitária’ compreende complexas atividades diferenciadas e intercomplementares num amplo espaço que abrange os níveis de natureza política, econômica e social. Para José Eduardo Faria, são esses processos que irão ‘acentuar o caráter altamente formalizante do Estado Liberal, uma vez que a validade do sistema político torna-se condicionada à existência de um ordenamento jurídico cujas leis são necessariamente obrigadas a se enquadrar na

material, ou absoluta, dizendo respeito aos valores, à razão substancial, à ética da convicção, submetendo os meios aos objetivos almejados. Já a racionalidade formal, identificada com a razão instrumental e com a ética da responsabilidade. Nesta, os fins são apontados em função de procedimentos previamente determinados, conhecidos e regulados por uma ordem legal, os quais comandam sistematicamente as estruturas materiais que são sua base objetiva. O Estado liberal, para José Eduardo Faria¹⁰²⁷, encampou a racionalidade formal, sendo as normas assim qualificadas não pelo seu conteúdo, mas pelo modo como são decididas. Nessa perspectiva, a legitimidade do direito formal satisfaz-se com a observância de suas normas à lógica do próprio sistema jurídico que integra. A legitimidade do direito material, todavia, demanda valoração de suas normas em vista das condições empíricas existentes na sociedade. De toda sorte, não existe sistema jurídico fundado exclusivamente na legitimidade do direito formal, tampouco legitimado exclusivamente pelo direito material.¹⁰²⁸

Essa percepção é fundamental para a distinção das normas de direito material e de direito formal ou instrumental, e para a projeção do *modus* de atuação do Judiciário, certamente atrelado aos procedimentos definidos pelas leis processuais.

De outro lado, a legitimidade da dominação¹⁰²⁹, segundo a concepção de

rigidez hierárquica de um estado legal-racional'. Isso põe em evidência a ideologia tecnoformal do 'centralismo legal' que encontra sua dinâmica histórico-interativa entrelaçada numa visão racional de mundo, permanentemente traduzida por processos de 'estatalidade', 'unicidade', 'positivação' e 'racionalidade'. De qualquer modo, esse foi o esforço para captar e delimitar os principais pressupostos epistemológicos simbolizadores da moderna concepção do monismo jurídico ocidental. Fica clara a tentativa de descrever, até o presente momento, a trajetória da moderna cultura jurídica estatal e sua interação no modo de produção capitalista, na estrutura social burguesa e no contexto da filosofia liberal-individualista" (WOLKMER, Antonio Carlos. *Ibidem*, p. 64-65; FARIA, José Eduardo. *Idem*, p. 74).

¹⁰²⁷ FARIA, José Eduardo. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica**. São Paulo: EDUSP, 1988, p. 72.

¹⁰²⁸ SILVA, Carlos Augusto Silva. *Ibidem*, p. 61-63.

¹⁰²⁹ Segundo Max Weber, "*poder* significa a possibilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra qualquer resistência, e qualquer que seja o fundamento dessa possibilidade". Já o conceito de *dominação*, para Weber, entende-se "a possibilidade de encontrar obediência a um mandato de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas". Sobre o tema, ver: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam (orgs.). **Política e Sociedade**. Op. cit., p. 16; Sobre poder e dominação, ver: WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 2. Vol., p. 187-193. Diversamente de Weber, que contempla o poder como modelo teleológico da ação, a exigir que esteja instrumentalizado para imposição de vontades, Hanna Arendt propõe um modelo de ação comunicativa, conforme reporta Silva: "O poder somente se viabiliza na *ação*, no contato, na convivência entre os homens, por intermédio do discurso. Esse contato entre os homens propicia o *espaço da aparência*, que precede a constituição formal da esfera pública, ou seja, dos diferentes sistemas e formas de governo. A reunião dos homens, por meio da

Weber¹⁰³⁰, repousa em três tipos – a dominação legal, instituída na crença da validade dos regulamentos estabelecidos racionalmente; a dominação tradicional, embasada na legitimidade do poder pelo costume, crença na tradição; e a dominação carismática, que conforma a legitimidade do detentor do poder através de um valor pessoal, valorado pela santidade, pelo heroísmo. No Estado Moderno a dominação regente é a legal, de tal sorte que, pela lógica do sistema, qualquer direito pode criar-se ou modificar-se através de estatuto sancionado corretamente quanto ao seu aspecto formal.¹⁰³¹

A legitimidade do direito, nessa acepção weberiana, está jungida ao conceito de legalidade. A produção e a aplicação do direito, para deter legitimidade, deve corresponder a procedimentos prescritos em lei. O direito racional moderno, portanto, está atrelado à previsibilidade do ordenamento jurídico. Dessa forma, os operadores jurídicos não podem atuar com fundamento em valores tradicionais, afetivos ou emocionais. Ao revés, devem operar calcados em racionalidade, que permite a previsibilidade do sistema. Este direito racional está alicerçado nos princípios da *generalização* e da *sistematização jurídica*. A generalização provoca a compreensão do direito modelado em preceitos jurídicos, inferíveis aos diversos casos concretos. A sistematização encadeia esses preceitos, tornando o direito um sistema lógico.¹⁰³²

ação e do discurso, confere potencialidade de constituição da esfera pública. O que manterá, ou não, a esfera pública será o poder, que também apresenta caráter de potencialidade. O poder somente existe na esfera pública e independe de fatores materiais, requerendo apenas a existência de pessoas que promovam o diálogo e busquem o consenso. Quando se exaure o diálogo e a busca do consenso, o poder se esvai, porque não é possível armazená-lo, estocá-lo para uso posterior. O poder somente existe enquanto houver embate de opiniões em um espaço propício ao discurso e à ação. Assim, o poder não teria por fim impor a própria vontade com determinado fim, mas instituir uma vontade comum, produzir consenso. Se houver imposição de vontade, na visão de Arendt, estaríamos diante da violência, e não do poder. A consagrada pensadora critica a confusão que os teóricos em geral realizam ao igualar poder e violência. Para Hanna Arendt, pôr em pé de igualdade poder político e ‘organização da violência, revela um viés teórico marxista, no sentido de que o Estado seria um instrumento de opressão das classes dominantes’ (SILVA, Carlos Augusto Silva. *Ibidem*, p. 44 e 45; Ver também: ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 211-212).

¹⁰³⁰ Sobre a Sociologia da Dominação, definindo suas estruturas e funcionamento, bem como os modos que se apresenta, ver: WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 2. Vol., p. 187-580.

¹⁰³¹ SILVA, Carlos Augusto Silva. *Ibidem*, p. 63.

¹⁰³² SILVA, Carlos Augusto Silva. *Ibidem*, p. 63-64; MATTOS, Patrícia Castro. **As visões de Weber e**

Luhmann¹⁰³³, a partir da doutrina de Weber, construiu um estudo de legitimação dos procedimentos, sejam legislativos, jurisdicionais ou de governo. Para Luhmann, as decisões tomadas em procedimentos, que se legitimam por si mesmos, valem independentemente de qualquer referência a outro código preferencial que não seja o do lícito/ilícito. É justamente nessa esteira que emerge o processo judicial como meio de legitimar a jurisdição. O processo, nesse caso, teria a função precípua de tornar legítima a decisão enunciada por um dos poderes constituídos do Estado, qual seja, a jurisdição. O direito, para Luhmann, constituiria, dentro da complexidade da sociedade moderna, um sistema social autônomo, com seus próprios códigos, embora influenciado pelo ambiente externo. Seria produzido e reproduzido por seus próprios códigos, em decorrência do esfacelamento de uma moral de conteúdo hierárquico, válida para todos os sistemas sociais.¹⁰³⁴

A concepção de Luhmann, segundo Silva, encontra-se suplantada parcialmente, tendo em vista que o processo civil não é mero reflexo do direito material. Tem substância e não é veículo adequado para legitimar qualquer tipo de decisão unicamente pela observância de ritos. As leis processuais são informadas por princípios e garantias, inclusive de natureza constitucional. O processo deve, sobretudo, ofertar decisões justas, em consonância com os valores éticos que a sociedade tende a preservar. Todavia, a concepção de Luhmann tem aplicação pelo menos na salvaguarda de algum tipo de racionalidade nas decisões para serem legítimas, mesmo porque o processo, quando manejado de forma adequada e razoável, contribui para a edição de decisões justas.¹⁰³⁵

Habermas sobre Direito e Política. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 55-56. Lembra Silva, que a “racionalidade marcou o direito de modo tão forte que o pensamento jurídico racional influenciou outros campos do saber, outras áreas da atividade humana”. E Weber foi o responsável pela formulação das categorias teóricas da racionalização e da legitimidade do direito que influenciaram as correntes doutrinárias posteriores, tais como o pensamento de Hans Kelsen ao associar legitimidade com legalidade, e Carl Schmitt, que relaciona legitimidade com autoridade política decisionista, numa perspectiva neo-hobbesiana (p. 64).

¹⁰³³ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento.** Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 30. Segundo Silva, o pensamento de Luhmann estaria inserido na corrente decisionista de Carl Schmitt, “de inspiração hobbesiana, pois o autor concebe legitimidade como ‘uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância’” (SILVA, Carlos Augusto Silva. *Ibidem*, p. 66).

¹⁰³⁴ SILVA, Carlos Augusto. *Ibidem*, p. 66 e 70.

¹⁰³⁵ SILVA, Carlos Augusto. *Ibidem*, p. 67 e 68.

Habermas¹⁰³⁶, na leitura de Neves¹⁰³⁷, adere ao entendimento de que o direito positivo é o mais indicado para a compreensão da sociedade moderna, pois, assim como Weber, entende que o sistema jurídico deve oferecer previsibilidade e eficiência. Todavia, diverge da visão positivista de Weber quando este restringe legitimidade à legalidade. Contrapõe-se também a Luhmann, por entender que os procedimentos precisariam ser legitimados não apenas porque conformados com a legalidade, mas porque fundamentados mediante razões. Diversamente de Luhmann, para Silva, Habermas entende que a racionalidade processual deve conter, inexoravelmente, conteúdo moral. O simples procedimento, por si próprio, não legitima o poder. Na sua versão ético-procedimental, Habermas entende que a moral seria buscada através de um *agir comunicativo* desenvolvido na esfera pública, na esteira do conceito de *ação* de Arendt^{1038, 1039}.

Transpondo essas idéias centrais para o âmbito do Direito e da jurisdição, interpretando o processo como estratégia de poder, destaca-se que Foucault¹⁰⁴⁰ afiança que “em todo lugar onde há poder, o poder se exerce”. E Coelho¹⁰⁴¹, numa projeção jurídica, sublinha que “a história do direito é a história do

¹⁰³⁶ Ver: HABERMAS, Jürgen. “Wie ist Legitimität durch Legalität Möglich?” **Kritische Justiz**, Baden-Baden, n. 20, p. 1-16.

¹⁰³⁷ NEVES, Marcelo. “Luhmann, Habermas e o Estado de Direito”. **Lua Nova**, São Paulo, n. 37, 1996, p. 93-106.

¹⁰³⁸ Ver: ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Ibidem, p. 211-212.

¹⁰³⁹ SILVA, Carlos Augusto. Ibidem, p. 69-70. O autor lembra que Habermas, apesar de não refutar a autonomia do direito, evoca fundamentação ética, quando o mestre germânico afirma textualmente: “Um sistema jurídico adquire autonomia não apenas para si próprio. Ele é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição garantem formação imparcial de julgamento e vontade, e, por esse caminho, proporcionam a uma racionalidade ético-procedimental ingresso igualmente no direito e na política. Não há autonomia do direito sem democracia real” (p. 71).

¹⁰⁴⁰ FOUCAULT, Michel. “Um Diálogo sobre el Poder: Gilles Deleuze/Michel Foucault”. In: FOUCAULT, Michel. **Um Diálogo sobre el Poder y otras Conversaciones**. Trad. Miguel Morey. Madri: Alianza, 2000, p. 7-19.

¹⁰⁴¹ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 16. Em abono dessa verdade, de que “a história do direito é a história do poder”, a partir do relato de Carlos Augusto Silva (Op. cit. p. 163-164), colhem-se algumas experiências históricas significativas, pinçadas no plano internacional e nacional: “Na Itália fascista, certas leis especiais vedavam a possibilidade de determinados atos administrativos serem sindicáveis. O Decreto-lei n. 1.728, de 17 de novembro de 1938, que continha providências para a defesa da raça italiana, impedia a impugnação dos atos administrativos do ministro do Interior nessa matéria. No Brasil, o Decreto Institucional do Governo Provisório de 1930, no seu art. 5º, excluía do controle judicial ‘os decretos e atos do Governo Provisório, ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de modificações ulteriores’. O Decreto n. 24.233, de 12 de maio de 1934, estatuiu vedação da apreciação

poder”. O direito, desse modo, figura como o meio por excelência para o exercício do poder. Sob esse prisma, a jurisdição, como Poder do Estado investido para prover a tutela jurídica estatal, é o *locus* privilegiado da interpretação, aplicação e imposição do direito. Nesse caso, representa uma atividade estratégica de vital importância para a consecução das metas estatais. A par disso, o direito tem sido o instrumento utilizado para a execução de políticas governamentais, sobre as quais incumbe à jurisdição dar a última palavra.¹⁰⁴²

Sob esse aspecto, o Estado afigura-se como o maior interessado na jurisdição, não estritamente na aplicação e imposição do direito nos casos individuais, mas com o conjunto das situações submetidas ao seu crivo, pois é desse modo que o seu poder se impõe.¹⁰⁴³

De outro vértice, o processo civil disciplina o exercício de um poder, ao pressuposto de que as leis processuais regulam a atividade jurisdicional, tendo em conta que a formação dessas normas afeta diretamente o exercício da jurisdição.¹⁰⁴⁴ Mais do que isso, para Silva, o processo civil pode ser manejado como estratégia de poder, além de disciplinar o exercício do poder estatal. Segundo o autor, o poder é exercido através de estratégias. Nessa perspectiva, o processo civil disciplina o exercício do poder estatal em consonância com determinadas estratégias. Nessa linha de entendimento é tecnicamente possível ao detentor do poder reduzir a atividade

judicial dos atos da Câmara de Reajustamento Econômico no seu art. 29: ‘Das decisões da Câmara não haverá recursos para nenhum juízo ou autoridade’. A Constituição de 1934, no seu art. 68, vedava a apreciação judicial de questões políticas e, no art. 18, das Disposições Provisórias, excluía do controle judiciário os atos do Governo Provisório. A Constituição de 1937 manteve a proibição de apreciação judicial de questões políticas (art. 94), além dos atos praticados em virtude dos estados de emergência ou de guerra (art. 170). Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei poderiam ser obliterados se, a pedido do Executivo, essa lei fosse reconfirmada por dois terços dos votos em cada uma das duas Câmaras legislativas (art. 96, parágrafo único). Os atos institucionais emanados após o golpe militar de 1964 excluía a apreciação do Poder Judiciário, como ilustra o odioso Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968: ‘Art. 11. Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos’.”

¹⁰⁴² SILVA, Carlos Augusto. *Ibidem*, p. 72. Sobre o papel da jurisdição o autor socorre-se de Luhmann, quando este leciona: “Em última instância, a decisão sobre o que é válido juridicamente e o sentido dessa validade é uma decisão dos tribunais. Isso vale tanto para as leis como para os contratos” (p. 72-73).

¹⁰⁴³ *Idem*, *ibidem*, p. 73; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. Op. cit., p. 153 e 169-170.

¹⁰⁴⁴ *Idem*, *ibidem*, p.73; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 80 e 114.

jurisdicional em causas de seu interesse, bastando para tanto conformar as normas processuais a esse propósito. Os modelos processuais, pelo visto, “refletem os valores políticos, econômicos, sociais, culturais e as estratégias de poder das sociedades em que se inserem”.¹⁰⁴⁵

Na advertência de Warat, o discurso da lei, mais do que impreciso ou ambíguo, é enigmático. Joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, “disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes”. Sublinha que conceitos ideologicamente condicionados encobrem práticas de terror racionalmente banalizadas. Utopias perfeitas explicam, por outro lado, “com razões, a produção institucional de um sujeito de direitos sem direito à transformação autônoma da sociedade. Enfim, uma carga ideológica que atravessa todo o processo de interpretação da lei”.¹⁰⁴⁶

Nessa mesma linha de entendimento, Oliveira¹⁰⁴⁷ igualmente insere, de forma inovadora, a expressão *estratégias de poder* para o debate no âmbito processual:

O direito processual, como fenômeno cultural, produto exclusivo do homem e por consequência empolgado pela liberdade, não é encontrável *in rerum natura*, tem o seu tecido interno formado pela confluência das idéias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço.

Hespanha,¹⁰⁴⁸ de igual sorte, assinala o uso da jurisdição como forma de exercício do poder político:

A história da justiça é uma disciplina recente na história do direito. Até há muitos poucos anos pesou sobre o seu desenvolvimento a idéia de que o processo, os tribunais e o direito neles aplicados são realidades jurídicas “adjetivas”, destituídas de “espessura” sobre a qual se pudesse construir uma sua história autônoma. No fundo, esta redução historiográfica dos mecanismos de “aplicação” do direito – tal como a redução historiográfica dos da “burocracia” e dos mecanismos administrativos – decorria do dogma estadualista da unicidade do poder e do caráter instrumental (neutral, dócil, apenas “delegado”) das instituições e processos pelos quais as decisões do

¹⁰⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 73-74.

¹⁰⁴⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: Interpretação da Lei: Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, vol. I, p. 20.

¹⁰⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “A Garantia do Contraditório”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 7.

¹⁰⁴⁸ HESPANHA, António M. **Justiça e Litigiosidade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.41.

“centro político” chegavam à periferia e se encarnavam na prática. Foi preciso que a análise política e a sociologia das organizações chamassem a atenção para os fenômenos de apropriação/expropriação do poder desencadeados por estas instâncias “executoras” para que a história se começasse a ocupar delas.

De forma crítica, Silva constata que muitas vezes as normas processuais não expressam valores democráticos, frustrando o compromisso constitucional de se construir uma sociedade justa e fraterna, calcada no amplo acesso à justiça e no aperfeiçoamento do sistema judicial, para tão-somente atender à agenda administrativa ou aos interesses do eventual inquilino do poder. Recorda que o legislador deve direcionar-se para o aprimoramento do sistema judiciário, recusando inovações tendentes a atender exclusivamente a projetos político-econômicos governamentais em dissonância com os valores jurídicos superiores.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁹ SILVA, Carlos Augusto. *Ibidem*, p. 75-76. O autor relata, particularizando a partir do capítulo 6º (p. 159-228), a batalha travada pelo Governo Federal, na década de 1990, judicializando a política, para a aprovação de normas processuais para a preservação da política econômica. Essa agenda econômica de cunho neoliberal teria sido ditada, em nível internacional, por um pacote de medidas de cunho político-econômico para os países periféricos, como o Brasil, enunciadas em janeiro de 1993, pelo Institute for International Economics, ao que se denominou de *Consenso de Washington* e que, de acordo com José Luís Fiori, representou um programa ou estratégia seqüencial em três fases: “a primeira consagrada à estabilização macroeconômica, tendo como prioridade absoluta um superávit fiscal primário envolvendo invariavelmente a revisão das relações fiscais intergovernamentais e a reestruturação dos sistemas de previdência pública; a segunda, dedicada ao que o Banco Mundial vem chamando de ‘reformas estruturais’; liberação financeira e comercial, desregulação dos mercados, e privatização das empresas estatais; e a terceira etapa, definida como a da retomada dos investimentos e do crescimento econômico” (ver: FIORI, José Luís. **Os Moedeiros Falsos**. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 12). Segundo Silva, a relação do processo civil como estratégia de poder e o avanço da judicialização da política no Brasil torna-se patente, a partir da edição de normas impeditivas de liminares, em tese, inconstitucionais, fenômeno jurídico detectado por Ariosto Teixeira (ver: TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001). Dentre algumas leis processuais restritivas ou impeditivas de liminares, Silva enumera vários exemplos, que situam historicamente, através do direito, a história política do poder de plantão – do período autoritário à transição para a democracia: (a) a Lei n. 2770, de 04.05.1956, que vedava a concessão de liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeiras. A medida, à época, coincidia com a popularização do mandado de segurança (Lei n. 1533/1951) e visava situação típica dos anos 40 e 50, acerca da importação de veículos automotores; (b) a Lei 4.348, de 26.06.1964, ao regulamentar o procedimento do mandado de segurança, em seu art. 5º, determinou a não concessão de medida liminar em *mandamus* “impetrado visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”; (c) com o mesmo propósito foi editada a Lei n. 5021, de 9.06.1966, que também, no seu art. 1º, § 4º, vedou a concessão de medida liminar “para efeito de pagamento de vencimento e vantagens pecuniárias”. Tais preceitos, como visto, tiveram o escopo de barrar vantagens e foram editadas em detrimento dos servidores públicos, afinal impedidos de questionar adequadamente, na via judicial, ilegalidades perpetradas pela Administração; (d) a Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964, em seu art. 39, também proibiu liminar em mandado de segurança acerca de específica matéria fiscal, ao fundamento de que os contribuintes, de forma abusiva, empreendiam o manejo de liminares em matéria fiscal; (e) a Lei n. 7.969, de 22 de dezembro de 1989, em seu art. 1º,

Nesse mesmo tom crítico Watanabe denuncia que hoje, lamentavelmente, a perspectiva que prevalece é a do Estado, certamente em detrimento do cidadão, quando não do ocupante temporário do poder, porquanto, como advertem os cientistas políticos, “o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos”. A ética que predomina, nesse caso, é a da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da

determinou a aplicação às medidas cautelares previstas nos arts. 796 e 810 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo e 7º da Lei 4.348/64. A lei em questão procurou estender às cautelares as mesmas restrições já estabelecidas para o mandado de segurança em assuntos de interesse pecuniário dos servidores públicos; (f) depois de várias reedições, a Medida Provisória n. 173, foi transformada na Lei n. 8.076, de 23 de agosto de 1990, a qual, em seu art. 1º, nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares, suspendeu a concessão de liminares sobre matérias reguladas pelas Leis, 8.012, 8.014, 8.021, 8.023, 8.024, 8.029, 8.030, 8.032, 8.033, 8.034 e 8.036/90, até 15 de setembro de 1992, que versavam sobre o famigerado Plano Collor. A lei em questão, objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 223-6/DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, estranhamente não mereceu a concessão de liminar pelo STF (ver: RTJ 132/571), para suspender sua vigência. No mérito, foi julgada prejudicada, pelo decurso do prazo suspensivo previsto na lei. Pretendeu o Governo, à época, obstar a corrida inédita aos tribunais dos titulares de contas de poupança, flagrantemente prejudicados pelo confisco financeiro; (g) a Lei n. 8.347, de 30.06.1992, ainda sob o impacto do Plano Collor, vedou a concessão de liminar em cautelares ou em qualquer outra ação de natureza cautelar preventiva, quando a medida não pudesse ser deferida em mandado de segurança, ressalvados os processos de ação popular e de ação civil pública; (h) em 23 de novembro de 1993, foi editada a Medida Provisória n. 375, afinal não convertida em lei, que dispôs sobre a concessão e os efeitos de liminares e de medidas cautelares sobre situações de risco de grave lesão ao interesse público, à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. O Supremo Tribunal Federal, desta feita, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 975-3/DF, aforada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em decisão cautelar plenária de 9.12.1993, por unanimidade de votos, suspendeu a vigência de vários dispositivos do referido diploma legal; (i) a Medida Provisória n. 1.570, de 26 de março de 1997, estendeu as restrições previstas nas Leis n. 4.348/1964 e 8.437/1992, à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPC e passou a exigir a prestação de garantia real ou fidejussória, sempre que a medida antecipatória pudesse causar dano à pessoa jurídica de direito público. O Governo Federal, uma vez mais, visou obstar a atuação do Judiciário em ações judiciais de servidores públicos, relativos ao reajuste de 28,86% reconhecido pelo STF, além de demandas que viessem a questionar o maior leilão de desestatização do governo – Companhia do Vale do Rio Doce – e também a reforma administrativa. O Partido Liberal – PL aforou a ADI n. 1.576-1/DF. O STF, em decisão plenária de 16.04.1997, suspendeu, por maioria, em sede cautelar, a vigência do art. 2º, do referido diploma, posteriormente convertido na Lei n. 9.494, com a exclusão da prestação de garantia real ou fidejussória; (j) por último, a Medida Provisória n. 1984-17, de 4.05.2000, posteriormente transposto para a Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, dispôs, em seu art. 1º, § 5º, não ser cabível “medida liminar que defira compensação de créditos tributários e previdenciários” (Ver: SILVA, Carlos Augusto. Op. cit., p. 163-177. Ver também: DIAS, Francisco Barros. “Inconstitucionalidade das Normas Impeditivas de Liminares”. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 59, p.125-134, jul./set.1990; BARROSO, Luís Roberto. “A Crise Econômica e o Direito Constitucional”. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 58, p. 137-1138, jul./1993; FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993; TALAMINI, Eduardo. “Nota sobre as recentes limitações legais à antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 126-127; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001).

coletividade.¹⁰⁵⁰

O direito processual evidentemente, como adverte Oliveira, vincula a relação entre o Estado e o cidadão “a um especial e rico pólo de interesse, do mais alto valor substancial, e não a uma simples técnica alterável conforme o gosto e o humor do eventual detentor do poder”.¹⁰⁵¹

É importante salientar, entretanto, que leis processuais restritivas ao direito de defesa, ao contraditório, a garantias ou a tutelas de urgência, muitas vezes oportunisticamente fundadas no “interesse público”, a par de poderem sempre passar pelo crivo do controle de constitucionalidade no âmbito concentrado ou difuso, certamente tendem a cercear a atividade do magistrado ou dos tribunais, em prejuízo da cidadania, não refletindo os valores que devem ser preservados pelo direito processual.

A par dos particularismos que eventualmente poderão existir na agenda administrativa, com deletéria invasão política no ordenamento jurídico para o cumprimento de metas governamentais – mormente num país como o nosso, que ainda consolida um modelo de democracia –, por certo será o maior nível de consciência dos atores jurídicos, do cidadão ativo e da própria sociedade civil, fundamental para resistir e para compreender racionalmente esse tipo de anomalia, para a preservação de garantias, de direitos subjetivos e do próprio processo, como instrumento legítimo e democrático de efetivação dos valores, dos princípios e da vontade constitucional.

Ninguém duvida, como pontifica Oliveira, da importância fundamental da Constituição como regulamento e fonte legitimadora do poder exercido pelo governo e como sustentáculo da ordem jurídica, sem a qual o Estado de Direito não poderia existir. É ela, como lei fundamental e suprema da organização do Estado, que estrutura e delimita seus poderes políticos.¹⁰⁵²

¹⁰⁵⁰ WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128.

¹⁰⁵¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 74.

¹⁰⁵² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. “Constituição, processo e o princípio do *due process of law*”. In: ASSIS, Araken de *et al.* **Direito Civil e Processo**; Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1095.

As Constituições são a base normativa dos ordenamentos jurídicos, ao positivarem direitos fundamentais e incorporarem certos valores, que desempenham o papel de vetores orientadores da interpretação do sistema positivo. Nesse contexto, decisão judicial em que se aplica a letra da lei em dissonância com a base axiológica decorrente dos princípios jurídicos, sustenta Maria Lúcia Medeiros, ‘é decisão ilegal porque em desacordo com o sistema jurídico’. Em última análise, é na Constituição Federal que se encontram os princípios básicos do ordenamento jurídico que devem orientar a interpretação das normas.¹⁰⁵³

A Constituição, na lente de Cappelletti, além de estabelecer as regras fundamentais de organização, deve concretizar, contextualizar a escala de valores sociais que são a base da idéia de justiça. Presume-se em relação a elas, no dizer do mestre italiano, que exprimam a dramática tentativa de fixar no tempo aquelas idéias, aqueles valores supremos, que são, na realidade, essencialmente mutáveis, porque se identificam com a própria história e a vida do homem.¹⁰⁵⁴

De todo modo, essa invasão crescente da política no âmbito jurídico e da juridicização do político – fenômenos contemporâneos normais na arena pública –, na situação versada serve apenas para comprovar a tese – a partir de exemplos notoriamente negativos colhidos na interpretação dos tribunais ou da evolução/involução da legislação processual – da utilização do direito como estratégia de poder, refletindo dramaticamente, na história dessas medidas, a história do poder político de plantão. Certamente que incumbe à jurisdição, como intérprete da Constituição, e no exercício de representação funcional e argumentativa, preservar os valores e os princípios que o Estado democrático de direito consolidou e que ao Judiciário incumbe, como um dos Poderes da República, defender e resguardar.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵³ Idem, *ibidem*, p. 1095. Ver: MEDEIROS, Maria Lúcia. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17.

¹⁰⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna: Il Mulino, 1958, p. 503.

¹⁰⁵⁵ A propósito da preservação dos valores constitucionais e da aproximação que deve haver entre processo e Constituição, anota Pedro Miranda de Oliveira: “O empenho dos processual-constitucionalistas no sentido de maior aproximação entre processo e Constituição concorre de modo eficaz para a tomada de consciência dos valores (regras e princípios que correspondam a padrões compatíveis com a cultura da nação) e da medida e sentido que exercem sobre o sistema processual. A compatibilidade do sistema processual com essa realidade axiológica é o mais importante fator de sua legitimidade, ou seja, o processo que levar a situações discrepantes de tais valores não é legítimo” (p. 1096).

5.3 O *status activus processualis* como fundamento para uma cidadania inclusiva e ampliação do círculo de intérpretes para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta

Hoje, mais do que em qualquer época, pela maior passividade do Estado decorrente da perda do monopólio regulatório da vida social, hão de se estabelecer mecanismos compensatórios com a intensificação da cidadania ativa. Daí a necessidade de criarem-se novas constelações de lutas democráticas, que possibilitem mais e mais amplas deliberações sob aspectos cada vez mais diferenciados da sociabilidade.¹⁰⁵⁶

As instâncias não eleitas de regulação, para Vianna e Burgos, têm encontrado seu indicador mais visível na emergência contemporânea do Judiciário pela dupla via do controle de constitucionalidade (concentrado e difuso) e da revolução processual que democratizou o acesso à justiça, notadamente em matéria de direitos difusos e coletivos. Essa emergência, que possui caráter universal, tem transformado o direito e seus procedimentos em linguagem progressivamente comum, “servindo de *medium* para a tradução de questões pertinentes à sociabilidade em pontos da agenda pública”. Nesse particular, o *status activus processualis* de que é investida a “cidadania social” – associações, sindicatos, comunidades –, sobretudo na esfera das *class actions*, tem facultado ao homem comum, no dizer de Habermas¹⁰⁵⁷, “considerar e experimentar a organização da proteção jurídica como um processo político”. Desse modo, não há uma muralha entre a “cidadania social” e a “cidadania política”, já que na proceduralização da aplicação do direito a participação da vida associativa estabelece uma conexão entre o *status* jurídico positivo, redimensionado em termos coletivos, e o *status* ativo do cidadão.¹⁰⁵⁸

Fugindo da discussão acerca do denominado ativismo judicial, assim como da querela teórica que demarca posições conflitantes entre o proceduralismo e o substancialismo¹⁰⁵⁹, Leal propõe a superação desse debate com a construção de um

¹⁰⁵⁶ REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. Ibidem, p. 1841.

¹⁰⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Factividad y validez**. Ibidem, p. 494.

¹⁰⁵⁸ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Ibidem, p. 372-373.

¹⁰⁵⁹ Vilian Bollmann, ao abordar o fenômeno da invasão da Política pelo Direito a partir da evolução do

conceito de “jurisdição constitucional aberta”. Ou seja, uma jurisdição aberta institucional e operacionalmente aos argumentos e à participação democrática, constituindo-se, dessa forma, em um *locus* privilegiado de exercício da cidadania, a conferir maior legitimidade democrática às suas decisões, num sentido republicano. Para tanto, numa redefinição, a partir de Häberle¹⁰⁶⁰, da noção de *status activus*

Estado de Bem-Estar, aponta como conseqüência o aumento de litígios trazidos pela sociedade civil ao Judiciário, deslocando o poder de decisão política para este, já que ao Judiciário incumbe dar a palavra final. Esse fenômeno tornou o juiz um legislador implícito. Além disso, a positivação de princípios jurídicos e direitos fundamentais nas constituições modernas ampliou os limites de interpretação jurídica direcionada a um imaginário do ético e do justo. Por outro lado, a massificação da tutela jurídica nos conflitos coletivos transformou o Judiciário em uma alternativa para o exercício do jogo político. E acrescenta, desta feita explicitando os dois eixos – *procedimentalista* e *substancialista*:

“Critica-se essa invasão sob o argumento de que ela feriria o princípio da democracia representativa. Para o procedimentalismo, a Constituição deveria garantir uma suposta ordem de valores supraconstitucionais e o Judiciário não pode preencher o espaço interpretativo com seus juízos de valores morais. Esse eixo procedimentalista critica a invasão da política pelo jurídico, contrapondo-se a uma leitura moral da Constituição. Para Habermas, a função de controle de constitucionalidade poderia ser feita pelo legislador, pois a democracia não se funda em conteúdos substantivos, mas sim em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade, ou seja, por regras que permitam a livre formação da vontade coletiva. Ao optar pelos sentidos teleológicos dos princípios e das normas constitucionais, a jurisprudência dos valores ignoraria o pluralismo das democracias e as relações de poder assimétricas inseridas nas democracias contemporâneas. Segundo Appio, com Habermas funda-se uma teoria de ação comunicativa, que busca legitimar a ordem jurídica a partir de uma perspectiva sociológica que supere a insuficiência dos mecanismos tradicionais de representação política. Ela funda-se no reconhecimento de que todos os membros da comunidade são sujeitos capazes de entendimento e, por isso, devem estar inseridos no debate do qual se obterá o consenso sobre as normas a serem positivadas. Consiste, portanto, numa democracia procedimental.”

No eixo substancialista, em posição contrária, segundo Bollmann, “defende-se que cabe ao Judiciário o papel de garantir direitos fundamentais mesmo contra eventuais maiorias, cumprindo o contrato social dentro de um constitucionalismo dirigente. Defendem, também, que mesmo se adotada uma postura procedimentalista, ela exigiria uma constituição fundada em conjunto de valores plenamente substantivo, pois a regra do devido processo legal tem como base a dignidade da pessoa humana e o direito de ser ouvido. Ambos possuem caráter substancialista, justificando teorias materiais para constituição”. E conclui Bollmann, ao admitir uma perspectiva substancialista com reservas:

“Apesar dos argumentos em prol do substancialismo, adverte-se que, pelo fato de os juízes serem o único poder constituído apto a delimitar a própria competência e de a Constituição principiológica abrir amplo espaço sujeito à revisão judicial, os riscos de um governo judicial são altos se adotada a perspectiva substancialista sem reservas. Isso é agravado pelo fato de que os juízes, ao menos no Brasil, não respondem politicamente pelas conseqüências de suas decisões. Por isso, segundo Appio, a sua atuação deve ser preferencialmente no controle das políticas públicas, e não na criação ou formulação destas” (BOLLMANN, Vilian. “Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e os limites da atuação do Poder Judiciário”. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto (Org.). **Curso Modular de Direito Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 593-594 e 595). Ver também: APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, 288 p.

¹⁰⁶⁰ Sobre o pensamento de Häberle, especialmente sobre o que seja o conceito de “Constituição aberta”, ver: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. Pondera Mônica Leal, a propósito do tema, que a noção de “Constituição aberta”, “compreendida como uma constituição viva e plena de direitos,

processualis,¹⁰⁶¹ Leal dimensiona que a jurisdição constitucional também pressupõe e demanda uma (re)valorização da participação, do procedimento, em uma perspectiva mais ampla, material e efetiva.¹⁰⁶²

Neste sentido, pondera a autora que Häberle, ao formular as bases de reflexão acerca dos direitos fundamentais sociais e dos direitos fundamentais no contexto do Estado-Providência, parte da premissa de que a técnica estritamente jurídica – característica do Estado burguês – não é bastante para atender às novas demandas originadas pela dimensão positiva atribuída a esses direitos, distinguidos, precipuamente, por acomodarem direitos a prestações, dirigidas especialmente ao Estado no sentido de sua concretização.¹⁰⁶³

Esta nova realidade demanda, para Häberle, um novo comportamento tanto do Estado como dos cidadãos, não reduzido operacionalmente a mera tecnicidade. A participação e o procedimento precisam se adiantar, através de formas cooperativas e comunicativas, uma vez que as normas constitucionais possuem um caráter aberto, sendo, por isso mesmo, dotadas de menor densidade normativa. Tendo em vista que os direitos fundamentais têm o imperativo de máxima realização, a sua concretização está a exigir o reconhecimento de um novo espaço processual/procedimental, impulsionando e refundando o conceito de *status activus processualis* desenvolvido por Jellinek. Estes direitos, bem de ver, se caracterizam e

não pode subsistir sem uma estreita conexão com a realidade da qual emana e à qual se destina. Nesse contexto de interação com a sociedade, não se pode, por sua vez, compreender uma jurisdição constitucional afastada ou desconectada deste aspecto, de maneira que o seu papel e a sua legitimidade passam, também e necessariamente, pela sua abertura, ou seja, uma Constituição aberta pressupõe [...] uma *jurisdição aberta*, concebida como um espaço privilegiado de participação democrática e cidadã, que avança com às posições paternalistas típicas do substancialismo, porém sem incorrer unicamente na observância dos procedimentos, sendo, antes, potencializada e qualificada pelos aspectos materiais” (p. 2102).

¹⁰⁶¹ Para Mônica Leal, “a noção de *status activus processualis* enquanto status fundamental de uma ordem democrática e realizadora de direitos fundamentais compreendidos como sendo dotados de uma dimensão não só negativa (de defesa), desempenha um importante papel teórico (e por que não dizer, dogmático) de compreensão e de operacionalização do fenômeno dos direitos fundamentais no âmbito do chamado ‘Estado Constitucional’, contribuindo para a realização e consolidação da democracia ao localizar as principais tarefas do Estado e da Constituição – incluída, nisto, a própria sociedade – dentro de uma perspectiva participativa e pública, de *res publica*”. Concluindo, a autora preconiza que também a jurisdição constitucional se constitua em um espaço de exercício desse *status* (p. 2102).

¹⁰⁶² LEAL, Mônica Clarissa Hennig. “A noção de *status activus processualis* como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta”. In: **Direitos sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. Tomo 7, p. 2092-2093.

¹⁰⁶³ Idem, *ibidem*, p. 2099.

pressupõem um direito de participação, tendo em consideração que por suas características positivas se tornam crescentemente alvo de organização e procedimento estatal.¹⁰⁶⁴

Nesse horizonte, estar-se-ia operando um câmbio na natureza da efetivação dos direitos fundamentais,¹⁰⁶⁵ a partir de uma redefinição do conceito de cidadania, não mais associado com o *status passivus subjectionis* – assinalado por uma postura passiva, de resguardo contra influências e interferências estatais –, para transmutar-se em dimensão marcadamente ativa, procedimental, de participação.¹⁰⁶⁶

O *status negativus*, por isso, não é bastante para satisfazer as demandas próprias desta nova realidade, daí por que é refundado o conceito de *status activus processualis* “como o *status* fundamental da vida em comum democrática”. Esta transformação dos direitos fundamentais, todavia, não significa uma derrogação, apenas uma mutação, associando-se ao aspecto negativo e de não-intervenção uma demanda de participação, ainda que os direitos fundamentais constituam, em qualquer caso, garantias jurídicas de proteção.¹⁰⁶⁷

Os direitos fundamentais, considerados direitos sociais em sentido lato, possuem três dimensões, cuja proeminência se apresenta variável – uma subjetiva (de defesa), uma institucional e uma prestacional.¹⁰⁶⁸ Da mesma forma, é possível

¹⁰⁶⁴ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Ibidem, p. 2099.

¹⁰⁶⁵ Sobre aplicabilidade das normas constitucionais, ver: ABREU, Pedro Manoel. “As normas constitucionais de acordo com a sua eficácia e aplicabilidade”. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, Tribunal de Justiça do Estado de SC v.96, out. 2001, p. 3-24.

¹⁰⁶⁶ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Ibidem, p. 2100.

¹⁰⁶⁷ Idem, ibidem, p. 2101.

¹⁰⁶⁸ Os direitos fundamentais, segundo Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva – seguindo a classificação referida por Ingo Sarlet, proposta por Alexy e parcialmente adotada por Canotilho –, podem ser divididos em dois grupos, de acordo com o critério de sua função predominante: os *direitos de defesa* e os *direitos a prestação*. “Os direitos de defesa são integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos fundamentais, os quais exigem uma atitude de abstenção dos poderes estatais e dos particulares. No que respeita a esses direitos, a lei não é indispensável à sua fruição, devendo, por isso, prevalecer o postulado constitucional do artigo 5º, § 1º, quanto à aplicabilidade imediata desses direitos já que aqui, ao contrário dos direitos sociais prestacionais, não há, na maioria das vezes, os óbices de escassez de recursos (limite da reserva do possível) e falta a legitimidade dos tribunais para a definição e alcance da prestação. Conforme a precisa lição de J.J. Gomes Canotilho, são direitos cuja referência primária é a sua função de defesa, auto-impondo-se como ‘direitos negativos’ diretamente conformadores de um espaço subjetivo de distância e autonomia com o correspondente dever de abster ou proibir a agressão, por parte dos destinatários passivos, públicos e privados. Os direitos fundamentais, como direitos de defesa, objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e

averiguar, na via contrária, um fortalecimento dos direitos negativos, tais como a liberdade, tida como essencial para o exercício do próprio direito de participação inerente aos direitos positivos e para a pluralidade.¹⁰⁶⁹

O direito de participação no Estado Social, portanto, é tão vital quanto a

outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. Abrangem, além dos denominados direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade. A princípio, são garantidas a manifestação da personalidade, uma esfera de autodeterminação dos indivíduos, os direitos políticos, proteção da intimidade e da vida privada, e até novos direitos contra manipulações genéticas, a liberdade de informática e o direito à autodeterminação informativa.”. E acrescenta, desta feita definindo os direitos à prestação:

“Do mesmo modo, no nosso entender, são direitos fundamentais os direitos sociais prestacionais. Quanto à definição dos direitos à prestação, o ilustre constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho elucida que os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular para obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). A função de prestação dos direitos fundamentais anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais: (1) ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex.: derivar da norma consagrada do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no direito de exigir uma casa); (2) ao problema dos direitos sociais derivados que se reconduzem ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das ‘normas constitucionais sociais’ (sob pena de omissão de inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex.: prestações médicas e hospitalares existentes); (3) ao problema de saber se as normas consagradas de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes, independentemente de direitos subjetivos ou pretensões subjetivas dos indivíduos a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições (ex.: hospitais, escolas), serviços (ex.: serviços e segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas). Os direitos fundamentais a prestações objetivam a garantia, não apenas da liberdade perante o Estado, mas também a liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo depende de uma postura ativa dos poderes públicos no que tange à conquista e à manutenção de sua liberdade. Os direitos a prestações implicam postura ativa do Estado no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material. São assim chamados de direitos de segunda geração, correspondendo à evolução do Estado de Direito para o Estado democrático e social de Direito. Para além disso, é preciso ressaltar que os direitos fundamentais podem exercer, inclusive simultaneamente, uma função defensiva ou prestacional. O direito à saúde, por exemplo, será direito de defesa (negativo) no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, mas será direito a prestações (direito positivo) quando impuser ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito para a população, tornando o particular credor de prestações materiais que dizem respeito à saúde – como atendimento médico-hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames, enfim, toda a prestação indispensável para a realização do direito à saúde” (SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. “O Poder Judiciário como efetivador dos Direitos Fundamentais”. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto (Org.). **Curso Modular de Direito Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.59-60). Ver também: SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 129-174; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

¹⁰⁶⁹ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Ibidem*, p. 2101.

posição de “cidadão” (passivo) no Estado de Direito. O aspecto procedimental é um importante instrumento de fortalecimento do aspecto material e de efetivação dos direitos fundamentais. Apenas por meio do *status activus* é que os direitos adquirem sentido, pressupondo sobretudo um cidadão informado e engajado, quando seus interesses estão em jogo, levando os seus direitos fundamentais a sério.¹⁰⁷⁰

Por outro lado, uma das características do constitucionalismo contemporâneo é a ampliação do círculo de intérpretes, com vistas à operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta.

Está superada, com o fenômeno do constitucionalismo, a face do Estado legalista que excluía da comunidade de intérpretes aqueles não versados nas letras jurídicas.¹⁰⁷¹

Häberle sustenta, em sua *hermenêutica constitucional*, uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Argumenta que a ampliação do círculo dos intérpretes é decorrência da necessidade de integração da realidade e do processo interpretativo.¹⁰⁷² Segundo o autor, o povo e a pluralidade que dele emerge não pode ser subtraído da interpretação e da evolução constitucional. Como partido político, opinião científica, grupo interessado, ou finalmente como cidadão,¹⁰⁷³ estarão presentes na materialização do direito, sob pena de a Constituição perder a sua força

¹⁰⁷⁰ Idem, ibidem, p. 2101.

¹⁰⁷¹ Ver, a propósito, Assier-Andrieu, quando pontifica que sob o Estado legalista os juristas não aceitavam qualquer palavra daqueles não versados na letra jurídica: ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, XVI.

¹⁰⁷² Ver: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. Segundo o autor: “A teoria da interpretação esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

“Se se considerar que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade constitucional’ – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da realidade constitucional” (Op. cit., p. 12). E pondera:

“Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre os setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos” (Op. cit., p. 33).

¹⁰⁷³ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 37.

normativa.¹⁰⁷⁴

A Carta de 1988, segundo Werneck Vianna e Burgos, ao recepcionar os institutos que amparam os direitos subjetivos públicos e que caracterizam a revolução processual em curso no direito contemporâneo, preservou – inovando – a relevância do direito na realidade brasileira.¹⁰⁷⁵ De efeito, para os autores, descortina-se um novo cenário para a sociabilidade desde que as *class actions*¹⁰⁷⁶ foram reconhecidas pelo legislador pátrio como mecanismo de defesa da cidadania contra o Estado e a dimensão do mercado.¹⁰⁷⁷ A par disso, a emergência do constitucionalismo democrático do segundo pós-guerra, reforçada pela democratização do mundo ibérico europeu e americano, nos anos 70, trouxe consigo a universalização do *judicial review* e a afirmação de leis fundamentais que impunham limites à regra da maioria. Ampliou-se o conceito de soberania, abrindo-se para os cidadãos novos postos de *representação*, a exemplo do que sucede quando é provocado o Judiciário no controle de constitucionalidade das leis. Valoriza-se, assim, a tendência atual de expor o sistema do direito às demandas de caráter coletivo, “instituindo-se o processo de

¹⁰⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 46. A esse propósito, lembra Tavares a lição de Konrad Hesse: “Se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se” (ver: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 18).

¹⁰⁷⁵ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. *Ibidem*, p. 383.

¹⁰⁷⁶ Sobre a revolução processual em curso, esclarecem Werneck e Burgos a origem da *class action* norte-americana, inovação que se difundiu para o direito ocidental: “Elaboradas em 1938, no *Federal Rules of Civil Procedure*, as *class actions* foram reformadas em 1966, a partir da revisão da Regra 23, datando daí o surgimento do modelo de tutela de direitos coletivos que vigora atualmente nos EUA. Um de seus pressupostos básicos é a existência de uma classe identificável – conjunto de pessoas interessadas, grupo ou categoria. Um segundo pressuposto diz respeito aos critérios para sua admissão, condicionada aos casos em que não é possível e cabível o litisconsórcio. Além disso, cabe aos órgãos judiciais observar se as questões são de direito ou de fato comuns à classe, se há identidade entre esta e o representante, seja ele um indivíduo ou uma associação, prevendo-se, inclusive, a possibilidade de os tribunais ordenarem a comunicação aos demais membros da classe para que fiquem cientes da causa e optem, se for o caso, pela sua exclusão – esse mecanismo é conhecido como o sistema do *opt-out*.”

“A *class action* permite que um litigante represente toda uma classe de pessoas em uma determinada demanda, evitando os custos de criar uma organização permanente; propicia substancial economia de escala, favorecendo a reunião de pequenas causas e aumentando o poder de barganha dos membros da classe, sobretudo pela ameaça de enormes indenizações por danos; e, afinal, fornece incentivos econômicos, mediante a cobrança de honorários, para que advogados se interessem pelas causas. Malgrado essas vantagens, segue bastante custoso todo o processo de defesa através das *class actions*, na medida em que exigem ‘especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas grupos permanentes, prósperos e bem assessorados possuem’ (Cappelletti e Garth)” (p. 390-391). Ver também: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. *Ibidem*, p. 61).

¹⁰⁷⁷ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, *Ibidem*, p. 338.

adjudicação em mais uma possibilidade para a democratização social”.¹⁰⁷⁸

A Carta de 1988, que impôs limites amplos e formas de controle à vontade da maioria, enunciou os seus princípios fundamentais como uma manifestação da vontade geral, protegendo valores tidos como próprios à cultura e aos ideais de civilização do país. Nessa construção, a vontade geral é declarada, o que permite a Cittadino [...] reconhecer uma particularidade comunitarista no texto constitucional. Contudo, em 1988, se a vontade geral provém de um *Fiat*, a natureza deste deriva da interpretação de constituintes livremente eleitos, sob uma intensa participação popular, renovando, agora em chave democrática, a tradição brasileira de conceber o direito como sua principal referência ético-pedagógica. E é dessa renovação que deriva a mudança de sentido da representação funcional, dimensão historicamente estratégica no processo de modernização do país, que se desloca da órbita do Estado, onde cumpria, desde os anos 30, o papel passivo de correia de transmissão da soberania da nação, para se tornar, ao lado da representação política, um lugar de exercício ativo da soberania popular. Soberania popular, pois, agora, plural e complexa, combinando, em muitos casos de modo convergente, a representação política e a funcional, e que abrange do voto e de suas instituições correlatas, no terreno da vontade majoritária, ao controle de constitucionalidade das leis e da aquisição dos direitos contidos *in nuce* nos princípios fundamentais da Carta.

Essa, em linhas gerais, a marcação com que se analisa a recente prática brasileira dos institutos da ação civil pública e da ação popular. Nesse sentido, eles foram considerados objetos privilegiados para a verificação dos caminhos de afirmação, no país, do que se designou como ‘representação generalizada’ e ‘cidadania complexa’.¹⁰⁷⁹

No que respeita às formas de participação da sociabilidade no exercício do poder pelo Estado, acentua Barroso, há tanto as de carácter meramente informal

¹⁰⁷⁸ Idem, ibidem, p. 341. Neste tocante, lembram os autores que “mesmo em teorias acidamente críticas do ativismo judicial, como a de Habermas, a procedimentalização da produção do direito importa uma noção complexa da soberania, uma vez que justificar racionalmente o direito depende da livre deliberação de todos, investido cada cidadão da *representação* de suas razões, concebendo-se a vontade da maioria como um arremate da vontade geral previamente estabelecida.

“Nesse sentido, a institucionalidade republicana apenas legitima a soberania popular que se exprime por meio de uma *representação generalizada* – no caso dessa teoria, nos meios e procedimentos da democracia deliberativa –, abrindo caminho para a autocomposição do social com base em consensos racionalmente fundados. Tem-se, daí, a partir da procedimentalização da produção do direito, uma via de democracia progressiva, de revolução democrática permanente, ou, ainda, de democracia contínua e revolução passiva, categorias com que a literatura cogita da hipótese de uma internalização pela sociabilidade, com baixa intermediação da política e do sistema dito clássico da representação republicana, dos meios e modos de expressar uma vontade constituinte em perene renovação, segundo a clássica idealização de Rousseau.

“Dessa perspectiva, a valorização do direito pela teoria contemporânea apresenta afinidades eletivas com o conceito de *americanismo* em Gramsci, modalidade particular de revolução passiva que admitiria, ao contrário do sentido de origem desse conceito – a solução reacionária dada ao *Risorgimento* italiano – uma revolução continuada a partir de uma autocomposição do social, irradiada, em sua teoria, pela eticidade nascida da fábrica moderna” (p. 341-342).

¹⁰⁷⁹ Idem, ibidem, p. 386-387.

como as que se formalizam em instituições representativas ou semidiretas, ligadas a um *controle de legitimidade* – de adequação da ação dos órgãos de governo às necessidades e aspirações da coletividade – dimensão essencialmente política; e outra fundada em critérios técnico-jurídicos, voltada para o *controle da legalidade*, isto é, de conformação dos atos do poder público às normas jurídicas, ao direito posto.¹⁰⁸⁰

Lembra Barroso que, como garantia do cumprimento das normas em geral, o ordenamento jurídico elege dois institutos basilares – o direito à tutela jurisdicional e o devido processo legal. O Estado sujeita à imperatividade do direito as condutas que dele dissentem, através da função jurisdicional, “formulando e fazendo atuar praticamente a regra jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação”.¹⁰⁸¹

Sentindo-se ameaçada ou lesada em seu direito, toda e qualquer pessoa pode solicitar um pronunciamento do Poder Judiciário. A este poder de requerer a prestação jurisdicional, autônomo em relação ao direito material alegado, dá-se o nome de *direito de ação*, assegurado, como já visto, no art. 5º, XXXV da Constituição. Para tutela das diferentes situações jurídicas subjetivas, a ordem legal contempla uma ampla gama de remédios processuais, de *ações* utilizáveis pelo jurisdicionado. Algumas delas, pela relevância dos interesses que visam a proteger, recebem um tratamento especial, que se inicia com sua previsão, como garantia específica, no corpo da Constituição. De longa data, no Direito brasileiro, estas ações são o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a ação popular. A Constituição de 1988 ampliou significativamente este elenco, para nele incluir: o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, o mandado de injunção e o *habeas data*.¹⁰⁸²

O direito moderno, especialmente no campo constitucional e processual, a par da importância das situações jurídicas rigorosamente individuais, vem se libertando “de uma atmosfera impregnada do liberalismo individualista para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social”. Esse câmbio delineia a necessidade de tutela jurídica para além das situações subjetivas usuais, caracterizadas por titulares certos e determinados ou por uma coletividade, cujos membros guardam entre si uma *relação-base*, como sucede com a sociedade e o condomínio, por exemplo. Os novos interesses, denominados de *direitos difusos*,

¹⁰⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Ibidem, p. 134.

¹⁰⁸¹ Idem, ibidem, p. 134-135.

¹⁰⁸² Idem, ibidem, p. 135.

compreendem relações dissociadas da simples contraposição entre um credor e um devedor. A proteção desses valores, sobretudo volvidos para o aprimoramento da qualidade de vida, em sua expressão material e espiritual, afeta uma multiplicidade indeterminada de pessoas, como nas hipóteses de proteção ao consumidor, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural. Por não se ajustarem ao modelo clássico, impõem um ajuste da processualística, assim como a elaboração de novas técnicas e institutos adequados para apreenderem as relações supra-individuais.¹⁰⁸³

Nesta vertente, como observa Barroso, a Constituição Federal de 1988 ampliou tanto a legitimação ativa para demandar a tutela dos direitos coletivos e difusos, como criou ações cujo objeto específico possibilita o exercício de tais direitos. Assim, é reconhecida a legitimidade das entidades associativas para a postulação de direitos alheios,¹⁰⁸⁴ aos sindicatos¹⁰⁸⁵ e aos partidos políticos.¹⁰⁸⁶ No pertinente à ação direta de inconstitucionalidade,¹⁰⁸⁷ reconheceu-se legitimidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, à confederação sindical ou à entidade de classe de âmbito nacional e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁰⁸⁸ De outro lado, houve uma substancial ampliação do âmbito da ação popular,

¹⁰⁸³ Idem, *ibidem*, p. 136.

¹⁰⁸⁴ Ver: Constituição Federal, art. 5º, XXI: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

¹⁰⁸⁵ Ver: CF, art. 8º, III: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

¹⁰⁸⁶ Ver: CF, art. 5º, LXX, *a*: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional”.

¹⁰⁸⁷ O art. 103 da CF também alargou o círculo de intérpretes da Carta Magna, para além do Presidente da República, das Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, de Assembléia Legislativa e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governadores de Estado e do Distrito Federal, e Procurador-Geral da República. Colhe-se: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

¹⁰⁸⁸ É importante ressaltar, de outro lado, que a Lei n. 9.868, de 10.11.1999, que regula o processo objetivo do controle de constitucionalidade, em seu art. 7º, § 2º, dispõe: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Trata-se da figura do *amicus curiae*, no controle de constitucionalidade. No dizer de André Ramos Tavares, trata-se de intervenção “em que o interessado pode prestar informações acerca da controvérsia constitucional em julgamento. É dizer, possibilita-se a participação de toda e qualquer pessoa no controle abstrato de constitucionalidade, o qual, *a priori*, possui um rol fechado de

para a inclusão específica de determinados direitos difusos, como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.¹⁰⁸⁹ Concebida para a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público, tal ação passou a ter, portanto, nova feição constitucional.¹⁰⁹⁰

Ademais, a ação civil pública foi constitucionalizada, atribuindo-se ao Ministério Público a sua propositura, o que alarga suas funções institucionais para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.¹⁰⁹¹ Ressalta Barroso que, posteriormente à promulgação da Constituição, vários outros diplomas legais ordinários especificaram interesses tuteláveis por via da ação civil pública:

- a) a Lei n. 7.853/89, para a defesa das pessoas portadoras de deficiência;
- b) a Lei n. 7.913/89, de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários;
- c) a Lei n. 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente; e
- d) a Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, que previu a possibilidade de ajuizamento de ações coletivas com perfil diferenciado da ação civil pública instituída pela Lei n. 7.347/85¹⁰⁹² ¹⁰⁹³.

legitimados para sua deflagração inicial”. E conclui Tavares: “A lógica é simples: permitir um maior cotejo das normas constitucionais com a realidade. Nesse processo de delimitação do conteúdo da norma constitucional, a presença e a opinião de estudiosos de outros ramos afiguram-se essenciais” (TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. Ibidem, p. 46-47).

¹⁰⁸⁹ Ver: CF, art. 5º, LXXIII: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

¹⁰⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Ibidem, p. 136-137.

¹⁰⁹¹ Ver: CF, art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. A Lei n. 7.347, de 24.07.85, recepcionada pela atual Constituição, disciplina a ação civil pública.

¹⁰⁹² Ver: Lei 8.078, de 11.09.90:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

“Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

“Art. 82. Para os fins do art. 100, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da

A Carta de 1988, na leitura de Werneck Vianna, redefiniu, nesse contexto, as relações entre os três Poderes, dando eficácia ao sistema do *judicial review*, principalmente quando admitiu personagens institucionais da sociedade civil com direito à participação no controle de constitucionalidade das leis. A par disso, para mitigar o déficit de democracia, constitucionalizou novos institutos garantidores de direitos dos indivíduos e grupos diante do Estado e do mercado, como os da ação popular e da ação civil pública, possibilitando a criação do direito a partir de sua abertura processual às demandas sociais. Redefiniu as funções do Ministério Público, incumbindo-lhe, agora, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em torno do direito construiu-se, enfim, esse novo lugar da esfera pública, mobilizando formas e mecanismos da representação funcional, envolvendo o Poder Judiciário, o Ministério Público, o sindicalismo, as ONGs e a vida associativa em geral, sem a pretensão de concorrer com o sistema de representação política.¹⁰⁹⁴

A participação da sociedade civil é decisiva para a efetivação dos direitos constitucionais, verificando-se predominantemente num plano metajurídico. Todavia, a Constituição e a legislação infraconstitucional municiaram a processualidade de mecanismos admiráveis de participação, envolvendo entidades representativas, tais como associações, sindicatos e partidos políticos,¹⁰⁹⁵ como fundamento para uma cidadania inclusiva, ampliando o círculo de intérpretes para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta.

Apesar disso, o processo civil tradicional, como se demonstrará, envolvido num cientificismo arcaico, vinculado a uma visão racionalista e a conceitos inteiramente anacrônicos, criou um fosso entre a realidade constitucional e a realidade

Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

“§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”

¹⁰⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 137.

¹⁰⁹⁴ VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. *Ibidem*, p.11-12.

¹⁰⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 137-138.

jurisdicional e uma dissintonia entre a sua teoria científica e a complexidade da vida social, com sua inquietante visão de verdade e de certeza, verdadeiro contraponto ao desenvolvimento filosófico, político e jurídico contemporâneo.

5.4 Limites e possibilidades da constituição da ciência do Direito na perspectiva da tradição do Direito Processual e sua pretensão epistemológica de verdade

O século XVIII foi conhecido como o Século das Luzes, do Iluminismo ou da Ilustração, a indicar o otimismo no poder da razão para reorganizar o mundo. No Renascimento desenrolara-se a luta contra o princípio da autoridade e a busca dos próprios poderes humanos, pelos quais o homem teceria, ele mesmo, a trama de seu destino.¹⁰⁹⁶

No século XVII o racionalismo e o empirismo,¹⁰⁹⁷ com Descartes,¹⁰⁹⁸ Locke e Hume, deram o substrato filosófico do conhecimento – Descartes justificando o poder da razão de perceber o mundo através de idéias claras e distintas; Locke valorizando os sentidos e a experiência;¹⁰⁹⁹ Hume sustentando o problema da

¹⁰⁹⁶ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2ª ed., rev. e atualizada. São Paulo: Moderna, 1993, p. 111.

¹⁰⁹⁷ O termo *Empirismo* se origina do grego *empeiria*, que significa experiência. De maneira geral o empirismo, conforme Doglas Cesar Lucas, “pode ser definido como a teoria epistemológica que considera como válido apenas o conhecimento obtido e fundamentado pela experiência, vista como a única fonte reveladora e justificadora do saber. A realidade somente pode ser compreendida e alcançada pelo conhecimento sensível do mundo, uma vez que o pensamento resulta unicamente dessa experiência sensível. O empirismo foi a reação aos exageros metafísicos do *racionalismo*, uma forte oposição às idéias dessa doutrina, que defendia a capacidade ilimitada da razão humana na compreensão da realidade. Enquanto os racionalistas entendem que a razão é capaz de conhecer de modo ilimitado, desde que respeitados os métodos adequados, os empiristas referem que a experiência é o limite para a capacidade de conhecimento da mente humana. O empirismo restringe e limita as possibilidades da razão humana àquilo que pode chegar ao homem pelos seus sentidos, pela sua relação com o sensível, com o experimentável” (LUCAS, Doglas Cesar. “Empirismo”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 264-266).

¹⁰⁹⁸ Ver: DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 102 p.

¹⁰⁹⁹ Apesar de o empirismo ter germinado desde a Antiguidade clássica, especialmente na Filosofia de Aristóteles e também na Idade Média, contando inclusive com contribuição de Tomás de Aquino, foi apenas nos séculos XVII e XVIII que se desenvolveu o denominado empirismo moderno, conforme relata Lucas. Segundo o autor, foi na Inglaterra que se afirmou como uma elaborada corrente filosófica sobre o conhecimento, “cujos autores mais importantes foram Francis Bacon (1561-1626), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1604), George Berkley (1685-1753) e David Hume (1711-1776)” (Op. cit., p. 264).

exterioridade das relações frente aos termos.¹¹⁰⁰

Emancipada do cartesianismo,¹¹⁰¹ a filosofia do Iluminismo¹¹⁰² deve a

¹¹⁰⁰ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda *et al.* Op. cit., p. 111.

¹¹⁰¹ *Cartesianismo*, segundo José Valter, foi um “movimento filosófico cuja origem é o pensamento do francês René Descartes (1596-1650), considerado o fundador da filosofia moderna. Para Descartes, nem os sentidos, que podem enganar-nos, nem as idéias, que são confusas, podem nos dar certezas e, portanto, nos conduzir ao entendimento da realidade. Por isso, com a finalidade de estabelecer um método de pensamento que permita chegar à verdade, desenvolve um sistema de raciocínio que se baseia na dúvida metódica e não pressupõe certezas e verdades, como era tradição entre os pensadores que o antecederam. O método cartesiano põe em dúvida tanto o mundo das coisas sensíveis quanto o das inteligíveis, ou seja, o que pode ser apreendido por meio das sensações ou do conhecimento intelectual.

“A evidência da própria existência, o *Penso, logo existo*, traz uma primeira certeza. A razão seria a única coisa verdadeira da qual se deve partir para alcançar o conhecimento. “Eu sou uma coisa que pensa, e só do meu pensamento posso ter certeza ou intuição imediata”, diz Descartes. Para reconhecer algo como verdadeiro, ele considera necessário usar a razão como filtro e decompor esse algo em partes isoladas, em idéias claras e distintas.

“Para garantir que a razão não se deixe enganar pela realidade, tomando como evidência o que de fato pode não passar de um erro de pensamento ou ilusão dos sentidos, Descartes formula sua segunda certeza: a existência de Deus. Entre outras provas, usa a idéia de Deus como o ser perfeito. A noção de perfeição não poderia nascer de um ser imperfeito como o homem, mas de outro ser perfeito, argumenta. Logo, se um ser é perfeito, deve ter a perfeição da existência. Caso contrário, lhe faltaria algo para ser perfeito. Portanto, Deus existe. O método cartesiano revoluciona todos os campos do pensamento de sua época, possibilitando o desenvolvimento da ciência moderna e abrindo caminho para o homem dominar a natureza. A realidade das idéias claras e distintas, que Descartes apresenta a partir do método da dúvida e da evidência, transforma o mundo em algo que pode ser quantificado. Com isso, a ciência, que até então se baseava em qualidades obscuras e duvidosas, a partir do início do século XVII torna-se matemática, capaz de reduzir o Universo a coisas e mecanismos mensuráveis, que a geometria pode explicar.” Disponível em: <http://www.josevalter.com.br/Sitereligioes/cartesianismo.htm>. Acesso em 08/jul/2008.

¹¹⁰² A *filosofia do Iluminismo* foi um “movimento cultural e intelectual, surgido na Europa, no século XVIII, baseado no uso e na exaltação da razão. Considerava o conhecimento, a liberdade e a felicidade os objetivos do homem. No decorrer do século XVIII, as idéias do Iluminismo sobre Deus, a razão, a natureza e o homem cristalizaram-se numa cosmovisão que deitou raízes e acabou por produzir avanços revolucionários na arte, na filosofia e na política.

“Foi o movimento cultural e intelectual europeu que, herdeiro do humanismo do Renascimento e originado do racionalismo e do empirismo do século XVII, fundava-se no uso e na exaltação da razão, vista como o atributo pelo qual o homem apreende o universo e aperfeiçoa sua própria condição. Considerava que os objetivos do homem eram o conhecimento, a liberdade e a felicidade. O Iluminismo foi chamado pelos franceses de *Siècle des Lumières*, ou apenas *Lumières*, pelos ingleses e americanos de *Enlightenment* e pelos alemães de *Aufklärung*.

“A riqueza e complexidade do movimento iluminista teve como base alguns pontos gerais: em primeiro lugar, a influência que os empreendimentos científicos do século XVII e início do século XVIII tiveram sobre as novas idéias. Na astronomia e na física, por exemplo, Galileu Galilei, Johannes Kepler e Isaac Newton levaram a conceber o universo como ‘natureza’, ou seja, como um domínio ou realidade dinâmica, regida por leis gerais que a razão sempre poderia acabar por descobrir. Em segundo lugar, e como consequência, a substituição da idéia de um Deus pessoal, responsável pelos acontecimentos humanos e eventos naturais, por um deísmo, que valorizava a idéia abstrata de Deus como princípio ordenador da natureza, “arquiteto do mundo” e criador de suas leis, mas que não intervém diretamente nele. Embora a idéia do deísmo não tenha sido compartilhada por todos os pensadores iluministas -- alguns mantiveram a crença em um Deus transcendente ao qual a humanidade concernia diretamente, enquanto outros radicalizaram suas opiniões e chegaram ao

Descartes e Malebranche o gosto pelo raciocínio, a busca da evidência intelectual, em especial a audácia de exercer livremente seu juízo e de levar a toda parte o espírito da dúvida metódica. O advento da *ciência galileana*, também no século XVII, por outro lado, teve igualmente grande importância, já que seu método experimental fecundou outros campos da pesquisa. Essa ciência, aliada da *técnica*, modelou um novo homem, o construtor, o artífice do futuro, que não mais se contenta em contemplar a harmonia da natureza, mas quer conhecê-la para dominá-la.¹¹⁰³ No iluminismo essa natureza exsurge dessacralizada, desvinculada da religião. O homem, livre de qualquer tutela, capaz de solucionar seus problemas com base em princípios racionais, estende o domínio da razão para todos os âmbitos – político, econômico, moral e religioso. No plano político a burguesia atinge sua maioria, no mesmo momento em que se fortalece o capitalismo como modo de produção predominante. A Revolução Industrial é marcada pelo aparecimento da máquina a vapor em meados do século XVIII e pela introdução do processo de mecanização das indústrias.¹¹⁰⁴

O século XVIII foi também o século das revoluções burguesas: Revolução Gloriosa na Inglaterra (1688), já no final do século antecedente, e a Revolução Francesa. Esses acontecimentos repercutem no Novo Mundo com os movimentos de emancipação, como a Independência dos Estados Unidos (1776), a Inconfidência Mineira (1789) e a Conjuração Baiana (1798). Na Inglaterra os representantes da Ilustração são, sobretudo, Newton e Reid, herdeiros de Locke e Hume. Na França, surgem Montesquieu, Voltaire e Rousseau. Essas idéias são popularizadas através da publicação da Enciclopédia.¹¹⁰⁵

Immanuel Kant (1724-1804), o grande idealizador da modernidade, interessou-se desde logo pela ciência newtoniana e pelo debate acerca da confusão conceitual então existente sobre a natureza do conhecimento. Questionou, em sua obra *Crítica da razão pura*, se era possível uma “razão pura”, independente da experiência.

ateísmo --, essa foi a tendência dominante do pensamento da época” (Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda.). Disponível no site eletrônico: <http://br.geocities.com/edterranova/raven082.htm>. Acesso em 8/jul/2008.

¹¹⁰³ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda *et al.* Ibidem, p. 112.

¹¹⁰⁴ Idem, ibidem, p. 112.

¹¹⁰⁵ Idem, ibidem, p. 112.

Seu método tornou-se conhecido como *criticismo*.¹¹⁰⁶ Condenou os empiristas e discordou integralmente dos racionalistas, ao sustentar que o conhecimento deve constar de juízos universais, da mesma maneira que deriva da experiência sensível. Para superar essa aparente contradição, explicita que o conhecimento é composto de *matéria e forma*: a matéria seriam as próprias coisas, ao passo que a forma seria nós mesmos.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁶ O *criticismo*, em sentido amplo, segundo Miguel Reale, implica sempre um estudo metódico e prévio do ato de conhecer e dos modos de conhecimento, ou seja, uma disposição metódica do espírito no sentido de situar, *preliminarmente*, o problema do conhecimento em função da correlação sujeito-objeto. Marca, por outro lado, uma atitude superadora e sintética, aceitando e recusando certas afirmações do empirismo e do racionalismo, tendo, porém, valor próprio e autonomia (Ver: REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 10ª ed., rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 100).

Para Reale, o que distingue e marca o criticismo kantiano é a determinação *a priori* das condições lógicas das ciências. Assevera que o conhecimento não pode prescindir da experiência, já que esta lhe fornece o material cognoscível; todavia, tal conhecimento não pode prescindir de elementos racionais, uma vez que somente adquire validade universal quando os dados sensoriais são ordenados pela razão. Nesse sentido, diz Kant que os conceitos sem as intuições (sensíveis) são vazios e as intuições sem os conceitos são cegas (REALE, Miguel. Op. cit., p. 100).

Há no pensamento kantiano, por outro lado, segundo Reale, uma funcionalidade essencial entre aquilo que considera *a priori* e os elementos da experiência, justificando que somente se pode afirmar algo *a priori*, isto é, com validade em si no ato mesmo de pensar, se essa asserção é feita em função da experiência. Por outro lado, somente é possível experiência condicionada a conceitos admitidos *a priori*. Essa idéia central de que o nosso espírito condiciona a experiência e é concomitantemente despertado por ela, de suas formas condicionantes, constitui a nota essencial da *transcendentalidade* (que não pode ser encarada como modalidade de *transcendência* (REALE, Miguel. Ibidem, p. 101).

O conhecimento, segundo o criticismo, conforme observa Reale, envolve sempre uma contribuição positiva e construtora por parte do sujeito cognoscente em razão de algo que está no espírito, anteriormente à experiência do ponto de vista gnoseológico. Alguns estudiosos de Kant, a propósito, lembram que não podemos apanhar um punhado de neve sem lhe imprimir a forma de nossos dedos (Idem, ibidem, p. 102).

Para Kant, o nosso conhecimento experimental é um composto do que recebemos por impressões e do que a nossa própria faculdade de conhecer de si mesma tira por ocasião de tais impressões. Conclui, entretanto, que não é possível conhecer as coisas tais como são em si, ou seja, o *noumenon* (a coisa em si) é inacessível ao conhecimento, já que apenas podemos conhecer os *fenômenos* (etimologicamente, “o que aparece”). Nessa perspectiva, para o pensamento kantiano a realidade não é um dado exterior ao qual o intelecto deve se conformar, mas, ao contrário, o mundo dos fenômenos só existe na medida em que “aparece” para nós, e, portanto, de certa forma participamos de sua construção (ARANHA, Maria Lúcia de Arruda *et al.* Ibidem, p. 112).

Nesse norte, Kant se depara com dificuldades insolúveis no plano da realidade metafísica, especialmente no que concerne à existência de Deus, a imortalidade da alma, a liberdade, a infinitude do universo. Ao sustentar que todo o conhecimento é constituído pela forma *a priori* do espírito e pela matéria fornecida pela experiência sensível, não há como justificar a existência de Deus, já que não temos experiência sensível dele. Na *Crítica da razão prática*, entretanto, tenta recuperar a realidade metafísica enunciando que, pela análise da moralidade, deduz-se a liberdade humana, a imortalidade da alma e a existência de Deus (Idem, ibidem, p. 113).

Tal como Copérnico afirmara que não é o Sol que gira em torno da Terra, mas o contrário, Kant salienta que o conhecimento não é o reflexo do objeto exterior, pois é o próprio espírito que constrói o objeto do seu saber. Daí dizer-se que realizou uma *revolução copernicana* (Idem, ibidem, p. 113).

¹¹⁰⁷ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda *et al.* Ibidem, p. 113.

Já no final do século XIX, Nietzsche,¹¹⁰⁸ numa perspectiva crítica, vaticinou que a ciência era a nova Deusa e que faria uma aliança com o Leviatã, antevendo como são estreitas, hoje, as relações unindo o Estado e a Ciência. Ela, a ciência, tal como a religião, por fragmentos, prometeria o fim dos males que pesam sobre a humanidade, “algo que os padres deixam para o além”. Garantiria uma forma de segurança ao afirmar que seus progressos indefinidos vão permitir uma racionalização da existência, numa “boa” administração e redução do trabalho, numa extensão quantitativa e qualitativa das necessidades, numa satisfação maior destas, numa regulamentação geral das sociedades. Anuncia, pois, tanto no plano coletivo como individual, o “êxito” conjunto dos programas platônico e cristão. Por mais grandiosos que sejam os projetos de conhecimento e de transformação da natureza, para Nietzsche os efeitos políticos e sociais da Ciência são deletérios. Ainda que não insista nas suas terríveis possibilidades destrutivas, destaca a constituição de uma elite científica, cada vez mais distanciada dos povos e da realidade viva. Para Nietzsche, o suposto bem-estar cotidiano do progresso seria constituído de mediocridades, de falsas novidades, de sobrevivências artificiais.¹¹⁰⁹ O desenvolvimento das ciências experimentais, para Nietzsche, engendra uma nova piedade mentirosa – a pretensão à positividade, que deveria sacudir as imaginações religiosas e o saber metafísico. Em sua realidade social, segundo ele, a ciência nada mais é que a seqüência desse tipo de crenças, porquanto também se funda numa crença, eis que não há ciência sem

¹¹⁰⁸ Ver: NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm (1844-1900): **Para a genealogia da moral**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998; _____. **Humano, demasiado humano**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000; _____. **Aurora**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004; _____. **Para além de bem e mal**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

¹¹⁰⁹ CHÂTELET, François et PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **As concepções Políticas do Século XX**: Ibidem, p. 30. Conforme anotam Châtelet e Pisier-Kouchner, Nietzsche, em sua crítica à ideologia da ciência, “o Anticristo”, sustenta que o progresso é apenas uma idéia moderna, não existindo uma lei segundo a qual o desenvolvimento seja forçosamente elevação, crescimento, fortalecimento, pois do ponto de vista da vontade, da vida, é decadência. Basta lembrar que “são sucessivas as vitórias obtidas pelas forças reativas sobre as forças ativas, pelos cristãos sobre os pagãos, pelos padres sobre os povos, pelos escribas da ciência sobre os artistas criadores, pelos funcionários sobre os produtores”. É que as forças ativas, por sua natureza, são descontínuas, sem filiação, sem história: “Elas existem apenas por sua presença”. Já as forças reativas, também por sua natureza, se instalam na continuidade: “Do platonismo ao cristianismo, do cristianismo à ciência positiva, dessa ciência ao fortalecimento do Estado-Nação, a conseqüência é clara. E conclui, amargamente, dizendo que é dessa degenerescência que se escreve a história, chamando-a de história da humanidade” (p. 30).

pressupostos.¹¹¹⁰

Já Freud¹¹¹¹ tem uma concepção singular da atividade científica, operando um remanejamento profundo da natureza e os objetivos das chamadas ciências humanas, representadas especialmente pela sociologia e pela psicologia. Estas tentaram decalcar sua metodologia e seus objetivos nas ciências da natureza, procurando atingir um conhecimento objetivo assentado em dispositivos experimentais e em técnicas de aplicação. Trataram a realidade social e a realidade psíquica como coisas cognoscíveis e, portanto, transformáveis. No terreno da aplicação, submeteram-se, dando-lhe validade, ao critério teórico verdade/erro: normal/patológico. Freud, ao contrário, procura se situar imediatamente no nível do chamado patológico, tomando como objeto habitual, “normal”, certas doenças nervosas, sem causas fisiológicas detectáveis, apagando paulatinamente as linhas de demarcação entre o normal e o patológico.¹¹¹² Duas tendências da investigação freudiana denunciam uma desconfiança profunda em face do sistema cartesiano revisto e corrigido por Comte e Spencer. Em primeiro lugar, o pessimismo, pois, por mais imbuído que esteja de ciência, de rigor, de exatidão, não crê de modo algum que possa existir um dia controle e posse da natureza, domínio da materialidade e serena organização dos homens. Da ciência a que se devota espera apenas “uma denúncia das tolices, dos conformismos, das brutalidades que tornaram a vida contemporânea massiva, triste e pesada”. Em segundo lugar, a insatisfação pessoal, pois jamais coloca um ponto final em sua “doutrina”. Dos “Estudos sobre a histeria” (1895) a “Moisés e o Monoteísmo” (1938) tem-se apenas remanejamentos, dúvidas, questões postas e respostas abertas, no seu conjunto pontuado por sinais de interrogação, que nenhum enunciado decisivo parece abolir.¹¹¹³ Todavia, apesar dessas interrogações, sua pesquisa se apoiava em certezas polêmicas, como a concepção que o homem construiu de si mesmo, desde a idade clássica, que é destruída em seus fundamentos. Essa concepção pode ser representada

¹¹¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 31-32.

¹¹¹¹ Ver: FREUD, Sigmund. **Estudos sobre a histeria**. Rio de Janeiro: Imago, 1996; _____. **As neuropsicoses de defesa**. Rio de Janeiro: Imago, 1996; _____. “O Moisés de Michelangelo”. V. XIII. **Obras Completas de Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 1974; _____. **Moïse et le monothéisme**. Trad. de Anne Bertran. Paris: Gallimard, 1980.

¹¹¹² CHÂTELET, François *et al.* *Ibidem*, p. 36.

¹¹¹³ Idem, *ibidem*, p. 37.

numa equação: essência do homem = personalidade = consciência = ego = eu = vontade livre.¹¹¹⁴

A ciência do século XX, conforme observa John Horgan,¹¹¹⁵ deu origem a um paradoxo maravilhoso, porque o mesmo progresso extraordinário que gerou as previsões de que em breve talvez venhamos a conhecer tudo o que pode ser conhecido também alimentou dúvidas quanto ao nosso verdadeiro poder de conhecer *alguma coisa*. E indaga: “Quando uma teoria sucede a outra tão rapidamente, como poderemos estar seguros de que são válidas?” Essa pergunta reflete o pensamento crítico de alguns filósofos, desde o início do século XX, que passaram a sustentar a necessidade de reavaliação do conceito de ciência, dos seus critérios de certeza, da sua relação com a realidade e da validade dos modelos científicos.¹¹¹⁶ Nesse contexto, surgiu o Círculo de Viena com a intenção de investigar até que ponto as teorias, “através da análise da sua estrutura lógica”, teriam probabilidade de ser verdadeiras. Formado em 1928 por Carnap, Schlick, Hahn e Neurath, o Círculo de Viena sofreu influência de Wittgenstein e da lógica matemática de Russel e Whitehead. Tais autores são representantes da tendência *neopositivista*, ou do chamado *empirismo lógico*.¹¹¹⁷ Nas teorias do Círculo de Viena a experiência e a linguagem se completam. Nessa perspectiva, os lógicos do Círculo de Viena têm a convicção de que a lógica, a matemática e as ciências empíricas esgotam o domínio do conhecimento possível. Com o *princípio da verificabilidade*, identificando significado e condições empíricas de verdade, pretendeu-se excluir a filosofia do domínio do conhecimento real.¹¹¹⁸

¹¹¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 37. Anota o autor que desde Descartes estabeleceu-se que a personalidade é a fonte do conhecimento, a origem da obra, o juiz da intenção e da ação. A materialidade, apresentada como corpo individual, da natureza, da máquina social, do corpo político, aparece como material, como meio dessa personalidade, “a qual, se quer ser digna de sua essência, deve se tornar consciência cada vez mais clara, *ego* sempre mais *eu*, vontade cada vez mais livre”. É com tal concepção que trabalham as instituições que emanam do poder – o ensino, a partir do séc. XIX, passando a formar os quadros da nação; a legislação e seus aparelhos, prendendo e castigando os rebeldes; a medicina social (tornada psiquiatria), pondo os desviantes no isolamento; a política, afirmando defender a coletividade e garantir a segurança das pessoas e dos seus bens etc. Essas técnicas de controle e normalização nasceram e se legitimaram idéias filosóficas e políticas do séc. XIX, apropriadas pelos governos, a serviço da ordem burguesa (p. 37-38).

¹¹¹⁵ HORGAN, John. **O fim da ciência**: Uma discussão sobre os limites do conhecimento científico. Trad. Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 48.

¹¹¹⁶ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda *et al.* *ibidem*, p. 163.

¹¹¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 163.

¹¹¹⁸ Idem, *ibidem*, p.163.

De fato, a posição cética dos filósofos em relação à ciência gerou um difundido mal-estar dos cientistas em relação aos filósofos, diante da asserção de que a ciência não poderia alcançar o conhecimento objetivo. Na visão dos físicos britânicos T. Theocaris e M. Psimopoulos, os quatro “traidores da verdade” especialmente notórios seriam Karl Popper, Imre Lakatos, Thomas Kuhn e Paul Feyerabend, havidos como “transgressores intelectuais da pior espécie”.¹¹¹⁹ Nas entrevistas que realizou com Popper, Kuhn e Feyerabend, Horgan confessa que tentou descobrir se esses filósofos eram realmente tão céticos e reticentes em relação à capacidade da ciência de alcançar a verdade. Acabou convencido que eles, todos, tinham muita fé na ciência, pois o ceticismo que proclamavam era motivado por sua crença. Aponta que talvez a maior falha deles fosse exatamente a de atribuir à ciência um poder maior do que ela realmente tem. Receavam, em verdade, que a perda de admiração pela ciência pudesse levá-la ao fim, assim como todas as formas de busca do conhecimento. Com isso, estariam tentando proteger a humanidade, inclusive os cientistas da fé ingênua.¹¹²⁰ Como exemplo dessa fé ingênua, cita Charles Sanders Peirce, fundador da *filosofia do pragmatismo*, que definiu *verdade absoluta* como tudo aquilo que os cientistas afirmarem ser verdade, chegando ao fim de seu trabalho.¹¹²¹ Popper, Kuhn e Feyerabend procuraram contestar, cada qual a seu modo, essa atitude bajuladora em relação à ciência. Compreenderam que, numa era de ascensão científica, o objetivo mais elevado da filosofia deveria ser colocar em xeque a ciência, infundindo a dúvida. Com isso a busca humana do conhecimento poderia continuar aberta, potencialmente infinita e só assim se poderia continuar assombrado diante do mistério do universo.¹¹²²

Contemporaneamente, Warat¹¹²³ tem atacado, de forma crítica, o sentido

¹¹¹⁹ HORGAN, John. Op. cit., p. 48.

¹¹²⁰ Idem, ibidem, p. 49.

¹¹²¹ Idem, ibidem, p. 49.

¹¹²² Idem, ibidem, p. 50.

¹¹²³ Em seu campo profundo de pesquisa, Warat apresenta o *desejo* como vetor articulador, estabelecendo as bases para uma *pedagogia do desejo*, uma *semiologia do desejo*, uma *epistemologia carnalizada*, atenta às incidências da metapsicologia e de uma ecologia do desejo. O percurso de seu pensamento, segundo ele mesmo relata, começou por Barthes, Borges e Cortázar, passando por Bakhtin, para chegar ao surrealismo e culminar em Freud. De Barthes aprendeu que a parte mais substancial de um signo se encontra no valor infinito das significações; de Bakhtin, a idéia da *carnavalização*, projetando-a ao plano epistemológico (hoje equiparada com o desenvolvimento do chamado paradigma epistemológico da complexidade). A idéia de carnavalização levou-o ao surrealismo, percebendo que este configurava uma projeção da psicanálise nas artes, inscrevendo

de verdade e de certeza que a ciência cartesiana impregnou no pensamento jurídico. Aliás, o *dever das verdades incertas* pode ser uma síntese da obra de Warat, na tentativa de compreendê-lo por meio dela, confrontada com o problema do caráter incompleto e incerto das verdades. É uma idéia flutuante, sem nenhuma definição conceitual em sua literatura, extraída do conceito de carnavalização. Em toda sua obra ele revela profunda inquietação com respeito à função das verdades. Ostensivamente questiona os posicionamentos consagrados pela tradição epistemológica¹¹²⁴ das

diretamente seu discurso na metapsicologia freudiana e outros desvios psicanalíticos. Juntando o sentido e o desejo, demonstrou como os signos jurídicos alienam nossa capacidade de lidar com a incompletude, “obturando a falta no jogo da completude dos sentidos, apelando para a multiplicidade de ficções que estabelecem um de ‘faz de contas’ que afasta a lei e seus processos interpretativos do inesperado, das impossibilidades e dos paradoxos da história”. Ver: WARAT, Luis Alberto. “Falando de vinte anos”. In: MONDARDO, Dilsa. **20 Anos Rebeldes: O Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L.A. Warat**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 19. Ver também do autor: _____. **O ofício do mediador**. Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001; _____. **Derecho al derecho**. Buenos Aires: Abedo-Perrot, 1970; _____. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: FISC, 1985; _____. **O Direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984; _____. **O amor tomado pelo amor**. São Paulo: Acadêmica, 1990; _____. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988; _____. **Manifestos para uma ecologia do desejo**. São Paulo: Acadêmica, 1990. Ver também, referência bibliográfica de autores referidos por Warat: BARTHES, Roland. **A aventura semiológica**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 339 p.; _____. **Fragmentos de um discurso amoroso**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 343 p.; _____. **Mitologias**. 11. ed. Lisboa: Edições 70, 2007. 315 p.; BORGES, Jorge Luis. **Livro dos seres imaginários**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 224 p.; _____. **Outras inquisições**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 232 p.; _____. **Discussão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. 184 p.; CORTAZAR, Julio. **O jogo da amarelinha**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1999. 640 p.; BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 6 ed. São Paulo: Hucitec, 1992. Sobre Warat, ver: ABREU, Pedro Manoel. “Limites e possibilidades da constituição de uma ciência do direito na visão epistemológica de Luis Alberto Warat”. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, Tribunal de Justiça do Estado de SC v.103, jul. 2003, p. 221-242.

¹¹²⁴ *Epistemologia*, segundo Nelson Saldanha, “é um termo que tem sido usado em acepções algo diferentes, apesar de sua grande importância filosófica, senão por ela mesma. Vindo de *epistème*, que em Platão indicava o conhecimento fundamentado por oposição a *doxa*, mera opinião, o termo veio a significar principalmente a *teoria das ciências* (ou, complementarmente, a *classificação das ciências*). Com raio mais amplo, usa-se às vezes epistemologia como *teoria do conhecimento*, abrangendo enfoques específicos que cabem dentro desta última expressão (inclusive a sociologia do conhecimento e a psicologia do conhecimento). Na língua inglesa é comum usarem-se como sinônimos as palavras epistemologia e gnosologia. Na verdade, esta (provindo de *gnosis*) designa o *fato do conhecimento*, ou seja, o conhecimento como fenômeno, no qual se envolvem um sujeito e um objeto colocados em posição variável. Talvez a conotação empírica dessa acepção tenha condicionado o pendor dos ingleses, sempre antimetafísicos, a reduzir o epistemológico ao gnosiológico. Para a Filosofia, a epistemologia representa uma temática de fundamental relevância, geralmente colocada ao lado da ontologia e da axiologia. Nesse sentido, todos os processos concernentes ao pensar e ao conhecer entram no âmbito da epistemologia, da qual, sob certo aspecto, pode-se dizer que se refere à inteligibilidade do real e às formas que ela assume. Essas formas de entender o real são no caso as ciências (Ortega escreveu que as ciências, ao surgirem, vão se diferenciando), e um dos problemas centrais da teoria das ciências vem a ser o de sua *classificação*. As ciências são formas de conhecimento que correspondem a objetos definidos, e é preciso prevenir dois mal-entendidos do positivismo: o de entender a Filosofia como *uma das ciências* do conhecimento e o de conceituá-la

ciências sociais, tentando mostrar o sentido político da normatividade que instauram. Demonstra uma profunda preocupação sobre o poder que emana da “pureza das verdades”, indignado pelos efeitos massificadores do processo de produção destas, colocando em evidência a existência de uma ideologia sobre as condições de produção de verdades (*sensu comum teórico*).¹¹²⁵ Para Warat, carnavalizar a Epistemologia é reconhecer que as verdades propostas pelas ciências sociais são explicações assustadas, respostas omissas, conceitos mutilados que provocam práticas mutiladoras, montagens insensíveis, questões de desejos, hipóteses deserrotizadas, convicções sem futuro. Como estratégia para a realização e superação do devir incerto das verdades, propõe a substituição dos discursos tradicionais, que falam verdades, pela poética, como uma forma de compreender a ciência fora da ciência.¹¹²⁶

como espécie de visão do conhecimento científico enquanto conjunto (duas formas contraditórias, e ambas equivocadas, de entender a relação entre Filosofia e ciência)” (SALDANHA, Nelson. “Epistemologia jurídica”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 268-271). Sobre a *Epistemologia jurídica*, anota Saldanha que “o adensamento dos problemas epistemológicos referentes ao Direito e à ciência jurídica ocorreu, nos tempos modernos, sobretudo após a secularização, que intensificou o questionamento sobre o fazer do homem e sobre o poder como obra humana, e após as revoluções ditas liberais, que consagraram o legalismo e levaram ao positivismo jurídico, com permanentes debates sobre a relação entre ordem e hermenêutica. A discreta teorização dos romanos, e as dissertações medievais em torno de Deus legislador, deram lugar a um crescente número de conceitos novos, ou renovados (como constituição, contrato, direitos, culpa etc.). Por outro lado, a constante alusão aos poderes do Estado, e com isso a alusão à lei e ao judiciário, mantiveram em tela de juízo o conceito mesmo de *Direito*, de então em diante questionado em seus lados: objetivo, subjetivo, natural, positivo, e também em seus sentidos público e privado. Este último um dualismo que existiu no Império Romano e que foi retomado após o advento do Estado moderno, e após a Revolução Francesa, com a qual se reorganizou o Estado com as constituições, e a vida social com o famoso Código Civil (francês) de 1804” (p. 270).

¹¹²⁵ MONDARDO, Dilsa. **20 Anos Rebeldes**: O Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L.A. Warat. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 101. Anota Mondardo que Warat duvida da *episteme*, insistindo reiteradamente que a epistemologia não era mais do que uma *doxa* politicamente privilegiada, acrescentando que por trás dos conceitos e das verdades há uma cumplicidade, que é obviamente política. Examinando os problemas da interpretação da lei, sustenta que não existem normas claras ou obscuras. A clareza da norma não depende de procura lógica ou metodológica, pois uma norma é clara para mais de um intérprete quando há uma prévia coincidência ideológica, ou seja, uma cumplicidade! Nesse viés, colocou as verdades fora dos lugares epistêmicos, carnavalizando-as (ensinando que o valor da vida encerra uma concepção do saber, liberta do lugar da certeza) (p.102-103).

O devir indeterminado das verdades, em seu sentido carnavalizado, para Warat, pode ser apreendido a partir da idéia de *intertextualidade*, que teve em Bakhtin seu primeiro teórico (assim como da carnavalização). A intertextualidade para Bakhtin encontra-se necessariamente definida pela polifonia, o dialogismo e a polissemia. Warat procura além de Bakhtin prolongar o olhar da carnavalização como experiência marginal e cosmovisão do mundo, permitindo a reconciliação do homem com suas paixões (p.104-105).

¹¹²⁶ Idem, *ibidem*, p. 106.

Num balanço do significado da ciência, Warat sublinha que a verdadeira ciência esconde-se nos mistérios do saber esquecido e que o surrealismo é o que pode nos aproximar poeticamente.¹¹²⁷ E o surrealismo significaria uma rejeição consciente e justificada de todas as pobrezaas espirituais da modernidade. E conclui ao pontuar que sem essa rejeição não haveria autonomia, nem cidadania.¹¹²⁸

Nessa contextura, é irrecusável ser falso e limitado o entendimento que pretende reduzir a ciência do direito ao seu conteúdo meramente dogmático, às suas certezas inquestionáveis, às verdades racionais, à sua normatividade, sem situá-la no plano crítico, ou sem perceber que o direito é também discurso, é linguagem, é interpretação, é ideologia, é conhecimento. É igualmente desejo, sentimento, pois deve ter seu objeto fundado no homem. Mais do que isso, no cidadão, autor e interlocutor da história e destinatário político da própria ciência e do próprio direito.

É inimaginável, por outro lado, sobreviver qualquer discussão dogmática acerca da *verdade*, como ainda se sustenta notadamente no âmbito do processo, sem afrontar a síntese do pensamento waratiano do “devir das verdades incertas” ou das “certezas polêmicas” do pensamento freudiano ou ainda a descrença de Nietzsche e a dúvida, que alimentou a posição cética dos filósofos do século XX, difundindo, todavia, a certeza de que a busca do conhecimento continua aberta, potencialmente infinita, e assim continuar-se assombrado diante do mistério do universo.

Resgatando seu surrealismo poético, Warat ao apostar na cidadania e nos Direitos Humanos, num discurso permeado de afetividade e de alteridade, enfatiza que é o homem que se situa no centro de seu mundo, no encontro com o outro, partindo de seus vínculos. Pressupõe, por isso, a reunificação do eu a partir da diferença que se aceita no outro, vislumbrando a cidadania como a aceitação do forasteiro que tem de ser integrado, “para evitar que o amor nos abandone”. São os direitos humanos e a cidadania instalados na sua “outridade” complexa, ou seja, a cidadania apartada do ter para poder ser compreendida como realização do ser na complexidade dos seus vínculos.¹¹²⁹ Para os homens a que falta tudo e que estão excluídos do seu ser –

¹¹²⁷ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do medidor**. Ibidem, p. 236.

¹¹²⁸ Idem, ibidem, p. 232.

¹¹²⁹ Idem, ibidem, p. 240.

sentencia Warat –, a última possibilidade que têm de construir sua cidadania é no apoiar-se, afetivamente, uns nos outros, sem maltratá-los por suas diferenças e sem tentar manipular suas desordens internas, por não poder controlar seu próprio caos interior. “A cidadania e os Direitos Humanos terminam sendo uma aposta no vínculo, para não se ficar só”, pois todos somos vulneráveis e precisamos de um tipo de cidadania que nos ajude a suportar isso.¹¹³⁰

Essa compreensão, por certo, destrói os fundamentos de certeza e verdade que impregnam o processo, assim como as bases “científicas” em que ele se sustenta e que arremetem os operadores jurídicos a um vôo cego, amarrados em conceitos e em fundamentos que somente o desconhecimento ou a ingenuidade política podem justificar, e que representam, em última instância, uma resistência aos propósitos de torná-lo instrumento de efetivação das garantias e de concretização da própria da cidadania.¹¹³¹

5.5 O novo direito processual civil imantado pelo constitucionalismo contemporâneo e a desconstrução da tradição científico-racional do processo

Um dos desafios atuais do direito processual civil e da teoria do processo é afeiçoar seus conceitos à realidade constitucional e, mais do que isso, visualizar a

¹¹³⁰ Idem, *ibidem*, p. 240.

¹¹³¹ Sobre esse imobilismo científico e sobre a ambigüidade de conceitos e de certezas cristalizadas nas práticas jurídicas, é ilustrativo o pensamento de Warat: “Em face do discurso da lei, os juristas desenvolvem práticas interpretativas que forçam o silêncio sobre suas condições políticas, facilitando respostas gravemente patológicas (esquizofrenia e outros sintomas) e escandalosos desejos instituídos de alienar, excluir e omitir. Uma intenção de mostrar um estado de certeza, sem possibilidades de dúvida ou questionamento. Mecanismos de idealização, que recaem sobre uma ‘força alienante’, que fazem dos intérpretes dos discursos jurídicos, simples produtores alienados que reivindicam para si o desejo de alienar os outros em nome de crenças e princípios acreditados como uma ‘boa causa’. A alienação, muitas vezes, é uma vivência inominável para quem a sofre e que encontra na alienação dos outros a realização de um desejo de matar o pensamento que está presente como estado de dependência, exclusão, mutilação, também em quem, inadvertidamente aliena: um modo de anular a resistência e a transgressão das dimensões jurídicas de uma forma social opressiva. É preciso reconhecer que as práticas interpretativas do Direito quase nunca se situam como respostas superadoras da opressão instituída. Produzem certos efeitos sísmicos na superfície da discursividade jurídica, mas não se anulam, nem se desmantelam, as opções totalitárias que fazem da previsibilidade, da segurança legal uma negação do engajamento e da produção de novos sujeitos de direitos. Abalos que se reforçam, se reproduzem, se fazem parte do imaginário alienante” (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: *ibidem*, p. 20).

jurisdição sob o prisma político, incorporando no exercício jurisdicional os princípios e valores que qualificam o processo como instrumento da democracia no Estado democrático de direito.¹¹³²

Em verdade, erigiram-se em torno do processo civil conceitos dogmatizados,¹¹³³ estruturados numa visão liberal de Estado, que, embora importantes no sentido histórico, porque demarcam a evolução científica do direito processual como ramo autônomo do Direito, hodiernamente não resistem ao exame mais acurado do tema.

Um dos problemas sérios da doutrina processual é justamente o cientificismo e o dogmatismo¹¹³⁴ de alguns de seus conceitos, que somente tenderam a

¹¹³² Sobre a compatibilização entre processo e Constituição, observa Willis Santiago Guerra Filho: “O final dos anos sessenta e princípio da década de setenta marca o advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos. Proliferam, então, as análises da conexão do processo com a constituição, ao ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de ‘direito constitucional aplicado’, como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã. Até o momento, porém, essas análises se limitaram a ensejar esforços no sentido de realizar adaptações da dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, relacionados diretamente com o processo, isto é, aquelas garantias do chamado ‘devido processo legal’: a independência do órgão julgador, o direito de os interessados terem acesso ao juízo e serem tratados com igualdade etc.” E conclui com inteira pertinência ao tema: “Inexplorada permanece ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o processo ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático, como atualmente se configuram as sociedades políticas ditas mais desenvolvidas, já que ele se forma modernamente sob o influxo das ideologias de cunho liberal, a partir do século passado, passando depois pela influência do autoritarismo predominante no segundo quartel em curso” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 24-25).

¹¹³³ É inteiramente pertinente, nesse aspecto, a crítica de Lédio Rosa de Andrade ao abordar a ciência do Direito visualizada em sua forma tradicional, dogmática e, antípoda desta, caracterizada pela criticidade. Colhe-se: “Independente do sistema jurídico a ser focado, a Ciência do Direito pode ser analisada de duas formas distintas. A primeira, de visão dogmática, caracterizada pela postura tradicional, formal, com base em preceitos preestabelecidos. A segunda, antípoda desta, caracterizada pela criticidade, onde nada é admitido como certo, imutável, absolutamente justo e universal. Lá, a certeza é a pauta; aqui, o questionamento é a fonte base da investigação. Divergem, sobretudo, quanto ao comprometimento do Direito com a realidade social. Os dogmáticos prendem-se ao seu estudo isolado, fora do contexto social, restringindo-se à esfera jurídica, não perquirindo suas conseqüências na vida cotidiana da sociedade. Uma vez obedecidos os princípios formais, estará o Direito legitimado, as suas teorias tidas como justas, não se considerando as relações sociais concretas. Os juristas tradicionais afastam-se e fazem afastar o Direito dos problemas mundanos, como se não existissem interligação e interdependência entre eles. Dicotomizam o ser humano em jurista e cidadão. Os críticos da dogmática, ao contrário, preocupam-se menos com as questões formais do Direito, buscando aferir a repercussão de sua aplicação no viver afetivo das pessoas” (ANDRADE, Lédio Rosa. **Juiz Alternativo e Poder Judiciário**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.21-22).

¹¹³⁴ Sobre o pensamento dogmático, disserta Lédio Rosa de Andrade: “Para uma compreensão ampla

produzir um confinamento científico de suas regras e seus princípios – como se isso fosse possível –, criando um território infenso à interlocução com outros ramos do Direito, e mais do que isso, com a evolução do pensamento político.

Essa visão dogmática, retratada nos compêndios e repetida maquinalmente pela doutrina tradicional, aposta na autonomia científica construída a partir do século XIX, calcada numa anacrônica visão positivista-normativista e numa inquietante visão de “verdade”, que encapsulou, congelou o direito processual no tempo, tornando a doutrina tradicional caudatária do constitucionalismo contemporâneo.

O direito processual civil mantém, na dicção de Oliveira, embora ciência autônoma, afinidades com diversos outros ramos do direito, com quem se inter-

sobre o significado de dogmática jurídica, necessário se faz conceituar dogma. São preceitos estabelecidos *a priori* e apresentados como verdades definitivas, incontestáveis, tidos como naturais, sem influência ideológica em sua elaboração. São feitos para serem aceitos e seguidos, sem discussão ou análise crítica. Não se admite dúvidas ou questionamentos. Melhor definição é dada por Agostinho Ramalho Marques Neto: ‘Dogma é assim, em sentido lato, aquela adesão acrítica a um sistema de verdades estabelecidas, cuja validade não se questiona, e de cujo conteúdo ideológico, que oculta a realidade, geralmente sequer se suspeita’. O pensamento dogmático, por pretender ser perfeito, acabado e neutro, serve como fonte de manutenção das relações sociais de poder estabelecidas, atuando como uma espécie de freio a qualquer possibilidade de mudança. É um eficaz argumento de dominação, consolidando a desigualdade, a submissão e a exploração entre os homens. Lyra Filho demonstra com clareza a função do dogma na manutenção das diferenças entre pessoas, quando explicita seu papel camuflador dos fatores ideológicos na construção da estrutura social: ‘O dogma, afinal, atravessa a história das idéias como uma verdade absoluta, que se pretende erguer acima de qualquer debate; e assim, captar a adesão, a pretexto de que não cabe contestá-la ou a ela propor alternativa. Neste viés, terá, sempre, uma tendência a cristalizar as ideologias, mascarando interesses e conveniências dos grupos que se instalam nos aparelhos de controle social, para ditarem as normas em seu próprio benefício. Como toda ideologia, aliás, não é questão de má-fé, uma vez que produz a cegueira mental e tem como resultado um delírio declamatório’. A dogmática jurídica deve ser entendida de forma ampla, englobando tanto a corrente defensora do afastamento do Direito do ambiente social, justificando seu fundamento em critérios apriorísticos, identificando-o com princípios ideais absolutos, por exemplo, a divindade, a lei natural, a consciência humana, o instinto social, a moral, produzindo a idéia de possibilidade de um Direito universal, imutável e constante, legitimando o ordenamento jurídico vigente, quanto a que vê a essência da Ciência Jurídica no entendimento do objeto pelo sujeito, tendo o conhecimento como resultado da experiência, ou seja, ‘o estudo científico do Direito é o estudo do Direito experimentalmente constatável’. Nos dias atuais, a norma é tida como a base do ordenamento jurídico, entendendo-se o Direito intralei. Os textos legais vigentes são passíveis apenas de ser interpretados em seus aspectos gramatical, lógico, sistemático, sem outras divagações. Nesses enfoques, ora o principal dogma jurídico é a crença em valores absolutos, pré-fixados, transcendentais, ora é a adoração à norma, legitimada por si só” (ANDRADE, Lédio Rosa. Op. cit. p. 22-24). Ver também: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objetivo, método**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 143-144; LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980, p. 12; MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989, p. 43.

relaciona. Essa relação com o direito constitucional, entretanto, é intensa, acentuada e indissociável. O direito constitucional é fonte do direito processual civil, pois é justamente naquele que se localizam os princípios fundamentais do processo.¹¹³⁵

Tem o direito processual sua base no direito constitucional, que lhe fixa os fundamentos, notadamente quanto ao direito de ação e de defesa e ao exercício da jurisdição, “função soberana e indelegável do Estado”.

Ajustando-se essa afinidade à circunstância de que são os princípios que distinguem e revelam os sistemas processuais, conclui-se que, por trás dos princípios que informam as normas processuais, sempre está um comando constitucional. Interligam-se, dessa forma, os preceitos constitucionais e os princípios que informam o processo, razão pela qual muitas vezes se identificam nos dois ramos do direito os mesmos princípios.¹¹³⁶

Dentro desse contexto, destaca Oliveira que a Constituição Federal de 1988 foi a Carta Política que mais se preocupou, em toda a história do constitucionalismo brasileiro, com a questão processual¹¹³⁷ e também com o acesso à

¹¹³⁵ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Ibidem*, p.1093-1094; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 44.

¹¹³⁶ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Ibidem*, p. 1096.

¹¹³⁷ Neste tocante Willis Santiago Guerra Filho acentua a tendência contemporânea a uma procedimentalização do direito. Alude especialmente à concepção desenvolvida recentemente pelo jusfilósofo frankfurtiano Rudolf Wiethölter, “segundo a qual o Direito, em seu estágio presente de desenvolvimento nas chamadas sociedades pós-industriais, ou seja, na pós-modernidade, ingressa numa fase caracterizada por uma necessidade de procedimentalização (*Prozeduralisierung*) em seu modo de manifestar-se. Nela se consumaria a superação dialética (*Aufhebung*) dos dois períodos imediatamente anteriores e iniciais da sociedade civil moderna, os quais foram definidos, na teoria sociológica de Max Weber, pela tendência à formalização, do primeiro, e materialização, no segundo, que predomina no Direito moderno. Isso significa que, no momento em que se tratava de pôr um fim a formas de dominação feudais e absolutistas, tem-se como função jurídica principal a garantia formal do respeito à posição social dos indivíduos e sua possibilidade de livre atuação. Em seguida, dá-se a falência desse modelo político, pela sua incapacidade de suprir reclamos básicos da coletividade ao uso do Direito para materializar certas exigências sociais, realizando concretamente a igualdade básica de posição dos indivíduos, antes apenas (pressu)posta formalmente em lei. Porém, assim como o controle realizado naquele momento inicial através de uma intervenção jurídica pontual, mínima, acarretou danos sociais insuportáveis, também a administração constante e ubíqua dos diversos setores da vida em sociedade, levada a cabo para cumprir o programa político que se oferecia como alternativa, termina custando um sacrifício abominável de prerrogativas dos indivíduos, antes garantidas, ainda que mínima e formalmente. Transpondo os termos do dilema com que, então, nos deparamos, para o plano do direito constitucional, tem-se como resultado o aparecimento de uma tensão entre aqueles direitos fundamentais que se pode chamar tradicionais, voltados para a proteção de uma esfera de liberdade civis dos indivíduos, e, de outro lado, os direitos fundamentais previstos para assegurar a concretização dos objetivos da coletividade. A decisão sobre qual dos dois haverá de prevalecer não é possível de ser tomada antes de verificadas as situações em que se conflitam, do que decorrer a inadequação de normas gerais e abstratas para regulá-las. O que se precisa – e se pode –, então, fazer, é estabelecer procedimentos para que se chegue a essas decisões, procedimentos esses que naturalmente, deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sócio-

justiça. Enfrentou as questões relativas à assistência judiciária aos carentes e a legitimidade para agir. A par disso, criou uma série de novos instrumentos processuais para a garantia dos direitos individuais e transindividuais, além de converter em norma constitucional uma série de garantias e princípios gerais do direito processual.¹¹³⁸

Constata Oliveira, em conclusão, que o direito processual é inerente à Constituição, no sentido de que muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação de garantias constitucionais. Acrescenta que o exame dos princípios processuais, que se revelam nas leis do processo, reforça a constatação deste liame do direito processual ao direito constitucional. Daí ser inarredável este paralelo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que este se desenvolve.¹¹³⁹

Sobre esse imobilismo do direito processual “tradicional”, encapsulado em si próprio e no cientificismo construído nos seus fundamentos, vale a crítica aguda de Gonçalves¹¹⁴⁰ quando enfatiza que a ciência, como atividade humana, é um processo em permanente e contínuo desenvolvimento e não um conjunto de conhecimentos cristalizados e imobilizados no tempo. Adverte que a renúncia da

política que assumem nesse contexto. A adoção de um procedimento para tomar decisões favorece o acatamento e aceitação do decidido tanto daqueles que dele participam, segundo a conhecida tese luhmanniana da ‘legitimidade pelo procedimento’, como pelos outros ausentes. Desde que não se ‘feche’ a questão, deixando-a em aberto para ser decidida diferentemente no futuro ou em situações diversas. É, portanto, de fundamental importância, ao se estruturar um procedimento, que ele permita a integração do maior número possível de pontos de vista da questão a ser decidida, e também que a decisão alcançada possa vir a sofrer modificações, diante da experiência adquirida ao aplicá-la”. E completa: “Vale, também, ressaltar que a idéia de procedimentalização do Direito se encontra situada no âmbito de uma teoria crítica (= filosofia) da sociedade, com a feição que essa assume no pensamento de seu mais lídimo representante atual, Jürgen Habermas. Trata-se de um ‘caminho do meio’, uma via mais discreta, que se oferece como alternativa aos projetos grandiosos, com suas promessas de terem a fórmula de resolução de todos os problemas. Diante da complexidade do mundo (pós)moderno, as soluções melhores só aparecem quando se procura colocar as opiniões divergentes em comunicação, partindo de um consenso em torno da possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo. Para isso, contudo, não se pode já partir de idéias preconcebidas, que se deve impor aos outros. O melhor a fazer é deixar que a solução se mostre, pragmaticamente, na situação comunicativa; e de antemão se pode refletir sobre o procedimento a ser adotado, para chegar a soluções que harmonizem os interesses individuais e coletivos, com base em um princípio de proporcionalidade” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ibidem*, p. 67-70). Ver: WIETHÖLTER, Rudolf. “Proceduralization of the Category of Law. In: Joerges, Ch.; Trubek, D.M. (Eds.). **Critical Legal Thought: Na American-German Debate**. Baden-Baden: Nomos, 1989.

¹¹³⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Ibidem*, p. 1096.

¹¹³⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 1097.

¹¹⁴⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 189.

ciência a novas conquistas importa na renúncia a si própria e ao aperfeiçoamento de suas técnicas, “porque as transformações no mundo humano são permanentes e é a realidade humana que exige seu progresso”. Enfatiza que a palavra de fé no crescimento da ciência é a da confiança em sua racionalidade. Esta confiança de que as respostas ainda não encontradas “poderão ser alcançadas através de um esforço conjunto, na reflexão das construções legadas pelo passado e no seu repensar no presente, para que os resultados obtidos possam ser postos à disposição da sociedade”.

No direito, para Gonçalves, a ciência se construiu estabelecendo sua técnica, formulando seu instrumental teórico para unificar em modelos amplos o fenômeno jurídico. Essa técnica voltou-se para a compreensão e elucidação de seu objeto, o direito gerado na sociedade pelos órgãos por ela legitimados a gestá-lo.¹¹⁴¹

A ciência do Direito Processual Civil, sob esse prisma, fez-se autônoma ao definir seu próprio campo de investigação e ao obter seu próprio instrumental teórico para o trato de seu objeto. Sua autonomia, no entanto, não deve denotar onisciência, porquanto refletiu apenas o começo de um extenso caminho de construção doutrinária.¹¹⁴²

E tracejando um perfil histórico do processo civil, destaca que o ordenamento jurídico certamente não esperou pela autonomia do direito processual civil para incidir sobre os fatos sociais. Lembra Gonçalves que tão antigo quanto o direito foram os variados ritos de sua aplicação: “O culto doméstico dos Manes, os oráculos, as fórmulas, os procedimentos diferenciados que, com seus ritualismos, chegaram ao século passado”.

O procedimento era rito e era forma quando a ciência do Direito Processual Civil começou a se formar, na segunda metade do século XIX, período em que o individualismo alastrava-se por todas as formas de relações humanas e caracterizava o próprio espírito da época. O instrumental teórico do Direito Processual Civil foi elaborado sobre o que havia de disponível no campo do conhecimento e da realidade jurídica. Em sua resposta aos problemas que deveriam encontrar solução no plano da racionalidade, as doutrinas nascentes utilizaram os conceitos construídos no curso da história. E da Alemanha, de WINDSCHEID e MUTHER, mais tarde da Itália de CHIOVENDA, expandiu-se um Direito Processual Civil que se consolidou em torno do conceito do

¹¹⁴¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Op. cit. p. 189.

¹¹⁴² Idem, ibidem, p. 190.

“direito de ação”.¹¹⁴³ Este teve a sua base na concepção de direito subjetivo que se fora elaborando, a partir da Idade Média, em dois sentidos: como um poder absoluto de que não se presta contas ou como um poder de exigir condutas de outrem. Dessa conexão com a ação surgia a concepção de processo como “relação jurídica”.

E acrescenta:

À medida que a construção jurídica resplandecia, o procedimento, então mero rito, era repudiado. Esgotando-se na forma, não merecia um esforço de reflexão mais sério. A ação tornou-se o centro do universo do Direito Processual Civil, e desse centro se irradiaram os conceitos que seriam utilizados no tratamento de seu objeto, mesmo quando este foi edificado na norma processual e no processo.

O Direito Processual Civil brasileiro deve a sua renovação ao brilhantismo intelectual de LIEBMAN.¹¹⁴⁴ E se desenvolveu em paralelo com a doutrina

¹¹⁴³ As teorias sobre o direito de ação, segundo Aroldo Plínio Gonçalves, “fizeram dela o centro de interesse do Direito Processual Civil. Talvez seja o tema mais discutido nesse ramo do Direito, e, com apoio em CELSO BARBI, pode-se afirmar que ‘o conceito de ação talvez seja o mais polêmico entre todos os do Direito Processual’. A importância histórica que o conceito de ação teve no desenvolvimento da investigação e da construção científica do Direito Processual Civil certamente justificou esse imensurável interesse por ele. O lugar ocupado pelo direito de ação, considerado, ao lado da jurisdição e do processo, como elemento fundamental na estrutura científica do Direito Processual Civil, é ainda destacado como o foi (embora não se tenha certeza de que o verbo possa ser usado corretamente no passado) o do direito subjetivo, no Direito Civil. As teorias sobre o direito de ação, construídas sobre o conceito de relação jurídica, não podiam deixar de vislumbrá-lo como um direito subjetivo. E sobre a espécie de direito subjetivo que seria, no amplo quadro da classificação que cresceu à medida que o tema se desenvolvia, formularam-se as propostas doutrinárias. A partir da polêmica entre WINDSCHEIDT e MUTHER, com seus desdobramentos, surgia a concepção de ação como um direito subjetivo público oponível ao Estado, que assumia o dever, no pólo passivo de uma relação jurídica, de prestar a tutela jurídica, e a conquista da noção de ‘prestação’ jurisdicional se fez básica em vários conceitos, que encerram variações sobre o direito concreto ou abstrato correlato dessa ‘prestação’. CHIOVENDA sempre merecerá destaque especial na história do Direito Processual Civil; com ele, firmou-se a concepção do direito de ação como direito subjetivo de natureza potestativa e do processo como relação jurídica e como instrumento de atuação da lei” (p. 136-137). Ver também: BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 16; PODETTI, J. Ramiro. **Teoria y Técnica del Proceso civil y Trilogia Estructural de la Ciencia del Proceso Civil**. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 335-415; CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)**. Nuova Edizione Considerabilmente Aumentata dei ‘Saggi’ e dei ‘Nuovi Saggi’. Vol. I. Roma: Società Editrice – Foro Italiano, 1930, p. 18-26.

¹¹⁴⁴ Consoante Gonçalves, “à importância que CHIOVENDA teve no desenvolvimento do Direito Processual Civil pode-se comparar a importância que teve ENRICO TULLIO LIEBMAN, no desenvolvimento do Direito Processual Civil no Brasil. O realce que lhe é devido não se liga apenas a seu magistério na Universidade de São Paulo, que seus discípulos lembram com justo orgulho e especial veneração pela figura do Mestre, mediante o qual influenciou profundamente a formação de brilhantes processualistas, mas também às possíveis marcas de várias de suas teses no próprio Direito positivo, através do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, que traz a chancela do Congresso Nacional, sob a exposição de motivos de um dos seus discípulos, o Ministro da Justiça ALFREDO BUZAID. LIEBMAN distingue o ‘poder de agir em juízo’, ‘garantia constitucionalmente instituída’, ‘reflexo *ex parte subiecti* da instituição dos tribunais pelo Estado’, do direito de ação, ‘direito subjetivo sobre o qual está constituído todo o sistema do processo’, delineado no art. 24 da

italiana, que recebera suas bases da Alemanha do século XIX, privilegiando, também, em suas investigações o direito de ação.

A doutrina do Direito Processual Civil esteve consciente das dificuldades geradas pelas múltiplas teorias da ação, mas não se deteve suficientemente no reexame dos conceitos que estavam em suas bases.

O direito subjetivo, a ação, a relação jurídica, o processo, formavam um quadro conceitual desenhado no século passado para explicar a atividade do Estado que se manifesta na jurisdição.¹¹⁴⁵

As construções teóricas desenvolveram-se, segundo Gonçalves, para seguir a evolução do direito que as conquistas sociais produziam. E se aperfeiçoaram o bastante para abrigar a grande conquista do direito contemporâneo que já não nega, mas reconhece o conflito¹¹⁴⁶ e busca resolvê-lo com a participação dos interessados,

Constituição italiana, e caracterizado na norma infraconstitucional. Do art. 24 da Constituição italiana, extrai a ‘legitimação para agir’, referindo-o à atribuição da tutela dos próprios direitos e interesses legítimos, e o ‘interesse de agir’. ‘Como’, segundo diz, ‘o direito de agir é concedido para a tutela de um direito ou interesse legítimo, é claro que existe apenas quando há necessidade dessa tutela, ou seja, quando o direito ou interesse legítimo não foi satisfeito como era devido, ou quando foi contestado, reduzido à incerteza ou gravemente ameaçado’. Nos termos do art. 24 da Constituição (italiana), dentre os que podem propor uma demanda encontram-se os ‘que são titulares de um verdadeiro direito que, com referência a uma situação determinada e concreta, visam a obter um pronunciamento sobre essa demanda, para que ela seja julgada procedente ou improcedente, sendo com isso negada ou concedida a tutela pedida. Esse direito é precisamente a ação, que tem por garantia constitucional o genérico poder de agir, mas em si mesma nada tem de genérico; ao contrário ‘guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou interesse legítimo do seu titular [...]’. A existência da ação, em LIEBMAN, tem como requisitos duas condições: o interesse de agir e a legitimação, e esses requisitos de existência são dados na norma processual. O fato de que LIEBMAN haja admitido que o provimento pode não ser favorável à pretensão do autor não é significativo, pois lesão e ameaça a direitos se provam no processo, e o conteúdo da decisão final depende, e muito, do que está nos autos. Entre a alegação de uma lesão de direito substancial e o conteúdo de uma sentença há uma relação inegável, mas entre eles há, também, inegavelmente, todo um desdobrar de atos processuais que preparam as condições do advento da sentença, e também as condições materiais para a formação de seu conteúdo. Significativa, na verdade, é a cisão feita por LIEBMAN entre ‘o direito de agir em juízo’ e ‘o direito de ação’ delineado no art., 24 da Constituição italiana, tendo sua existência caracterizada na norma infraconstitucional em relação à situação jurídica concreta: a ação separada do poder de agir, o corte entre o genérico poder de agir como garantia constitucional e o direito de ação, a ‘ação como direito ao processo e ao julgamento do mérito’. O art. 24 da Constituição italiana, que reserva o direito de agir em juízo para a ‘tutela dos próprios direitos e interesses legítimos’ não teve paralelo fiel nas Constituições brasileiras. Ressalte-se que, [...] não se pode deixar de pôr em evidência a premissa de que partia LIEBMAN, por ele próprio explicitada, quando separou o ‘poder de agir em juízo’ e o ‘direito de ação’, no plano constitucional e no do direito infraconstitucional nele alicerçado” (p. 139-140). Ver: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, I. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹¹⁴⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ibidem*, p. 190-191.

¹¹⁴⁶ Sobre o reconhecimento do valor positivo do *conflito* numa sociedade que se pretende democrática e solidária, é significativa a lição de Warat: “É pouco plausível o uso do Direito como formador do sentido democrático de uma sociedade, se o mesmo não admite o valor positivo do conflito, se escamoteia, em nome de uma igualdade formal e perfeita, as desigualdades econômicas e culturais, se esquece que a lei é sempre expressão de interesses e de práticas de poder.” E completa: “O sistema de

em contradição. Nesse diapasão, o conceito do contraditório evoluiu. Não mais se restringe ao direito da parte de ser ouvida, ao direito de se defender, “mas erigiu-se como uma garantia dos destinatários da decisão de participar do processo, em simétrica igualdade, na etapa preparatória do ato imperativo do Estado – a sentença –, para influir em sua formação”.¹¹⁴⁷

De forma intensamente crítica Baptista da Silva¹¹⁴⁸ constata que o direito processual civil tem compromisso com o paradigma racionalista. Relembra o empenho das filosofias liberais do Iluminismo europeu de fazer do direito uma “ciência”, sujeita aos mesmos princípios metodológicos manejados pelas matemáticas. A redução do conceito de ciência, nos moldes do pensamento moderno – concebendo como científicos os ramos do conhecimento humano destinados a pesar, medir e contar –, para Baptista da Silva transformou o direito num sistema de conceitos, “com pretensão à eternidade, desvinculando-o da história”. Pondera que o direito processual civil foi o domínio jurídico mais danificado por essa metodologia, justamente por ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social. Nesse particular, os juristas do direito material tenderiam a levar uma enorme vantagem sobre aqueles que se destinam ao direito que se cumpre na agitação da vida forense. Isso porque o direito, em sua dimensão estática, suportaria com maiores chances de sobrevivência essa mutilação metodológica do que o direito dinâmico representado pelo processo.¹¹⁴⁹

Impende, por isso mesmo, suplantar essa redução metodológica imposta

representações expressadas pela idéia do Estado de Direito, visto como uma utopia perfeita, torna-se ineficiente na medida em que fecha as práticas feitas em seu nome a todo desenvolvimento produtivo dos antagonismos sociais. Assim, fracassa como expressão jurídica da democracia negando-se a reconhecer que os sentidos da lei não existem como formas perfeitas de uma escrita e nem como momento dialético de múltiplos campos de luta” (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Ibidem, p. 22, vol. I).

¹¹⁴⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ibidem, p. 191. Observa Gonçalves que FAZZALARI adota um esquema conceitual diverso, em que repudia o processo como relação jurídica e reelabora o conceito de “direito de ação”. Para tanto, discorre sobre as medidas jurisdicionais e o provimento, advertindo que nem todo processo jurisdicional se desenvolve por inteiro, e seu primeiro exemplo é o da hipótese em que há recusa do provimento.

¹¹⁴⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Processo e ideologia”. In: **Revista de Processo**, RT, ano 28, abr/jun de 2003, p. 19-36.

¹¹⁴⁹ Idem, ibidem, p. 19.

pelo sistema, tanto ao ensino universitário quanto à experiência forense.¹¹⁵⁰ Para tanto, é fundamental superar o dogmatismo, trazendo o direito para o seu leito natural, de ciência da cultura. Ninguém duvida, hodiernamente, que o direito é uma construção humana, e como tal não há possibilidade de uma ordem jurídica imutável, “previamente inscrita na natureza das coisas”. Nesse viés, a lei é uma proposição cambiável, já que deve modificar-se “para atender às variantes necessidades e contingências históricas”.¹¹⁵¹

Constata-se, por outro lado, uma significativa distância entre o discurso teórico e a prática forense.¹¹⁵² Nesse particular, muito embora sejam conhecidos os avanços da filosofia do direito, no século XX, notadamente o resgate do pensamento clássico e o conseqüente retorno da hermenêutica, as instituições universitárias e legislativas impõem um comportamento dogmático.¹¹⁵³ O direito, assim, é idealizado

¹¹⁵⁰ Sobre o assunto, é importante resgatar o pensamento de Warat quando disserta sobre utopias, conceitos e cumplicidades na interpretação da lei: “Existe um certo consenso nas reflexões em torno de práticas interpretativas do Direito. Poucas ousadas e muitas fantasias perfeitas recobrem as teorias sobre a interpretação da lei. Métodos ilusórios, enobrecidas crenças, despercebidos silêncios envolvem as práticas encarregadas de garantir a institucionalização da produção judicial da normatividade e seus efeitos de poder na comunidade. Práticas, mitos e teorias refinadas que se ligam estreitamente aos processos de produção heterônoma da ordem simbólica da sociedade. Usos complacentes da lei que guardam, como em cofres de sete chaves, os princípios de controle da produção de discursos jurídicos. Uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança e da justiça, a presença subterrânea de uma ‘tecnologia da opressão’ e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei” (WARAT, Luis Alberto. *Ibidem*, p. 19, vol. I).

¹¹⁵¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ibidem*, p. 19.

¹¹⁵² Nesse tocante, observa Ovidio Baptista que “a busca da segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou da matemática – origem do normativismo moderno – fez com que a doutrina e o ensino universitário suprimissem o estudo de ‘casos’, preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a ‘norma’, com eliminação do ‘fato’. A separação entre ‘direito’ e ‘fato’, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do *ser* e o do *dever ser*, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como *ciência da compreensão*, exista no ‘fato’, hermeneuticamente interpretado. Ensina-se, ao contrário, nas universidades o ‘direito puro’, apenas a *norma*, como *axioma*, não como *problema*. Ao aluno oculta-se a essencial dimensão *problemática* do Direito, que só pode ser compreendido depois, através de uma longa e penosa aprendizagem profissional, que desfaça as ilusões que a Universidade lhe inculcara” (SILVA, A. Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 36).

¹¹⁵³ O *dogmático do direito*, segundo Rafael Bielsa, de certo modo, é um geômetra e “disto retira fundamento dialético a afirmação que fazemos ao dizer que nas discussões sobre direito procedemos com a serenidade do geômetra, pois a dogmática não se dirige a fins políticos, econômicos ou sociais, nem está influenciada por eles; é o direito positivo que está influenciado por direções, olhares ou tendências; tampouco tem substrato valorativo; também por isso a dogmática é objetiva. Mas, está claro, sua ciência, seu acerto e eficácia depende do jurista que constrói o conceito. O grau de intuição

como produto exclusivo do Poder Legislativo e a consequência dessa distorção representa tornar os juristas, “além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do Poder”. É o direito dos “práticos”, apartado do “direito dos sábios e filósofos”, que deveria estar ou continuar sendo ensinado nas universidades.¹¹⁵⁴

Ao revés do que se constata, o exercício autêntico da democracia participativa não pode prescindir de um Judiciário forte, “responsável e politicamente legitimado”. A compreensão dos entraves causados pelo paradigma racionalista, ambientado nas filosofias liberais que plasmaram o pensamento europeu a partir do século XVI, pode apontar os principais obstáculos enfrentados pela prática judiciária, decorrentes desse modelo.¹¹⁵⁵

O modelo racionalista aplicado ao direito, bem de ver, representa uma distorção ideológica. Nesse aspecto, segundo Karl Mannheim,¹¹⁵⁶ as práticas que eventualmente foram válidas para uma determinada situação histórica não se entremostam mais condizentes com as novas experiências políticas, sociais, econômicas ou filosóficas. Devem ser abandonadas. Para Mannheim, uma teoria será

[...], o rigor lógico de sua racionalização, a unidade de suas concepções e até a elegância da construção jurídica diferenciam necessariamente os juristas e o nível de seu espírito científico” (BIELSA, Rafael. **Metodologia Jurídica**. Santa Fé: Castellvi, 1961, p. 69-70). A dogmática jurídica, para Bielsa, é “a disciplina científica que tem por objeto o ordenamento sistemático dos conceitos”. Trata-se de uma ciência que se forma “de acordo com os preceitos científicos e técnicos” (BIELSA, Rafael. Op. cit., p. 15-16). A dogmática jurídica, para Warat, se apresenta como a tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem produzir nenhum juízo de valor, convertendo-a em mera ciência formal. Destacando o pensamento de Bielsa, Warat sublinha que “a dogmática jurídica partiria do pressuposto de que é possível descrever a ordem legal sem nenhum tipo de referências de caráter sociológico, antropológico, político e econômico. Portanto, se apresenta como uma construção teórico-objetiva e rigorosa, uma elaboração conceitual do direito vigente sem nenhuma indagação acerca de sua instância ideológica e política; uma mera ciência lógico-formal dedicada ao estudo exclusivo das normas legais. O texto legal é o dado imediato do qual parte o jurista em seu trabalho científico”. E mais adiante, ressalta: “A dogmática jurídica requer um trabalho de lógica e de técnica jurídica, através do qual se realizariam operações de análise e síntese, de dedução e indução que dariam como resultado uma série de conceitos e princípios por meio dos quais se obteria uma interpretação clara das regras legais integrantes do direito positivo. Esta tarefa construtiva é chamada método técnico-jurídico ou lógico-abstrato, considerado pela dogmática jurídica como o único método possível no estudo da ciência jurídica” (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: A epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 16, vol. II; FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: José Buchatsky, 1977, p. 14).

¹¹⁵⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Processo e ideologia”. *Ibidem*, p. 19-20.

¹¹⁵⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 20. Segundo o autor, fundado no pensamento de Francis Bacon, a figura do indivíduo é a nova categoria política construída a partir do Renascimento. Este indivíduo, desenraizado de seus laços culturais, assumiria a condição de sujeito da história. Nessa projeção, a trilogia indivíduo, liberalismo e democracia são os pilares da cultura da modernidade (Op. cit., p. 21).

¹¹⁵⁶ Ver: MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

errada se, na prática, utilizar conceitos e categorias que impedem o homem de adaptar-se àquele estágio histórico. Adverte que “normas, modos de pensamento e teorias antiquados e inaplicáveis tendem a degenerar em ideologias, cuja função consiste em ocultar o real significado da conduta, ao invés de revelá-lo”. Sob esse prisma, o conhecimento converte-se em ideológico quando desconsidera as novas realidades, ocupando-se com circunstâncias práticas por meio de formas de pensamento que as encubram ou as retratem como categorias impróprias.¹¹⁵⁷

Lembra Baptista da Silva que o racionalismo procurou transformar o direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável quanto uma equação algébrica.¹¹⁵⁸ Alude que Leibniz dizia ser a moral uma ciência capaz de demonstração,

¹¹⁵⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ibidem*, p. 20; MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Op. cit., p. 122. A conseqüência disso é que a ideologia, consoante Mannheim, teima em manter o *statu quo*, enquanto as utopias buscam, quando se expressam em condutas, abalar a ordem vigente. Para Mannheim, qualquer situação histórica produzirá utopias, tendo em vista que a relação entre utopia e a ordem existente aparece como uma relação dialética (p. 216).

¹¹⁵⁸ Sobre a ciência do direito positiva, concebida na metodologia das ciências naturais, da matemática e da lógica, merecem destaque dois autores, fundamentais no desenvolvimento do positivismo – Kelsen e Rudolf Stammler. De fato, conforme Jefferson Luiz Dutra, “no desenvolvimento das bases da ciência jurídica positiva, destacaram-se dois autores: Kelsen e Stammler. Embora o primeiro tenha recebido merecido destaque, acompanhado de inúmeros estudos e desenvolvimento de sua *Teoria pura*, Rudolf Stammler (1856-1938) ainda permanece relativamente desconhecido, apesar de sua grande contribuição na tentativa de incluir a ciência jurídica no grupo das ciências naturais, da matemática e da lógica. No seu *Tratado de filosofia del derecho* Stammler estabelece os principais pontos do que viria a ser conhecido como o formalismo neokantiano que, partindo da especulação idealista transcendental apela para o Direito justo como ideal social. A justiça desempenha aqui papel fundamental, o que difere de Kelsen e das correntes neopositivistas por ele influenciadas, mais associadas à leitura kantiana da Escola de Marburgo. Contudo e ainda assim, a justiça era vista como uma forma ideal que propriamente como um valor. A afirmação de um racionalismo objetivista, baseado na separação entre ser e dever ser, a contraposição entre Direito e Moral e o isolamento dos conceitos jurídicos dentro de um conjunto estrutural próprio são as características desse formalismo, que, no entanto, refletem-se ainda hoje no uso indiscriminado de definições abstratas e na difusão de relações delas decorrentes. A tentativa de aplicação de métodos próprios das ciências exatas, da matemática ou da lógica conduz a ciência jurídica a um novo patamar. Contudo, uma pergunta permaneceu: até que ponto tais métodos e analogias poderiam ser suficientes para a compreensão do conjunto da realidade que é passível de experiência, ou seja, seriam os métodos objetivistas das *ciências naturais* capazes de representar a complexidade inerente às ciências históricas ou culturais como o Direito? Na tentativa de responder tal questionamento, o formalismo stammleriano foi alvo de críticas de duas grandes linhas de pensamento jusfilosófico do século passado: uma de caráter neohegeliana, na qual se aliaram Julius Binder (1870-1939), Erich Kaufmann (1880-1972) e Karl Larenz (1903-1993); e outra de matriz neokantista, mais conhecida como neokantismo tardio sudocidental alemão, tendo como destaques Rickert, Lask e Radbruch” (Ver: DUTRA, Jefferson Luiz. “Jurisprudência dos Valores”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 490-493). Ver também: STAMMLER, Rudolf. **Tratado de Filosofia del derecho**. Trad. W. Roces. Madri: Reus, 1930; _____ . **La génesis del derecho**. Trad. W. Roces. Madri: Espasa-Calpe, 1936.

como qualquer problema matemático.¹¹⁵⁹ Foi esse um dos pressupostos de que se valeram Montesquieu e os filósofos da Revolução Francesa para subtrair da instância judiciária qualquer anseio quanto à possibilidade de criação do direito. Tal tarefa haveria de ser exclusiva do legislador que se julgava “um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo”. A retórica forense e a arte do convencimento judicial, assim como a dimensão hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico, foram proscritas, justamente por ser dimensionado o direito como uma ciência tão exata quanto a matemática. Nessa dimensão, segundo Baptista da Silva, como não se necessita de eloquência argumentativa para convencer alguém da correção de uma equação matemática, idealizou-se que também a “verdade” adviria, nas controvérsias forenses, com a evidência própria dos silogismos.¹¹⁶⁰ Thomas Hobbes,¹¹⁶¹ com essa percepção, lutou com firme resolução para abolir a retórica, tachando-a de ser uma falsa ciência. A eloquência, de outro lado, era vista como um charlatanismo dispensável, muito embora tenha sucumbido a ela na maturidade.¹¹⁶²

¹¹⁵⁹ Destaca Ovídio Baptista que a *geometrização* do Direito, “que teve em Leibniz, em Locke e nos demais filósofos racionalistas do século XVII seus representantes mais ilustres, foi depois reproduzida por Savigny na recomendação de que os juristas práticos abandonassem o exame dos casos concretos dada a extrema complexidade de que eles se revestem, a tornar impossível sistematizá-los, subordinando-os a ‘regras gerais’. Segundo ele, não haveria remédio senão renunciar à sabedoria da experiência, como já haviam preconizado os filósofos do Iluminismo, afastando-se cada vez mais da realidade social” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Op. cit., p. 38). Sobre o assunto, disserta Savigny, que teve grande influência no pensamento jurídico do século XIX, especialmente na formação da “ciência” processual: “Considera-se, com freqüência, que seria possível adquirir, por meio da experiência, um conhecimento completo dos casos singulares em si mesmos, para resolvê-los de acordo com o correspondente enquadramento legal. Porém, quem tenha observado com atenção os casos litigiosos dar-se-á conta facilmente de que esta empresa haverá de ser infrutífera, porque os casos reais apresentam, entre si, inimagináveis diversidades. Precisamente os códigos mais modernos abandonaram por completo todo o esforço destinado a sugerir esta integridade material, sem que, no entanto, se a tenha substituído por qualquer outra. Certamente pode-se conseguir uma tal integridade de outra maneira, capaz de ser explicada mediante uma expressão técnica da geometria. Com efeito, em cada triângulo há certos dados conhecidos, de cuja combinação inferem-se necessariamente todos os demais: por exemplo, mediante a combinação de dois lados e o ângulo entre eles compreendido, estará dado o triângulo. De modo análogo, cada parte de nosso Direito tem certos fragmentos dos quais se derivam os demais: podemos chamar-lhes os princípios retores” (Ver: SAVIGNY, Friedrich Karl von. **De la Vocación de Nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho** (ed. Orig. alemã de 1814). Madrid: Aguilar Ediciones, 1970, p. 64; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ibidem*, p. 38).

¹¹⁶⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Processo e ideologia”. *Ibidem*, p. 32-33.

¹¹⁶¹ Ver: SKINNER, Quentin. **Razão e retórica na filosofia de Hobbes**. São Paulo: Cambridge Press-Unesp, 1997.

¹¹⁶² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Processo e ideologia”. *Ibidem*, p. 33.

Ao contrário do que as filosofias liberais procuram insinuar, consoante Baptista da Silva, o sonho racionalista possui um componente autoritário, “correspondendo a um modelo político muito mais tirânico do que o democrático, como hoje é possível perceber”. Imprimindo à lei um sentido unívoco,¹¹⁶³ dispensada

¹¹⁶³ As teorias formalistas, segundo Warat, são formas do pensamento jurídico nascidas a partir da necessidade de produzir-se uma legitimação teórica para o modelo napoleônico de direito. “As teses elaboradas pelas correntes formalistas representam uma afirmação ideológica referida ao fenômeno jurídico global. Pode-se ver, assim, que todas as suas manifestações teóricas constituem uma tentativa de consolidação do compromisso de segurança ideologicamente estabelecida pelo modelo napoleônico de direito. Através da exaltação deste valor (segurança) busca-se legitimar o exercício do poder socialmente dominante, o qual se apresenta como seu legítimo guardião sendo todos os seus atos intrinsecamente justos por serem legais, vale dizer, não arbitrários porque contidos nos marcos das normas gerais. A norma geral adquire, assim, o valor de uma autolimitação apriorística do exercício do poder. Na medida em que se possa relacionar um ato decisório com alguma norma geral pré-existente, este será vivido sempre como justo. As extralimitações a esse marco serão também sentidas como justas na medida em que possam ser apresentadas argumentativamente como derivadas do marco referido! Nenhuma decisão jurídica será também legitimada se não consegue lograr um efeito de segurança. As teses formalistas perseguem fundamentalmente estabelecer tal efeito. A suposição de existir um legislador racional de uma ordem jurídica com os mesmos atributos, a afirmação do caráter neutro da atividade judicial, a pretensão de uma ciência do direito descomprometido dos atos decisórios e do jogo social são as bases constitutivas desse efeito de segurança”. Saliencia Warat que a mensagem normativa fica clara porque é dogmaticamente decodificada. E acrescenta: “Ora, a dogmática jurídica é o código predominante da comunicação normativa. Linguisticamente, todo código uma condição de sentido. As condições de sentido são também normas do sistema. Não devemos, pois, esquecer que tais condições são em muitas hipóteses expressamente acolhidas pelo direito segundo vontade expressa dos próprios legisladores como sucede, por exemplo, com o princípio da legalidade”. E conclui: “Do exposto depreende-se as teorias dogmáticas (princípios dogmáticos, também chamados princípios gerais de direito, conceitos analíticos e teorias por eles produzidos) são condições retóricas de sentido, quer dizer, vinculando-se uma afirmação às mesmas tem-se assegurado um valor de mensagem em termos normativos”. E, a título de sistematização, elenca as principais características das teorias formalistas (dogmáticas): “(1º) A única fonte do direito é a lei. (2º) As normas positivas constituem um universo significativo auto-suficiente, do qual se pode inferir por atos de derivação racional, soluções para todos os tipos de conflitos normativos. (3º) O ato de interpretação é um ato de conhecimento e não de vontade, uma atividade mecânica através da qual o juiz, mediante a aplicação das regras de cálculo lógico, obtém certas conclusões logicamente deriváveis das premissas normativas. O raciocínio jurídico responde às regras do silogismo demonstrativo. (4º) Os códigos não deixam nenhum arbítrio ao intérprete. Esse não faz o direito porque já o encontra realizado. (5º) As determinações metajurídicas não têm valor, devendo-se encontrar todas as soluções dentro do próprio sistema jurídico. (6º) Os conflitos normativos são somente aparentes devendo o juiz mediante procedimentos lógico-dedutivos adequados superá-los, mostrando-nos em suas soluções a coerência profunda do ordenamento positivo. (7º) A linguagem jurídica é formal e, portanto, precisa: possui um unívoco sentido dispositivo. (8º) O juiz é neutro, imparcial. (9º) Do ordenamento jurídico extrai-se uma certeza total sobre as condutas proibidas e permitidas. O homem comum não pode ter dúvidas nem temores em relação a ser sancionados por uma conduta permitida pelo ordenamento jurídico. (10º) As normas jurídicas são esquemas conceituais abstratos e inflexíveis, ficando descartado como irrelevante tudo aquilo que as mesmas não prescrevem. (11º) As normas sempre determinam com precisão, porque elas não podem permitir e proibir simultaneamente uma mesma conduta, sob pena de violar o princípio normativo da não contradição. (12º) O direito é um modelo axiomático, um sistema completo, dotado de plenitude hermética, do qual se pode extrair conclusões para todas as hipóteses. (13º) A ciência jurídica deve estudar, sem formular juízos valorativos, o direito positivo vigente. A atitude científica dos juristas

sua compreensão hermenêutica, a proposição legislativa afigura-se a expressão da ‘vontade do legislador’; portanto, a vontade do poder constituído – ou seja, no dizer de Cappelletti, a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus ‘consumidores’.¹¹⁶⁴

O projeto racionalista serviu-se do problemático conceito de “vontade geral”, formulado por Rousseau e depois utilizado por Kant, para interpretar a lei como expressão da “vontade geral” dos cidadãos. Na realidade, os cidadãos fariam as leis, através de seus representantes – utopia que “a ‘democracia de partidos’ e o conceito moderno de lei transformaram em mais uma quimera”. A “vontade geral” como fundamento para o regime democrático representativo era sustentada por Thomas Hobbes. Segundo Hobbes, no relato de Bobbio,¹¹⁶⁵ nenhuma lei pode ser considerada absolutamente injusta, na medida em que cada homem cria, com seu consentimento, a lei que é obrigado a observar. A lei, por conseguinte, teria de ser justa, a não ser que um homem pudesse ser injusto consigo mesmo. Essa lógica dedutivista de estilo matemático era peculiar aos juristas e aos filósofos racionalistas.¹¹⁶⁶

Para os racionalistas, sendo o direito uma ciência tão exata quanto uma equação algébrica, as soluções judiciais teriam de ser necessariamente ‘certas’ ou ‘erradas’, como consequência de qualquer problema matemático. Esta conjectura, segundo Baptista da Silva, está tão radicada em nossa formação que tanto os leigos quanto os juristas práticos não hesitam em dizer que o juiz produzira uma sentença *certa* quando o resultado lhes foi favorável; ou então que o juiz *errara*, ao julgar a causa a favor do antagonista. Tornou-se inteiramente anacrônica, todavia, esta compreensão do fenômeno jurídico, porquanto hodiernamente ninguém mais põe em dúvida que “o processo não produz verdades e que a lei admite duas ou mais soluções

baseia-se na aceitação sem questionamento do direito positivo vigente. (14º) O conhecimento do direito é um saber desvinculado de toda preocupação sociológica, axiológica, econômica, política ou antropológica. As teorias jurídicas produzem um conhecimento ideologicamente neutro. (15º) Desqualifica-se a possibilidade de que nos atos decisórios vinculados à produção jurídica existam componentes irracionais ou compromissos ideológicos” (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Ibidem, p. 53, 54 e 55-56, vol. I).

¹¹⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ibidem, p. 33.

¹¹⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 49.

¹¹⁶⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ibidem, p. 33.

legítimas, como já proclamara Kelsen”.¹¹⁶⁷ E argumenta Baptista da Silva:

Depois de haver François Géný,¹¹⁶⁸ nos albores do século XX, denunciado a ilusão de imaginar a lei como “um sistema dotado de exatidão matemática”, depois de James Goldschmidt¹¹⁶⁹ advertir que a futura sentença nada mais é do que um simples “prognóstico” que perdurará como simples prognóstico até que se conheça o resultado; depois de Chaïm Perelman¹¹⁷⁰ investir-se na condição de um Aristóteles moderno, construindo uma “nova retórica”; ou de um Theodor Viehweg¹¹⁷¹ recuperar a tópica aristotélica; ou de um Luis Recaséns Siches¹¹⁷² postular para a interpretação jurídica o “logos de lo humano” ou de “lo razonable”; ou depois de Josef Esser¹¹⁷³ – para citar apenas os mais expressivos do moderno pensamento filosófico no campo do direito – haver transferido para campo jurídico as proposições básicas de Gadamer¹¹⁷⁴; afinal depois de tudo o que se escreveu nas modernas filosofias críticas, nosso sistema permanece congelado na suposição de que os juízes continuam sendo a “boca da lei”, como desejava o aristocrático Montesquieu, de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a “vontade da lei” (Chiovenda)¹¹⁷⁵. Vontade esta que, ao que se supõe, somente será revelada na última decisão da última instância.¹¹⁷⁶

É justamente o processo de conhecimento o instrumento dessa ideologia. É por meio dele que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital, para assegurar sua neutralidade ou passividade durante todo o curso da causa. Somente depois de haver descoberto a “vontade da lei” (Chiovenda), é que lhe é autorizado o julgamento, “produzindo o sonhado juízo de certeza – na cândida ilusão de que a norma jurídica possua univocidade de sentido”.¹¹⁷⁷

¹¹⁶⁷ Idem, ibidem, p. 33-34. Ver: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹¹⁶⁸ Ver: GENY, François. **Método de interpretação e fontes de direito privado positivo**. Madrid: Reus, 1925, n. 96.

¹¹⁶⁹ Ver: GOLDSCHMIDT James. *Problemas generales del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1944.

¹¹⁷⁰ Ver: PERELMAN, Chaïm. **Traité de l’argumentation: La nouvelle rhétorique**. 3. ed. Bruxelas, 1976.

¹¹⁷¹ Ver: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional.

¹¹⁷² Ver: SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1980.

¹¹⁷³ Ver: ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. 497 p.

¹¹⁷⁴ Ver: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2002.

¹¹⁷⁵ Ver: CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Madrid: Reus, s/d.; **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965.

¹¹⁷⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ibidem, p. 34.

¹¹⁷⁷ Idem, ibidem, p. 34.

O direito, ao revés do que pretendem os racionalistas, “é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito longe da matemática, e muito próximo das ciências históricas”. Nessa perspectiva, sublinha Baptista da Silva, o direito, afinal, “é uma ciência da compreensão, não uma ciência explicativa”. A lide, por outro lado, é uma porção da história humana, por isso deve ser compreendida como uma expressão da cultura que a produziu. O juiz, nessa perspectiva, tem vontade própria e o ato jurisdicional será necessariamente discricionário.¹¹⁷⁸

A ética liberal separou o Estado da sociedade civil como duas entidades em conflito de interesses. Nesse viés, os juízes, enquanto representantes do Poder, “haverão de ser, organicamente, inimigos da sociedade, pensada por meio de *individuos* isolados”. Essa ideologia, atrelada às metodologias das ciências exatas, distante da história, incutiu na doutrina processual a mesma desconfiança que a Revolução Francesa devotava aos magistrados, à época legítima, mas ideológica para os tempos atuais.¹¹⁷⁹

A ilusão liberal desmoronou, segundo Baptista da Silva, quando essas doutrinas políticas, “minadas em seus fundamentos pelo *individualismo*, separaram o Estado da ‘sociedade civil’, tendo-os como inimigos potenciais”.

A encantada ‘vontade geral’ que daria legitimidade ao Estado Democrático, fazendo com que a lei fosse a garantia das liberdades, perdeu-se

¹¹⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 34.

¹¹⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 35. Anota o autor que nossas circunstâncias culturais são outras, em muitos sentidos opostas àquelas do século XVIII: “A história deu voltas e voltas sobre si mesma, mas os fundamentos que norteiam nossa prática judiciária, e a própria doutrina, conservam-se inalterados. Continuamos a praticar, como observou Guido Fassò, referindo-se à doutrina jurídica européia, um sistema processual que fora compatível com as sociedades estáticas, predominantemente agrícolas, para as quais fora concebida a ‘jurisprudência dos conceitos’ produto da ‘Escola de Exegese’ do século XIX europeu, sem atentar para a circunstância de estarmos a viver, em sua aterradora plenitude, a experiência inédita de uma sociedade caracterizada pelo extremo dinamismo de suas profundas transformações, que o direito terá inexoravelmente de acompanhar”. E completa: “Compreende-se, a partir desta perspectiva ideológica, a vedação imposta aos magistrados franceses de interpretar as leis que lhes cabiam aplicar. Explica-se igualmente o desespero de Napoleão ao perceber que seu Código seria, inevitavelmente, interpretado pelos tribunais. Seu reconhecido gênio político não teve dúvida de que a interpretação – portanto a criação jurisprudencial do direito – roubar-lhe-ia uma parcela significativa de poder. A ‘sua’ interpretação do direito, consagrada no Código, acabaria democratizada, tornando-se a interpretação do ‘outro’ coletivo” (p. 35-36). Ver: FASSÒ, Guido. “Il giudice e l’adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale”. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão: Giuffrè, 1972, p. 900.

irremediavelmente, em virtude do fracionamento do ‘interesse geral’ em infinitos ‘interesses parciais’ de grupos, representados pela ‘democracia de partidos’.¹¹⁸⁰

O sistema recursal seria, nesse diapasão, o testemunho por excelência do compromisso ideológico do direito processual. Os recursos, levados ao exagero, criaram a mais absoluta incerteza jurídica, embora concebidos como dispositivo de segurança. Essa orientação política teve como conseqüência perversa a perda de legitimidade dos magistrados de primeiro grau, criando-se um círculo vicioso de difícil superação – juízes não confiáveis “porque os recursos lhes retiraram qualquer legitimidade e poder, transformando-os em servidores públicos subalternos”.¹¹⁸¹

5.6 A (re)definição do conceito de jurisdição e a tarefa de julgar vista como efetivação social integradora da ordem jurídica, através de um discurso de adequação

Chiovenda compartilhou da teoria que afirma que o juiz atua a vontade concreta do direito. O direito, para ele e para os seus contemporâneos, nada mais era do que a própria lei, ou seja, não mais do que a norma geral a ser aplicada aos casos concretos. Na atividade jurisdicional, ao juiz restava aplicar a norma geral criada pelo legislador. Havia uma nítida separação entre aplicação e criação do direito.¹¹⁸²

Essa teoria, na descrição de Marinoni, supunha que o juiz seria capaz de dirimir qualquer litígio aplicando as normas gerais, ante a crença de que o ordenamento jurídico seria completo e coerente. Nessa compreensão, o Código de Napoleão representou, além da consolidação da doutrina da divisão dos poderes, a preocupação de constituir uma legislação completa e coerente para as relações civis, comerciais etc.¹¹⁸³

Essa ilusória percepção de que a legislação era revestida de completude e de coerência, possibilitando à jurisdição condições de resolver qualquer caso, tinha por

¹¹⁸⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ibidem*, p. 36.

¹¹⁸¹ *Idem*, *ibidem*, p. 36.

¹¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. “A jurisdição no Estado Contemporâneo”. *Ibidem*, p. 47.

¹¹⁸³ *Idem*, *ibidem*, p. 47.

objetivo obstar ao juiz a interpretação da lei para regular a situação litigiosa.¹¹⁸⁴ Nesse sentido, o juiz jamais precisaria cristalizar uma norma, interpretando a lei em conformidade com a Constituição. Em verdade, não deveria e nem poderia formular uma norma jurídica em consonância com os ditames constitucionais porque nesse tempo não se tinha a compreensão de validade da lei vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. A lei desconsiderava a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo. À jurisdição incumbia aplicar a lei genérica e abstrata, típica do Estado liberal.¹¹⁸⁵

Os conflitos, de outro lado, possuíam características homogêneas, de molde a não demandar do juiz uma especial compreensão de suas peculiaridades. Observa Marinoni que o caso sobre o qual o juiz devia decidir era acobertado pela lógica da subsunção. Nessa perspectiva, os fatos eram considerados a premissa menor, e a norma geral a premissa maior. O juiz detinha uma tarefa quase mecânica, porquanto os fatos provinham de uma sociedade compreendida a partir de um ângulo igualizador, de modo a não exigir dele qualquer esforço interpretativo ou de atribuição de sentido. Nesse mister, era bastante relacionar o caso, “sem a necessidade da sua compreensão, com a norma geral, cujo conteúdo era claro e indiscutível”.¹¹⁸⁶

Carnelutti, diferentemente de Chiovenda, afirmava que a função do juiz era a composição da lide. E ao “compor a lide” criava a norma individual que regularia o caso concreto. A sentença, ou norma individual, nessa hipótese, fazia concreta a

¹¹⁸⁴ Essa crença, carregada de uma ideologia formalista, está, na leitura de Warat, fundamentalmente vinculada ao postulado da racionalidade. Colhe-se: “Mediante o postulado da racionalidade pressupõe-se um direito positivo coerente, preciso, completo, não redundante, ‘decidível’ e logicamente derivável. Mediante o dito postulado, concebe-se uma ordem jurídica sem lacunas e contradição, como forma de reassegurar ideologicamente o valor segurança: um direito positivo, auto-suficiente, preciso, claro e neutro. Vê-se também que o direito positivo seria, graças à sua abstração racional, uma técnica de controle social, alheia a toda forma conflitiva de interação”. E acrescenta: “Ora, a atividade interpretativa referente a essas normas, tanto em seus momentos teóricos como decisórios seriam atividades dedutivas, caminhos lógicos tendentes a explicitar a racionalidade profunda do sistema de direito positivo. As formas encontradas para manifestação dos conflitos normativos legais seriam apenas manifestações aparentes de uma irracionalidade facilmente diluível através da atividade racional”. E conclui: “Por isso mesmo crêem os adeptos desta postura que todas as hipóteses e conflitos particulares podem ser solucionados com fundamento exclusivo no ordenamento legal, aplicando-se, procedimentos racionais sobre alguma delas ou seu conjunto” (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Ibidem, p. 52).

¹¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem, p. 47-48.

¹¹⁸⁶ Idem, ibidem, p. 48.

norma geral, passando a integrar o ordenamento jurídico. A composição da lide se verificava quando a sentença tornava a norma geral particular para as partes.¹¹⁸⁷

Assevera Marinoni, no entanto, que a diferença entre a teoria que supõe que a função do juiz é declaratória – limitando-se a aplicar a norma geral (Chiovenda) – e a teoria que afirma que o juiz cria a norma individual ao resolver o litígio (Carnelutti) “não está na tese de que o juiz – na segunda e não na primeira teoria – pode esculpir ou criar a norma geral e, portanto, está livre das amarras do positivismo acríptico”. Justifica:

Isso porque Kelsen deixou claro que o juiz cria a norma individual *com base na norma geral*, até porque, segundo a sua teoria, toda norma tem fundamento em uma norma superior, até se chegar à norma fundamental, que estaria no ápice do ordenamento. Ou seja, o legislador, subordinado à Constituição, cria as normas gerais, e o juiz, vinculado à lei, cria as normas individuais ao proferir as sentenças. Nesse sentido, afirma-se que, para Kelsen, a diferença entre as funções do legislador e do juiz é apenas quantitativa, na medida em que, apesar de o juiz estar mais limitado que o legislador, ambos criam normas com fundamento em normas superiores.

As duas teorias, vistas nesta perspectiva, variam apenas porque em uma o juiz declara a norma geral sem produzir uma norma individual, e na outra o juiz cria uma norma individual com base na norma geral declarada na sua fundamentação (da sentença). *De modo que as duas teorias estão igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei.*¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁷ Idem, ibidem, p. 48.

¹¹⁸⁸ Idem, ibidem, p. 48. Sobre a similitude das teorias, em consonância com o pensamento kelseniano, pondera Marinoni: “É certo que se pode dizer que a sentença é produto de um ato de vontade – e não de mero conhecimento – e, nesse ponto, estar de acordo com Kelsen. Mas isso não pode permitir a conclusão, encontrada pelo próprio Kelsen, de que o juiz cria direitos. Isso em razão de uma simples constatação: o juiz não cria direito quando atua com base em uma norma superior. Concorde-se, também, que a sentença considera particularidades do caso individual inimagináveis na norma geral, uma vez que essa última apenas pode considerar em abstrato aquilo que deve ser considerado no caso concreto. Mas, diante disso, não parece existir substancial diferença entre a declaração da norma geral no *caso concreto* e a criação da norma individual mediante a *particularização da norma geral para as partes*. O que identifica os dois conceitos é a necessidade de consideração das particularidades da situação litigiosa. Tanto a declaração da lei quanto a criação da norma individual, exige que sejam levadas em conta as peculiaridades do caso concreto. De modo que uma substancial diferenciação entre as duas teorias exigiria uma distinção em relação *ao modo de apreciação* de tais particularidades. No entanto, a teoria kelseniana jamais pretendeu diferenciar a teoria clássica da jurisdição por considerar a realidade do caso concreto *a partir de um outro ângulo visual ou de forma mais aprofundada*. Na verdade, aqui as duas teorias *mais uma vez se aproximam*, limitando-se a exprimir de forma teórica e lingüisticamente diversas situações que, em substância, não são aptas para permitir a escolha – ou a diferenciação – de uma diante da outra” (p. 48-49). Ver também: BULYGIN, Eugenio. “Los jueces crean derecho?” In: **XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoría y filosofía del derecho**. Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Unam, México-DF, ago./set. 2002, p. 8.

Comenta Marinoni que, para uma sociedade de então, vista como legalmente igualizada, com relações definidas homoganeamente, não era difícil visualizar as peculiaridades dos casos conflitivos. Na época em que se pensava em “lei genérica e abstrata” não se poderia ter a percepção de que o juiz um dia teria de “compreender” e atribuir “sentido” e “valor” aos casos concretos. O caso era vislumbrado como uma ocorrência quase predefinida e a função do juiz se limitava a atender às suas peculiaridades. A jurisdição, assim, não precisava outorgar “sentido” ao caso, porquanto era bastante a sua subsunção à norma geral, através de mero exercício de aplicação lógica.¹¹⁸⁹

Ainda que se reconheça que a sentença (norma individual) outorgue características ao caso, na atualidade, entretanto, em razão do pluralismo e das constantes transformações sociais, segundo Marinoni, está-se a exigir muito mais. Nessa perspectiva, ambas as teorias não respondem aos valores do Estado constitucional, porquanto jungidas ao princípio da supremacia da lei. Não podendo o magistrado afastar-se da realidade em que vive, há necessidade, por sem dúvida, que atribua sentido ao caso sob exame, apreendendo os novos fatos sociais e dando um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos. A eclosão de novos fatos sociais, nesse horizonte, confere legitimidade ao juiz para “construir novos casos” e para renovar o sentido dos já existentes ou somente “atribuir sentido aos casos concretos”. De toda sorte, “a conformação da lei exige a prévia atribuição de sentido ao caso concreto, mas a definição do caso concreto requer a consideração da lei”.¹¹⁹⁰

Há, nesse contexto, diante da insustentabilidade das teorias clássicas, uma nova concepção de jurisdição. A transformação do entendimento de direito não mais permite sustentar as antigas teorias que reservavam ao juiz a mera função de declará-lo ou de criar a norma individual, submetendo-o ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrítico. O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, evidenciando que a lei deve ser afeiçoada aos princípios constitucionais

¹¹⁸⁹ Idem, ibidem, p. 49. Ver também: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2003, p. 136-139.

¹¹⁹⁰ Idem, ibidem, p. 49.

de justiça e dos direitos fundamentais. É possível aferir concretamente isso a partir dos deveres de o juiz interpretar a lei em conformidade com a Constituição, de controlar sua constitucionalidade, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que possa obstar a proteção de um direito fundamental. O constitucionalismo contemporâneo, ademais, comete à jurisdição o dever de tutelar os direitos fundamentais que eventualmente sejam colidentes no caso concreto.¹¹⁹¹

Salienta Marinoni que quando se entende norma como texto e norma jurídica como a interpretação dela decorrente, torna-se simples conferir ao juiz a incumbência de criar a norma jurídica “que cristaliza a compreensão da lei na medida das normas constitucionais”, ou ainda, na hipótese particular de tutela de direitos fundamentais colidentes, “a razão jurídica determinante, diante do caso concreto, de prioridade de um direito fundamental sobre o outro”.

Contudo, dizer que a jurisdição objetiva apenas atribuir significado e aplicação aos valores constitucionais não permite abarcar toda a complexidade da função jurisdicional. Isso porque, ainda que o juiz tenha como parâmetro as normas constitucionais, cabe-lhe, antes de tudo, dar tutela ao direito material. Tanto é verdade que lhe incumbe atribuir sentido ao caso, definindo as suas necessidades concretas, para então buscar na lei a regulação da situação que lhe foi apresentada, ainda que isso deva ser feito à luz da Constituição.

A importância da perspectiva de direito material fica ainda mais nítida quando se deixa claro que a função do juiz não é apenas *editar a norma jurídica*, mas sim *tutelar concretamente* o direito material, se necessário mediante meios de execução.¹¹⁹²

O direito fundamental à tutela jurisdicional, nessa perspectiva, além de ter como consectário “o direito ao meio executivo adequado”, exige que os procedimentos e a técnica processual “*sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e compreendidos pelo juiz de acordo com o modo como essas necessidades se revelam no caso concreto*”.¹¹⁹³

¹¹⁹¹ Idem, ibidem, p. 65.

¹¹⁹² Idem, ibidem, p. 65.

¹¹⁹³ Idem, ibidem, p. 65-66. Consoante Marinoni, os direitos fundamentais materiais, nesse enfoque, “além de servirem para iluminar a compreensão do juiz sobre o direito material, conferem à jurisdição o poder de protegê-los (ainda que o legislador tenha se omitido), ao passo que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide *sobre a atuação do juiz como ‘diretor do processo’*, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a *qualquer*

O juiz, nesse contexto, tem o dever de localizar na legislação processual o procedimento e a técnica adequada à efetiva tutela do direito material. Para tanto, deve aplicar a regra processual de forma apropriada, “tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e suprir a omissão legal” sempre que possa “inviabilizar a tutela das necessidades concretas” e impedir “a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional”.¹¹⁹⁴

Adverte Marinoni, entretanto, que não sendo possível aplicar uma teoria capaz de estear uma decisão exata para cada caso concreto, deve o juiz demonstrar argumentativamente, por critérios racionais, que sua decisão é a mais razoável. Essa imposição se deve justamente à maior subjetividade outorgada ao juiz para a realização e a proteção dos direitos, consectário natural da lógica da preponderância das normas constitucionais sobre a legislação.¹¹⁹⁵

Neste sentido, aliás, posiciona-se Cattoni,¹¹⁹⁶ ao recordar que qualquer decisão é tomada nos contextos discursivos de uma esfera pública, presentes, inclusive, as pressões exercidas pela opinião pública. De todo modo, pondera que não é necessário ser o juiz Hércules (Dworkin) para que cumpra a tarefa jurisdicional. Fechada a porta para aquelas posturas doutrinárias que negam a possibilidade de justiça e de certeza nas decisões jurisdicionais, como o juízo jurídico-normativo não é auto-evidente e existente *per se*, a adequabilidade só pode ser buscada discursivamente, porquanto “é uma (re)construção, que levanta pretensões de validade, no quadro de um determinado paradigma de Direito e de Estado”.

Adverte Cattoni, criticamente, que uma ordem constitucional como a brasileira, que cobra flexibilidade, nos termos do paradigma do Estado democrático de direito, impõe aos operadores jurídicos maior “consciência hermenêutica” e responsabilidade ético-política para sua implementação, nem sempre perceptíveis na

direito material (e não apenas aos direitos fundamentais materiais) e, ainda a obrigação de suprir as lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo *a qualquer espécie de direito*” (p. 66).

¹¹⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 66.

¹¹⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 66.

¹¹⁹⁶ CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 154.

doutrina e nos tribunais pátrios.¹¹⁹⁷

A questão da racionalidade das decisões judiciais, aliás, decorre, no caso brasileiro, de imposição constitucional.¹¹⁹⁸ Tal prescrição é justificada porque a ordem jurídica reflete o paradigma do Estado democrático de direito, impondo, sob pena de nulidade, que as decisões judiciais sejam fundamentadas, no quadro do devido processo.¹¹⁹⁹ Consoante Alexy,¹²⁰⁰ essa exigência de fundamentação das decisões judiciais deve dar-se através de uma argumentação racional, que pode estender-se a todos os casos em que os juristas argumentam.

O direito, para Cattoni, sob o paradigma do Estado democrático de direito, não é indiferente às razões ou ao modo pelos quais o juiz ou tribunal decide – “ele cobra a reflexão acerca dos paradigmas que informam a própria decisão jurisdicional”.¹²⁰¹ No Estado democrático de direito, na ótica de Habermas,¹²⁰² a tensão imanente no direito “entre facticidade e validade manifesta-se no exercício da jurisdição (*adjudication*) como uma tensão entre o princípio da certeza do Direito e a pretensão de se tomar decisões justas”. Essa tarefa de julgar, segundo Habermas, “para que realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do Direito, deve simultaneamente cumprir as condições de uma decisão consistente e de aceitabilidade racional”.

Nesse sentido, o princípio da certeza demanda decisões que podem ser consistentemente tomadas no quadro do direito vigente. A pretensão de legitimidade

¹¹⁹⁷ CATTONI, Marcelo. Op. cit., p. 160.

¹¹⁹⁸ Ver art. 93, IX, da Constituição Federal: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

¹¹⁹⁹ CATTONI, Marcelo. Ibidem, p. 141.

¹²⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza y Isabel Espejo. Madri: Centro e Estudios Constitucionales, 1989, p. 19. Segundo Alexy, a questão do que seja argumentação racional “ou argumentação jurídica racional não é por conseguinte um problema que haja de interessar somente aos teóricos do Direito ou aos filósofos do Direito. Se o coloca com a mesma urgência ao jurista prático, e interessa ao cidadão que participa das coisas públicas. De que seja possível uma argumentação jurídica racional depende não só o carácter científico da Jurisprudência, sendo também a legitimidade das decisões judiciais” (p. 19); CATTONI, Marcelo. Ibidem, p. 141-142.

¹²⁰¹ CATTONI, Marcelo. Ibidem, p. 142.

¹²⁰² HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996, p. 198; CATTONI, Marcelo. Ibidem, p. 142.

da ordem jurídico-democrática, de outro lado, exige decisões racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal sorte que possam ser aceitas racionalmente. O problema da racionalidade, para Habermas, considera como o manejo de um direito contingencialmente emergente pode ser obtido “de modo internamente consistente e externamente fundado de forma racional no sentido de garantir a certeza do Direito e a sua justiça, sua correção”.¹²⁰³

O problema da interpretação jurídica,¹²⁰⁴ a partir do exame da teoria discursiva do direito, pode ser vislumbrado, na leitura de Cattoni, no fundo, como uma disputa de paradigmas, de pré-compreensões a respeito de como se deve interpretar e aplicar o direito. Toda interpretação, como toda atividade humana, no dizer de Thomas Kuhn,¹²⁰⁵ dá-se num contexto histórico, pressupondo paradigmas, tendo como pano de fundo, na expressão de Habermas,¹²⁰⁶ mundos da vida compartilháveis, que não podem ser ignorados ou colocados entre parênteses, através de uma lógica de distanciamento ou abstração, já que o ser humano não pode abstrair-se a si mesmo. É dotado de linguagem; por isso, *paradigmas, mundos da vida* compartilháveis, “embora plurais, são condições para a interpretação, são condições de comunicação”.¹²⁰⁷

A atividade da interpretação jurídica não se verifica – como equivocadamente sugerem certas correntes positivistas¹²⁰⁸ – porque a linguagem

¹²⁰³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 199; CATTONI, Marcelo. Ibidem, p. 142-143.

¹²⁰⁴ Sobre interpretação pelo juiz, inserida no exame da função jurisdicional do Estado e os poderes do magistrado fundados nos princípios da razoabilidade e da discricionariedade, ver: MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 131-153.

¹²⁰⁵ Ver: KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

¹²⁰⁶ Ver: HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, v. 2, 1984.

¹²⁰⁷ CATTONI, Marcelo. Ibidem, p. 143-144.

¹²⁰⁸ São notórias e antigas as críticas às formas tradicionais de positivismo legalistas, como acentua Ovídio Baptista da Silva, peculiares da civilização burguesa liberal, “produtoras de sistemas jurídicos que proclamam a defesa de liberdades e igualdades apenas abstratas e formais”, ao passo que permitem e protegem, na triste realidade social diária, “as mais inomináveis desigualdades religiosas, econômicas, raciais e políticas”, retratadas numa tutela processual somente formal e retórica, “na medida em que aceleradamente, distancia-se da vida social real, presa como está um universo conceitual de muito superado” (SILVA, Ovídio A. Baptista. **Juizado de Pequenas Causas**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, p. 20). Numa visão crítica a essa visão reducionista, Volnei Ivo Carlin sustenta que, no Brasil, os juízes normalmente desorientados e portadores de uma formação teórica superficial, necessitam de princípios éticos para refletir acerca da aplicação do direito. Essa orientação, bem de ver, precisaria ser explicitada “de sorte que seja o meio pelo qual a sociedade civil e a evolução das mentalidades influam decisivamente sobre o direito positivo” (CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica: Ética e Justiça**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 77).

através da qual a norma se expressa é ambígua ou obscura ou porque aquele que a editou assim o quis. Em verdade, como explicita Cattoni, toda comunicação implica interpretação. Não na acepção de que deva ser desvendado um pretense exato significado – aquele que o emissor cobiçou ou tencionou expressar. Interpretar “implica atribuir sentido, compreender o que se comunica, sob o pano de fundo de tradições de mundos da vida compartilháveis”.¹²⁰⁹

O princípio da adequabilidade,¹²¹⁰ num discurso de aplicação, para Cattoni, refere-se à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, pressupondo visões paradigmáticas seletivas. Num discurso de aplicação *todas* as normas válidas, de início, são indeterminadas em sua referência e têm necessidade de conexões relacionais suplementares no caso concreto individual. Essa ilação vale não

¹²⁰⁹ CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 144.

¹²¹⁰ Os *discursos de aplicação*, em oposição aos discursos de justificação, têm percepções diferentes das normas jurídicas. O *princípio da adequabilidade*, na visão de Klaus Günther, consiste num critério formal de coerência da norma com todas as outras e com as variantes semânticas aplicáveis na situação. Para tanto, Günther retoma, no relato de Cattoni, “as análises de Lawrence Kohlberg, sobre o desenvolvimento da consciência moral, a partir da perspectiva da relação entre igualdade e equidade”, formulando “um *modelo de três níveis de aplicação*”. Segundo Kohlberg, “no primeiro nível, justificação e aplicação não podem ser distinguidas, pois a validade de uma norma acarretaria sua adequabilidade, já que ambas são estabelecidas de modo dependente da situação e do contexto. Igualdade e equidade, aqui, são também indistintas, no sentido de que a igualdade é mecânica, não tolera exceções. No segundo nível, o contexto específico entre ego e alter pode ser visto da perspectiva de um, embora específico, sistema social. Igualdade e equidade são separadas, no sentido de que as circunstâncias excepcionais são admitidas, mas somente no quadro de uma dada ordem normativa. Mas é somente num terceiro nível que a validade de uma norma passa a ser determinada no ‘universo do discurso’, de um modo independente da situação, o que leva a uma clara separação entre justificação universal de normas e aplicação normativa sensível ao contexto. Igualdade e equidade novamente se tornam indistintas, mas no sentido de que cada caso individual é único, irrepetível” (CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 146-147). Ver também: GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law**. Trad. John Farrell. New York: State University of New York, 1993. Kohlberg debruçou-se sobre o desenvolvimento do juízo moral na pessoa. Sua posição e teoria foram estudadas por MIFSUD, Tony. **Desarrollo moral según Lawrence Kohlberg: exposición y valoración desde la ética cristiana**. Tese de doutoramento. Faculdade de Teologia, Pontifícia Universidade de Comillas, Madri, 1980. Ver também: MIFSUD, Tony. “Una perspectiva psicológica del juicio moral: Lawrence Kohlberg”. **Teología y Vida**, (Santiago), XXII no. 2 (1981), p. 158. Já os *discursos de justificação* jurídico-normativa, consoante Cattoni, “se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático”, assim estruturado, segundo Habermas: “[...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normalização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente” (CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 146; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Op. cit., v. 1, p. 145).

só exclusivamente para os princípios e direitos constitucionais estruturantes do sistema jurídico, mas para *todas* as normas válidas. Uma norma somente esteia um juízo normativo particular – com pretensão de ser correto – se ela se demonstrar singularmente adequada ao caso concreto. A validade à primeira vista de uma norma significa tão-somente que ela foi imparcialmente justificada.¹²¹¹

Para Habermas,¹²¹² os discursos de aplicação não se relacionam com a validade de uma norma, mas à adequabilidade de sua referência a uma situação. Como cada norma refere somente aspectos específicos de um caso individual, situado no mundo da vida, o discurso de aplicação deve definir quais são as descrições de fatos relevantes para a interpretação da situação em um caso controverso, assim como deve definir qual dentre as normas à primeira vista é a adequada, uma vez que todas as particularidades significativas tenham sido registradas de forma tão completa quanto possível.¹²¹³

Assim, conforme Cattoni, um juízo singular deve estribar-se no conjunto de todas as razões pertinentes havidas como relevantes, para uma interpretação completa da situação. Destarte, incumbe ao juiz desenvolver um *senso de adequabilidade*. Ainda que sejam possíveis várias interpretações ou ainda que várias normas sejam válidas, sob a perspectiva dos discursos jurídicos de justificação, isso não significa dizer que todas sejam adequadas ao caso sob exame. A solução correta, para as hipóteses de colisão de normas ou com variantes semânticas, advém do desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, “de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, tendo em vista uma reconstrução paradigmática apropriada do Direito vigente”.¹²¹⁴

Adequabilidade, todavia, não é ponderabilidade de *comandos otimizáveis*, na acepção de Alexy.¹²¹⁵ O direito, ao contrário do que sustenta a

¹²¹¹ CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 146, 147-148.

¹²¹² Ver: HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. *Ibidem*, p. 194 e segtes.

¹²¹³ CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 148.

¹²¹⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 148 e 149.

¹²¹⁵ Ver: ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Jurisprudência dos Valores,¹²¹⁶ possui um código binário, e não gradual. Ainda que as normas possam refletir valores, no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões (morais) acerca do que é justo *para todos* e também sobre o que é bom (éticas), no todo e a longo prazo, *para nós*, segundo a percepção de Habermas,¹²¹⁷ não quer dizer que elas *sejam* ou *devam ser tratadas* como valores.¹²¹⁸

¹²¹⁶ A *Jurisprudência dos Valores*, também conhecida também como *Jurisprudência de Valoração*, segundo Jeferson Luiz Dutra, “tem como vertente o neokantismo sudocidental alemão do início do século passado. Dentre seus expoentes encontram-se os filósofos Heinrich Rickert, Emil Lask e Gustav Radbruch. Com a afirmação do positivismo, durante o século XIX, o Direito passa a asseverar-se como verdadeira ciência. Para tanto, houve um rechaço de áreas de conhecimento histórico-cultural, com um respectivo preterimento científico de relações axiológicas. No desenvolvimento das bases da ciência jurídica positiva, destacaram-se dois autores: Kelsen e Stammler. Embora o primeiro tenha recebido merecido destaque, acompanhado de inúmeros estudos e desenvolvimento de sua *Teoria pura*, Rudolf Stammler (1856-1938) ainda permanece relativamente desconhecido, apesar de sua grande contribuição na tentativa de incluir a ciência jurídica no grupo das ciências naturais, da matemática e da lógica. No seu *Tratado de filosofia del derecho* Stammler estabelece os principais pontos do que viria a ser conhecido como o formalismo neokantiano que, partindo da especulação idealista transcendental apela para o Direito justo como ideal social. A justiça desempenha aqui papel fundamental, o que difere de Kelsen e das correntes neopositivistas por ele influenciadas, mais associadas à leitura kantiana da Escola de Marburgo. Contudo e ainda assim, a justiça era vista mais como uma forma ideal que propriamente como um valor. A afirmação de um racionalismo objetivista, baseado na separação entre ser e dever ser, a contraposição entre Direito e Moral e o isolamento dos conceitos jurídicos dentro de um conjunto estrutural próprio são as características desse formalismo, que, no entanto, refletem-se ainda hoje no uso indiscriminado de definições abstratas e na difusão de relações delas decorrentes. A tentativa de aplicação de métodos próprios das ciências exatas, da matemática ou da lógica conduz a ciência jurídica a um novo patamar. Contudo, uma pergunta permaneceu: até que ponto tais métodos e analogias poderiam ser suficientes para a compreensão do conjunto da realidade que é passível de experiência, ou seja, seriam os métodos objetivistas das *ciências naturais* capazes de representar a complexidade inerente às ciências históricas ou culturais como o Direito? Na tentativa de responder tal questionamento, o formalismo stammleriano foi alvo de críticas de duas grandes linhas de pensamento jusfilosófico do século passado: uma de caráter neohegeliana, na qual se aliaram Julius Binder (1870-1939), Erich Kaufmann (1880-1972) e Karl Larenz (1903-1993); e outra de matriz neokantista, mais conhecida como neokantismo tardio sudocidental alemão, tendo como destaques Rickert, Lask e Radbruch”. O neokantismo procedeu “a uma revisão crítica do formalismo stammleriano, trabalhando basicamente em duas frentes: a da colocação cultural do Direito e da necessária complementação dos esquemas formais com valores. Nasceram, então, as bases do que passou a se chamar *Jurisprudência dos Valores*, em um contraponto direto à *Jurisprudência dos Interesses*, quanto à *Jurisprudência dos Conceitos*” (DUTRA, Jeferson Luiz. “*Jurisprudência dos Valores*”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 490-493).

¹²¹⁷ Ver: HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. *Ibidem*, p. 174 e segtes e 289 e segtes. Ver também: _____. “Três Modelos Normativos de Democracia”. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Belo Horizonte, **Cadernos da Escola do Legislativo**, n. 3, jan./jun. de 1995, p. 107-121. Para Habermas, normas e valores “diferem-se entre si, primeiramente por suas referências, respectivamente, ou a ações obrigatórias ou a ações teleológicas; em segundo lugar, os códigos ou binário ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro, por seu caráter ou absoluto ou relativo; e, quarto, pelos critérios que os sistemas de valores devem satisfazer, respectivamente. O fato de que as normas e valores diferem em suas propriedades lógicas produz diferenças significativas para sua respectiva aplicação” (Idem, *ibidem*, p.253 e segtes).

¹²¹⁸ CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 149-150.

Sublinha Cattoni, fundado em Habermas e Dworkin, que um direito não pode ser compreendido como um bem, “mas como algo que é devido e não como algo que seja meramente atrativo”. E justifica:

Bens e interesses, assim como valores, podem ter negociada a sua “aplicação”, são algo que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferências otimizáveis. Já direitos não. Tão logo os direitos sejam compreendidos como bens ou valores, eles terão que competir no mesmo nível que estes pela prioridade no caso individual. Essa é uma das razões pelas quais, lembra Habermas, Ronald Dworkin conceber os direitos como “trunfos” que podem ser usados nos discursos jurídicos contra os argumentos de política.¹²¹⁹

Salienta Cattoni que uma compreensão principiológica do direito ou uma “concepção *modelo de princípios*” está a exigir do Poder Judiciário um agir politicamente. Todavia, não no sentido de dar curso a concepções pessoais do julgador a propósito do que considera pragmaticamente adequado, mas na perspectiva de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. E acrescenta:

Isso, justamente, leva a Dworkin¹²²⁰ a diferenciar os *argumentos de princípio*, fundado em direitos, dos *argumentos de política*, fundados em questões axiológico-teleológicas de bem-estar coletivo. O julgador, procurando colocar-se da perspectiva da sua comunidade, considerada como uma associação de co-associados livres e iguais perante o Direito (*community of principle*), deve compreender o Direito positivo como o esforço dessa mesma comunidade para desenvolver o melhor possível o *sistema de direitos básicos* (nos termos da tese *Law as Integrity*); e deve participar, criticamente, dessa (re)construção (*The Chain of Law*). Não se pode, em nome da conveniência política ou do que seja, deixar de levar tais direitos a sério.¹²²¹

Na mesma linha de entendimento, colhe-se a lição de Günther, contrapondo-se ao conceito alexyano de princípios como comandos otimizáveis:

O critério de acordo com o qual nós nos orientamos quando sopesamos normas colidentes não pode ter, por sua parte, um conteúdo material predeterminado com o qual se dê prioridade a certos pontos de vista normativos sobre outros. O conceito alexyano de princípios como comandos otimizáveis desde já desperta

¹²¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 150-151. Acerca da obra de Dworkin, ver: CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995.

¹²²⁰ Sobre Ronald Dworkin, ver: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Do original: _____. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985; _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p. Do original: _____. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986; Ver também: _____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p. Do original: _____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978.

¹²²¹ CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 151-152.

nossa atenção para o perigo que pode surgir quando, nesse momento, um modelo de valores é projetado numa teoria da estrutura normativa. A decisão acerca da norma adequada é então reduzida a se decidir acerca de um estado de coisas relativamente melhor, o qual é ainda o ótimo numa situação particular. O problema aludido consiste no perigo da já introdução de critérios materiais quando da determinação da estrutura da argumentação, critérios os quais deveriam, eles mesmos, ser sujeitos a uma argumentação de adequabilidade. Um conceito procedimental de adequabilidade, ou uma aplicação procedimental de normas, teria que evitar o uso de tais critérios materiais implícitos. Se adequabilidade consiste em se considerar todos os elementos de uma situação, então o *método* de consideração não pode ser, por sua parte, determinado por critérios materiais.¹²²²

A conclusão de Cattoni, fundado em Habermas, é de oposição à Jurisprudência dos Valores e também à teoria material da Constituição. Pretender equacionar a Constituição como uma ordem concreta de valores levaria ao engano quanto ao caráter especificamente jurídico desta. Os direitos fundamentais, enquanto normas jurídicas, para Habermas, “são constituídos, como as normas morais, segundo o modelo das normas de ação obrigatória – e não consoante o dos bens atrativos”.¹²²³

Nesse contexto teórico, pode-se rematar, com apoio em Gonçalves, que a jurisdição não é a manifestação de um poder sem disciplina jurídica. Ao revés, quando o Estado exercita a função jurisdicional age dentro de uma estrutura normativa regulamentadora de sua atividade. Essa estrutura normativa, entretanto, está edificada para possibilitar e salvaguardar a participação dos destinatários do ato imperativo do Estado na fase de sua formação. Nesse viés, a jurisdição, objeto de enfoque do Direito Processual Civil, é exercida nos limites do ordenamento jurídico, “sob sua disciplina, em uma estrutura normativa, em que os atos e as normas são conectados em especial forma de interdependência”.¹²²⁴

5.7 O processo jurisdicional como expressão dialética de democracia participativa

O processo jurisdicional usualmente é visto sob duas perspectivas –

¹²²² GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness**. Op. cit., p. 240-241; CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 152-153.

¹²²³ CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 153; HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. *Ibidem*, p. 256.

¹²²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ibidem*, p. 192-193.

como instrumento da jurisdição e também como instrumento de garantia de direitos.

De fato, a doutrina tradicionalmente define o processo jurisdicional como “o instrumento através do qual a jurisdição opera”.¹²²⁵ E seguindo um critério teleológico, distingue processo e procedimento. Assim, o processo, essencialmente teleológico, seria o instrumento através do qual se exerce a jurisdição, e procedimento a forma pela qual os atos e as fases processuais se sucedem¹²²⁶ e se exteriorizam.

No pertinente à sua natureza jurídica, a doutrina tradicional sustenta que o processo é uma relação jurídica angular ou triangular, que se realiza entre o autor, o Estado-juiz e o réu. De outro lado, a relação jurídico-processual seria distinta da relação jurídico-material em razão de pressupostos ou condições de existência específicos, relativos aos sujeitos e ao objeto. Nesse particular os doutrinadores falam sobre pressupostos processuais.

Essa acepção de processo e procedimento, abalizada no critério teleológico e de relação jurídica, tem sido duramente criticada pela doutrina mais consistente e atualizada. O procedimento, bem de ver, não é só mera exterioridade, já que tem a mesma finalidade do processo a que se vincula. Ademais, o conceito de procedimento é restritivo e pouco elaborado. Ao se conceber o processo como relação jurídica, ele é exposto às críticas aduzidas no plano da teoria geral do direito, de Kelsen à teoria das situações jurídicas.¹²²⁷

Foi Chiovenda quem fixou o conceito de processo como relação jurídica ao lançar as bases da ciência do Direito Processual Civil. A relação jurídica já havia se estabelecido como verdadeiro dogma na doutrina civilista, com o intuito de explicar direitos e deveres, faculdades e obrigações, atingindo outros ramos do Direito e disseminando-se igualmente pelo Direito Processual Civil, que a adotou sem

¹²²⁵ Sobre esse conceito ver: CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 279; CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 191.

¹²²⁶ Ver: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Op. cit., p. 56; LIEBMANN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Op. cit., p. 33 e seg. vol. 1; CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso**. Trad. Santiago Sentis Melengo. Buenos Aires: Europa-América, 1971, p. 40-41.

¹²²⁷ CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 192. Ver também: ROUBIER, Paul. **Théorie générale du Droit**. Paris: Sirey, 1946; DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones del Derecho público y privado**. Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, s.d., 268 p.

contestação.¹²²⁸

A doutrina da relação jurídica, segundo Dinamarco, nasceu na Alemanha há pouco mais de um século e tem atualmente ampla aquiescência em toda a literatura do sistema romano-germânico. Conquanto tal idéia já transitasse pela doutrina processual, ao menos intuitivamente,¹²²⁹ foi apenas no século XIX que se destacou a sua existência, sobressaindo como relação claramente distinta da relação de direito substancial, “da qual difere, em seus pressupostos, em seu objeto e em seus sujeitos”.¹²³⁰

Ressalta Marinoni, no mesmo diapasão, que a idéia de relação jurídica surgiu no direito material, fruto da pandectística alemã.¹²³¹ O processo civil italiano,

¹²²⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ibidem*, p. 70 e 71. Lembra Gonçalves que as teorias “que trabalham com os antigos conceitos de relação jurídica e de Direito subjetivo, na clássica acepção, são ainda predominantes na ciência do Direito Processual. OSCAR VON BÜLOW, J. RAMIRO PODETTI, UGO ROCCO, SALVATORE SATTA, CARNELUTTI, LIEBMAN... seria longa a relação dos nomes representativos da doutrina já clássica, que se encontram nessa linha, e dela não diverge, nesse ponto, a doutrina processual brasileira” (p. 72-73). Ver também: BÜLOW, Oscar Von. **La Teoria de las Excepciones Procesales**: Los Presupuestos Procesales. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1984; PODETTI, J. Ramiro. *Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón, 1963; ROCCO, Ugo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Bogotá: Temis; Buenos Aires: Depalma, 1970; SATTA, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. 9ª ed. Padova: CEDAM, 1981.

¹²²⁹ Observa Gonçalves que, de fato, essa idéia intuída no século XIX “brotava realmente do espírito da época [...] e encontrou sua formulação nas teses de WINDSCHEID, no momento que se conciliou uma determinada noção de Direito subjetivo, que se firmava também segundo o espírito da época, com a de processo. Mas a ampla aceitação a que se refere DINAMARCO, dessa que, na sua exposição, é uma ‘formulação clara e convincente, quase elementar no estágio atual da ciência do processo’, começou a encontrar suas objeções em outros campos da reflexão jurídica, quando o pilar do conceito de relação jurídica, o Direito subjetivo, nas dimensões concebidas no século passado (século XIX), foi posto em questão. A descoberta das semelhanças não aparentes e das relações existentes entre os conceitos com que a ciência do Direito Processual Civil trabalha tem sido retardada, talvez porque o Direito Processual Civil tenha se acomodado nos progressos que já obteve, dando por encerrada sua reflexão sobre a adequação de seu próprio instrumental técnico para capturar o objeto de sua investigação” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ibidem*, p. 71-72).

¹²³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 2ª ed. rev. e ampl., vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 95. Eduardo Couture, de igual sorte, salienta que a doutrina dominante concebe o processo como uma relação jurídica. Salienta, todavia, que não é só de uma correlação, de uma interação, que se fala quando se utiliza o termo *relação jurídica*, mas de “vínculo entre sujeitos”. Ver: COUTURE, Eduardo. **Fundamentos Del Derecho Procesal Civil**. 3ª ed. (póstuma). Buenos Aires: Depalma, 1974, p. 132.

¹²³¹ A *pandectística* alemã, conforme acentua Marinoni, “concebia o direito como um sistema de conceitos, ou melhor, como um método de conceitos gerais, cujo ideal estava na sua maior pureza ou abstração, e, portanto, no seu maior isolamento em relação aos problemas reais. Pense-se, nesse sentido, na ‘genealogia dos conceitos’, devida a Puchta, pela qual vale para um conceito que se submete a um conceito superior – mais puro e abstrato – tudo o que se diz em relação a ele” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo:

do final do século XIX, todavia, teve forte influência do chamado direito liberal clássico francês. O sistema francês, ao contrário do alemão, teve contorno claramente jusnaturalista-racionalista, concebendo os “direitos *naturais inalienáveis*”. O *Code Napoléon*, entretanto, embora focado nos direitos naturais do homem, tratava-o, “a partir dos valores dominantes na época, como um ‘homem abstrato’ ou como um ‘homem sem rosto’, visto mais tarde como ‘o burguês devorado por suas possessões’, o burguês sedentário e proprietário”. Enfim, um homem que restringia todos os seus direitos a possuir e a dispor de seus bens. Tal Código ignorou o “homem concreto” e constituiu a “epopéia burguesa do direito privado” ou o código absorto com o “burguês, a sua família e o seu patrimônio”.¹²³²

Ao contrário do sistema francês, que deu primazia aos direitos do homem sobre a norma, o pensamento jurídico alemão, amparado na pandectística, não se fundou no jusnaturalismo. Aspirava a um discurso eminentemente científico, ao revés do sistema francês, ignorando qualquer fundamento amparado no direito natural.¹²³³

A idéia de relação, recuperada dos canonistas (casamento), ainda que possibilitasse inferir que o direito nasce da vida em relação, não influenciou nos pandectistas, uma vez que o método por eles utilizado retomou a noção de relação

Revista dos Tribunais, 2006, p. 394, vol. I).

¹²³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso....* Op. cit., p. 393; Ver também: CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: Seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981, p. 33 e 35. Observa Marinoni, a propósito, que “não foi por outra razão que o processo civil francês e o processo civil italiano, assim como os seus conceitos básicos – que ainda influenciam a doutrina processual brasileira –, não tiveram qualquer preocupação com os direitos não patrimoniais, privilegiando uma forma processual neutra (o procedimento ordinário), capaz de permitir a obtenção da tutela ressarcitória pelo equivalente, espécie de proteção dos direitos que desconsiderava a necessidade de distinguir os bens e as pessoas e reafirmava a dissolução dos vários direitos e das diversas posições sociais, tentando tornar tudo e todos iguais” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 393).

¹²³³ Enfatiza Marinoni que “a diferença entre o pensamento francês e o pensamento alemão estava nos estilos, já que ambas as escolas tinham o mesmo projeto histórico, ou seja, servir a única classe social, sem qualquer preocupação com os excluídos. Entre o Código Napoleão e a pandectística alemã havia somente uma distinção de estilos, e não uma diferença de base, substância ou valores. Como explica Orlando de Carvalho, em seu célebre estudo sobre teoria geral da relação jurídica, o sistema das Pandectas opõe, ao estilo do sistema napoleônico, ‘um estilo teórico, retraído, *neutral*, um *estilo* manualístico e desprovido de paixão, como se o direito não fosse de homens e para homens. No centro do direito já *não está a personagem humana, ainda que nos termos abstratos do jusnaturalismo racionalista; estão conceitos cada vez mais tênues ou fluidos*, ou, como dizia Ihering antes de sua conversão, os ‘corpos jurídicos’ mais ‘sublimados’ ou mais ‘simples’. *No campo do direito civil um desses ‘corpos’ mais ‘simples’ foi o conceito de relação jurídica*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 394; CARVALHO, Orlando de. Op. cit., p. 35 e 38 e segtes).

jurídica para um conceito geral-abstrato, criando “um sistema de direito civil apenas *formalmente* fundado na vida em relação ou na vida das relações”. O homem tornou-se apenas um elemento dessa acepção, quando a idéia de relação foi apreendida no conceito abstrato de relação jurídica. No entanto, “um elemento sem vida nem humanidade, mais um objeto do que um ser concreto ou um homem de carne e osso”.¹²³⁴

O modelo clássico estabeleceu-se, conforme Gonçalves, sobre a idéia de que relação jurídica é um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico. O desenvolvimento desse modelo se assentava no juízo de que todo direito tem necessariamente um sujeito ativo e um ou vários outros sujeitos passivos (necessariamente pessoas). A essa teoria dos dois sujeitos acrescentou-se um terceiro elemento – a prestação. “A confluência de direitos e deveres para prestação permitia a afirmação do *jus et obligatio sunt correlata*”. Lembra Gonçalves que, em suas bases fundamentais, a teoria da relação jurídica não se distinguiu das construções do direito privado do século XIX, impregnadas das concepções individualistas da época.¹²³⁵

A teoria em questão se entremostrou desde logo insuficiente para responder às situações que claramente não correspondiam a vínculos entre sujeitos. Embora o direito de propriedade tenha granjeado novas formulações, o pátrio poder, a nacionalidade, o direito à honra e, genericamente, os direitos personalíssimos restaram sem respostas adequadas pelo *vinculum iuris*.¹²³⁶

A noção que embasou o conceito de relação jurídica foi a da autonomia da vontade, que constituiu o fundamento de todo o sistema individualista do século passado, da noção de contrato à de liberdade. O conceito em tela, com sua carga individualista e seu improvável alcance, foi recusado por Duguit de forma absoluta, tanto por seus fundamentos quanto pela sua estreiteza, por entendê-lo inaplicável aos atos jurídicos projetados fora das figuras instituídas pela autonomia da vontade.

¹²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 394.

¹²³⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ibidem*, p. 73-74. Ver também: PASQUIER, Claude du. **Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit**. 4. ed. Neuchâtel: Delachaux et Niestlé, 1967, p. 102 e segtes.

¹²³⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 78.

Exemplos citados seriam: o contrato de adesão, o contrato coletivo de trabalho e outras figuras acrescidas posteriormente pela doutrina, tais como prazos e capacidade.¹²³⁷

Kelsen opôs-se diametralmente às doutrinas tradicionais. Examinou o conceito de relação jurídica e os possíveis sentidos da expressão para demonstrar que em nenhuma situação existiria uma convergência de vontades, mas um vínculo entre sujeitos, em verdade uma conexão de normas determinantes das condutas dos indivíduos. Refutou a idéia de que direito e dever tivessem correlação. Admitir isso, segundo ele, significaria entender o direito como reflexo do dever, ou, por outra, “que existe uma relação entre dois indivíduos dos quais um é obrigado a uma determinada conduta em face do outro”.¹²³⁸

A partir daí, Kelsen demonstra a estreiteza da concepção tradicional, acentuando que há “relações jurídicas” determinadas pela norma, não só entre dois indivíduos; entre o ente que tem competência para criar normas gerais e os que têm competência para aplicá-las; entre entes com competência para imposição de atos coativos e indivíduos contra os quais esses atos se dirigem.¹²³⁹

¹²³⁷ Idem, *ibidem*, p. 80; DUGUIT, Léon. Op. cit., p. 216-220.

¹²³⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ibidem*, p. 81; KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 231.

¹²³⁹ Relativamente à abordagem de Gonçalves sobre a crítica de Kelsen à doutrina tradicional, colhe-se: “Essa extensão da relação jurídica não significa, entretanto, outra coisa que a relação entre sujeitos de deveres. A relação entre o sujeito do dever de criar ou aplicar a norma e o sujeito de direitos estabelecidos por essa norma é duplamente reflexa, pois esses direitos não são reflexos imediatos do dever do órgão aos quais incumbe a criação ou a aplicação da norma, mas dos próprios deveres estatuídos por essa mesma norma”. E prossegue: “Por outro lado, afirma, não há qualquer posição de supra-ordenação ou de infra-ordenação entre esses sujeitos, pois os órgãos, a quem incumbe criar ou aplicar a norma, somente podem atuar no exercício de um poder jurídico, ou seja, estão subordinados à norma que lhes confere poder ou competência para o exercício da função. Assim, não são esses órgãos que estatuem os direitos conferidos ou os deveres impostos mas, sim, a própria norma que lhes adjudicou tal competência. Não há, verdadeiramente, relação entre sujeitos, mas apenas relações entre normas, e entre as condutas que são por elas reguladas, formando o seu conteúdo. Prosseguindo em sua análise, examina uma outra possibilidade de ‘relação jurídica’ entre a conduta de dois indivíduos; ‘Quando a ordem jurídica confere ao indivíduo, em face do qual um outro está obrigado a conduzir-se de determinada maneira, o poder jurídico de, através de uma ação, iniciar um processo que conduza à norma individual, a estabelecer pelo tribunal, pela qual é ordenada a sanção prevista pela norma geral e a dirigir contra o indivíduo que se conduz contrariamente ao dever’. A ‘relação jurídica’ entre o indivíduo dotado do poder jurídico e o indivíduo obrigado não é, entretanto, ‘outra coisa senão a conexão ou relação entre a conduta que consiste no exercício deste poder jurídico, a ação, e a conduta contra a qual a sanção é dirigida, o delito; isto é, a conexão entre dois fatos determinados pela ordem jurídica como pressupostos para sanção’. A distinção da teoria tradicional que via na relação entre o Estado, representado pelo tribunal, e o réu, uma relação de supra-ordenação e de subordinação é, segundo diz, a mesma que existe entre o autor e o réu, pois o poder de instaurar a ação, ou ‘o poder

Nessa perspectiva normativista, sob qualquer ângulo, a relação jurídica será sempre negada e seu conceito deslocado por uma conexão de normas jurídicas, “enquanto conexão de condutas reguladas pelas normas”.¹²⁴⁰

A teoria das situações jurídicas, de outra parte, desenvolveu-se em bases diferentes da adotada por Kelsen, também com o objetivo de suplantar o conceito de relação jurídica. Tal teoria não exclui a faculdade ou o dever do campo do direito – não apreendido apenas como instrumento coativo –, mas igualmente recusa a concepção clássica de relação jurídica como vínculo entre sujeitos e do direito subjetivo como poder sobre a conduta de outrem.¹²⁴¹

A superioridade da categoria da situação jurídica sobre a de relação

jurídico do titular do direito de ação consiste na sua competência para intervir na produção da norma individual que ordena a sanção a dirigir contra o indivíduo que se conduz contrariamente ao dever’. Assim, a relação de supra-ordenação e infra-ordenação ‘nada mais é senão a supra-ordenação e infra-ordenação que existe entre a ordem jurídica e os indivíduos cuja conduta ela regula’, ou seja, o fato de que a conduta desses indivíduos forma o conteúdo das normas da ordem jurídica, e a autoridade que se apresentou foi apenas a autoridade da ordem jurídica, que obriga e confere poderes. A terceira possibilidade de uma ‘relação jurídica’ se dá ‘quando a obrigação de um indivíduo em face do outro está numa interconexão determinada pela ordem jurídica, com a obrigação deste outro, em face do primeiro’. KELSEN exemplifica com o contrato de compra e venda em que a obrigação de prestar a coisa está em conexão com a obrigação de pagar o preço. Essa relação jurídica nada mais é do que a conexão entre normas que prescrevem a conduta do vendedor e do comprador. Por última hipótese de ‘relação jurídica’, KELSEN toma a relação da vida, em crítica à teoria de VON JHERING, do direito subjetivo como interesse juridicamente protegido. Como o direito subjetivo não é o interesse protegido, mas a própria proteção, que consiste nas normas, também toda e qualquer relação da vida não é extrinsecamente regulada, mas toma forma no direito, através da norma. E nada mais é, então, do que um instituto jurídico, um complexo de deveres jurídicos e de direitos subjetivos, ‘no sentido técnico do termo’, ou seja, como KELSEN repete à exaustão, o reflexo daqueles deveres” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ibidem*, p. 82-84; KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 234-235).

¹²⁴⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ibidem*, p. 84. Como consectário da negação da relação jurídica, anota Gonçalves que Kelsen também rejeita a concepção tradicional de direito subjetivo. Demonstra que não há fundamento para a distinção tradicional entre direito subjetivo absoluto e relativo, argumentando que ambos se unificam no mesmo conceito, uma vez que ‘um *jus in rem* é também um *jus in personam*’. Considera que tal distinção apenas denota uma relação primária entre sujeitos, e secundariamente, a conduta do sujeito em relação à coisa. Ao depois, com a unificação dos conceitos revela a precariedade das construções tradicionais. A idéia de direito centrada no ilícito, visualizada a norma sob o aspecto coativo, e reduzido o conceito de direito subjetivo à unidade conceitual, subtrai-lhe a substância, concebendo-o apenas como “reflexo do dever jurídico” (p. 84).

¹²⁴¹ *Idem*, *ibidem*, p. 85. Essa doutrina das situações jurídicas teve como grandes expressões Julien Bonnetcase (ver: BONNETCASE, Julien. **Introduction à l’Étude du Droit**. 2. ed. Paris: Sirey, 1931, p. 105-106) e Paul Roubier (ver: ROUBIER, Paul. **Théorie Générale du Droit**. Paris: Sirey, 1946). Roubier destaca ainda a contribuição para o desenvolvimento da teoria das situações jurídicas, vindas do campo do Direito Público, através de Léon Duguit (ver: DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 31. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1927) e Gaston Jèze (ver: JÈZE, Gaston. **Les Principes Généraux du Droit Administratif**. 2. ed., Paris: M. Giard & E. Brière, 1914, p. 543).

jurídica foi ressaltada por Roubier, conforme avalia Gonçalves. Segundo ele, todas as leis são feitas para determinar certo número de situações jurídicas que podem ser unilaterais ou oponíveis a todas as pessoas. Tais situações jurídicas podem ser constituídas pela ocorrência de um fato ou de um ato ou de pluralidade de atos e fatos, que não poderiam ser conformadas na categoria da relação jurídica porque não dimanam de vínculo entre sujeitos. Sublinha Gonçalves que a situação jurídica forma-se por fato jurídico ou ato jurídico, produzido segundo a lei que rege a sua composição. E uma vez constituída, a situação jurídica significa o complexo de direitos e deveres de uma pessoa, não mais confinados no plano abstrato e genérico da norma, mas realizados na situação de um determinado sujeito.¹²⁴²

Na leitura de Marinoni, o cidadão, ante uma situação de direito material, assume uma posição jurídica. Para ele, não se trata da situação jurídica que a visualiza como um antecedente à formação do direito subjetivo (Kohler¹²⁴³); ou da situação jurídica entendida como expectativa – por essa acepção, o direito material se transforma em expectativa ao ingressar no processo (Goldschmidt¹²⁴⁴); ou que vislumbra o procedimento a partir das normas que outorgam aos seus sujeitos posições político-processuais (Fazzallari).¹²⁴⁵

¹²⁴² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ibidem*, p. 88. A título de exemplo, aponta o autor: “Na situação jurídica de advogado, nascem para uma pessoa direitos e deveres, que não são os mesmos de uma pessoa que se encontra na situação de comerciante ou empregado”. E acrescenta: “Nas situações jurídicas concorrentes, pode-se qualificar o *status* ou a posição jurídica de que um determinado sujeito é titular. Em uma situação jurídica de parentesco, por exemplo, perante a lei, pode-se falar na posição jurídica do filho, com seu complexo de direitos e deveres, e na posição jurídica do pai, igualmente com seu complexo de direitos e deveres, como se pode falar na situação jurídica do serviço público, na posição jurídica da Administração Pública, com seu complexo de direitos e deveres, e na posição jurídica do servidor público, igualmente com seu complexo de direitos e deveres”. E arremata: “Os exemplos seriam infinitos como infinitas são as possibilidades que nascem das normas, que se criam para organizar a vida social e regular a conduta, tanto quanto definem a competência para a prática de atos, como quando valoram os atos como lícitos ou ilícitos” (p. 88).

¹²⁴³ Sobre o conceito de situação jurídica em Kohler, ver: ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ejea, 1955. v. 1. Ver também: Kohler, em *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess* (Aalen, 1969, reimpressão da ed. de 1894, p. 219). No original: “Diese Situationen sind keine Rechte, sie sind keine Rechtsverhältnisse, sie sind vielmehr Elemente eines gegenwärtigen oder künftigen Rechtsverhältnisses, Faktoren, welche auf seinen Verlauf einwirken und daher die aus demselben entspringenden Rechte mehr oder minder beeinflussen”; cf., antes, *Der Prozess als Rechtsverhältnis* (Aalen, 1969, reimpressão da edição de 1888, p. 62). Para um resumo e apreciação crítica da doutrina de Kohler, na literatura pátria, ver também: CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 54.

¹²⁴⁴ Ver: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal**. Barcelona: Labor, 1936.

¹²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** *Ibidem*, p. 420-421.

A situação jurídica, consoante Marinoni, embora decorra do ajuste entre o fato e a norma atributiva de direito ou impositiva de dever, “tem o sentido de uma situação que gera uma posição carente de proteção ou de tutela jurídica. Tal posição, por isso mesmo, deve ser juridicamente protegida”. Significa dizer que “desta posição decorre o direito à tutela da situação de direito material ou o direito à tutela do direito material”. Nessa perspectiva, como tal direito depende da jurisdição, da posição jurídica decorre *o direito à tutela jurisdicional do direito material*, tendo em conta que um cidadão não pode coagir outro a adimplir suas obrigações e deveres no plano do direito material ou sem a intervenção do juiz.¹²⁴⁶

Uma vez que o direito à tutela jurisdicional do direito tem o dever de a jurisdição prestá-la como correlato, é lógico que o processo – instrumento de que dispõe a jurisdição para cumprir o seu dever e exercer o seu poder – deve ser estruturado de modo a permitir a outorga das tutelas prometidas pelo direito material. Portanto, a situação jurídica, aqui retratada, acaba sendo o fundamento do processo adequado à tutela do direito material.¹²⁴⁷

Nesse contexto, a se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional ter-se-ia de aceitar que ele é um vínculo estabelecido entre sujeitos em que um pode demandar do outro certa prestação, isto é, uma conduta determinada. No dizer de Gonçalves, seria o mesmo que idealizar que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, “que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direito das partes sobre a conduta do juiz, que então compareceria como sujeito passivo de prestações”. Ou admitir, ainda, existirem direitos do juiz sobre a conduta das partes, como sujeitos passivos da prestação.¹²⁴⁸

Admitido ou não o direito subjetivo, não mais se pode afirmar que constitua “poder sobre a conduta alheia”. Destarte, não há como entender que, no processo, uma das partes possa exigir da outra o adimplemento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e sujeito passivo. Não há olvidar que o processo não

¹²⁴⁶ Idem, ibidem, p. 421-422.

¹²⁴⁷ Idem, ibidem, p. 422.

¹²⁴⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ibidem, p. 97. Lembra o autor que a doutrina processual utilizando a figura da relação jurídica “trilateral” “inovou na velha bipolaridade do vínculo normativo existente na relação jurídica, mas mesmo a inovação não poderia dispensar, na relação ‘angular’ ou trilateral, o vínculo jurídico de exigibilidade entre os sujeitos do processo, vínculo que constitui a marca de qualquer ‘relação jurídica’” (p. 97-98).

se confunde com a situação de direito material, ou a situação de direito substancial, “cuja existência ou cujos efeitos nele se discutem, mas deve se relevar que mesmo na situação de direito material, [...], já não se concebe a possibilidade de que um sujeito possua o poder de exigir a conduta de outro sujeito”.¹²⁴⁹

Consoante Marinoni, o conceito de relação jurídica, em vista do seu caráter geral-abstrato, “neutraliza a substância da própria relação em vida”. Pondera ele que a teoria da relação jurídica processual, “se é capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai em busca do juiz em face daquele que resiste à sua pretensão, encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder”. A par disso, ignora as necessidades das partes, “assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos”.¹²⁵⁰

Nessa contextura, certamente a pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual escamoteou a realidade concreta, possibilitando a construção de uma ciência processual ensimesmada, imersa em si própria, “sem olhar para a realidade de direito material e para a vida dos homens”. Nesse esquema, centrado na jurisdição, ao se ignorar a realidade concreta dos seus sujeitos, pode-se acolher qualquer forma de exercício do poder. A abstração e a neutralidade do conceito de relação jurídica processual é bastante para ocultar qualquer vontade estatal. Todavia, o Estado não é neutro, porquanto tem fins e projetos a serem concretizados em razão de seus valores, desconsiderados pelo conceito pandectístico.¹²⁵¹ E aduz Marinoni:

Como a cientificidade do conceito de relação jurídica processual esconde a “cara” da parte, ignorando que o processo civil incide sobre uma realidade social, a partir dela não há como pensar em legitimidade da jurisdição com base na efetividade da participação das partes na formação da decisão. A idéia de legitimidade do exercício do poder pressupõe a efetividade da participação e, essa última, a consideração de aspectos sociais, que fazem parte da vida da pessoa que vai a juízo, designados pela doutrina que se preocupou com a

¹²⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 97-98.

¹²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* *Ibidem*, p. 396.

¹²⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 397. Relata Marinoni que na época em que foi editado o conceito pandectístico de relação jurídica processual, “não era possível ajustar o procedimento, isto é, as normas legais que lhe dão composição, a princípios de justiça, atualmente presentes nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais. De modo que a relação jurídica, desenvolvendo-se a partir de um módulo legal elaborado a partir da vontade suprema do parlamento ou do princípio da supremacia da lei, certamente podia escamotear a intenção do poder” (p. 397).

questão do acesso à justiça como obstáculos sociais que podem comprometer a efetividade do direito de acesso à ordem jurídica justa.

Sobre a legitimação pela participação, acrescenta:

A legitimação pela participação decorre da efetividade da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as *condições necessárias* a tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a idéia de participação. Isso quer dizer que o processo requer a legitimidade do exercício da *jurisdição* e a efetividade da participação das *partes*, envolvendo, de uma só vez, exigências que fazem com que os partícipes da relação processual civil se dispam das suas máscaras de elementos e, principalmente, que as partes compreendam que a efetividade da participação é necessária para legitimar a tarefa jurisdicional.¹²⁵²

O processo, nessa conjuntura, não pode ser visualizado apenas como relação jurídica, mas como uma expressão relevante para a democracia, e por essa razão deve ser legítimo. Deve se legitimar pela participação. Deve ser legítimo, adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais e, além disso, deve produzir uma decisão legítima.¹²⁵³

A identificação do processo como procedimento em contraditório entre as partes, emergente de uma estrutura normativa, suplanta a concepção de processo como relação jurídica. O contraditório é vislumbrado como oportunidade de participação paritária. É “garantia de simétrica igualdade de participação dos destinatários do provimento na fase procedimental de sua preparação”. Nesse viés, a possibilidade garantida de participação em simétrica igualdade não se concilia definitivamente com vínculo de sujeição.¹²⁵⁴

A concepção mais contemporânea de processo, portanto, não o distingue de procedimento através de um critério teleológico, tampouco o compreende como relação jurídica ou o procedimento como mera forma. Assume, da perspectiva reconstrutiva da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, formulada por Habermas, as teses de Fazzalari, desenvolvidas por Gonçalves e também sustentadas por Cattoni e Marinoni. Nessa nova mirada, o processo se diferencia de procedimento, porque este é um conceito mais amplo. Procedimento é vislumbrado como gênero do

¹²⁵² Idem, ibidem, p. 398 e 399.

¹²⁵³ Idem, ibidem, p. 401.

¹²⁵⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ibidem, p. 193.

qual o processo é espécie. Estas concepções emergem de um conceito renovado de procedimento e de processo, consonante com o atual estágio da teoria geral do direito e do sistema normativo que embasa tais conceitos.¹²⁵⁵

Procedimento, assim como processo, é categoria da Teoria Geral do Direito. Procedimento é a atividade de preparação de provimentos estatais. Provimentos estatais são atos de caráter vinculante do Estado que geram efeitos sobre a esfera jurídica dos cidadãos. Provimentos podem ser legislativos, jurisdicionais ou administrativos, dependendo do procedimento que os prepara. Mas o procedimento não se esgota na simples preparação do provimento, ele possui uma característica fundamental, a forma específica de interconexão normativa entre os atos que o compõem. Visando à preparação do provimento, o procedimento possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos, situações jurídicas e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto.¹²⁵⁶

O processo caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos *interessados*, juntamente com o autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional, ou dos seus representantes, como no caso do processo legislativo. Os interessados são aqueles em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos. Mas essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório. Contraditório, mais que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade. Portanto, haverá processo sempre onde houver o procedimento realizado em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na

¹²⁵⁵ CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 192-193. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Op. cit., p. 190-193. Consoante Marinoni, o procedimento, “antes considerado mero rito voltado à realização judicial do direito, deixou de ter importância quando os juristas passaram a se preocupar com a autonomia do direito processual. Quando surgem as teorias do processo fundadas no direito público, como a teoria da relação jurídica processual, a conceituação do processo se desligou da figura do procedimento, que então foi visto como mera forma, sem interferir sobre a realização do fim do processo, que seria o da atuação da vontade da lei.

“Porém, é absurdo imaginar que a estrutura e a concretização do procedimento possam ser neutras ou indiferentes aos fins da jurisdição e, assim, ao processo. Mas também não basta imaginar que o procedimento judicial tem relação única com as garantias de participação das partes diante do exercício do poder jurisdicional, ou simplesmente concluir que, com a participação, especialmente em contraditório, legitima o exercício da jurisdição, o processo se caracteriza por ser um procedimento realizado em contraditório”. E conclui:

“A negação de fim ao procedimento, própria à época da afirmação da autonomia do direito processual, não se deve apenas a uma posição teórica que se esforçava em delinear as linhas de uma ciência dotada de princípios próprios – a ciência processual –, empenhando-se em simplesmente separar as noções de processo das noções de direito material. É que a própria construção da ciência processual, particularmente a desenvolvida pela doutrina que formulou a teoria da relação processual, baseou-se em idéias e valores próprios de uma época – como aliás não poderia deixar de ser –, os quais não podem ser dissolvidos diante de uma ingênua suposição de que os juristas aí envolvidos estavam unicamente preocupados em delimitar o processo em relação ao direito material” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** *Ibidem*, p. 417-418).

¹²⁵⁶ CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 193. Ver também: FAZZALARI, Elio. Op. cit., p. 110 e seguintes.

simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.¹²⁵⁷

O processo, portanto, liberto da acepção de relação jurídica, revigora-se na renovação do conceito de procedimento. Ele, processo, de fato, é um procedimento, mas não aquele dos ritos e das formas que se autojustificam, porém um procedimento realizado em contraditório entre as partes. Estas trazem seus interesses contrapostos, seus conflitos e suas oposições no âmago da atividade que se desenvolve com vistas à emanção de uma sentença participada. Tal provimento não é ato isolado do Estado-juiz, mas resultado de toda uma atividade produzida participativamente, com garantia de simétrica paridade aos interessados, isto é, daqueles que irão suportar os seus efeitos.¹²⁵⁸

Nesse passo é importante ressaltar que a *procedimentalização* do ordenamento jurídico constitui, na observação de Guerra Filho, um traço característico da doutrina jurídica européia atual e para as ditas sociedades “pós-modernas”. Lembra Guerra Filho que a ênfase no aspecto processual do direito já fora uma característica marcante da doutrina kelseneana, como ressaltado por Luhmann,¹²⁵⁹ no final dos anos 60, em obra que reacendeu o debate sobre o assunto com a tese sobre a legitimação pelo procedimento. Do mesmo modo, Fazzalari,¹²⁶⁰ no princípio da mesma década de 1960, já se referia à difusão crescente da “fórmula processual”, destacando que ela representava o instrumento mais democrático e racional de se dar conta dos problemas mais complexos das sociedades atuais. Esta fórmula implicaria a solução desses

¹²⁵⁷ CATTONI, Marcelo. *Ibidem*, p. 193-194. Ver também: FAZZALARI, Elio. *Ibidem*, p.118 e seguintes. Anote-se que O processualista italiano Serio Galleotti demarca certa diferença em relação à doutrina de Fazzalari, no pertinente ao conceito de processo e de sua distinção em relação ao procedimento. Ambos, todavia, tem a mesma percepção do que seja procedimento, ao considerá-lo gênero do qual o processo é espécie. Todavia, ao contrário de Fazzalari, Galleotti não se utiliza do critério da participação, mas sim o da finalidade para formular os conceitos. Segundo ele, o processo é o procedimento jurisdicional que visa um ato específico, o provimento judicial. Reserva o termo processo, portanto, para o exercício do poder jurisdicional. Ver: GALLEOTTI, Serio. **Contributo alla teoria del procedimento legislativo**. Milano: Giuffrè, 1985.

¹²⁵⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ibidem*, p. 193-194.

¹²⁵⁹ Ver: LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch Verfahren**. Berlin: Neuwied: 1969. Esta obra foi traduzida para o português, sob o título: **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. 202 p.

¹²⁶⁰ Ver: FAZZALARI, Elio. “Diffusione del processo e compiti della dottrina”. In: **Studi in onore di A.D. Giannini**. Milão: Giuffrè, 1961.

problemas através do envolvimento dos interessados em debate dialético. Por decorrência disso, têm surgido cada vez mais novos “ramos” do direito processual, não apenas de caráter jurisdicional, mas também no domínio da Administração, do Legislativo, envolvendo a própria eleição dos titulares desses Poderes, assim como no campo das relações privadas e empresariais, com o já denominado direito processual societário.¹²⁶¹

Impende ressaltar, de outra parte, que os interesses coletivos, muito embora respaldados em normas constitucionais, nem sempre são regulamentados no plano infraconstitucional, fator de desrespeito recorrente. Incumbirá ao Judiciário, na advertência de Guerra Filho, suprir a ausência ou os defeitos da produção legislativa, para a concretização dos cognominados “direitos fundamentais de terceira geração”, ou “direitos de solidariedade”, justamente os direitos sociais, econômicos e culturais, concernentes à preservação do meio ambiente, das peculiaridades culturais de minorias, étnicas ou “éticas” etc. No dizer de Canotilho,¹²⁶² com esses incrementos o procedimento adquiriria, “no mundo jurídico-constitucional, uma narrativa emancipatória em plena consonância com os movimentos sociais, culturais e econômicos de finais da década de 60”.¹²⁶³

5.8 O processo jurisdicional como *locus* do exercício democrático

A compreensão de processo e procedimento, como já dito, está fundada no princípio democrático. Aqui a democracia reclama, sobretudo, participação. Na

¹²⁶¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ibidem*, p. 93-94. A tese da *procedimentalização do direito*, segundo o autor, deve-se ao jusfilósofo Rudolf Wiethölter (1982), “partindo da constatação de que, nas sociedades pós-industriais, o direito de natureza formal, com predomínio de normas gerais e abstratas, descrito por Max Weber como sendo aquele das sociedades modernas, não se mostra adequado para garantir a concretização de objetivos e interesses coletivos, tal como se mostrou eficaz na proteção de liberdades civis dos indivíduos, frente ao Estado e pelo Estado. Diante da complexidade do mundo pós-moderno, as soluções melhores dos problemas que lhe são peculiares não de surgir de confronto entre opiniões divergentes, desde que se parta de um consenso básico, quanto à possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo, para o que não se pode partir de idéias pré-concebidas, a serem impostas aos outros” (p. 94).

¹²⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, processo e organização”. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, vol. LXVI, 1990, p. 4.

¹²⁶³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ibidem*, p. 94-95.

expressão de Marinoni, a participação no poder é da essência da democracia, porque é ela que legitima o exercício do poder.¹²⁶⁴

No processo jurisdicional, de igual sorte, exerce-se o poder do Estado. O exercício desse poder há de ser legítimo e essa legitimidade somente pode ser lograda através da participação, porquanto o processo deve refletir o Estado democrático de direito. Sob esse prisma, deve garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento, tendente a produzir o ato de poder, qual seja, a decisão judicial. Participação, entretanto, pressupõe informação, já que esta constitui requisito indispensável para a efetivação do próprio direito de liberdade de expressão. Daí por que a participação no processo jurisdicional está atrelada diretamente à idéia da efetividade do princípio do contraditório.¹²⁶⁵

Em suma, o exercício do poder, no processo, é legitimado pela possibilidade de participação, de modo a ser-lhe conferida, na dicção de Dinamarco, a dimensão de microcosmo do Estado democrático de direito.¹²⁶⁶

A legitimidade do exercício da jurisdição, destaca Marinoni, está atrelada a uma possibilidade real, e não apenas formal, de participação. O processo deve ser reflexo, efetivamente, do ideal de Estado democrático de direito. O termo “democrático”, aqui, no dizer de Afonso da Silva,¹²⁶⁷ qualifica o Estado e irradia os valores da democracia sobre todos os elementos característicos do Estado e, portanto, sobre a ordem jurídica. O direito, nesse horizonte, imantado por esses valores, se

¹²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. Ibidem, p. 159. Segundo o autor, a participação no poder se dá de forma indireta e direta, e em vários níveis. “Assim, a legitimidade do processo legislativo depende do grau de participação dos cidadãos na criação da lei. A participação, nesse caso, é claro, se dá de forma indireta, já que os Estados contemporâneos não prescindem da representação política. Participação também se verifica no processo administrativo. No processo administrativo disciplinar a possibilidade de participação não é questionável” (p. 159).

¹²⁶⁵ Idem, ibidem, p. 159. O autor se refere à definição de Cappelletti. Segundo o mestre italiano, contraditório significa direito ao conhecimento e à participação, participar conhecendo, participar agindo. Em suma, significa a garantia que assegura a possibilidade de participação dos interessados. Ver: CAPPELLETTI, Mauro. “Spunti in tema di contraddittorio”. In: **Studi in memoria di Salvatore Satta**. Padova: Cedam, 1982, v. 1, p. 211.

¹²⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade...** Ibidem, p. 25.; MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas...** Ibidem, p. 160.

¹²⁶⁷ Ver: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, 926 p.

enriquece do sentimento popular e por isso deve ajustar-se ao interesse coletivo.¹²⁶⁸

O juiz do direito liberal não se permitia uma postura ativa na direção do processo. Em nome da liberdade individual foi proibido de interpretar a lei. O juiz inerte, *bouche de loi*,¹²⁶⁹ sem poder criativo ou de *imperium*, para Marinoni, foi sustentado pelo mito da neutralidade, pressupondo:

i) ser possível um juiz despido de vontade inconsciente, ii) ser a lei – como pretendeu Montesquieu – uma relação necessária fundada na natureza das coisas, iii) predominar no processo o interesse das partes e não o interesse público na realização da justiça e, ainda, iv) que o juiz nada tinha a ver com o resultado da instrução, como se a busca do material adequado para a sua decisão fosse somente problema das partes.¹²⁷⁰

Com a democracia social, de outro lado, intensificou-se a participação do Estado na sociedade. A atuação do juiz no processo modificou-se, incumbindo-lhe, agora, zelar por um processo justo, capaz de possibilitar:

i) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real, ii) a justa aplicação das normas de direito material, e iii) a efetividade da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito.¹²⁷¹

Um processo efetivamente democrático, fundado na isonomia substancial exige do magistrado uma postura ativa. A produção da prova já não é mais monopólio das partes. A atuação do magistrado agora é mais intensa, sendo-lhe autorizada a produção de provas de ofício para elucidar os fatos. A perquirição da prova, nesse caso, se justifica para a devida elucidação dos fatos, inclusive em razão de menor sorte econômica ou de menor astúcia de um dos litigantes.¹²⁷²

¹²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 161.

¹²⁶⁹ Juiz *bouche de loi*, na expressão francesa, ou “juiz boca da lei”, limitado a aplicar silogisticamente o direito, sem poder de interpretação, em vista do sistema de tripartição dos poderes concebido no Estado liberal. A interpretação da lei somente poderia ser exercida pelo próprio Legislativo, detentor do poder de outorgar a ordem jurídica.

¹²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* *Ibidem*, p. 414.

¹²⁷¹ *Idem*, *ibidem*, p. 414.

¹²⁷² *Idem*, *ibidem*, p. 414-415. Sobre o desequilíbrio cultural e econômico entre as partes e a repercussão no manejo das provas, colhe-se a lição de Tartuffo, reproduzida por Marinoni: “Por otra parte, a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una parte ‘débil’ (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso

Note-se que a atuação do juiz, se pode ser vista como uma forma de participação, evidentemente não pode ser confundida com a qualidade que se atribui à participação das partes. O juiz exerce o poder que deve ser legitimado pela participação das partes, que são aquelas que se sujeitam aos efeitos da decisão. O juiz deve participar para garantir que a participação das partes seja igualitária e, assim, para que eventual falha na participação de uma delas possa ser suprida. Nesses termos, a participação do juiz se dá em nome da participação das partes e, por decorrência, para legitimar a sua própria atuação.

¹²⁷³

Não há, ademais, de se conjecturar que o contraditório possa ser ofendido em razão da participação do juiz. Ao contrário, ele é robustecido com a postura ativa do magistrado. Não havendo paridade de armas, é desimportante a existência de um contraditório meramente formal. Nesse tocante, transparece irrelevante a crítica de que tal poder seria demasiado ao juiz, ou que eventualmente poderia comprometê-lo psicologicamente com a causa. O pior seria guindá-lo à condição de expectante passivo, em situações em que a lide não raro ficaria sem uma solução devida, justamente por sua omissão na determinação de provas de ofício. Em verdade, para o juiz não é indiferente, por certo, almejar conduzir o processo a um resultado justo e desejar que vença a causa a parte que tenha razão, seja ela autora ou ré.¹²⁷⁴

Entretanto, o contraditório no processo civil contemporâneo tem sentido diverso daquele atribuído pelo direito liberal, como adverte Marinoni. O contraditório de então era visto apenas como mera garantia de conteúdo formal. Não havia como pensar em *efetividade* ou em *realização efetiva* do contraditório, muito menos em *obstáculos sociais* impedientes da participação. Nesse viés, não há como entender legítimo ou democrático o processo que exclua alguém do direito de participar por razões de ordem econômico-social. Na leitura de Marinoni, a legitimidade do processo

efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la ‘verdad’ sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante” (ver: TARTUFFO, Michele. “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”. **Revista de Derecho**, Chile, 2003, p. 207).

¹²⁷³ Idem, ibidem, p. 415.

¹²⁷⁴ Idem, ibidem, p. 415. Ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Participação e processo**. RT, 1988; _____. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”. In: **Temas de direito processual**: 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. Sobre os poderes do juiz, ver também: MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Os poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

se vincula a uma possibilidade real e não apenas formal de participação.¹²⁷⁵

Nessa linha importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento, por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas processuais e a oferta de produção de provas sem o pagamento de despesas –, mas também as normas processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial.

Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso.¹²⁷⁶

A concepção de paridade de armas ou de participação em igualdade de condições não tolera a idéia de que as partes não possam efetivamente participar ou em que apenas uma delas tenha efetivas condições de influir no convencimento do juiz. Na advertência de Mario Chiavario,¹²⁷⁷ essa paridade de armas não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes, nem mesmo uma perfeita simetria de direitos e obrigações. As eventuais diferenças de tratamento podem ser justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, de modo a evitar um desequilíbrio em prejuízo de uma delas.¹²⁷⁸

O princípio do contraditório, como valor cultural, pode apresentar várias acepções, dependendo da perspectiva pela qual é olhado. Quem visualiza o contraditório a partir da ótica do liberalismo do século XIX, descreverá o princípio como uma garantia de conteúdo formal. Entretanto, como esta perspectiva está superada e enterrada pela nossa Constituição, e é necessário que o direito se ajuste aos anseios da justiça social, é lógico e bem mais do que evidente que o princípio do contraditório não pode ser focalizado a partir da idéia da igualdade formal. Com efeito, na atualidade o princípio do contraditório deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, o qual reflete os valores do Estado Social.¹²⁷⁹

O contraditório, para Cadiet, tendo um papel volvido à elucidação do litígio, não se impõe apenas às partes, mas igualmente ao juiz. Serve ao litígio, para o

¹²⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** Ibidem, p. 409.

¹²⁷⁶ Idem, ibidem, p. 409.

¹²⁷⁷ CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**. Milano: Giuffrè, 1982, v. 2, p. 19.

¹²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** Ibidem, p. 410. Lembra Marinoni que, de acordo com o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, “constitui direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a *inversão do ônus da prova*, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (p. 410).

¹²⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas...** Ibidem, p. 161.

autor, na medida em que é o instrumento para a elaboração do juízo. A confrontação dos meios apresentados pelas partes é que permite ao juiz solucionar a causa, ajustando o provimento judicial o mais próximo possível da verdade dos fatos. Essa função traduz o regime do contraditório, impondo-se não somente às partes, mas igualmente ao juiz.¹²⁸⁰

De acordo com Bandeira de Mello,¹²⁸¹ para o correto manejo do contraditório são destacadas três questões:

- A) A primeira diz respeito ao elemento tomado como fator de desigualação.¹²⁸²
- B) A segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado.¹²⁸³
- C) A terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.¹²⁸⁴

O contraditório, hoje, como expressão do princípio político da participação democrática, na percepção de Greco, não é mais exclusivo do processo judicial, já que se amplia a todas as atividades dos poderes públicos das quais possam resultar decisões afetando a liberdade, o patrimônio ou a esfera de interesses de

¹²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** Ibidem, p. 414. Ver: CADIET, Loïc. **Droit judiciaire privé**. 1. ed. Paris: Litec, 2004. Colhe-se: “Cette fonction explique le régime du contradictoire qui ne s’impose pas seulement aux parties, mais au juge aussi” (p. 852).

¹²⁸¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1984, p. 27.

¹²⁸² Em relação à primeira hipótese, salienta Bandeira de Mello que “o traço diferencial adotado necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista *nelas mesmas* poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes” (p. 29).

¹²⁸³ No pertinente à segunda hipótese, ressalta que “a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia” (p. 49).

¹²⁸⁴ No tocante à terceira hipótese, pondera Marinoni que “se o legislador não discrimina porque não pode suportar as várias situações concretas, é lícito ao juiz diferenciar, desde que o efeito jurídico pretendido tenha pertinência com os valores constitucionais. Em algumas situações, por exemplo, pode ser impossível à parte a prática de um ato, no prazo determinado em lei, em razão de ‘justa causa’. Trata-se da ‘justa causa’ referida no art. 183 do Código de Processo Civil. A interpretação do que é ‘justa causa’, não obstante, deve ser realizada em harmonia com as regras antes mencionadas, dando-se realce, principalmente, ao valor constitucional que garante o acesso à ordem jurídica justa”. E conclui: “Parece-nos que é nessa dimensão que o princípio do contraditório deve ser focalizado. A finalidade é daí extrair imagem que permita a participação das partes em paridade de armas e, ainda, evitar que situações imprevisíveis, mas justificáveis, impeçam as partes de participar de forma efetiva no processo” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas...** Ibidem, p. 164).

cidadãos determinados.¹²⁸⁵

O novo Estado democrático contemporâneo levou a essa mudança de paradigma, principalmente em razão da jurisprudência das Cortes Constitucionais instituídas em países como a Alemanha, Itália e Espanha e também da jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, contribuindo para divulgar todos os contornos do denominado contraditório participativo, assim como para igualar a proteção da dignidade da pessoa humana perante a justiça, notadamente em países cujo processo judicial seguia tradições historicamente assimétricas.¹²⁸⁶

O conteúdo hodierno do princípio contraditório é bastante abrangente, desdobrando-se em diversos aspectos. O primeiro é o da tradicional *audiência bilateral*, compreendida como a notificação adequada e tempestiva do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, assim como “ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem prévia audiência das partes”. O processo, nesse viés, deve formar-se e desenvolver-se em permanente contraditório.¹²⁸⁷

O segundo componente do princípio é o conjunto de prerrogativas que compõem a *ampla defesa*. No Brasil essas prerrogativas têm foro constitucional, já que a ampla defesa está explicitada como garantia no art. 5º, LV,¹²⁸⁸ da Constituição Federal. Esta garantia pode ser sintetizada no direito de apresentar, alegar, propor e produzir provas, de participar na produção daquelas postuladas pela outra parte ou determinadas de ofício pelo juiz. Enfim, de adotar “todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material”.¹²⁸⁹

A terceira configuração do contraditório participativo é a flexibilidade dos prazos. Adverte Greco que o processo justo, que trata as partes com dignidade, confere ao juiz o poder de, “sem prejuízo da sua celeridade, dosar os prazos de acordo

¹²⁸⁵ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 156.

¹²⁸⁶ Idem, ibidem, p. 156.

¹²⁸⁷ Idem, ibidem, p. 156.

¹²⁸⁸ Dispõe o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “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”.

¹²⁸⁹ Idem, ibidem, p. 156.

com as necessidades defensivas da parte, que variam em função das circunstâncias da causa e as imposições do próprio direito material”. Nesse viés, deve a parte ter prazo prorrogado ou devolvido, ante a eventual impossibilidade de praticar o ato no tempo que lhe foi conferido por motivo alheio à sua vontade, “independentemente da imprevisibilidade ou imprevisão do fato impeditivo”.¹²⁹⁰ Nesse patamar, em vista da eventual desigualdade das partes, seria ponderável um certo *discrímen* compensatório, antevendo-se na flexibilização do prazo uma resposta de *ação afirmativa*, na perspectiva assinalada por Alexy¹²⁹¹.

O quarto fundamento do contraditório participativo é a igualdade concreta. As partes devem ser tratadas igualmente, de tal modo que possam usufruir concretamente das mesmas chances para o sucesso da causa. Para tanto, com o fito de assegurar a efetiva paridade de armas, o juiz não pode ser um mero expectante impassível do duelo dos litigantes. Incumbe-lhe o dever de suprir, em caráter assistencial, as eventuais deficiências defensivas de uma parte que a ponham em inferioridade em relação à outra, para que ambas tenham concretamente as mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional. Exorta Greco que essa intervenção equalizadora é muito importante, notadamente quando entre as partes possa haver relação fática de subordinação ou de dependência, como nas relações de família, de

¹²⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 156.

¹²⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. *Ibidem*, p. 387. As *discriminações*, como regra, na observação de André Rosa, estão proibidas. Discriminar, no vernáculo, tem duas acepções – na primeira, significa separar, distinguir, especificar, classificar; na segunda, refere-se a um sentido que denota condição de inferioridade atribuída a alguém em razão de ser portador de alguma característica específica. Nesse sentido, Rosa pondera: “Nossa Constituição, apesar da redação confusa, estabelece que não podemos discriminar negativamente quando o motivo está baseado na “origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo terceiro, IV). No entanto, são legítimas e válidas aquelas discriminações que objetivam um aumento da igualdade material entre os cidadãos. A Constituição brasileira expressamente autoriza esse tipo de discriminação quando o que se busca é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo terceiro, III). A interpretação correta e que compatibiliza esses dois dispositivos é a de que nosso Estado não pode discriminar cidadãos com base nos pressupostos estabelecidos no citado inciso IV, exceto se tais discriminações objetivam realizar os fins estabelecidos no inciso III. Essas são as chamadas *discriminações positivas, inversas* ou *ativas*. Com elas se pretende estabelecer medidas que reparem uma situação de desigualdade fática a que estão submetidas certas minorias. Por meio de ações afirmativas pretende-se dar tratamentos compensatórios a certos grupos a fim de que se favoreça a respectiva integração social” (ROSA, André Vicente Pires. “Igualdade”. *Ibidem*, p. 460).

trabalho, de consumo.¹²⁹²

Para o pobre a paridade de armas pressupõe – como enfatiza Greco –, além da assistência judiciária, da isenção das despesas processuais e da dispensa de cauções e depósitos, eficiente aconselhamento jurídico, inclusive extrajudicial. Neste sentido, adverte que a posição de clara inferioridade de uma parte pode exigir a intervenção assistencial do Ministério Público, de um curador especial, curador a vínculo ou de outro sujeito auxiliar, para assegurar a paridade de armas sem comprometimento da imparcialidade do juiz.¹²⁹³

Nesse horizonte, também não é obstáculo para a participação ativa do magistrado na instrução o princípio da imparcialidade. Longe disso, poderia sim ser irrogada a parcialidade de magistrado que se omite sem pejo, quedando-se inerte, mesmo sabendo que determinada prova é fundamental para a elucidação da matéria fática.¹²⁹⁴

Em suma, o contraditório atual nada mais é, no dizer de Greco, do que a projeção no processo do primado da dignidade humana. Esse primado impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja garantido a todos os interessados de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente. Para tanto, é necessário estabelecer uma relação dialógica (humana) entre o juiz e os outros sujeitos principais do processo (autor, réu e eventuais terceiros intervenientes). Esse diálogo reclama intercâmbio de idéias, propiciando que todos os interlocutores possam falar, ouvir e dizer o que pensam, reagindo às opiniões do outro, para que todos possam ser influenciados reciprocamente. Certamente está-se a exigir, nessa instância dialógica, um novo juiz, “capaz não apenas de ouvir, mas também de escutar e de falar. Neste aspecto, ação e

¹²⁹² GRECO, Leonardo. *Ibidem*, p. 157. Neste tocante, lembra Greco que a própria justiça dos países da *common law*, “tradicionalmente caracterizada pela inércia do juiz, passou, na década de 1990 a incentivar a intervenção condutora do juiz, não só para assegurar a regular marcha do processo, mas especialmente para coibir os abusos do *adversarial system*. Ressaltem-se, em especial, nos EUA o chamado *case management system* adotado a partir do *Civil Justice Reform Act* de 1991, e na Inglaterra as reformas implantadas em 1999 por intermédio das novas *Rules of Civil Procedure*”. “Destaca, igualmente, que “a igualdade concreta também se impõe quando uma das partes é o Estado, sob pena de dificultar o acesso à justiça do particular que com ele litiga (Guinchard)” (p.157). Ver: GUINCHARD, Serge et alii. **Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès**. Paris: Dalloz, 2003).

¹²⁹³ *Idem*, *ibidem*, p. 157.

¹²⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** *Ibidem*, p. 415.

defesa têm o mesmo conteúdo, como instrumentos de participação”.¹²⁹⁵

Doutra mirada, há considerar que existe um grande número de procedimentos judiciais que cumprem a finalidade de permitir a *participação* do cidadão no poder e na vida social. Consoante Canotilho,¹²⁹⁶ um procedimento justo implica a existência de procedimentos coletivos, que possibilitam a intervenção dos cidadãos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais de grande relevância para a existência coletiva, ditos procedimentos de massa para a defesa do ambiente, da saúde, do patrimônio cultural, dos consumidores, etc. Adverte Marinoni que a cidadania exige a abertura para a participação nas discussões de relevo para a sociedade. Por isso, não há como o processo judicial se desobrigar da sua responsabilidade, não contribuindo para a otimização da participação. Nesse norte, as ações coletivas e a ação popular são autênticas vias de participação popular. São verdadeiros instrumentos atrelados à idéia de democracia participativa ou “de incremento da participação direta no poder e na vida social”.¹²⁹⁷

O particular participa, ainda que indiretamente, através das ações coletivas, na busca de tutela dos direitos transindividuais, os quais não fossem tais ações, certamente ficariam sem instrumentos judiciais capazes de lhes dar proteção. Para a efetividade dos direitos transindividuais foi necessário repensar a legitimidade para a causa, que antes era relacionada apenas com a titularidade do direito material. A legitimidade para a proteção desses direitos – de natureza indivisível e, portanto, insuscetíveis de atribuição a uma só pessoa – é conferida, diante do sistema que conjuga a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a determinados entes e associações, fazendo com que a sentença de procedência beneficie, conforme a “ação coletiva” seja voltada à tutela de direitos difusos ou coletivos, a coletividade ou o grupo, produzindo, conseqüentemente, coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*.¹²⁹⁸

As ações coletivas, nessa dimensão, conforme destaca Marinoni, além de objetivarem a tutela dos direitos fundamentais que demandam prestações sociais e proteção normativa e fática, compõem canais ou vias para a participação do cidadão, mesmo através de entes legitimados.

¹²⁹⁵ GRECO, Leonardo. *Ibidem*, p. 157.

¹²⁹⁶ Ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 665.

¹²⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** *Ibidem*, p. 429.

¹²⁹⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 430.

Além da legitimidade característica à ação coletiva – destinada a permitir a proteção dos direitos transindividuais, e inclusive do patrimônio público –, atribui-se a qualquer cidadão, sem a intermediação de outro ente ou associação, legitimidade para propor ação popular em busca da correção de eventual desvio na gestão da coisa pública. O art. 5º, LXXIII, da CF estabelece que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.¹²⁹⁹

Tais ações, bem de ver, não podem ser vislumbradas como meros procedimentos instituídos para a tutela dos direitos. Os direitos fundamentais estão a exigir, entende Marinoni, participação na sociedade e no poder. Essa participação, segundo ele, deve ser ensejada e incitada não apenas por meio da reserva de locais próprios de participação em órgãos públicos mas também em procedimentos voltados a decisões políticas, na esfera administrativa. Adverte que os procedimentos judiciais, de igual sorte, são indispensáveis à participação do cidadão em defesa de seus direitos fundamentais e do patrimônio público. Nessas hipóteses, a participação materializa-se pela jurisdição, agregando ao processo outra característica.¹³⁰⁰

O processo, nesse contexto, assume a condição de via ou canal de participação e não somente de tutela jurisdicional; atua como instrumento da jurisdição e habilita-se como *modus* de participação do cidadão na busca da concretização e proteção dos direitos fundamentais e do patrimônio público. Mais do que um instrumento do poder, é instrumento de *participação no poder*. É um contributo para democratizar a democracia através da participação.¹³⁰¹ Enfim, um microcosmo da democracia, porque concretiza os objetivos fundamentais do Estado democrático de direito, como *locus* da cidadania.

5.9 Concluindo o capítulo

¹²⁹⁹ Idem, ibidem, p. 430-431.

¹³⁰⁰ Idem, ibidem, p. 431.

¹³⁰¹ Idem, ibidem, p. 431.

Originariamente o processo caracterizou-se como mero instrumento de poder político, mera praxe, disciplinando tanto quanto possível de modo racional o agir arbitrário do governante autocrático, absoluto, ditatorial, totalitário, nada significando para o indivíduo, para o súdito, destituído de direitos públicos subjetivos. Subseqüentemente, na democracia liberal, revestiu-se de caráter constitucional, impondo limites ao agir do Estado e definindo-se uma área de liberdades e de direitos tutelados contra o arbítrio. O processo transformou-se, então, na hipótese de violação, em instrumento do cidadão, e de todo sujeito de direito, tanto contra o poder público como contra os particulares. Deixou de ser mera praxe, tornando-se o exercício de um direito público subjetivo à atividade do Estado-juiz.

Nesse quadrante estar-se-ia caminhando para o processo como instrumento político de participação, visto que a democratização do Estado o teria alçado à condição de garantia constitucional, enquanto a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim de fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela sociedade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo.

O processo, com essa feição, transforma-se num problema de ordem política, que não encontra equacionamento na dogmática jurídica, desafiando os processualistas, instados a recuperar para os juristas a condição de cientistas políticos.

É pela via da participação político-jurídica, traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa. Essa abertura constitucional permite que cidadãos, partidos políticos, associações, entre outros, integrem o círculo de intérpretes, democratizando o processo interpretativo e concretizando a própria

Constituição, especialmente garantindo a efetividade do sistema de direitos nela assegurados. E para viabilizar essa participação jurídico-política é criada pelo próprio ordenamento constitucional uma série de instrumentos processuais-procedimentais, objetivando garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

O processo jurisdicional pode ser vislumbrado por uma ótica diversa daquela usualmente manejada pela doutrina, a partir de uma dimensão que lhe permite conferir nova significação. Sob esse prisma, o processo é, antes de tudo, um instrumento através do qual o poder é exercido. A partir dessa idéia, desenvolvida racionalmente, tem-se a compreensão de que todo poder se exerce mediante um procedimento – procedimento que se caracteriza como processo, desde que seja produzido em contraditório. Nesse passo, apenas existe processo quando, em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato, há participação das partes em contraditório.

Usualmente a história do direito é a história do poder. O direito figura como o meio por excelência para o exercício do poder. Sob esse prisma, a jurisdição, como Poder do Estado investido para prover a tutela jurídica estatal, é o *locus* privilegiado da interpretação, aplicação e imposição do direito. Nesse caso, representa uma atividade estratégica de vital importância para a consecução das metas estatais.

O processo civil disciplina o exercício de um poder, ao pressuposto de que as leis processuais regulam a atividade jurisdicional, tendo em conta que a formação dessas normas afeta diretamente o exercício da jurisdição. Para além disso, o processo civil pode ser manejado como estratégia de poder, além de disciplinar o exercício do poder estatal. O poder é exercido através de estratégias. Nessa perspectiva, o processo civil disciplina o exercício do poder estatal em consonância com determinadas estratégias. Por isso mesmo, os modelos processuais tendem a refletir os valores políticos, econômicos, sociais, culturais e as estratégias de poder das sociedades em que se inserem.

O direito processual vincula a relação entre o Estado e o cidadão a um especial e rico pólo de interesse, do mais alto valor substancial, e não a uma simples técnica alterável conforme o gosto e o humor do eventual detentor do poder. Leis processuais restritivas ao direito de defesa, ao contraditório, a garantias ou a tutelas de

urgência, a par de poderem sempre passar pelo crivo do controle de constitucionalidade no âmbito concentrado ou difuso, certamente tendem a cercear a atividade do magistrado ou dos tribunais, em prejuízo da cidadania, não refletindo os valores que devem ser preservados pelo direito processual.

Hoje, mais do que em qualquer época, pela maior passividade do Estado decorrente da perda do monopólio regulatório da vida social, hão de se estabelecer mecanismos compensatórios com a intensificação da cidadania ativa. Daí a necessidade de criarem-se novas constelações de lutas democráticas, que possibilitem mais e mais amplas deliberações sob aspectos cada vez mais diferenciados da sociabilidade.

Propõe-se a construção de um conceito de “jurisdição constitucional aberta”. Ou seja, uma jurisdição aberta institucional e operacionalmente aos argumentos e à participação democrática, constituindo-se, dessa forma, em um *locus* privilegiado de exercício da cidadania, sendo conferida maior legitimidade democrática às suas decisões, num sentido republicano.

Considerando-se que os direitos fundamentais têm o imperativo de máxima realização, a sua concretização está a exigir o reconhecimento de um novo espaço processual/procedimental, impulsionando e refundando o conceito de *status activus processualis*. Estes direitos se caracterizam e pressupõem um direito de participação, tendo em vista que por suas características positivas se tornam crescentemente alvo de organização e procedimento estatal.

Estar-se-ia operando um câmbio na natureza da efetivação dos direitos fundamentais, a partir de uma redefinição do conceito de cidadania, não mais associado com o *status passivus subjectionis* – assinalado por uma postura passiva, de resguardo contra influências e interferências estatais –, para transmutar-se em uma dimensão marcadamente ativa, procedimental, de participação.

O direito de participação no Estado Social é tão vital quanto a posição de “cidadão” (passivo) no Estado de Direito. O aspecto procedimental é um importante instrumento de fortalecimento do aspecto material e de efetivação dos direitos fundamentais. Apenas por meio do *status activus* é que os direitos adquirem sentido,

pressupondo sobretudo um cidadão informado e engajado, quando seus interesses estão em jogo.

A Carta de 1988, ao recepcionar os institutos que amparam os direitos subjetivos públicos e que caracterizam a revolução processual em curso no direito contemporâneo, preservou, inovando, a relevância do direito na realidade brasileira. Descortina-se um novo cenário para a sociabilidade desde que as *class actions* foram reconhecidas pelo legislador pátrio como mecanismo de defesa da cidadania contra o Estado e a dimensão do mercado. Ampliou-se o conceito de soberania, abrindo-se para os cidadãos novos postos de representação, a exemplo do que sucede quando é provocado o Judiciário no controle de constitucionalidade das leis. Valoriza-se, assim, a tendência atual de expor o sistema do direito às demandas de caráter coletivo, instituindo-se o processo de adjudicação em mais uma possibilidade para a democratização social.

O direito contemporâneo, especialmente no campo constitucional e processual, vem se libertando de uma atmosfera impregnada do liberalismo individualista para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social. Esse câmbio delineia a necessidade de tutela jurídica para além das situações subjetivas usuais, caracterizadas por titulares certos e determinados ou por uma coletividade. Os novos interesses, denominados de direitos difusos, compreendem a proteção desses valores, sobretudo volvidos para o aprimoramento da qualidade de vida, em sua expressão material e espiritual, afetando uma multiplicidade indeterminada de pessoas, como nas hipóteses de proteção ao consumidor, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural. Por não se ajustarem ao modelo clássico, impõem um ajuste da processualística, assim como a elaboração de novas técnicas e institutos adequados para apreenderem as relações supra-individuais.

A Constituição Federal de 1988 ampliou tanto a legitimação ativa para demandar a tutela dos direitos coletivos e difusos, como criou ações cujo objeto específico possibilita o exercício de tais direitos. Assim, é reconhecida a legitimidade das entidades associativas para a postulação de direitos alheios, aos sindicatos e aos partidos políticos. No pertinente à ação direta de inconstitucionalidade, reconheceu-se

legitimidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, à confederação sindical ou à entidade de classe de âmbito nacional e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. De outro lado, houve uma substancial ampliação do âmbito da ação popular, para a inclusão específica de determinados direitos difusos, como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural. Concebida para a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público, tal ação passou a ter, portanto, nova feição constitucional.

A ação civil pública foi constitucionalizada, atribuindo-se ao Ministério Público a sua propositura, alargando suas funções institucionais para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Posteriormente à promulgação da Constituição, vários outros diplomas legais ordinários especificaram interesses tuteláveis por via da ação civil pública: (a) a Lei n. 7.853/89, para a defesa das pessoas portadoras de deficiência; (b) a Lei n. 7.913/89, de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; (c) a Lei n. 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente; (d) A Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, que previu a possibilidade de ajuizamento de ações coletivas com perfil diferenciado da ação civil pública instituída pela Lei n. 7.347/85.

A participação da sociedade civil é decisiva para a efetivação dos direitos constitucionais, verificando-se predominantemente num plano metajurídico. No entanto, a Constituição e a legislação infraconstitucional municiaram a processualidade de mecanismos admiráveis de participação, envolvendo entidades representativas, tais como associações, sindicatos e partidos políticos, como fundamento para uma cidadania inclusiva, a ampliar o círculo de intérpretes para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta.

O processo civil tradicional, entretanto, envolvido num cientificismo arcaico, vinculado a uma visão racionalista e a conceitos inteiramente anacrônicos, criou um fosso entre a realidade constitucional e a realidade jurisdicional, e uma dissintonia entre a sua teoria científica e a complexidade da vida social, com sua inquietante visão de verdade e de certeza, verdadeiro contraponto ao desenvolvimento filosófico, político e jurídico contemporâneo.

É inimaginável sobreviver qualquer discussão dogmática acerca da *verdade*, como ainda se sustenta notadamente no âmbito do processo, sem afrontar a síntese do pensamento waratiano do “dever das verdades incertas” ou das “certezas polêmicas” do pensamento freudiano, ou ainda a descrença de Nietzsche, e a dúvida, que alimentou a posição cética dos filósofos do século XX, difundindo, todavia, a certeza de que a busca do conhecimento continua aberta, potencialmente infinita, para assim continuar-se assombrado diante do mistério do universo.

Essa compreensão destrói os fundamentos de certeza e verdade que impregnam o processo, assim como as bases “científicas” em que ele se sustenta e que arremetem os operadores jurídicos a um vóo cego, amarrados em conceitos e em fundamentos que somente o desconhecimento ou a ingenuidade política podem justificar, e que representam, em última instância, uma resistência aos propósitos de torná-lo instrumento de efetivação das garantias e de concretização da própria da cidadania.

Um dos desafios atuais do direito processual civil e da teoria do processo é afeiçoar seus conceitos à realidade constitucional e, mais do que isso, visualizar a jurisdição sob o prisma político, incorporando no exercício jurisdicional os princípios e valores que qualificam o processo como instrumento da democracia no Estado democrático de direito. Em verdade, erigiram-se em torno do processo civil conceitos dogmatizados, estruturados numa visão liberal de Estado, que, embora importantes no sentido histórico, porque demarcam a evolução científica do direito processual como ramo autônomo do Direito, hodiernamente não resistem ao exame mais acurado do tema.

Tem o direito processual sua base no direito constitucional, que lhe fixa os fundamentos, especialmente quanto ao direito de ação e de defesa e ao exercício da jurisdição, função soberana e indelegável do Estado. A Constituição Federal de 1988 foi a Carta Política que mais se preocupou com a questão processual e também com o acesso à justiça. Enfrentou as questões relativas à assistência judiciária aos carentes e a legitimidade para agir. A par disso, criou uma série de novos instrumentos processuais para a garantia dos direitos individuais e transindividuais, além de converter em norma

constitucional uma série de garantias e princípios gerais do direito processual. Por isso, o direito processual é inerente à Constituição, no sentido de que, muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação de garantias constitucionais.

Há uma significativa distância entre o discurso teórico e a prática forense. Muito embora sejam conhecidos os avanços da filosofia do direito, no século XX, notadamente o resgate do pensamento clássico e o conseqüente retorno da hermenêutica, as instituições universitárias e legislativas impõem um comportamento dogmático. O direito é idealizado como produto exclusivo do Poder Legislativo e a conseqüência dessa distorção representa tornar os juristas, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do poder.

Ao contrário do que as filosofias liberais procuram insinuar, o sonho racionalista possui um componente autoritário, correspondendo a um modelo político muito mais opressivo do que o democrático, como hoje é possível perceber. Imprimindo à lei um sentido unívoco, dispensada sua compreensão hermenêutica, a proposição legislativa afigura-se a expressão da vontade do legislador, portanto a vontade do poder constituído, ou seja, a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus consumidores.

Chiovenda compartilhou da teoria que afirma que o juiz atua a vontade concreta do direito. Para ele e para os seus contemporâneos, o direito nada mais era do que a própria lei, ou seja, não mais do que a norma geral a ser aplicada aos casos concretos. Na atividade jurisdicional, ao juiz restava aplicar a norma geral criada pelo legislador. Havia uma nítida separação entre aplicação e criação do direito. Essa teoria supunha que o juiz seria capaz de dirimir qualquer litígio aplicando as normas gerais, ante a crença de que o ordenamento jurídico seria completo e coerente. Essa ilusória percepção de que a legislação era revestida de completude e de coerência, possibilitando à jurisdição condições de resolver qualquer caso, tinha por objetivo obstar ao juiz a interpretação da lei para regular a situação litigiosa. O juiz jamais precisaria dar sentido a uma norma, interpretando a lei em conformidade com a Constituição. Em verdade, não deveria e nem poderia formular uma norma jurídica em

consonância com os ditames constitucionais porque nesse tempo não se tinha a compreensão de validade da lei vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. A lei desconsiderava a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo. À jurisdição incumbia aplicar a lei genérica e abstrata, típica do Estado liberal.

Os conflitos, de outro lado, possuíam características homogêneas, de molde a não demandar do juiz uma especial compreensão de suas peculiaridades. O caso sobre o qual o juiz devia decidir era acobertado pela lógica da subsunção. Os fatos eram considerados a premissa menor, e a norma geral a premissa maior. O juiz detinha uma tarefa quase mecânica, porquanto os fatos provinham de uma sociedade compreendida a partir de um ângulo igualizador, de modo a não exigir dele qualquer esforço interpretativo ou de atribuição de sentido.

Carnelutti, diferentemente de Chiovenda, afirmava que a função do juiz era a composição da lide. E ao “compor a lide” criava a norma individual que regularia o caso concreto. A sentença, ou norma individual, nessa hipótese, fazia concreta a norma geral, passando a integrar o ordenamento jurídico. A composição da lide se verificava quando a sentença tornava a norma geral particular para as partes.

A diferença entre Chiovenda e Carnelutti não está na tese de que o juiz, neste, pode esculpir ou criar a norma geral e, portanto, estar livre das amarras do positivismo acrítico. Kelsen deixa claro que o juiz cria a norma individual com base na norma geral. O legislador, subordinado à Constituição, cria as normas gerais, e o juiz, vinculado à lei, cria as normas individuais ao proferir as sentenças. Nesse sentido, a diferença entre as funções do legislador e do juiz é apenas quantitativa, na medida em que, apesar de o juiz estar mais limitado que o legislador, ambos criam normas com fundamento em normas superiores. As duas teorias, vistas nesta perspectiva, variam apenas porque em uma o juiz declara a norma geral sem produzir uma norma individual, e na outra o juiz cria uma norma individual com base na norma geral declarada na fundamentação da sentença. Desse modo, as duas teorias estão igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei.

Diante da insustentabilidade das teorias clássicas, há uma nova

concepção de jurisdição. O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, evidenciando que a lei deve ser afeiçoada aos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. É possível aferir concretamente isso a partir dos deveres de o juiz interpretar a lei em conformidade com a Constituição, de controlar sua constitucionalidade, sobretudo atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que possa obstar a proteção de um direito fundamental. O constitucionalismo contemporâneo, ademais, comete à jurisdição o dever de tutelar os direitos fundamentais que eventualmente sejam colidentes no caso concreto.

Ao se entender norma como texto e norma jurídica como a interpretação dela decorrente, torna-se simples conferir ao juiz a incumbência de criar a norma jurídica que cristaliza a compreensão da lei na medida das normas constitucionais, ou ainda, na hipótese particular de tutela de direitos fundamentais colidentes, a razão jurídica determinante, diante do caso concreto, de prioridade de um direito fundamental sobre o outro.

O direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter como consectário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e compreendidos pelo juiz de acordo com o modo como essas necessidades se revelam no caso concreto. O juiz, nesse caso, tem o dever de localizar na legislação processual o procedimento e a técnica adequada à efetiva tutela do direito material.

A questão da racionalidade das decisões judiciais decorre, no caso brasileiro, de imposição constitucional. Tal prescrição é justificada porque a ordem jurídica reflete o paradigma do Estado democrático de direito, impondo, sob pena de nulidade, que as decisões judiciais sejam fundamentadas, no quadro do devido processo.

O direito, sob o paradigma do Estado democrático de direito, não é indiferente às razões ou ao modo pelos quais o juiz ou tribunal decide. Ele exige a reflexão acerca dos paradigmas que informam a própria decisão jurisdicional. No

Estado democrático de direito, a tensão imanente no direito entre facticidade e validade manifesta-se no exercício da jurisdição como uma tensão entre o princípio da certeza do direito e a pretensão de se tomar decisões justas. Essa tarefa de julgar, para que realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito, deve simultaneamente cumprir as condições de uma decisão consistente e de aceitabilidade racional.

O princípio da certeza demanda decisões que possam ser consistentemente tomadas no quadro do direito vigente. A pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática, de outro lado, exige decisões racionalmente fundadas nos fatos da causa, de tal sorte que possam ser aceitas racionalmente.

Um juízo singular deve estribar-se no conjunto de todas as razões pertinentes havidas como relevantes, para uma interpretação completa da situação. Destarte, incumbe ao juiz desenvolver um senso de adequabilidade. Ainda que sejam possíveis várias interpretações ou ainda que várias normas sejam válidas, sob a perspectiva dos discursos jurídicos de justificação, isso não significa dizer que todas sejam adequadas ao caso sob exame. A solução correta, para as hipóteses de colisão de normas ou com variantes semânticas, advém do desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, tendo em vista uma reconstrução paradigmática apropriada do direito vigente.

Uma compreensão principiológica do direito ou uma concepção modelo de princípios está a exigir do Poder Judiciário um agir politicamente. Todavia, não no sentido de dar curso a concepções pessoais do julgador a propósito do que considera pragmaticamente adequado, mas na perspectiva de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Isso leva a diferenciar os argumentos de princípio, fundados em direitos, dos argumentos de política, fundados em questões axiológico-teleológicas de bem-estar coletivo.

A jurisdição não é a manifestação de um poder sem disciplina jurídica. Ao revés, quando o Estado exercita a função jurisdicional age dentro de uma estrutura normativa regulamentadora de sua atividade. Essa estrutura normativa, contudo, está

edificada para possibilitar e salvaguardar a participação dos destinatários do ato imperativo do Estado na fase de sua formação. Nesse viés, a jurisdição, objeto de enfoque do Direito Processual Civil, é exercida nos limites do ordenamento jurídico, sob sua disciplina, em uma estrutura normativa em que os atos e as normas são conectados em especial forma de interdependência.

Foi Chiovenda quem fixou o conceito de processo como relação jurídica, ao lançar as bases da ciência do Direito Processual Civil. A relação jurídica já havia se estabelecido como verdadeiro dogma na doutrina civilista, com o intuito de explicar direitos e deveres, faculdades e obrigações, atingindo outros ramos do Direito e disseminando-se igualmente pelo Direito Processual Civil, que a adotou sem contestação.

O modelo clássico estabeleceu-se sobre a idéia de que relação jurídica é um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico. O desenvolvimento desse modelo se assentava no juízo de que todo direito tem necessariamente um sujeito ativo e um ou vários outros sujeitos passivos. A essa teoria dos dois sujeitos acrescentou-se um terceiro elemento: a prestação. Em suas bases fundamentais, a teoria da relação jurídica não se distinguiu das construções do direito privado do século XIX, impregnadas das concepções individualistas da época.

A noção que embasou o conceito de relação jurídica foi a da autonomia da vontade, que constituiu o fundamento de todo o sistema individualista do século XIX, da noção de contrato à de liberdade. A teoria em questão, todavia, se entremostrou desde logo insuficiente para responder às situações que claramente não correspondiam a vínculos entre sujeitos. Embora o direito de propriedade tenha granjeado novas formulações, o pátrio poder, a nacionalidade, o direito à honra e, genericamente, os direitos personalíssimos restaram sem respostas adequadas pelo *vinculum iuris*.

A pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual escamoteou a realidade concreta, possibilitando a construção de uma ciência processual ensimesmada, imersa em si própria, sem olhar para a realidade de direito

material e para a vida. A abstração e a neutralidade do conceito de relação jurídica processual é bastante para ocultar qualquer vontade estatal. Todavia, o Estado não é neutro, porquanto tem fins e projetos a serem concretizados em razão de seus valores.

A teoria das situações jurídicas, de outra parte, desenvolveu-se em bases diferentes da adotada por Kelsen, também com o objetivo de suplantar o conceito de relação jurídica. Tal teoria não exclui a faculdade ou o dever do campo do direito – não apreendido apenas como instrumento coativo –, mas igualmente recusa a concepção clássica de relação jurídica como vínculo entre sujeitos e do direito subjetivo como poder sobre a conduta de outrem.

O processo não pode ser visualizado apenas como relação jurídica, mas como uma expressão relevante para a democracia e, por essa razão, deve ser legítimo. Deve se legitimar pela participação. Deve ser legítimo, adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais e, ademais, deve produzir uma decisão legítima.

A identificação do processo como procedimento em contraditório entre as partes, emergente de uma estrutura normativa, suplanta a concepção de processo como relação jurídica. O contraditório é vislumbrado como oportunidade de participação paritária. É garantia de simétrica igualdade de participação dos destinatários do provimento na fase procedimental de sua preparação. Nesse viés, a possibilidade garantida de participação em simétrica igualdade não se concilia definitivamente com vínculo de sujeição.

A concepção mais contemporânea de processo, portanto, não o distingue de procedimento através de um critério teleológico, tampouco o compreende como relação jurídica ou o procedimento como mera forma. Nessa nova mirada, o processo se diferencia de procedimento, porque este é um conceito mais amplo. Procedimento é vislumbrado como gênero do qual o processo é espécie. Estas concepções emergem de um conceito renovado de procedimento e de processo, consonante com o atual estágio da teoria geral do direito e do sistema normativo que embasa tais conceitos.

Procedimento, assim como processo, é categoria da Teoria Geral do Direito. É a atividade de preparação de provimentos estatais, que são atos de caráter vinculante do Estado geradores de efeitos sobre a esfera jurídica dos cidadãos. Os

provimentos podem ser legislativos, jurisdicionais ou administrativos, dependendo do procedimento que os prepara. Mas o procedimento não se esgota na simples preparação do provimento, ele possui uma característica fundamental, a forma específica de interconexão normativa entre os atos que o compõem.

O processo caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional, ou dos seus representantes, como no caso do processo legislativo. Os interessados são aqueles em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos. Mas essa participação se dá de uma forma específica, em contraditório. Contraditório, mais que a simples garantia de dizer e contradizer, aqui é garantia de participação em simétrica paridade.

O processo, portanto, liberto da acepção de relação jurídica, revigora-se na renovação do conceito de procedimento. De fato, é um procedimento, mas não aquele dos ritos e das formas que se autojustificam, porém um procedimento realizado em contraditório entre as partes. Estas trazem seus interesses contrapostos, seus conflitos e suas oposições no âmago da atividade que se desenvolve com vistas à emanção de uma sentença participada. Tal provimento não é ato isolado do Estado-juiz, mas resultado de toda uma atividade produzida participativamente, com garantia de simétrica paridade aos interessados, isto é, daqueles que irão suportar os seus efeitos.

A proceduralização do ordenamento jurídico constitui um traço característico da doutrina jurídica europeia atual e para as ditas sociedades “pós-modernas”. A ênfase no aspecto processual do direito tem sido marcante. A difusão crescente da *fórmula processual* representa o instrumento mais democrático e racional de se dar conta dos problemas mais complexos das sociedades atuais. Esta fórmula implicaria a solução desses problemas através do envolvimento dos interessados em debate dialético. Por conta disso, têm surgido cada vez mais novos “ramos” do direito processual, não apenas de caráter jurisdicional, mas também no domínio da Administração, do Legislativo, envolvendo a própria eleição dos titulares desses

Poderes, assim como no campo das relações privadas e empresariais, com o já denominado direito processual societário.

A compreensão de processo e procedimento está fundada no princípio democrático. Aqui a democracia reclama sobretudo participação. A participação no poder é da essência da democracia, porque é ela que legitima o exercício do poder. Em suma, o exercício do poder, no processo, é legitimado pela possibilidade de participação, de modo a ser-lhe conferida, na dicção de Dinamarco, a dimensão de microcosmo do Estado democrático de direito.

A legitimidade do exercício da jurisdição está atrelada a uma possibilidade real, e não apenas formal, de participação. O processo deve ser reflexo, efetivamente, do ideal de Estado democrático de direito. O termo *democrático* qualifica o Estado e irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos característicos e, portanto, sobre a ordem jurídica. O direito, nesse horizonte, imantado por esses valores, se enriquece do sentimento popular e por isso deve ajustar-se ao interesse coletivo.

Com a democracia social intensificou-se a participação do Estado na sociedade. A atuação do juiz no processo modificou-se, incumbindo-lhe, agora, zelar por um processo justo, capaz de possibilitar a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real; a justa aplicação das normas de direito material; e a efetividade da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito.

Um processo efetivamente democrático, fundado na isonomia substancial, exige do magistrado uma postura ativa. A produção da prova já não é mais monopólio das partes. A atuação do magistrado agora é mais intensa, sendo-lhe autorizada a produção de provas de ofício para elucidar os fatos. A perquirição da prova, nesse caso, se justifica para a devida elucidação dos fatos, inclusive em razão de menor sorte econômica ou de menor astúcia de um dos litigantes.

O contraditório não é violado em razão da participação do juiz. Ao contrário, ele é robustecido com a postura ativa do magistrado. Não havendo paridade

de armas, é desimportante a existência de um contraditório meramente formal. O pior seria guindá-lo à condição de expectante passivo, em situações em que a lide não raro ficaria sem uma solução devida, justamente por sua omissão na determinação de provas de ofício. Em verdade, para o juiz não é indiferente almejar conduzir o processo a um resultado justo e desejar que vença a causa a parte que tenha razão, seja ela autora ou ré.

O contraditório no processo civil contemporâneo tem sentido diverso daquele atribuído pelo direito liberal. O contraditório de então era visto apenas como mera garantia de conteúdo formal. Não havia como pensar em efetividade ou em realização efetiva do contraditório, muito menos em obstáculos sociais impeditivos da participação. Nesse viés, não há como entender legítimo ou democrático o processo que exclua alguém do direito de participar por razões de ordem econômico-social. A legitimidade do processo se vincula a uma possibilidade real e não apenas formal de participação. Nesse sentido, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso.

A concepção de paridade de armas ou de participação em igualdade de condições não tolera a idéia de que as partes não possam efetivamente participar ou em que apenas uma delas tenha efetivas condições de influir no convencimento do juiz. Essa paridade de armas não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes, nem mesmo uma perfeita simetria de direitos e obrigações. As eventuais diferenças de tratamento podem ser justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, de modo a evitar um desequilíbrio em prejuízo de uma delas.

O princípio do contraditório, como valor cultural, pode apresentar várias acepções. Como é necessário que o direito se ajuste aos anseios da justiça social, é lógico que o princípio não possa ser focado a partir da idéia da igualdade formal. Na atualidade deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, a refletir os valores do Estado Social.

O contraditório, hoje, como expressão do princípio político da participação democrática, não é mais exclusivo do processo judicial, já que se amplia a todas as atividades dos poderes públicos das quais possam resultar decisões afetando a liberdade, o patrimônio ou a esfera de interesses do cidadão.

Não é obstáculo para a participação ativa do magistrado na instrução o princípio da imparcialidade. Longe disso, poderia sim ser irrogada a parcialidade de magistrado que se omite sem pejo, quedando-se inerte, mesmo sabendo que determinada prova é fundamental para a elucidação da matéria fática.

O contraditório atual nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade humana. Esse primado impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja garantido a todos os interessados de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente. Para tanto, é necessário estabelecer uma relação dialógica entre juiz e os outros sujeitos principais do processo. Esse diálogo reclama intercâmbio de idéias, propiciando que todos os interlocutores possam falar, ouvir e dizer o que pensam, reagindo às opiniões do outro, para que todos possam ser influenciados reciprocamente. Certamente está-se a exigir, nessa instância dialógica, um novo juiz, capaz não apenas de ouvir, mas também de escutar e de falar. Neste aspecto, ação e defesa têm o mesmo conteúdo, como instrumentos de participação.

Há grande número de procedimentos judiciais que cumprem a finalidade de permitir a participação do cidadão no poder e na vida social. Um procedimento justo implica a existência de procedimentos coletivos, que possibilitam a intervenção dos cidadãos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais de relevância para a vida coletiva, ditos procedimentos de massa para a defesa do ambiente, da saúde, do patrimônio cultural, dos consumidores, etc. A cidadania exige a abertura para a participação nas discussões de relevo para a sociedade. Não há, pois, como o processo judicial se desobrigar da sua responsabilidade, não contribuindo para a otimização da participação. Nesse norte, as ações coletivas e a ação popular são autênticas vias de participação popular, verdadeiros instrumentos atrelados à idéia de democracia participativa ou de incremento da participação direta no poder e na vida social.

As ações coletivas, nessa dimensão, além de objetivarem a tutela dos

direitos fundamentais que demandam prestações sociais e proteção normativa e fática, compõem canais ou vias para a participação do cidadão, mesmo através de entes legitimados.

Tais ações não podem ser vislumbradas como meros procedimentos instituídos para a tutela dos direitos. Os direitos fundamentais estão a exigir a participação na sociedade e no poder. Essa participação deve ser ensejada e incitada não apenas por meio da reserva de locais próprios de participação em órgãos públicos ou em procedimentos voltados a decisões políticas, na esfera administrativa. Os procedimentos judiciais são indispensáveis à participação do cidadão em defesa de seus direitos fundamentais e do patrimônio público. Nessas hipóteses, a participação materializa-se pela jurisdição, agregando ao processo outra característica.

O processo, nesse contexto, assume a condição de via ou canal de participação e não somente de tutela jurisdicional. Atua como instrumento da jurisdição e habilita-se como *modus* de participação do cidadão na busca da concretização e proteção dos direitos fundamentais e do patrimônio público. Mais do que um instrumento do poder, é instrumento de participação no poder. É um contributo para democratizar a democracia através da participação. Enfim, é um microcosmo da democracia, porque concretiza os objetivos fundamentais do Estado democrático de direito, como *locus* da cidadania.

6 CONCLUSÃO

A título de conclusão, reservou-se este último espaço para destacar alguns dos fundamentos emergentes do desenvolvimento da pesquisa, possibilitando um extrato das idéias principais que demarcaram o texto. Essas ilações são apresentadas de forma sistematizada, a partir do desenvolvimento dos capítulos.

Num balanço final das idéias expressas no presente trabalho, enfatizam-se, inicialmente, numa perspectiva semiológica, os signos da liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), que traduzem, num sentido histórico e político, as diversas fases do projeto da Modernidade:

1 A conquista do Estado democrático de direito representa uma verdadeira conquista na história da civilização ocidental. Sob o prisma político-filosófico a humanidade parece realizar, cíclica e historicamente, o processo de desenvolvimento do Estado liberal na construção do projeto da Modernidade, através de signos, que representam, no plano ideológico, a consolidação progressiva do ideário político da Revolução Francesa – a liberdade, da igualdade e da fraternidade.

No plano histórico e político, o ano de 1789 marca a primeira vitória na luta pelo reconhecimento dos Direitos Humanos, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, conquista da Revolução Francesa, cujo lema – liberdade, igualdade, fraternidade – propagou-se pelo mundo ocidental como um paradigma civilizatório, a exigir a construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

O século XIX pode ser designado como o século da liberdade. Ainda que a história da luta pela liberdade seja adjacente à própria história humana, será nessa quadra que o ideal libertário se materializará. Caem, então, os grilhões da escravidão. Esta liberdade corporal é a mais primária de todas as suas formas de expressão e a mais fundamental, já que todas as outras nela se amparam. Entretanto, liberdade tem sentidos muito mais amplos do que apenas os direitos de locomoção, de liberdade de pensamento, de expressão, de consciência, de crença, de informação, de decisão, de reunião, de associação, enfim, todas estas e outras que afiançam uma vida digna à

pessoa humana. Contudo, para que a pessoa seja, de fato, livre, é mister, inicialmente, seja ela liberta da miséria, do analfabetismo, do subemprego, da subalimentação, da submoradia. Assim, a luta pela liberdade continua não só para manter os direitos já conquistados, mas sobretudo para afirmar a liberdade àqueles que a ainda a perseguem.

O século XX foi cognominado o século da igualdade. Desde os seus primórdios, houve movimentos pelo reconhecimento da igualdade política entre homens e mulheres, brancos e negros. No seu transcurso se desenvolverá todo o ideário contra a discriminação fundada em sexo, raça, cor, origem, credo religioso, estado civil, condição social ou orientação sexual. A igualdade, no entanto, consiste em tratar igualitariamente os iguais, e desigualmente os desiguais. Daí a luta contínua contra outras formas de injustiça marcadas pela desigualdade entre os indivíduos, por exemplo, por racismo, bem como as que estão a exigir tratamento uniforme a pessoas que têm, de fato, motivos para serem tratadas de modo diferenciado, como idosos, grávidas ou portadores de deficiência. Assim como a pugna pela liberdade, a manutenção e a expansão da verdadeira igualdade são uma luta contínua a desafiar a história humana.

O século XXI levanta a última bandeira da Revolução Francesa: a fraternidade. Nesse novo pórtico impõe-se a solidariedade como um norte para as ações governamentais, empresariais e interpessoais. Neste signo o foco da proteção dos direitos deve migrar do âmbito individual e voltar-se, categoricamente, ao coletivo. Sobrelevam os direitos inerentes à pessoa humana, não considerada particularmente, mas como coletividade; o direito ao meio ambiente, à segurança, à moradia, ao desenvolvimento. Impõe-se a consciência de que os direitos fundamentais apenas serão efetivamente assegurados quando também forem garantidos a todos. Enfim, é o tempo de se concretizar o bem comum.

Do século XVIII ao século XX o mundo atravessou duas grandes revoluções – a da liberdade e a da igualdade – seguidas de mais duas, nas últimas décadas – a revolução da fraternidade, focada no homem concreto, ambivalência planetária, o sistema ecológico, a pátria-universo; e a revolução do Estado social, em

seu estágio mais presente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade.

Com o ciclo das revoluções e o pensamento político e filosófico liberal nasce o Estado Constitucional, consolidando as liberdades negativas, a separação dos poderes e um período assinalado pelo individualismo e por uma visão de Estado liberal estruturada sob o signo da igualdade formal.

A eclosão da Revolução Industrial, a ordenação da sociedade civil e a emergência dos direitos sociais demarcam no plano histórico e político a passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo ou Social. O surgimento das constituições dirigentes, já na primeira quadra do século XX, delimita um novo marco – a construção da democracia substancial e o desafio da consolidação do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais, já sob o signo da fraternidade.

A conciliação entre igualdade e liberdade, entre democracia e liberalismo, especialmente de uma democracia substancial fundada nos direitos fundamentais e sociais, são o caminho prospectivo de uma era de fraternidade e de solidariedade como valores civilizatórios.

O conceito de liberdade, no século XVII, monopolizou os debates teóricos sobre a formação do Estado, sua legitimidade e função. Estabeleceu-se a distinção entre *liberdade natural* e *liberdade civil*. Predominou, nesse espaço reflexivo, a visão de que o homem nasce livre. Entretanto, para que essa liberdade individual não gerasse a destruição recíproca dos indivíduos, incumbiria ao Estado a missão de ordenar a sociedade e garantir o exercício legítimo da liberdade civil. Esse princípio inspirou a teoria do contrato social, bem como serviu de fundamento para as concepções seiscentistas de Estado. Nesse patamar, a liberdade afigurava-se como *propriedade* – como um objeto, que podia ser obtido, delimitado, trocado. Propunha-se o sacrifício da liberdade sob o primado da coação. O modelo liberal de Estado foi concebido para proteger a propriedade e a liberdade individuais. A acepção de liberdade desenvolvida nesse período histórico estimulava a idéia do devido processo legal. É significativo o surgimento do *habeas corpus* na Inglaterra, bem uma noção incipiente de *liberdades políticas* – de reunião, de assembléia, de expressão etc.

No século XVIII, a idéia de liberdade teve feição revolucionária, inspirando reivindicações e lutas por uma nova sociedade. O *Iluminismo*, como movimento filosófico, artístico e político, preconizou a garantia das liberdades e dos direitos dos cidadãos. Combateu o autoritarismo estatal e difundiu o sentimento de libertação humana orientada pelos ditames da razão e da reflexão filosófica. As concepções iluministas de liberdade de modo geral sinalizavam para três perspectivas: para a *autonomia* do indivíduo frente ao Estado absolutista e para os excessos da Igreja e da religião; para a *autonomia* da razão em face das superstições; e também para a condição para o *progresso* contínuo e racional da humanidade.

Os chamados *direitos naturais* concretizaram, em várias categorias, os ideais políticos do Iluminismo, ao serem incorporados nas primeiras Cartas Políticas burguesas: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa. Nesse tempo, a liberdade transfigura-se em *direito individual* do cidadão frente ao Estado. As liberdades de pensamento e de religião passam a ser expressas, e através do conceito de *legalidade* formulam-se os limites de atuação do Estado na esfera individual e na *propriedade*. A *liberdade individual* e a *liberdade econômica* tornam-se protegidas juridicamente.

O século XIX, a despeito de consolidar o modelo liberal, conviveu com o surgimento dos *paradigmas deterministas*, antípodas do pensamento iluminista de uma liberdade universal e abstrata. Essas doutrinas sustentam que o ser humano não é plenamente livre, porquanto sofre influência de fatores internos e/ou externos. O darwinismo social e a concepção de sociedade como organismo defendia a não-intervenção estatal na sociedade, como estratégia para *selecionar* os indivíduos superiores. O cientificismo determinista burguês desconsiderava o aspecto *igualitário* das liberdades individuais, fazendo distinções *hierárquicas* entre os indivíduos, fundadas na raça, na geografia, na fisiologia, na eugenia etc. Noutra mirada, o marxismo, ao denunciar a exploração do trabalho, formulou severas críticas à noção burguesa de liberdade, segundo ele atrelada à propriedade privada, revelando que essa liberdade da classe trabalhadora resumia-se à venda de sua mão de obra.

No século XX, o conceito de liberdade é problematizado de modo

peculiar pelo *existencialismo*, segundo o qual a existência humana precede sua essência. O homem tem total responsabilidade sobre o sentido de sua vida, que é pautada por suas próprias escolhas e decisões. O homem está condenado à liberdade, ao revelar o caráter inexorável de uma existência livre, construída por suas ações e omissões. A ninguém se pode tributar a responsabilidade de um ato pessoal, nem a Deus, nem a natureza humana. O homem é visto como um projeto a ser concretizado; por isso é responsável pela sua definição como sujeito, e responsável por toda a humanidade. A circunstância de ser livre de forma inevitável tenderia a reforçar seu engajamento no mundo.

No âmbito da teoria política clássica, retoma-se, com John Rawls o conceito kantiano de *pessoa autônoma*, para estabelecer o primado do princípio da liberdade em sua definição de justiça como equidade. Articula-se o clássico conceito de *liberdade negativa* com a exigência de uma maior igualdade na distribuição das riquezas produzidas pela sociedade. Habermas, de seu turno, constrói outro paradigma, para sustentar uma relação de co-originalidade entre *autonomia privada* e a *autonomia pública*. Segundo ele, os indivíduos não são somente destinatários dos direitos subjetivos fundamentais, pois devem ter direitos fundamentais à participação, em igualdade de oportunidades, tanto nos processos de formação da opinião como no da criação do direito legítimo. Em suma, os indivíduos devem assumir o papel de autores de sua ordem jurídica.

O conceito de liberdade transita por toda a história do pensamento político e jurídico da modernidade e é o primeiro fundamento da construção de um Estado de direito, e mais do que isso, de um Estado democrático de direito, exigência inarredável da sociedade contemporânea.

A igualdade, de seu turno, como princípio jurídico pode ser aferida sob duas perspectivas: a formal e a material. A concepção formal teve sua pujança com o desenvolvimento das idéias liberais. No absolutismo o indivíduo era valorizado em razão de sua origem e de sua classe social. A nobreza e outros estamentos privilegiados jamais eram vistos como iguais frente aos demais súditos. Essa discriminação encontrou no meio social opressor a semente para o florescimento do

conceito de que todos os homens deveriam ser tratados com igualdade. As revoluções burguesas sepultaram a manutenção de privilégios inaceitáveis.

O pensamento político passou a refletir uma nova concepção de sociedade, de Estado e de direito. Os privilégios concedidos a parcelas sociais são derogados, exigindo-se, na consolidação dos direitos civis, a igualdade de tratamento social. Os antigos súditos transformam-se em cidadãos. O Estado passou a ter no direito seu principal modo de atuação, levando em conta a idéia de igualdade. Na aplicação da lei, o Estado desconsidera qualquer situação individual que sobreleve as antigas regalias. A lei deve ser aplicada igualmente para todos e, por isso, todos são iguais perante a lei.

O catálogo liberal que impunha a aplicação da lei em igualdade de condições a quem quer que fosse aos poucos foi perdendo força. Apesar de no início representar um avanço, por proibir privilégios de origem familiar, agora já se entremostrava insuficiente. Esse quadro provocou um câmbio fundamental na forma de constituição dos Estados. As Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, no início do século XX, inauguram jurídica e politicamente uma nova concepção de Estado. Surge formalmente o Estado social, operando uma verdadeira revolução na percepção do Estado, assim como acerca de suas verdadeiras funções.

O Estado social é chamado a interferir na sociedade, para por fim às enormes desigualdades que separavam os poucos ricos de uma multidão de pobres e miseráveis. O Estado, desta feita, é protagonista na garantia de novos direitos atribuídos aos cidadãos. Educação e saúde públicas são enunciados como direitos fundamentais de segunda geração. Os de primeira geração haviam se consolidado com as bases do Estado liberal. O Estado social passa a garantir as condições normativas e materiais de eficácia desses novos direitos. Modifica-se a noção de igualdade. Não se abandona a idéia de igualdade formal, só que se passou a concebê-la com maior vigor, também numa perspectiva material. É insuficiente, agora, o mero discurso de que os homens são iguais no momento da aplicação da lei. Reconhece-se claramente que as desigualdades fáticas entre os cidadãos impedem uma verdadeira aplicação igual da lei entre os considerados iguais.

O Estado não deve, agora, apenas reverenciar as igualdades não distinguindo os homens, mas deve criá-la, sob pena de atuar ou omitir-se inconstitucionalmente. Essa criação dá-se, fundamentalmente com o adimplemento de prestações estatais – a efetivação dos direitos fundamentais da segunda geração – e com a adoção das chamadas *medidas de discriminação positiva*. O princípio da igualdade exige é vislumbrado como comando normativo e como direito fundamental dos cidadãos. O Estado tem o dever de não estabelecer diferenças não autorizadas entre os homens na aplicação da lei e de reduzir as diferenças materiais entre eles. Correlativamente decorre o direito dos cidadãos a um tratamento igual na aplicação da lei e de auferir do Estado aquelas prestações que tornam os homens menos desiguais.

A solidariedade, de outro viés, é um dos valores mais importantes na sociedade contemporânea e representa, em nível civilizatório, a concretização do ideal revolucionário da fraternidade universal. É indeclinável que os valores representam a base material das normas, constituindo o *ethos* das normas jurídicas, a servir de fundamento e de finalidade ao próprio direito, como fato social. A solidariedade, quando positivada, reveste-se da forma de princípio. Assim, além de valor, tem caráter jurídico e se irradia em todas as áreas do direito.

A justiça afeiçoa-se a uma vontade de impor valores. Não se trata de um juízo de adequação, onde se poderia conformar uma ação ou situação a um critério exterior, mas de uma prescrição soberana, na cena individual e social. A solidariedade e a justiça são dois temas, que se interligam logicamente, embora focados em perspectivas diferentes. A solidariedade como princípio jurídico essencial para a concretização dos valores e das garantias constitucionais. A justiça, numa perspectiva jurisdicional, como instrumento e feitora da concretização da cidadania.

No Brasil, o valor solidariedade é localizado implícita ou expressamente em vários preceitos da Constituição de 1988 e está positivado como um dos princípios fundamentais da República no art. 3º, incisos I e III, ao dispor dentre esses objetivos – construir uma sociedade justa, livre e solidária (inc. I); e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III).

O valor solidariedade é fonte para alguns ramos do Direito, como o Previdenciário, Trabalhista, Ambiental e Direito Internacional de Desenvolvimento. Também é fonte de vários institutos jurídicos como os regentes da Seguridade Social, o da responsabilidade do Estado com base na Teoria do Risco Administrativo, o princípio da capacidade contributiva, os impostos progressivos, o asilo político o refúgio, a extradição, a homologação de sentença estrangeira, as ações afirmativas, a função social da posse, a função social do contrato e a obrigação alimentar.

A solidariedade se pauta também na justiça social, na igualdade e dignidade da pessoa humana. Por conta disso, sua efetivação implica indiretamente a realização desses valores. As normas constitucionais e infraconstitucionais que albergam esse valor/princípio estariam a indicar que os anseios da sociedade mundial de tornar-se mais justa e solidária está se consolidando no direito.

2 A seguir são delineadas as idéias centrais acerca do Estado de direito e do Estado democrático de direito:

O Estado apresenta-se como uma forma histórica de organização jurídica de poder, peculiar às sociedades civilizadas, sucedendo a outras formas de organização política. E como ordenamento democrático está fundado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, na inviolabilidade dos direitos e no livre desenvolvimento da personalidade humana.

O projeto sociocultural da modernidade está relacionado com as transformações verificadas no pensamento humano desde o fim da Idade Média. Consolidou-se depois das revoluções burguesas, quando esse novo paradigma se interligou ao sistema capitalista de produção. Pretendeu-se organizar a vida em sociedade, pela vez primeira na História, segundo um plano racional ideal.

A modernidade tem sido definida pelo triunfo da razão sobre as tradições, da ação científica e tecnológica sobre os sistemas de controle social, do universalismo sobre o particularismo, e da produção sobre a reprodução. Também é demarcada pelas categorias do conflito, destruição e crítica ao irracional, ao tradicional e ao costumeiro.

A modernidade significou a busca constante de mudança e de progresso e a reinvenção de uma nova representação da ordem social. O processo de racionalização tornou-se a sua principal característica, impulsionando a modernização da sociedade e da cultura, e teve sua expressão na distinção entre as esferas sociais e axiológicas, desgarrando-se da religião.

No pertinente à sua organização, a evolução do Estado moderno consistiu, fundamentalmente, na transferência dos meios reais de autoridade e de administração do domínio privado para a propriedade pública e do poder de mando, até então exercido como um direito individual, expropriado, primeiro, em benefício do príncipe absoluto, e posteriormente do Estado.

O Estado moderno ostenta duas características básicas: *aparato administrativo* – com a instituição da burocracia, visando a prestação de serviços públicos para organizar as finanças, e com a divisão racional do trabalho; e *monopólio legítimo da força* – a sobrevivência do Estado exige um sistema coercitivo bem estruturado para submeter o exército e a burocracia, ou seja, pela supremacia dos meios de coerção física assentados legitimamente no reino da lei.

O *Estado constitucional, representativo* ou *de direito* eclode impulsionado pelas correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo e por importantes movimentos econômicos, sociais e políticos. São marcos históricos importantes dessa passagem para o Estado Constitucional a Revolução Francesa (1789-1799), a Inglaterra (onde se iniciara a Revolução industrial um século antes) e os Estados Unidos (com a primeira Constituição escrita em sentido moderno). No Estado Constitucional, as Constituições escritas institucionalizam juridicamente o poder político; a soberania nacional é una e indivisível; e o povo é formado por um conjunto de cidadãos iguais em direitos e deveres.

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súbditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de

direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação dos poderes, a representação política.

A transformação do Estado absoluto em Estado de direito dá-se simultaneamente com a transformação do súdito em *cidadão*. Nessa medida, sujeito de direitos não mais havidos como “naturais”, mas constitucionais frente ao Estado. E o denominado contrato social não se reveste mais de mera teoria filosófico-política porquanto se conforma em pacto constitucional com um conjunto de normas positivas obrigando o Estado e o cidadão, ambos sujeitos de soberania reciprocamente limitada.

No período iluminista, amadureceu a concepção legalista do direito, com a prevalência do direito escrito, havido como uma conquista na superação dos ordenamentos costumeiros. A lei escrita garantia a estabilidade das normas e seu conhecimento. Daí definir-se o *princípio da legalidade* como a primeira garantia do direito público moderno ou contemporâneo. E, por essa razão, a Declaração dos Direitos vinculava à própria noção de Constituição a divisão dos poderes e o asseguramento das garantias.

A divisão funcional de Poderes ou a “separação” é relativa, tal como sugerido no século XVII com o mecanismo dos *checks and controls*. Os poderes, mais do que separados, são *distintos*. Tal expressão empresta melhor flexibilidade às suas linhas fronteiriças. No Estado Moderno constata-se que cada Poder, embora exercendo a sua função própria, não o faz com exclusividade. Assim, a diferenciação do Poder Público em Legislativo, Executivo e Judiciário não esgota as funções de legislar, julgar e executar.

É conclusivo que a teoria clássica da separação dos poderes – definindo exclusividade na função de cada qual – não se ajusta às modernas exigências do Estado Social e constitucional. Inúmeros interesses, bens e valores, dantes não reconhecidos, passaram a ter vital importância para a sociedade. Por isso, o Estado não se adstringe mais à defesa dos interesses da maioria, já que passa a assegurar igualmente instrumentos de efetivação e de proteção dos direitos das minorias. Reconhece-se a possibilidade de ingerência dos outros poderes em funções que

originariamente não lhes permitiam garantir a realização dos valores e direitos que o povo, democrática e legitimamente, elegeu como fundamentais para a sociedade.

O princípio da divisão dos poderes, de fato, não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria e novas formas de relacionamento entre os órgãos, tanto que se prefere, nos dias atuais, falar em *colaboração de poderes*, característica do parlamentarismo (submissão do governo à confiança do Parlamento), desenvolvendo-se no presidencialismo as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*.

Com o Estado Constitucional cumpre-se o ideário iluminista, cujo coroamento foi a luta do indivíduo contra a tirania do Estado, com a preservação dos direitos fundamentais, representativos da tradicional tutela das liberdades burguesas – a liberdade pessoal, política e econômica. Este Estado, todavia, surge como Estado Liberal, empenhado em limitar o poder político internamente, pela sua divisão, e externamente, reduzindo ao mínimo suas funções perante a sociedade.

O liberalismo teve uma larga trajetória histórica, inspirando o constitucionalismo europeu e americano. Foi a ideologia que atrelou o jusnaturalismo revolucionário dos séculos XVII e XVIII, o puritanismo da Revolução Inglesa (com o triunfo do parlamento), a Independência Americana e a Revolução Francesa. O liberalismo está historicamente vinculado ao direito de propriedade e ao lucro. Por outro lado, a cidadania, na primeira fase do Estado Liberal, enunciada na teoria dos direitos individuais, estava fundada no voto censitário, entronizando a propriedade privada como alicerce teórico da liberdade. Na sua segunda fase, o Estado Liberal procurou sua legitimação através das lutas políticas e sociais, com a ampliação do conceito de cidadania mediante a expansão dos direitos políticos a outros segmentos sociais e o resgate da idéia da igualdade jurídica como o marco dos direitos fundamentais.

O Estado Liberal, interferindo minimamente na vida social, nos seus primórdios, trouxe benefícios inegáveis no seu desenvolvimento. Houve progresso econômico acentuado, propiciando as condições necessárias para a eclosão da revolução industrial. No mais, o indivíduo, como cidadão, restou valorizado com o

sistema de garantias, e o poder político converteu-se em poder legal. Esse Estado Liberal correspondeu ao primeiro e clássico Estado de Direito da primeira época do Constitucionalismo. O novo Estado Constitucional que o sucede é marcado por preocupações distintas, agora menos com a liberdade do que com a justiça, porquanto esta já tinha sido adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, enquanto que a justiça, como valor social superior, ainda estava longe de lograr o mesmo grau de inserção, positividade e concreção.

O binômio justiça/liberdade torna-se, de imediato, o pedestal do Estado Constitucional dos direitos fundamentais. Haverá na seqüência histórica, pelo prisma da Lei Maior, um Estado constitucional dos direitos fundamentais, que representa a segunda versão do Estado de Direito, em busca de consolidação, e sujeito a avanços e recuos de natureza institucional. A forma mais inovadora debaixo da qual ele aparece é a de Estado Social.

O compromisso com a função social é a nota diferencial entre o Estado Moderno e o Contemporâneo, ensejando a integração do Estado político com a sociedade civil. Altera-se com isso a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração. O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal tiveram o condão de gerar imensas injustiças, e os movimentos sociais do século XIX e século XX, especialmente, demonstraram cabalmente a insuficiência das liberdades burguesas, possibilitando um nível de consciência quanto à necessidade da justiça social. O Estado de Direito já não poderia justificar-se como liberal para enfrentar a maré social sem despojar-se de sua neutralidade, integrando em seu seio a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. Nessa contingência, o Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, em *Estado Social de direito*, comprometido em realizar a justiça social.

Nos primórdios do século XX verificou-se a ampliação da esfera de aplicabilidade dos direitos à igualdade e à propriedade, a partir de reformas ou de rupturas do sistema capitalista, transcorrendo a passagem do Estado de direito – fundado na idéia de limitação ao poder – para o Estado social, caracterizado pela

participação. Nesse particular, os textos constitucionais dos Estados capitalistas, procurando superar as tensões internas, conformaram novo tipo de constitucionalismo, recepcionando concepções socialistas, redefinindo e ampliando o catálogo dos direitos fundamentais.

As principais características do Estado Contemporâneo diferenciadoras em relação ao Estado Moderno podem assim ser enumeradas: manutenção dos direitos individuais consagrados historicamente; inserção dos direitos sociais e/ou coletivos como direitos fundamentais no catálogo dos Direitos Fundamentais; e intervenção do Estado nos domínios econômico e social para assegurar a efetiva realização desses direitos.

A passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo determinou uma ruptura com o paradigma do Poder Político, tão importante quanto a havida na formação do Estado Moderno, com o abandono do pluralismo imperante nas sociedades políticas da Idade Média. E essa substancial mudança histórica deveu-se à percepção da sociedade civil no interior do próprio Estado.

Do ponto de vista de sua organização e finalidade, continua vigente, no presente momento histórico, a noção de Estado Contemporâneo, muito embora haja profundas diferenças em razão da ordem política que eclodiu nos albores do século XX. O Estado Contemporâneo hodierno também é usualmente denominado de Estado do Bem-Estar, *Welfare State*, Estado Social ou Estado-Providência.

A expressão *Estado de direito* tem uma carga valorativa, traduzindo um compromisso ao evidenciar um Estado que tem no direito, no seu ordenamento jurídico e especialmente na Constituição seu fundamento e ao mesmo tempo sua limitação. O termo passou a traduzir o equivalente a *Estado constitucional*, embora *Estado de direito* tenha maior amplitude, pelo prestígio da idéia de ordenamento jurídico, apreendida para além do seu sentido meramente formal.

Entre os princípios do Estado de direito contam-se não só aqueles formais para a ação estatal, como também os “materiais”. Tais componentes de conteúdo residem particularmente nas garantias dos direitos fundamentais. Essas garantias de liberdade e igualdade, ademais, são materialmente enriquecidas pela idéia

do Estado social e pela missão precípua de realizar a justiça social, de criar condições reais de desenvolvimento da personalidade e de concretização da igualdade de oportunidades para todos. Componentes materiais do Estado de direito se inserem, também, no princípio da proporcionalidade e na proibição do excesso, tendendo ambos a otimizar o uso da liberdade e a satisfação dos interesses numa comunidade.

A configuração do *Estado democrático de direito*, de outro lado, não se limita apenas a fundir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de direito. É um novo conceito que supera os seus elementos constitutivos, na medida em que incorpora um componente revolucionário, transformador do *status quo*. Daí a importância do artigo 1º da Constituição Federal, quando proclama que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado democrático de direito*. Aqui, o “democrático” qualifica o Estado, irradiando “os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”.

No limiar deste novo século e milênio, o panorama político institucional é de novo de grandes transformações e instabilidade. Desapareceram ou entraram em colapso, na sua maior parte, os regimes totalitários e autoritários, mas, em contrapartida, irrompeu um regime de outro tipo, diverso do modelo de Estado europeu – o Estado de fundamentalismo islâmico, no qual se fundem lei religiosa e civil, poder espiritual e temporal. De outro lado, no Estado social de direito, a grave crise do chamado Estado-Providência derivada tanto de causas ideológicas quanto financeiras, administrativas e comerciais. Além de todas essas vicissitudes, somam-se a degradação da natureza e do meio ambiente, as desigualdades econômicas entre países industrializados e não-industrializados, a exclusão social mesmo nos países ricos, a manipulação das comunicações, a cultura consumista de massas, a erosão de valores éticos familiares e políticos.

Esse clima de incertezas, de turbulências sociais, políticas e econômicas que se verificam no Estado contemporâneo projeta uma realidade, em nível mundial, que parece contrastar com o atual estágio civilizatório de parcela significativa da humanidade. De fato, parece que a humanidade vive simultaneamente a Idade Média, o Renascimento, o Estado moderno e todas as contradições do Estado Contemporâneo.

A miséria, esse grande *apartheid* social, ainda separa países, continentes e segrega, mesmo no interior de países desenvolvidos, parcelas sociais, colocando a nu as contradições da modernidade.

3 Sobre democracia moderna e contemporânea, a pesquisa ressaltou as seguintes idéias fundantes:

Do ponto de vista histórico, filosófico e político, não são claros os motivos que levaram à opção contemporânea pela democracia em detrimento da república, principalmente porque o território em que ambos os conceitos transitam é comum, levando muitas vezes à confusão conceitual ou ao uso sinónimo de ambos os termos. A república sempre teve a auréola de bom governo e a democracia sempre carregou o sentido pejorativo do governo da plebe, da massa, dos despreparados. Provavelmente foi o desgaste da propaganda republicana no século XX, por suas promessas não realizadas, que contribuiu para sua superação.

Com a revolução americana, o significado da palavra república mudou totalmente. John Adams e Alexander Hamilton denominaram repúblicas aos Estados e à Federação, não só porque na América não havia instituição monárquica, mas porque se adotou uma democracia representativa, baseada na separação dos poderes e no sistema de pesos e contrapesos entre os diversos órgãos do Estado. Nessa vertente, república passou a significar, inovadoramente, uma democracia liberal, exercitada em grandes espaços territoriais, contraposta à democracia direta e popular das pequenas repúblicas dos antigos.

As primeiras grandes repúblicas modernas surgem na época das revoluções democráticas – os Estados Unidos da América (1776) e a República Francesa (1792). A partir de então, é possível estabelecer diferenças tipológicas nas repúblicas modernas quanto ao modo de organização do poder; todavia, tais nuances são mais quantitativas do que qualitativas, sem afetar a unidade de um governo republicano característico.

Democracia, em seu sentido etimológico, significa governo do povo. Embora tal conceito não seja suficientemente explícito, denota que a participação do cidadão é imprescindível no processo de tomada de decisões políticas, não limitada à

mera ampliação do sufrágio na escolha dos seus governantes. A democracia sem adjetivos, hoje, tem o significado de governo em que o povo, direta ou indiretamente, participa das decisões políticas. Por isso mesmo, ultrapassa o mero sentido etimológico, suplantando, igualmente, a máxima de Lincoln – “governo do povo, pelo povo, para o povo”.

Na democracia moderna, a soberania, entendida como poder ascendente, originário, princípio, fonte e medida de toda forma de poder não está no povo, mas em cada indivíduo, como cidadão. De efeito, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. Não é por outra razão que os fundamentos das democracias modernas estão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Por isso, a democracia moderna repousa numa concepção individualista de sociedade, sem prescindir, entretanto, da concepção de que o homem é também um ser social.

A democracia foi introduzida nos Estados modernos mediante um processo revolucionário, à semelhança do que sucedeu nos Estados antigos. Assim, na Inglaterra, as revoluções de 1648 e 1688 lançaram as bases do regime parlamentar e constitucional; os Estados Unidos da América tiveram sua revolução democrática em 1776; e a França teve sua grande Revolução em 1789, que se constituiu na fonte e na semente dos ideais de igualdade e liberdade da civilização cristã. O Estado de privilégios foi substituído pelo Estado democrático, fundado na liberdade e na igualdade. Um novo Estado surgiu, um Estado de todos e não de alguns, um Estado dirigido e controlado pelo povo, e não por uma minoria privilegiada. A democracia é conquista histórica do povo contra as classes sociais primitivas, que a princípio dominavam a estrutura política do Estado à margem dos interesses comuns da sociedade.

Num balanço histórico, a democracia percorreu um longo caminho. Excluída a democracia ateniense, a república romana anterior ao Império e as repúblicas italianas dos séculos XII e XIII, raros exemplos democráticos podem ser amealhados antes do século XX. E mesmo no século passado, apenas depois da Segunda Guerra Mundial é que se pôde constatar uma generalizada multiplicação de regimes democráticos e o desprestígio das demais formas de governo.

O século XX pode ser caracterizado não como o século das massas, mas da democracia e da igualdade social, das pessoas comuns e do acesso delas a todos os bens materiais e culturais, sociais e políticos que anteriormente lhes haviam sido negados. De igual forma, poder-se-ia caracterizá-lo como o século da ampliação da autonomia e do campo de ação da liberdade humana, da liberdade política, social, sexual, bem como da liberação de numerosos sujeitos, como o colonial, o feminino, enfim, da imensa maioria da humanidade. Em suma, o século XX pode ser pensado como o século da democracia, assim como das resistências a ela.

A compreensão do que seja democracia é de difícil elucidação. Há intenso debate acerca de sua conceituação. Não é uma doutrina imobilizada, petrificada em um dogma eterno, nem tampouco uma forma histórica imutável, porém um sistema de idéias e uma instituição que se retificam constantemente com o progresso ético e científico da humanidade. É sobretudo um conceito histórico. Não é um mero conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que este vai conquistando no correr da história.

A definição da democracia como a livre escolha, em intervalos regulares, dos governantes pelos governados ilustra com clareza o mecanismo institucional sem o qual ela não existe. Confinando-se ao interior dessa concepção, não há poder popular que possa se chamar democrático que não tenha sido outorgado e renovado pela livre escolha. Assim como inexistente democracia se uma parcela importante dos governados não tiver o direito de voto.

No debate sobre a democracia contemporânea, o termo democracia designa uma forma ideal jamais atingida. Existe realmente quando a distância que separa o Estado da vida privada é reconhecida e garantida por instituições políticas e pela lei. Não se reduz a procedimentos já que representa um conjunto de mediações entre a unidade do Estado e a multiplicidade dos atores sociais. Nessa perspectiva, é indispensável a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, que estes se sintam cidadãos e participem da construção da vida coletiva. Em suma, que os mundos do Estado e da sociedade civil, embora separados, permaneçam ligados pela

representatividade dos dirigentes políticos. As três dimensões – respeito pelos direitos fundamentais, cidadania e representatividade dos dirigentes – completam-se e sua interdependência é que constitui a democracia.

Numa avaliação nesse limiar do século XXI, considerada a sociedade de massa, poder-se-ia dizer que a democracia está ameaçada. A ameaça se origina não só diretamente de regimes autoritários e totalitários, mas de outros fatores. Provém não de um poder onipotente que submeteria a sociedade à sua mercê, mas da própria sociedade que, na ordem política, visualiza apenas uma burocracia arbitrária ou corrupção e deseja reduzi-la a um Estado mínimo, para não entravar a atividade dos mercados e a difusão dos bens de consumo e de todas as formas de comunicação de massa.

Na representação política da maior parte dos Estados o que caracteriza uma democracia representativa é que o representante seja um fiduciário e não um delegado; e que o fiduciário represente os interesses gerais e não os particulares, tendo em vista a proibição do mandato imperativo. Isso significa que nas eleições políticas a solidariedade de partido e, portanto, a visão dos interesses gerais é mais forte que a solidariedade de categoria e de interesses particulares. Nesse diapasão, por representante entende-se, nas democracias representativas conhecidas, a pessoa que tenha duas características bem estabelecidas: na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria.

O modelo representativo de mandato pressupõe o deslocamento da soberania nacional para o órgão representativo, decorridas as eleições. Nesse horizonte, os representantes, ainda que levando em consideração as opiniões dos representados, estão desobrigados de segui-las. Representando e expressando a vontade da Nação são invioláveis no exercício de suas prerrogativas soberanas de legisladores e, nessa perspectiva, sendo titulares de mandato político não se submetem às limitações ou dependência de nenhum colégio eleitoral ou circunscrição territorial.

Essa modalidade de mandato ainda hoje constitui o modelo típico de representação política nas democracias contemporâneas. Ao final do século XIX e início do século XX, entretanto, a democracia representativa passou a ser objeto de fortes críticas, sob o argumento de não propiciar real influência dos representados sobre as decisões de governo e de não estabelecer mecanismos de controle ou de prestação de contas dos representantes face aos seus eleitores, principalmente pelo caráter oligárquico dos órgãos representativos. Esse quadro de impasse ético-político persiste até hoje.

O Partido Político assume um papel de destaque na reformulação do modelo de mandato político na busca de uma democracia mais autêntica, substituindo o modelo de representação instituído pela Revolução Francesa. Essa nova expressão recebe o nome de Democracia de Partidos ou de Democracia Partidária, ou ainda, conforme a aceção de Kelsen, Estado de Partidos. Nessa modalidade, o deputado perde a sua condição representativa, tornando-se um mandatário vinculado às determinações de sua grei. Essa forma de representação, todavia, não constitui um mandato imperativo, mas um mandato partidário ou mandato comissionado dos Partidos, porquanto o representante tem sua atuação pautada pelas diretrizes destes. Daí a importância que se dá à *fidelidade partidária*, que se torna pré-requisito fundamental para a mecânica dos Partidos, uma vez que o descumprimento de suas determinações acarretaria a revogação sumária da função representativa.

A democracia representativa, em todos os países em que vigora, tem necessidade de renovação, por se defrontar com problemas crescentes de desinteresse da população pela política, elevados índices de absenteísmo e, o que é mais grave, hostilidade dos eleitores em relação aos políticos profissionais, sobretudo pela corrupção crônica, que parece minar a classe política, principalmente nos países emergentes, colocando em profundo descrédito as instituições.

Fala-se em vários países ocidentais, de há muito e insistentemente, numa crise da representação política, responsável pelo enfraquecimento da participação. As bases da vida social foram-se enfraquecendo e deslocando à medida que os países abandonavam a sociedade industrial, marcada pela tensão entre empregadores e

assalariados. Hoje essas sociedades estão definidas, ao contrário de outrora, pelo consumo e comunicação de massa, pela mobilidade social e migrações, pela variedade de costumes e defesa do meio ambiente, assim como pela produção industrial. Desse modo, é impossível basear a vida política em debates e atores que correspondem apenas parcialmente à realidade presente. Tal situação provocou a independência crescente dos partidos em relação às forças sociais.

Apesar dos evidentes problemas da democracia, pela primeira vez na história humana há uma forma de Estado claramente dominante, que é a república democrática, constitucional, representativa e moderna, embora ainda subsista a monarquia parlamentar em sistemas políticos estáveis, como sucede na União Européia e no Japão. Na oratória política do nosso tempo, o termo democracia tem como significado esse modelo-padrão de Estado. E isso traduz um Estado constitucional, que garante o império da lei e de vários direitos e liberdades civis e políticas, governado por autoridades, incluindo assembleias eleitas pelo sufrágio universal e por maiorias numéricas de todos os cidadãos, em eleições regulares entre candidatos e/ou organizações que concorrem entre si.

Relativamente aos valores da democracia, ela se assenta sobre três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Maioria, no entanto, não é princípio, é uma simples técnica de que se serve a democracia para a tomada de decisões governamentais no interesse geral, não da maioria que é contingente. O que é permanente é o interesse geral de acordo com o momento histórico. Assim, essa técnica da maioria é usada, na democracia representativa, para a designação dos agentes governamentais. Por não ser princípio e sim técnica, pode ser substituída por outra mais adequada, como na hipótese da representação proporcional, que ampliou a participação do povo, por seus representantes, no poder.

Ainda assim, nos regimes democráticos contemporâneos essa técnica é amplamente empregada. Um exame mais atento dessa realidade revela que essa maioria, representada nos órgãos governamentais, retrata muito mais uma minoria dominante do que a maioria do povo. Esta situação é perceptível principalmente no

processo de formação das leis – importante aspecto do regime político –, onde as estruturas sociais se dividem em classes de interesses divergentes, sem que se possa aferir o que seja o interesse geral. As leis, nesse caso, exercem um papel de arbitragem, nem sempre democrático, porquanto acaba por prevalecer o interesse da classe dominante.

Igualdade e liberdade não são princípios, mas valores democráticos, já que a democracia constitui instrumento de sua efetivação no plano prático. A igualdade é valor fundante da democracia, não a igualdade meramente formal, situada no plano jurídico, mas a substancial, aquela que estende seu alcance às demais dimensões da vida social, cultural e econômica. É valor fundante porque sem sua concretização os demais não se verificarão. Nesse viés, a democracia é o regime de garantia geral para a efetivação dos direitos fundamentais do homem, assim como os direitos econômicos e sociais, indispensáveis à concretização dos direitos individuais.

O modelo de democracia dos modernos, como alternativa possível em uma sociedade que se complexificou, encontra-se numa verdadeira encruzilhada, seja pelo câmbio dos modelos/sistemas produtivos, seja pela destruição dos espaços tradicionais de decisão coletiva e coercitiva, tornando-se um instrumento incapaz de oferecer respostas adequadas a todos os anseios, pretensões e intenções sociais.

A assunção da democracia como incerteza não significa um prognóstico de sua finitude. Representa sim uma possibilidade de transformação sistemática das significações políticas que passa ineludivelmente por um projeto alicerçado em estratégias decisórias que contemplem a efetiva participação de todos, pela forma direta, participada ou representativa. Esta democracia apreendida como incerteza inaugura a experiência de uma sociedade inapreensível, indomesticável, na qual o povo dito soberano não cessará de questionar sua identidade, que permanecerá latente, como uma invenção constante do novo, como uma condição que comanda nossos processos de autonomia, abrindo-os à imprevisibilidade de suas significações.

O nosso tempo é marcado por absurdos e contradições. De avanços sociais, políticos, econômicos, culturais, científicos e tecnológicos, mas singularmente de exclusão, de miséria, de desigualdade social e política, que parece abandonar

a parcela mais significativa da humanidade a uma condição de subcidadania. De fato, é um tempo paradoxal.

Não há como fugir à crítica do modelo hegemônico de democracia liberal representativa, por estabelecer uma distância crescente entre representantes e representados e uma inclusão política abstrata feita de exclusão social. Todavia, paralelamente ao modelo hegemônico coexistiram outros como a democracia participativa ou a democracia popular, a despeito de marginalizados ou desconhecidos. Nesse cenário tem ganhado expressão a democracia participativa, ao adotar uma nova dinâmica política, protagonizada, sobretudo, por comunidades e grupos sociais subalternos em luta contra a exclusão social e a trivialização da cidadania, mobilizados pela aspiração de contratos sociais mais inclusivos e democracia de mais alta intensidade.

O modelo da democracia moderna de representação passa por transformações experimentais de dois níveis. No primeiro, adota internamente mecanismos de intervenção decisória direta, conjugando a fórmulas de democracia direta com a representação política, tais como o *referendum*, o *plebiscito* e a *iniciativa popular de leis*, como sucede na Carta Magna brasileira de 1988, inaugurando um modelo de democracia semidireta ou semi-representativa. Em segundo nível, é a efetivação de modelos democráticos alternativos, para fazer face à perda de sentido da democracia representativa, permitindo dar conta desse processo de desconstrução do modelo de Estado da modernidade, e de reconstrução de outras esferas de tomada de decisão. Nesse particular, vale ponderar que há uma cidadania que se rearticula em novos espaços públicos locais, regionais e supranacionais, ou mesmo constitui estruturas coletivas de caráter público, ainda que não vinculados ao Estado.

Refletir a questão democrática contemporaneamente implica introduzir o debate no contexto próprio à sociedade atual. Isso equivale à própria idéia de democracia atrelada à de cidadania, que precisa ser contextualizada. Nesse enfoque, a noção de cidadania é revisitada não só em seus conteúdos, mas especialmente em seus espaços de expressão. Quanto ao conteúdo, é necessário ter em conta que a questão da democracia e da cidadania há muito ultrapassou seu viés político, ingressando em

outros setores, como o social, o gênero, o trabalho, a escola, o consumo, os afetos, as relações jurídicas e jurisdicionais, embora a maior defasagem talvez se verifique neste último.

Ampliar quantitativa e qualitativamente os espaços da participação significa aperfeiçoar o próprio instituto da representação. A participação popular é elemento fundamental da democracia participativa, que se expressa por quatro princípios – dignidade da pessoa humana, soberania popular, soberania nacional e unidade da Constituição.

As novas tecnologias gradativamente vêm possibilitando suplantar os problemas da participação democrática, ainda que mais acentuadamente nos mecanismos de democracia direta. Assim, o uso da internet permite um debate público e isonômico a baixo custo, e a inclusão digital paulatinamente vai possibilitar o acesso a esse importante instrumento de informação e de conhecimento, conectando o eleitor no debate político. Enfim, as novas tecnologias abrem novos caminhos, suplantando muitos obstáculos operacionais para a prática da democracia.

Na expectativa de construção de uma democracia participativa é fundamental que se estabeleçam plenas condições de expressão de uma cidadania inclusiva. Nesse tocante, ao invocar um princípio de igualdade intrínseca, o governo, ao tomar decisões, deve atribuir igual peso ao bem e aos interesses de todas as pessoas afetadas por essas decisões. A noção de cidadania, aqui denominada de inclusiva, pode ser resgatada pelos juristas e pela Constituição, podendo contribuir decisivamente para o equilíbrio entre valores e princípios e para a sua concretização na era dos direitos.

4 Novos desafios se impõem a um Poder Judiciário que se pretende democrático, frente à complexidade da vida contemporânea. Sobre o tema a pesquisa ressaltou os seguintes conceitos principais:

O Judiciário, na democracia contemporânea, tem um papel indeclinável. Concebido autonomamente, numa visão liberal de divisão de funções, fundante do Estado Moderno, assume novos desafios nesse novo patamar civilizatório, principalmente em países emergentes, como o Brasil, transformando-se num *locus* da

cidadania inclusiva e de concretização de direitos proclamados na Constituição e efetivados no processo.

Essa tendência contemporânea traduz uma radical mudança de perfil do Judiciário, que passa a ter um crescente envolvimento com a questão social, abdicando progressivamente de uma postura positivista normativista, que o tornava um Poder periférico, encapsulado em si mesmo, inacessível, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, transformando-se, agora, numa instituição central à democracia brasileira.

Dois fenômenos universais, emergentes no Brasil do processo de redemocratização do país protagonizado pela Constituição de 1988, surpreendem esse Judiciário insurgente, definindo-lhe novos papéis, que parecem subverter a divisão clássica dos poderes – a judicialização da política e a judicialização das relações sociais.

Facultado o controle abstrato de constitucionalidade das normas à comunidade dos intérpretes, o Judiciário passa a ser apreendido como um estuário para as insatisfações políticas, notadamente pelo ativismo legislativo do Executivo, assumindo um papel constitucional que o identificam como o guardião dos valores fundamentais da República, exercitando uma representação funcional e argumentativa.

A judicialização das relações sociais, processo universal e sedimentado nas democracias consolidadas, chega ao Brasil muito recentemente com a criação e institucionalização progressiva dos juizados especiais cíveis e criminais, expondo o Judiciário a um novo território de relações sociais conflagradas, sem qualquer tipo de mediação social ou política, às expectativas por direito e cidadania de setores sociais emergentes, a exigir a democratização do acesso à justiça.

O grande dilema dos países periféricos, como o Brasil, é a inclusão social. Nesse contexto, a questão central do acesso à justiça e, portanto, da democratização do processo, passa a ser o desafio de uma cidadania inclusiva.

A agenda do direito e dos direitos tornou-se dominante nos planos político e social na sociedade contemporânea, por conta da radicalização do princípio

da igualdade. A expansão do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, dominando espaços dantes inacessíveis a ele, dimensionados na esfera privada. Esse fenômeno decorre principalmente da emergência do movimento operário na luta pelos direitos sociais que eclodiu já na metade do século XIX, pondo fim à separação rigorosa entre Estado e sociedade civil, idealizada pelo pensamento liberal da liberdade negativa. O Direito do Trabalho nasceu do êxito desse movimento operário, conferindo um caráter público ao contrato de compra e venda da força laboral, dantes confinado à esfera privada, coroando décadas de lutas sindicais, apoiadas por amplos setores da sociedade civil, ao final do século XIX e início do século XX.

A par desse deslocamento da esfera privada para a esfera pública na proteção dos direitos sociais, que antecedeu o Estado do Bem-Estar (*Welfare State*), o Direito do Trabalho infiltrou no campo do Direito um ingrediente de justiça, procurando compensar, através da regulação jurídica, o hipossuficiente nas relações laborais. Esse direito novo importou numa revisão da ordem liberal, conferindo um viés igualitário através da publicização da esfera privada. Tendo ele admitido um fundamento de justiça na proteção do hipossuficiente no âmbito do Direito do Trabalho, conferiu-lhe um novo significado, colocando-o a serviço da justiça social.

A par desse trânsito entre os domínios do público e do privado verificou-se um traspasse de publicização da esfera privada, com o reconhecimento da existência de um direito desigual para sujeitos substantivamente desiguais. Nessa norte, o indivíduo e a sua autodeterminação como sujeito careceram ser investidos por uma função supra-individual, social, pública, em tudo o que versasse sobre o mercado de trabalho.

A agenda da igualdade, além de difundir o direito na sociabilidade, redefiniu a relação entre os Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos. Nesse delineamento, opera-se a transformação do Poder Judiciário, em nível universal, em agência de controle da vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o *justo* contra a *lei*. Essa nova perspectiva decorre do

constitucionalismo moderno, ao abrir espaço para correntes de humanismo jurídico, reintroduzindo no direito a idéia de justiça que o positivismo recusara.

O processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Judiciário no espaço da política decorre da democratização social tal como se esboçou no *Welfare State* e da nova institucionalidade da democracia política, afirmada inicialmente após a derrota do nazifascismo e posteriormente com o desmonte, nos anos 70, dos regimes autoritários, trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais.

Há uma tendência à desneutralização do Judiciário, de caráter universal, ultrapassando as questões constitucionais, já que associada às profundas transformações das relações entre Estado e sociedade civil no capitalismo contemporâneo. Tais transformações têm início uma vez conquistados os direitos políticos por domínios subalternos da sociedade, os sindicatos e partidos, criando-se um *welfare* de ‘estado legislativo’, convertido, a seguir, no *welfare state* com seu formato administrativo-burocrático. E o *welfare* introduz um sentido promocional prospectivo na legislação, que deverá ser realizada por meio da intervenção do Estado.

Com o constitucionalismo moderno emerge o Judiciário como um novo ator no processo de adjudicação de direitos, em franca contraposição ao contexto original do *welfare*, tempo em que a luta foi travada no campo da política. Assumindo o Judiciário essa nova função constitucional, o território da incorporação de direitos se requalifica não só com esse novo *locus* institucional, passando a admitir, igualmente, a linguagem da justiça e não somente do direito. Especialmente nos países de *civil law* houve uma mudança de paradigma, levando o juiz a transcender suas funções tradicionais de adequar o fato à lei, assumindo também a atribuição de perquirir a realidade à luz dos valores e princípios constitucionais. O Poder Judiciário passa a ser um ator que mantém sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis. Sob esse prisma, diferentemente do Estado Liberal a Justiça não mais é dependente da política, uma vez que o constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário sobre as decisões dos demais Poderes. Com isso, põe-se em evidência o novo papel do

Poder Judiciário na vida coletiva, justificando o manejo da expressão *democracia jurisdicional*.

Novos processos sociais têm incitado a geração de conflitos coletivos, próprios do contexto da globalização e da complexidade da vida moderna, gerando fenômenos de massificação da tutela jurídica. A tutela de conflitos entre grupos sociais e a produção de interesses coletivos e difusos tem sido objeto de inovações processuais do tipo *class action*, causando um envolvimento do direito na própria sociabilidade, facilitando a formação de identidades e de núcleos de organização social, necessários para a iniciativa judicial. Essas transformações operadas no plano institucional e social têm projetado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a adequação de um cenário para a ação substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, disponibilizando o Poder Judiciário como uma alternativa para a equação de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à justiça.

A desneutralização, a emergência de seu ativismo e, sobretudo a judicialização da política são processos afirmativos do Judiciário, em escala mundial, compreendendo tanto os sistemas de *common law* como os de *civil law*. O Judiciário, seja como ator coletivo, seja através do trabalho do juiz individual, abandona o seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais.

No plano político um dos temas recorrentes na atualidade é a discussão acerca da capacidade de intervenção do Judiciário no âmbito das questões governamentais. Assuntos habitualmente circunscritos à arena política estariam sendo objeto de decisões judiciais. Por isso, fala-se em governo de juízes, judiciarismo, judicialização, judiciocracia, ativismo judicial, juridicização do fato político, dentre outros termos, que retratam essa expansão do Poder Judiciário, fenômeno apontado como um dos mais notórios eventos políticos da atualidade.

Os agentes políticos e o processo político permanecem como únicos autorizados a formalizar decisões de natureza política fundamental. Os agentes administrativos e jurisdicionais, assim como o processo administrativo e judicial

precisam de legitimidade e adequação para formalizar decisões políticas básicas. Nenhuma das três funções – legislativa administrativa e judicial –, no entanto, é livre e soberana para sobrepor-se à única soberania reconhecível num sistema democrático – a vontade popular, exercida através do processo político constitucionalmente instituído.

A consolidação institucional da democracia brasileira, além dos problemas sociais emergentes de uma sociedade profundamente desigual e injusta e de baixo índice de cultura cívica, enfrenta um problema político que se revela particularmente grave, que diz respeito às relações assimétricas entre os três Poderes da República. O atual sistema potencializa o Executivo, em desfavor de um Legislativo com baixa legitimidade e repatria para o Judiciário demandas de caráter político e social que teoricamente estariam na órbita da representação. Por tudo isso, há um déficit no nosso modo de funcionamento da democracia que, tornado constante, poderia pervertê-la em um sistema de procedimentos formalizados tendentes a se fechar às expectativas e demandas sociais.

Atuando reativamente aos efeitos desse estreitamento da esfera pública há um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas, das organizações sociais e do próprio cidadão, recorrendo ao Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões tanto do Executivo quanto do Legislativo. A judicialização desse movimento tem logrado eventualmente limitar a ação legislativa do Executivo. Além disso, através de novos institutos processuais como a ação popular e a ação civil pública, tem sido possível a defesa do cidadão contra o Estado e o poder econômico. O caráter afirmativo desse processo adquiriu tal relevância que hoje é plausível pensar em judicialização da política e das relações sociais como uma dimensão da sociedade brasileira.

A Constituição de 1988 redefiniu as relações entre os Três Poderes da República, dando eficácia ao sistema do *judicial review*, ampliando os sujeitos institucionais da sociedade civil na comunidade de intérpretes com direito à participação no controle da constitucionalidade das leis. Essa inovação possibilitou que segmentos organizados da sociedade civil passassem a ter legitimação para

provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal para discutir a inconstitucionalidade de lei ou de norma da Administração. Do mesmo modo, os institutos da ação popular e da ação civil pública foram constitucionalizados com maior abrangência. O Ministério Público, de outro lado, foi refundado, agora com a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Essa nova formatação institucional possibilita, através da procedimentalização da aplicação do direito, a criação de outro *locus*, ainda que embrionário, de manifestação da esfera pública, com capacidade de atuação sobre o poder político, conectando o cidadão e suas associações com o Poder Judiciário.

Esse novo *locus* da esfera pública, erigido em torno do direito, de suas instituições e procedimentos, mobiliza formas e mecanismos de representação funcional, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o sindicalismo, as ONGs e a vida associativa em geral, sem a pretensão de concorrer com o sistema de representação política. As duas formas de representação – a funcional e a política –, atuam em uma relação de complementaridade, de reforço recíproco. Essa relação, extraída da tradição republicana brasileira, estaria atuando de forma compensatória em relação ao déficit democrático, especialmente contra a intervenção legislativa do Executivo.

Acerca do déficit democrático, o Legislativo tem consciência dessa contingência, uma vez que são dele as iniciativas tendentes a reforçar as funções de *checks and balances* do Poder Judiciário, desde a Constituinte, e de instituir, no campo procedimental, como na hipótese das *class actions*, uma modalidade de esfera pública desenvolvida em torno da representação funcional. Apesar da constatação da existência de relações assimétricas e desarmônicas entre os Três Poderes do país, essa circunstância tem propiciado condições favoráveis para uma adequação criativa da democracia mesmo num cenário adverso, confirmando outra tradição da cultura política do país, de pragmatismo quanto à manipulação de formas e procedimentos. A própria representação funcional coexistindo com a representação política é um exemplo desse pragmatismo, embrião que poderá vir a formar uma *cidadania complexa*, exemplo de adaptação criativa da nossa cultura política à má contingência, extraindo vantagens do *atraso* para a construção de uma moderna democracia.

Outra forma importante de representação é a argumentativa, de que estariam investidas as Cortes Constitucionais. Visualizando no Poder Judiciário uma instância concretizadora dos direitos fundamentais, o princípio fundamental “todo o poder emana do povo”, não se compreende apenas no parlamento, mas também no tribunal constitucional como representante do povo. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente.

A adequação da lei aos direitos fundamentais apenas é possível quando a representação argumentativa em proveito desses direitos supera a representação política identificada na lei. A representação argumentativa está muito além de expressar uma mera superposição do juiz sobre o legislador, pois essa representação, antes de controlar a lei, deverá ter a capacidade de convencer os cidadãos da sua racionalidade. É possível sustentar que o controle jurisdicional da constitucionalidade, ante a necessidade de sua problematização e fundamentação para o convencimento, é plenamente justificável, sendo um limite admissível para a política concretizada na decisão tomada pela maioria parlamentar.

Cumprida à Corte Constitucional pronunciar a última palavra institucional no âmbito do Estado democrático de direito, porquanto suas decisões jurídicas não se submeterão a qualquer controle democrático posterior. Nesse caso, o Tribunal Constitucional, sendo o juiz último da autoridade dos demais Poderes, é o único juiz de sua própria autoridade.

O *judicial review of legislation* foi até hoje a mais significativa inovação americana relativamente à tradição inglesa. Importou, na prática, a suplantação do princípio da supremacia do Parlamento – ainda vigente na Inglaterra – pela supremacia normativa da Constituição. Definiu incumbir ao Judiciário exercitar a vigilância de tal supremacia, ainda que redunde na invalidação dos atos do Legislativo.

No modelo norte-americano, juízes e tribunais podem declarar nulos, no curso de qualquer processo, os atos e leis contrários à Lei Fundamental. Tal competência é distribuída *difusamente* por todos os órgãos jurisdicionais. Todavia, a Suprema Corte desempenha função determinante no campo da interpretação em razão do princípio *stare decisis*, que confere eficácia vinculante às suas decisões. Desse

modo, incumbe à Suprema Corte, em tema constitucional, dar a última e definitiva palavra.

A Constituição austríaca, em sua formulação originária, além de *concentrar* na Corte Constitucional a competência para decidir as questões de constitucionalidade, subordinou tal controle à existência de uma *ação especial*, passível de ser aforada por alguns órgãos políticos. Criou-se um sistema de controle *abstrato* de constitucionalidade, aferida em tese pelo Tribunal Constitucional. Com a reforma de 1929, houve a ampliação dos legitimados para a deflagração do controle perante a Corte Constitucional, incluindo-se os tribunais de segunda instância, aos quais se permitiu apenas a via incidental. Introduziu-se, a partir de então, o controle abstrato e o controle concreto de constitucionalidade, embora a competência, para ambas as vias, fosse reservada, com exclusividade, para a Corte Constitucional.

O sistema brasileiro é eclético porque além de manter um sistema dual coexistente (difuso e concentrado). Em seu modelo concentrado tem peculiaridades que o tornam singular. A Constituição de 1988, além de ampliar significativamente a legitimação ativa para o controle abstrato de constitucionalidade, instituiu mecanismos de controle contra omissões normativas, tanto em sede concreta (mandado de injunção) como em sede abstrata (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), para remediar o crônico problema de mora legislativa no cumprimento de obrigações positivas impostas pela Constituição. Instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, tendo por escopo propiciar decisão afirmativa do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante de constitucionalidade de lei ou ato normativo. Ademais, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição, através da Lei n. 9.882/99, foi instituída a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por último, a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, instituiu a súmula vinculante.

O juiz tem um papel bem maior do que lhe é atribuído artificialmente pelo legalismo, porquanto exerce ideologicamente uma formidável e dinâmica atividade recriadora. O monopólio legislativo, em matéria de elaboração e fixação do direito é falacioso. O juiz, em verdade, é soberano na atividade jurisdicional, e como

tal, pode estabelecer as normas e as regras de aplicação necessárias, uma vez que, em relação à lei, não se caracteriza pela passividade e nem tampouco a lei será considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos. A lei não é a medida exata que assegura a estabilidade e a continuidade do direito. Há uma antinomia entre lei e os princípios fundamentais da ordem jurídica e o resguardo e manutenção destes princípios incumbe ao Juiz e não ao Poder Legislativo. Neste tocante, a lei não vale mais por si, mas depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, se antes era possível asseverar que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, hoje é apropriado concluir que as leis devem estar em consonância com os direitos fundamentais.

O princípio da legalidade, com a assunção do Estado constitucional, exige que a ele se dê uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era *formal*, atualmente ele tem conteúdo *substancial*, a requerer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente com os direitos fundamentais. Essa conformação faz com que o juiz crie, mediante a interpretação ou o controle de constitucionalidade, uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão. Essa compreensão crítica já é uma tarefa de concretização, porquanto a lei não é mais objeto, mas sim componente de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, portanto, como um novo ou outro objeto.

A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aquiescer aos caprichos e à vontade do legislador, porquanto como poder criador, o Juiz não constitui um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face de litígios reais. Busca, em verdade, solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos, operando juridicamente como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica. O magistrado, por conseguinte, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado. Sua tarefa versa na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa.

A resistência às leis injustas deve começar pelos juízes, justamente o segmento da sociedade que, em razão de conquistas que logrou após muita luta e arrostando muita incompreensão, transformou-se não somente no derradeiro refúgio das reivindicações sociais, mas no único setor realmente aparelhado para resistir aos desmandos e às tentativas autoritárias. Daí acrescer em muito a responsabilidade dos juízes perante o povo.

O Poder Judiciário teve redefinido seu papel republicano com o aprofundamento do processo de transição para a democracia e especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, trazendo-o para o primeiro plano da vida pública nacional. A soma de vários fatores históricos colocou o Judiciário na centralidade política do país. Favorecido pela ambigüidade da Constituição na definição do regime de governo foi instado a decidir impasses institucionais entre Executivo e o Legislativo. Além disso, o intervencionismo estatal sobre a economia, com a edição de vários planos de estabilidade monetária, causou impacto dramático sobre os interesses privados, fato que constituiu o Judiciário em instância única de defesa do cidadão e do setor empresarial. Esse protagonismo do Judiciário foi resultado de um efeito inesperado da transição para a democracia. Esse fenômeno, de outra parte, verificou-se sob a circunstância geral e não apenas brasileira, de reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade, por decorrência das amplas transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo.

Verifica-se uma contradição no âmbito do Judiciário, já que embora não compelido a reconstruir a sua identidade nos difíceis trâmites da transição, subitamente, vê-se alçado à posição estratégica de árbitro dos demais Poderes e responsável pela inscrição na esfera pública dos novos atores sociais advindos pelo processo de democratização.

O Judiciário, com a consolidação política da democracia no Brasil, tem sido exigido cada vez mais não só por uma estonteante explosão de conflitos individuais, de molde a expor dramaticamente sua ineficiência funcional numa sociedade em profunda transformação, mas principalmente por lhe serem cobrados novos papéis na agenda política, econômica e social do país. Por conta de decisões

recentes, compelindo o Executivo, o Legislativo e a sociedade ao cumprimento da ordem constitucional, o Judiciário saiu do cenário de discrição que sempre marcou sua atuação política, para uma visibilidade expansiva, decidindo sobre questões cada vez mais graves e de repercussão na vida nacional.

Há uma crise de legitimidade no Poder Judiciário brasileiro. Crise na qualidade de Poder, pois tem sido omissivo e ineficiente na compatibilização das suas atribuições constitucionais (Arts. 92 a 126 da Constituição Federal), com os fundamentos da cidadania (Art. 1º, II) e da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam: “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I, III e IV)”. Nessa perspectiva, quando a estrutura de um poder contradiz a evolução e os anseios da sociedade, verifica-se uma crise de legitimidade.

Os direitos da cidadania são típicos de uma realidade de direito e de Estado emergente no século XX, e por essa razão estão insertos na categoria de novos direitos. Numa visão contemporânea, a cidadania deve ser comprometida com valores, e entendida como exercício de uma reivindicação de direitos. Tal reivindicação é entendida como uma batalha pelo reconhecimento de novos direitos sociais, ou de direitos já existentes, os quais têm sido historicamente negados. Não se trata simplesmente de luta pelo respeito a valores que já estão dados. Ao contrário, trata-se de restabelecer e de fazer com que a ordem política-constitucional consagre, efetive e assegure tais direitos. Por isso, essa concepção recupera a idéia de uma atividade do cidadão, não dentro da ação estatal e do exercício da soberania, mas reafirma o caráter dinâmico da ação cidadã a partir da sociedade civil, e como um programa de transformação da esfera público-jurídico-constitucional.

O esquema de evolução dos direitos pressupõe específicas concepções de cidadania pouco relacionadas com a realidade brasileira. Aqui, o processo que vai dos direitos civis aos políticos e destes aos sociais não foi linear e nem cumulativo.

Pelo contrário, a luta pela cidadania trava-se em todas essas frentes, de forma imperfeita, truncada e simultânea. O problema dos países centrais e periféricos é comum: o de combinar essas três gerações de direitos. A diferença, no entanto, é que, para os países centrais, o equilíbrio trata de *manter o padrão de eficácia* da ordem jurídica assim como a intensidade dos direitos. Para os periféricos, no entanto, o problema está em harmonizar os diferentes tipos de direitos legalmente garantidos para suprir *vazios de efetividade* e alargar sua intensidade a amplos setores das classes sociais.

A ampliação da cidadania, pela participação popular em todas as esferas do corpo social produzirá transformações na idéia tradicional do Estado como instância exclusiva e absoluta de poder. Nesse sentido, há que se cambiar o enfoque e passar a encarar o Estado, não mais como criador e tutor autoritário da sociedade civil. Deve ser o articulador e reordenador dos espaços democráticos de acesso popular. Ou seja, como autêntico mandatário da sociedade civil, plenamente organizada pelo exercício e pela participação da cidadania popular.

A percepção do Estado democrático de direito como afirmação dos direitos da cidadania pressupõe um Judiciário comprometido com os valores sociais e políticos que a sociedade pretende preservar e garantir. Por outro lado, avulta a questão da democracia na perspectiva da jurisdição e do processo como instrumento de concretização da cidadania. É justamente a democracia, como direito de quarta geração e a jurisdição democrática como exigência do Estado contemporâneo que tornam o Judiciário um *locus* efetivo da concretização da cidadania e da participação, suplantando os entraves do acesso à justiça, especialmente os graves problemas sociais de Estados emergentes como o Brasil, onde a exclusão, mais do que um problema, constitui uma chaga social.

A democracia depende fundamentalmente de instituições estáveis, além de razoável atendimento das necessidades básicas do cidadão, economia capaz de arrostar choques, educação crescente do povo e adequada distribuição de rendas, de molde a reduzir a população dos excluídos e obstar a desordem social. Mesmo os excluídos devem ter esperanças e reais condições de evoluir e romper o ciclo de

marginalidade social. Nesse sentido, é fundamental o compromisso da jurisdição. O discurso jurídico precisa assimilar a inclusão social como forma de legitimidade da ordem jurídica. Deve-se estipular um sistema de direitos que privilegie a autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo.

O acesso à justiça insere-se dentre as grandes preocupações da sociedade hodierna. Na verdade, é hoje apontado como o primeiro dentre os direitos humanos. Como direito fundamental não se limita à simples petição ao Poder Judiciário, mas ao direito de uma pronta e efetiva resposta, em um prazo razoável, além do julgamento imparcial por um juiz ou tribunal, a observância do devido processo legal e às demais garantias processuais e constitucionais.

A questão do acesso à justiça está intimamente ligada à noção de justiça social, sendo o “tema-ponte” a interligar o processo civil com a justiça social. Tal aporte compreende ainda a desmistificação da neutralidade ideológica do juiz e do processualista. Por isso, o tema do acesso à justiça, no âmbito do processo civil, representaria uma opção ideológica desmistificadora da neutralidade científica imposta pela dogmática.

O acesso à justiça não é apenas a porta de entrada que o Estado oferece ao indivíduo, para lhe garantir os mínimos direitos. É também um dos vários eixos de produção e reprodução de relações sociais, nos padrões escolhidos pelos grupos contestatórios dos atuais padrões vigentes. O acesso à justiça numa ótica social e política, é uma concepção muito mais ampla que não se esgota em defender a igualdade de todos na justiça, na possibilidade de todos terem acesso sem restrições à tutela jurisdicional. O conceito é também expandido ao direito de ter acesso, no mesmo nível de igualdade, à educação, saúde, segurança social, e a todas as prestações que a dignidade de um indivíduo, em sua completude, requer.

O legislador pátrio optou pela legitimação concorrente e autônoma dos entes públicos ou organizações associativas para a titularidade das ações coletivas, suprindo as eventuais deficiências organizacionais dos titulares individuais,

possibilitando o acesso à ordem jurídica justa de parcela significativa da população e dirimindo judicialmente seus conflitos individuais e coletivos. Também ampliou o universo de intérpretes da Constituição. É nessa perspectiva que se projeta a jurisdição como um *locus* democrático e o processo como instrumento de democracia participativa e de cidadania inclusiva.

5 Por derradeiro, a tese se assenta estruturalmente na acepção do processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva, destacando-se as principais acepções conclusivas:

Originariamente o processo caracterizou-se como mero instrumento de poder político, mera praxe, disciplinando tanto quanto possível de modo racional o agir arbitrário do governante autocrático, absoluto, ditatorial, totalitário, nada significando para o indivíduo, para o súdito, destituído de direitos públicos subjetivos. Subseqüentemente, na democracia liberal, revestiu-se de caráter constitucional, impondo limites ao agir do Estado e definindo-se uma área de liberdades e de direitos tutelados contra o arbítrio. O processo transformou-se, então, na hipótese de violação, em instrumento do cidadão, e de todo o sujeito de direito, tanto contra o poder público como contra os particulares. Deixou de ser mera praxe, tornando-se o exercício de um direito público subjetivo à atividade do Estado-juiz.

Nesse quadrante estar-se-ia caminhando para o processo como instrumento político de participação, visto que a democratização do Estado o teria alçado à condição de garantia constitucional, enquanto a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim de fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela sociedade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo.

É pela via da participação político-jurídica, traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa. Essa abertura constitucional permite que cidadãos, partidos políticos, associações, dentre outros, integrem o círculo de intérpretes, democratizando o processo interpretativo e concretizando a própria Constituição, especialmente garantindo a efetividade do sistema de direitos nela assegurados. E para viabilizar essa participação jurídico-política são criados pelo próprio ordenamento constitucional uma série de instrumentos processuais-procedimentais, objetivando garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Usualmente a história do direito é a história do poder. O direito figura como o meio por excelência para o exercício do poder. Sob esse prisma, a jurisdição, como Poder do Estado investido para prover a tutela jurídica estatal é o *locus* privilegiado da interpretação, aplicação e imposição do direito. Nesse caso, representa uma atividade estratégica de vital importância para a consecução das metas estatais.

O processo civil disciplina o exercício de um poder, ao pressuposto de que as leis processuais regulam a atividade jurisdicional, tendo em conta que a formação dessas normas afeta diretamente o exercício da jurisdição. Para além disso, o processo civil pode ser manejado como estratégia de poder, além de disciplinar o exercício do poder estatal. Nessa perspectiva, o processo civil disciplina o exercício do poder estatal em consonância com determinadas estratégias. Por isso mesmo, os modelos processuais tendem a refletir os valores políticos, econômicos, sociais, culturais e as estratégias de poder das sociedades em que se inserem.

O direito processual vincula a relação entre o Estado e o cidadão a um especial e rico pólo de interesse, do mais alto valor substancial, e não a uma simples técnica alterável conforme o gosto e o humor do eventual detentor do poder. Leis processuais restritivas ao direito de defesa, ao contraditório, a garantias ou a tutelas de urgência, a par de poderem sempre passar pelo crivo do controle de constitucionalidade no âmbito concentrado ou difuso, certamente tendem a cercear a atividade do magistrado ou dos tribunais, em prejuízo da cidadania, não refletindo os valores que devem ser preservados pelo direito processual.

Hoje, mais do que em qualquer época, pela maior passividade do Estado decorrente da perda do monopólio regulatório da vida social, hão de se estabelecer mecanismos compensatórios com a intensificação da cidadania ativa. Daí a necessidade de criarem-se novas constelações de lutas democráticas, que possibilitem mais e mais amplas deliberações sob aspectos cada vez mais diferenciados da sociabilidade.

Propõe-se a construção de um conceito de “jurisdição constitucional aberta”. Ou seja, uma jurisdição aberta institucional e operacionalmente aos argumentos e à participação democrática, constituindo-se, dessa forma, em um *locus* privilegiado de exercício da cidadania, conferindo maior legitimidade democrática às suas decisões, num sentido republicano.

Tendo em vista que os direitos fundamentais têm o imperativo de máxima realização, a sua concretização está a exigir o reconhecimento de um novo espaço processual/procedimental, impulsionando e refundando o conceito de *status activus processualis*. Estes direitos se caracterizam e pressupõem um direito de participação, tendo em consideração que por suas características positivas se tornam crescentemente alvo de organização e procedimento estatal.

Estar-se-ia operando um câmbio na natureza da efetivação dos direitos fundamentais, a partir de uma redefinição do conceito de cidadania, não mais associado com o *status passivus subjectionis* – assinalado por uma postura passiva, de resguardo contra influências e interferências estatais –, para transmutar-se em uma dimensão marcadamente ativa, procedimental, de participação.

O direito de participação no Estado Social é tão vital quanto à posição de “cidadão” (passivo) no Estado de Direito. O aspecto procedimental é um importante instrumento de fortalecimento do aspecto material e de efetivação dos direitos fundamentais. Apenas por meio do *status activus* é que os direitos adquirem sentido, pressupondo, sobretudo um cidadão informado e engajado, quando seus interesses estão em jogo.

A Carta de 1988, ao recepcionar os institutos que amparam os direitos subjetivos públicos e que caracterizam a revolução processual em curso no direito

contemporâneo, preservou, inovando, a relevância do direito na realidade brasileira. Descortina-se um novo cenário para a sociabilidade desde que as *class actions* foram reconhecidas pelo legislador pátrio como mecanismo de defesa da cidadania contra o Estado e a dimensão do mercado. Ampliou-se o conceito de soberania, abrindo-se para os cidadãos novos postos de representação, a exemplo do que sucede quando é provocado o Judiciário no controle de constitucionalidade das leis. Valoriza-se, assim, a tendência atual de expor o sistema do direito às demandas de caráter coletivo, instituindo-se o processo de adjudicação em mais uma possibilidade para a democratização social.

O direito moderno, especialmente no campo constitucional e processual, vem se libertando de uma atmosfera impregnada do liberalismo individualista para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social. Esse câmbio delineia a necessidade de tutela jurídica para além das situações subjetivas usuais, caracterizadas por titulares certos e determinados ou por uma coletividade. Os novos interesses, denominados de direitos difusos, compreendem a proteção desses valores, sobretudo volvidos para o aprimoramento da qualidade de vida, em sua expressão material e espiritual, afetando uma multiplicidade indeterminada de pessoas, como nas hipóteses de proteção ao consumidor, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural. Por não se adaptarem ao modelo clássico, impõem um ajuste da processualística, assim como a elaboração de novas técnicas e institutos adequados para apreenderem as relações supra-individuais.

A Constituição Federal de 1988 ampliou tanto a legitimação ativa para demandar a tutela dos direitos coletivos e difusos, como criou ações cujo objeto específico possibilita o exercício de tais direitos. Assim, é reconhecida a legitimidade das entidades associativas para a postulação de direitos alheios, aos sindicatos e aos partidos políticos. No pertinente à ação direta de inconstitucionalidade, reconheceu-se legitimidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, à confederação sindical ou à entidade de classe de âmbito nacional e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. De outro lado, houve uma substancial ampliação do âmbito da ação popular, para a inclusão específica de determinados direitos difusos, como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio

histórico e cultural. Concebida para a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público, tal ação passou a ter, portanto, nova feição constitucional.

A ação civil pública foi constitucionalizada, atribuindo-se ao Ministério Público a sua propositura, alargando suas funções institucionais para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Posteriormente à promulgação da Constituição, vários outros diplomas legais ordinários especificaram interesses tuteláveis por via da ação civil pública: (a) a Lei n. 7.853/89, para a defesa das pessoas portadoras de deficiência; (b) a Lei n. 7.913/89, de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; (c) a Lei n. 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente; (d) A Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – que previu a possibilidade de ajuizamento de ações coletivas com perfil diferenciado da ação civil pública instituída pela Lei n. 7.347/85.

A Carta de 1988, enfim, redefiniu as relações entre os três Poderes, dando eficácia ao sistema do *judicial review*, notadamente quando admitiu personagens institucionais da sociedade civil com direito à participação no controle de constitucionalidade das leis. Para mitigar o déficit de democracia constitucionalizou novos institutos garantidores de direitos dos indivíduos e grupos diante do Estado e do mercado, como os da ação popular e da ação civil pública, possibilitando a criação do direito a partir de sua abertura processual às demandas sociais. Redefiniu as funções do Ministério Público, atribuindo-lhe, agora, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em torno do direito construiu-se, enfim, um novo lugar da esfera pública, mobilizando formas e mecanismos da representação funcional, a envolver o Poder Judiciário, o Ministério Público, o sindicalismo, as ONGs e a vida associativa em geral, sem a pretensão de concorrer com o sistema de representação política.

A participação da sociedade civil é decisiva para a efetivação dos direitos constitucionais, verificando-se predominantemente num plano metajurídico. Todavia, a Constituição e a legislação infraconstitucional municiaram a processualidade de mecanismos admiráveis de participação, envolvendo entidades

representativas, tais como associações, sindicatos e partidos políticos, como fundamento para uma cidadania inclusiva, ampliando o círculo de intérpretes para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta.

O processo civil tradicional, entretanto, envolvido num cientificismo arcaico, vinculado a uma visão racionalista e a conceitos inteiramente anacrônicos, criou um fosso entre a realidade constitucional e a realidade jurisdicional e uma dessintonia entre a sua teoria científica e a complexidade da vida social, com sua inquietante visão de verdade e de certeza, verdadeiro contraponto ao desenvolvimento filosófico, político e jurídico contemporâneo.

Inimaginável sobreviver qualquer discussão dogmática acerca da *verdade*, como ainda se sustenta notadamente no âmbito do processo, sem afrontar a síntese do pensamento waratiano do “devir das verdades incertas” ou das “certezas polêmicas” do pensamento freudiano ou ainda a descrença de Nietzsche, e a dúvida, que alimentou a posição cética dos filósofos do século XX, difundindo, todavia, a certeza de que a busca do conhecimento continua aberta, potencialmente infinita, diante do mistério do universo.

Essa compreensão destrói os fundamentos de certeza e verdade que impregnam o processo, assim como as bases “científicas” em que ele se sustenta e que arremetem os operadores jurídicos a um vóo cego, amarrados em conceitos e em fundamentos que somente o desconhecimento ou a ingenuidade política podem justificar, e que representam, em última instância, uma resistência aos propósitos de torná-lo instrumento de efetivação das garantias e de concretização da própria da cidadania.

Um dos desafios atuais do direito processual civil e da teoria do processo é afeiçoar seus conceitos à realidade constitucional e, mais do que isso, visualizar a jurisdição sob o prisma político, incorporando no exercício jurisdicional os princípios e valores que qualificam o processo como instrumento da democracia no Estado democrático de direito. Em verdade, erigiram-se em torno do processo civil conceitos dogmatizados, estruturados numa visão liberal de Estado, que, embora importantes no sentido histórico, porque demarcam a evolução científica do direito processual como

ramo autônomo do Direito, mas que hodiernamente não resistem ao exame mais acurado do tema.

Um dos problemas sérios da doutrina processual é justamente o cientificismo e o dogmatismo de alguns de seus conceitos, que somente tenderam a criar um confinamento científico de suas regras e seus princípios, criando um território infenso à interlocução com outros ramos do Direito, e mais do que isso, com a evolução do pensamento político. Essa visão dogmática, retratada nos compêndios e repetida maquinalmente pela doutrina tradicional, apostando na autonomia científica construída a partir do século XIX, calcada numa anacrônica visão positivista-normativista, e numa inquietante visão de “verdade”, que encapsulou, congelou o direito processual no tempo, tornando a doutrina tradicional caudatária do constitucionalismo contemporâneo.

Tem o direito processual sua base no direito constitucional, que lhe fixa os fundamentos, notadamente quanto ao direito de ação e de defesa e ao exercício da jurisdição, função soberana e indelegável do Estado. A Constituição Federal de 1988 foi a Carta Política que mais se preocupou com a questão processual e também com o acesso à justiça. Enfrentou as questões relativas à assistência judiciária aos carentes e a legitimidade para agir. A par disso, criou uma série de novos instrumentos processuais para a garantia dos direitos individuais e transindividuais, além de converter em norma constitucional uma série de garantias e princípios gerais do direito processual. Por isso, o direito processual é inerente à Constituição, no sentido de que muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação de garantias constitucionais.

Há uma significativa distância entre o discurso teórico e a prática forense. Muito embora sejam conhecidos os avanços da filosofia do direito, no século XX, notadamente o resgate do pensamento clássico e o conseqüente retorno da hermenêutica, as instituições universitárias e legislativas impõem um comportamento dogmático. O direito é idealizado como produto exclusivo do Poder Legislativo e a conseqüência dessa distorção representa tornar os juristas, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do poder.

Ao contrário do que as filosofias liberais procuram insinuar, o sonho racionalista possui um componente autoritário, correspondendo a um modelo político muito mais opressivo do que o democrático, como hoje é possível perceber. Imprimindo à lei um sentido unívoco, dispensada sua compreensão hermenêutica, a proposição legislativa afigura-se a expressão da vontade do legislador, portanto, a vontade do poder constituído, ou seja, a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus consumidores.

Chiovenda compartilhou da teoria que afirma que o juiz atua a vontade concreta do direito. O direito para ele e para os seus contemporâneos, nada mais era do que a própria lei, ou seja, não mais do que a norma geral a ser aplicada aos casos concretos. Na atividade jurisdicional, ao juiz restava aplicar a norma geral criada pelo legislador. Havia uma nítida separação entre aplicação e criação do direito. Essa teoria supunha que o juiz seria capaz de dirimir qualquer litígio aplicando as normas gerais, ante a crença de que o ordenamento jurídico seria completo e coerente. Essa ilusória percepção de que a legislação era revestida de completude e de coerência, possibilitando à jurisdição condições de resolver qualquer caso, tinha por objetivo obstar ao juiz a interpretação da lei para regular a situação litigiosa. O juiz jamais precisaria dar sentido a uma norma, interpretando a lei em conformidade com a Constituição. Em verdade, não deveria e nem poderia formular uma norma jurídica em consonância com os ditames constitucionais porque nesse tempo não se tinha a compreensão de validade da lei vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. A lei desconsiderava a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo. À jurisdição incumbia aplicar a lei genérica e abstrata, típica do Estado liberal.

Os conflitos, de outro lado, possuíam características homogêneas, de molde a não demandar do juiz uma especial compreensão de suas peculiaridades. O caso sobre o qual o juiz devia decidir era acobertado pela lógica da subsunção. Os fatos eram considerados a premissa menor e a norma geral a premissa maior. O juiz detinha uma tarefa quase mecânica, porquanto os fatos provinham de uma sociedade compreendida a partir de um ângulo igualizador, de modo a não exigir dele qualquer esforço interpretativo ou de atribuição de sentido.

Carnelutti, diferentemente de Chiovenda, afirmava que a função do juiz era a composição da lide. E ao “compor a lide” criava a norma individual que regularia o caso concreto. A sentença, ou norma individual, nessa hipótese, fazia concreta a norma geral, passando a integrar o ordenamento jurídico. A composição da lide se verificava quando a sentença tornava a norma geral particular para as partes.

A diferença entre Chiovenda e Carnelutti, entretanto, não está na tese de que o juiz, neste, pode esculpir ou criar a norma geral e, portanto, estar livre das amarras do positivismo acrítico. O legislador, subordinado à Constituição, cria as normas gerais, e o juiz, vinculado à lei, cria as normas individuais ao proferir as sentenças. Nesse sentido, a diferença entre as funções do legislador e do juiz é apenas quantitativa, na medida em que, apesar de o juiz estar mais limitado que o legislador, ambos criam normas com fundamento em normas superiores. As duas teorias, vistas nesta perspectiva, variam apenas porque em uma o juiz declara a norma geral sem produzir uma norma individual, e na outra o juiz cria uma norma individual com base na norma geral declarada na fundamentação da sentença. Desse modo, as duas teorias estão igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei.

Diante da insustentabilidade das teorias clássicas, há uma nova concepção de jurisdição. O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, evidenciando que a lei deve ser afeiçoada aos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. É possível aferir concretamente isso a partir dos deveres de o juiz interpretar a lei em conformidade com a Constituição, de controlar sua constitucionalidade, sobretudo atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que possa obstar a proteção de um direito fundamental. O constitucionalismo contemporâneo, ademais, comete à jurisdição o dever de tutelar os direitos fundamentais que eventualmente sejam colidentes no caso concreto.

Ao se entender norma como texto e norma jurídica como a interpretação dela decorrente, torna-se simples conferir ao juiz a incumbência de criar a norma jurídica que cristaliza a compreensão da lei na medida das normas constitucionais, ou ainda, na hipótese particular de tutela de direitos fundamentais colidentes, a razão

jurídica determinante, diante do caso concreto, de prioridade de um direito fundamental sobre o outro.

O direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter como consectário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e compreendidos pelo juiz de acordo com o modo como essas necessidades se revelam no caso concreto. O juiz, nesse caso, tem o dever de localizar na legislação processual o procedimento e a técnica adequada à efetiva tutela do direito material.

A questão da racionalidade das decisões judiciais decorre, no caso brasileiro, de imposição constitucional. Tal prescrição é justificada porque a ordem jurídica reflete o paradigma do Estado democrático de direito, impondo, sob pena de nulidade, que as decisões judiciais sejam fundamentadas, no quadro do devido processo.

O direito, sob o paradigma do Estado democrático de direito, não é indiferente às razões ou ao modo pelos quais o juiz ou tribunal decide. Ele exige a reflexão acerca dos paradigmas que informam a própria decisão jurisdicional. No Estado democrático de direito, a tensão imanente no direito entre facticidade e validade manifesta-se no exercício da jurisdição como uma tensão entre o princípio da certeza do direito e a pretensão de se tomar decisões justas. Essa tarefa de julgar, para que realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito, deve simultaneamente cumprir as condições de uma decisão consistente e de aceitabilidade racional. O princípio da certeza demanda decisões que possam ser consistentemente tomadas no quadro do direito vigente. A pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática, de outro lado, exige decisões racionalmente fundadas nos fatos da causa, de tal sorte que possam ser aceitas racionalmente.

Um juízo singular deve estribar-se no conjunto de todas as razões pertinentes havidas como relevantes, para uma interpretação completa da situação. Destarte, incumbe ao juiz desenvolver um senso de adequabilidade. Ainda que sejam

possíveis várias interpretações ou ainda que várias normas sejam válidas, sob a perspectiva dos discursos jurídicos de justificação, não significa dizer que todas sejam adequadas ao caso sob exame. A solução correta, para as hipóteses de colisão de normas ou com variantes semânticas, advém do desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, tendo em vista uma reconstrução paradigmática apropriada do direito vigente.

Uma compreensão principiológica do direito ou uma concepção modelo de princípios está a exigir do Poder Judiciário um agir politicamente. Todavia, não no sentido de dar curso a concepções pessoais do julgador a propósito do que considera pragmaticamente adequado, mas na perspectiva de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Isso leva a diferenciar os argumentos de princípio, fundados em direitos, dos argumentos de política, fundados em questões axiológico-teleológicas de bem-estar coletivo.

A jurisdição não é a manifestação de um poder sem disciplina jurídica. Ao contrário, quando o Estado exercita a função jurisdicional age dentro de uma estrutura normativa regulamentadora de sua atividade, edificada para possibilitar e salvaguardar a participação dos destinatários do ato imperativo do Estado na fase de sua formação. Nesse viés, a jurisdição, objeto de enfoque do Direito Processual Civil, é exercida nos limites do ordenamento jurídico, sob sua disciplina, em uma estrutura normativa em que os atos e as normas são conectados em especial forma de interdependência.

Foi Chiovenda quem fixou o conceito de processo como relação jurídica, ao lançar as bases da ciência do Direito Processual Civil. A relação jurídica já havia se estabelecido como verdadeiro dogma na doutrina civilista, com o intuito de explicar direitos e deveres, faculdades e obrigações, atingindo outros ramos do Direito, disseminando-se igualmente pelo Direito Processual Civil, que a adotou sem contestação.

A noção que embasou o conceito de relação jurídica foi a da autonomia da vontade, que constituiu o fundamento de todo o sistema individualista do século

XIX, da noção de contrato à de liberdade. A teoria em questão, todavia, se entremostrou desde logo insuficiente para responder às situações que claramente não correspondiam a vínculos entre sujeitos. Embora o direito de propriedade tenha granjeado novas formulações, o pátrio poder, a nacionalidade, o direito à honra e, genericamente, os direitos personalíssimos restaram sem respostas adequadas pelo *vinculum iuris*.

A pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual escamoteou a realidade concreta, possibilitando a construção de uma ciência processual ensimesmada, imersa em si própria, sem olhar para a realidade de direito material e para a vida. A abstração e a neutralidade do conceito de relação jurídica processual é bastante para ocultar qualquer vontade estatal. Todavia, o Estado não é neutro, porquanto tem fins e projetos a serem concretizados em razão de seus valores.

O processo, entretanto, não pode ser visualizado apenas como relação jurídica, mas como uma expressão relevante para a democracia e, por essa razão deve ser legítimo. Deve se legitimar pela participação. Deve ser legítimo, adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais e, ademais, deve produzir uma decisão legítima.

A identificação do processo como procedimento em contraditório entre as partes, emergente de uma estrutura normativa, suplanta a concepção de processo como relação jurídica. O contraditório é vislumbrado como oportunidade de participação paritária. É garantia de simétrica igualdade de participação dos destinatários do provimento na fase procedimental de sua preparação. Nesse viés, a possibilidade garantida de participação em simétrica igualdade não se concilia definitivamente com vínculo de sujeição.

A concepção mais contemporânea de processo, portanto, não o distingue de procedimento através de um critério teleológico, tampouco o compreende como relação jurídica ou o procedimento como mera forma. Nessa nova mirada, o processo se diferencia de procedimento, porque este é um conceito mais amplo. Procedimento é vislumbrado como gênero do qual o processo é espécie. Estas concepções emergem de

um conceito renovado de procedimento e de processo, consonante com o atual estágio da teoria geral do direito e do sistema normativo que embasa tais conceitos.

Procedimento, assim como processo, é categoria da Teoria Geral do Direito. É a atividade de preparação de provimentos estatais. Provimentos estatais são atos de caráter vinculante do Estado que geram efeitos sobre a esfera jurídica dos cidadãos. Provimentos podem ser legislativos, jurisdicionais ou administrativos, dependendo do procedimento que os prepara. Mas o procedimento não se esgota na simples preparação do provimento, ele possui uma característica fundamental, a forma específica de interconexão normativa entre os atos que o compõem. Visando à preparação do provimento, o procedimento sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos, situações jurídicas e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra e da validade do ato nela previsto.

O processo caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional, ou dos seus representantes, na hipótese do processo legislativo. Os interessados são aqueles em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos. Mas essa participação se dá de uma forma específica, em contraditório. Contraditório, mais que a simples garantia de dizer e contradizer, aqui é garantia de participação em simétrica paridade.

O processo, portanto, liberto da acepção de relação jurídica, revigora-se na renovação do conceito de procedimento. De fato, é um procedimento, mas não aquele dos ritos e das formas que se autojustificam, porém um procedimento realizado em contraditório entre as partes. Estas trazem seus interesses contrapostos, seus conflitos e suas oposições no âmago da atividade que se desenvolve com vistas à emanção de uma sentença participada. Tal provimento não é ato isolado do Estado-juiz, mas resultado de toda uma atividade produzida participativamente, com garantia de simétrica paridade aos interessados, isto é, daqueles que irão suportar os seus efeitos.

A procedimentalização do ordenamento jurídico constitui um traço característico da doutrina jurídica europeia atual e para as ditas sociedades “pós-modernas”. A ênfase no aspecto processual do direito tem sido marcante. A difusão crescente da *fórmula processual* representa o instrumento mais democrático e racional de se dar conta dos problemas mais complexos das sociedades atuais. Esta fórmula implicaria a solução desses problemas através do envolvimento dos interessados em debate dialético. Por conta disso, têm surgido cada vez mais novos “ramos” do direito processual, não apenas de caráter jurisdicional, mas também no domínio da Administração, do Legislativo, envolvendo a própria eleição dos titulares desses Poderes, assim como no campo das relações privadas e empresariais, com o já denominado direito processual societário.

A compreensão de processo e procedimento está fundada no princípio democrático. Aqui a democracia reclama sobretudo participação. A participação no poder é da essência da democracia, porque é ela que legitima o exercício do poder. Em suma, o exercício do poder, no processo, é legitimado pela possibilidade de participação, de modo a conferir-lhe, na dicção de Dinamarco, a dimensão de microcosmo do Estado democrático de direito.

A legitimidade do exercício da jurisdição está atrelada a uma possibilidade real, e não apenas formal, de participação. O processo deve ser reflexo, efetivamente, do ideal de Estado democrático de direito. O termo *democrático* qualifica o Estado e irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos característicos, e, portanto, sobre a ordem jurídica. O direito, nesse horizonte, imantado por esses valores, se enriquece do sentimento popular e por isso deve ajustar-se ao interesse coletivo.

Com a democracia social intensificou-se a participação do Estado na sociedade. A atuação do juiz no processo modificou-se, incumbindo-lhe, agora, zelar por um processo justo, capaz de possibilitar a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real; a justa aplicação das normas de direito material; e a efetividade da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou o

abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito.

Um processo efetivamente democrático, fundado na isonomia substancial exige do magistrado uma postura ativa. A produção da prova já não é mais monopólio das partes. A atuação do magistrado agora é mais intensa, sendo-lhe autorizada a produção de provas de ofício para elucidar os fatos. A perquirição da prova, nesse caso, se justifica para a devida elucidação dos fatos, inclusive em razão de menor sorte econômica ou de menor astúcia de um dos litigantes.

O contraditório não é violado em razão da participação do juiz. Ao contrário, ele é robustecido com a postura ativa do magistrado. Não havendo paridade de armas, é desimportante a existência de um contraditório meramente formal. O pior seria guindá-lo à condição de expectante passivo, em situações em que a lide não raro ficaria sem uma solução devida, justamente por sua omissão na determinação de provas de ofício. Em verdade, para o juiz não é indiferente, almejar conduzir o processo a um resultado justo e desejar que vença a causa a parte que tenha razão, seja ela autora ou ré.

Não é obstáculo para a participação ativa do magistrado na instrução o princípio da imparcialidade. Longe disso, poderia sim ser irrogada a parcialidade de magistrado que se omite sem pejo, quedando-se inerte, mesmo sabendo que determinada prova é fundamental para a elucidação da matéria fática.

A concepção de paridade de armas não tolera a idéia de que as partes não possam efetivamente participar ou em que apenas uma delas tenha efetivas condições de influir no convencimento do juiz. Essa paridade não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes, nem mesmo uma perfeita simetria de direitos e obrigações. As eventuais diferenças de tratamento podem ser justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, de modo a evitar um desequilíbrio em prejuízo de uma delas.

O princípio do contraditório, como valor cultural, pode apresentar várias acepções. Como é necessário que o direito se ajuste aos anseios da justiça social, é lógico que o princípio não possa ser focado a partir da idéia da igualdade formal. Na

atualidade deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, a refletir os valores do Estado Social.

O contraditório, hoje, como expressão do princípio político da participação democrática, não é mais exclusivo do processo judicial, já que se amplia a todas as atividades dos poderes públicos das quais possam resultar decisões afetando a liberdade, o patrimônio ou a esfera de interesses do cidadão.

O contraditório atual nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade humana. Esse primado impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja garantido a todos os interessados de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente. Para tanto, é necessário estabelecer uma relação dialógica entre juiz e os outros sujeitos principais do processo. Esse diálogo reclama intercâmbio de idéias, propiciando que todos os interlocutores possam falar, ouvir e dizer o que pensam, reagindo às opiniões do outro, para que todos possam ser influenciados reciprocamente. Nessa perspectiva, certamente está-se a exigir, nessa instância dialógica, um novo juiz, capaz não apenas de ouvir, mas também de escutar e de falar. Neste aspecto, ação e defesa têm o mesmo conteúdo, como instrumentos de participação.

Há grande número de procedimentos judiciais que cumprem a finalidade de permitir a participação do cidadão no poder e na vida social. Um procedimento justo implica a existência de procedimentos coletivos, que possibilitam a intervenção dos cidadãos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais de relevância para a vida coletiva, ditos procedimentos de massa para a defesa do ambiente, da saúde, do patrimônio cultural, dos consumidores, etc. A cidadania exige a abertura para a participação nas discussões de relevo para a sociedade. Não há, pois, como o processo judicial se desobrigar da sua responsabilidade, não contribuindo para a otimização da participação. Nesse norte, as ações coletivas e a ação popular são autênticas vias de participação popular, verdadeiros instrumentos atrelados à idéia de democracia participativa ou de incremento da participação direta no poder e na vida social.

As ações coletivas, nessa dimensão, além de objetivarem a tutela dos direitos fundamentais que demandam prestações sociais e proteção normativa e fática,

compõem canais ou vias para a participação do cidadão, mesmo através de entes legitimados. Tais ações não podem ser vislumbradas como meros procedimentos instituídos para a tutela dos direitos. Os direitos fundamentais estão a exigir, a participação na sociedade e no poder. Essa participação deve ser ensejada e incitada não apenas por meio da reserva de locais próprios de participação em órgãos públicos ou em procedimentos voltados a decisões políticas, na esfera administrativa. Os procedimentos judiciais são indispensáveis à participação do cidadão em defesa de seus direitos fundamentais e do patrimônio público. Nessas hipóteses, a participação materializa-se pela jurisdição, agregando ao processo outra característica.

O processo, nesse contexto, assume a condição de via ou canal de participação e não somente de tutela jurisdicional. Nessa perspectiva, atua como instrumento da jurisdição e habilita-se como *modus* de participação do cidadão na busca da concretização e proteção dos direitos fundamentais e do patrimônio público. Nessa mirada, mais do que um instrumento do poder é instrumento de participação no poder. É um contributo para democratizar a democracia através da participação. Enfim, é um microcosmo da democracia, porque concretiza os objetivos fundamentais do Estado democrático de direito, como *locus* da cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A Duração Razoável do Processo como Elemento Constitutivo do Acesso à Justiça**: Novas perspectivas após a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 154 p.

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 282 p.

_____. “Apresentação”. In: MEDEIROS, Luiz César. **O formalismo processual e a instrumentalidade**: Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais. 3. Ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. “O processo jurisdicional como um *locus* da democracia, pelo viés da participação”. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Direito e Processo**: Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 781-790.

_____. “Limites e possibilidades da constituição de uma ciência do direito na visão epistemológica de Luis Alberto Warat”. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, Tribunal de Justiça do Estado de SC v.103, jul. 2003, p. 221-242.

_____. As normas constitucionais de acordo com a sua eficácia e aplicabilidade. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, Tribunal de Justiça do Estado de SC v.96, out. 2001, p. 3-24.

AGGIO, Alberto; LAHUERTA, Milton (Org.). **Pensar o século XX**: problemas políticos e história nacional na América Latina. São Paulo: UNESP, 2003.

AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**: volumes 1, 2 e 3. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000. 2538 p.

AIETA, Vânia Siciliano. “Democracia”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 190-195.

AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALEXY, Robert. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Revista da

Faculdade de Direito da UFRGS. **Revista de Direito Administrativo**, v. 217, jul./set. 1999, p. 55-66.

_____. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático**: Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Teoría de la Argumentación Jurídica**: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza y Isabel Espejo. Madri: Centro e Estudios Constitucionales, 1989.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALTHUSSER, Louis. **A favor de Marx**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

AMARAL, Francisco. "Normativismo". In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 608-611.

ANDRADE, Lédio Rosa. **Juiz Alternativo e Poder Judiciário**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 167 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. "A reconstrução do conceito liberal de cidadania: da cidadania moldada pela democracia à cidadania moldando a democracia". In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário**: Do Moderno ao Contemporâneo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, 208 p.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, 288 p.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2ª ed., rev. e atualizada. São Paulo: Moderna, 1993.

ARBLASTER, Anthony. **A democracia**. Lisboa: Estampa, 1998.

ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARGÜELLO, Katie. **O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Livro V. _____ . **Política**. Rio de Janeiro: 1965.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (org.). **Globalização, Neoliberalismo e o mundo do trabalho**. Curitiba: IBEJ, 1998, 300 p.

_____. **Direito e Século XXI: Conflito e Ordem na ordem neoliberal pós-moderna**. 1. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997, 138 p.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ASSIS, Araken de *et al.* **Direito Civil e Processo** ; Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 1596 p.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 6 ed. São Paulo: Hucitec, 1992.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1984.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BARRETO, Vicente *et al.* Voto e representação. In: **Curso de Ciência Política**. 2. ed. Brasília: UnB, 1984, p. 24-27.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. “Constituição”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 144-148.

BARRY, Brian. **La justicia como imparcialidad**. Barcelona: Paidós, 1997.

_____. **Teorias de la justicia**. Barcelona: Gedisa, 1995.

BARTHES, Roland. **A aventura semiológica**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 339 p.

_____. **Fragmentos de um discurso amoroso**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 343 p.

_____. **Mitologias**. 11. ed. Lisboa: Edições 70, 2007. 315 p.

BASTOS, Aurélio Wander. “Para a compreensão de Sieyès: Notas e fragmentos sobre a História da França Feudal”. In: BASTOS, Aurélio Wander (org.). **A Constituinte Burguesa: Qu’est-ce que le Tiers État?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. ix-xiv.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004, 331 p.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman V. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BERIZONCE, Roberto O. “El programa de Casas de Justicia, una iniciativa transcendental en la lucha por el acceso a la justicia”. **Revista ‘Garantias’ da Defensoría del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires**, Buenos Aires, año 2, n° 5, set. 2001.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. Wumberto Hudson Ferreira. Brasília: UNB, 1981.

_____. **Antología de Ensayos**. Madri: Espasa-Calpe, 1995.

BERTASO, João Martins. **Devir-cidadania: as (im)possibilidades na leitura freudiana**. 1998. 215p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

BIELSA, Rafael A. **Transformación del derecho en justicia: Ideas para una reforma pendiente**. Buenos Aires: 1993.

- _____. **Metodologia Jurídica**. Santa Fé: Castellvi, 1961
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 298 p.
- BIGNOTTO, Newton. “Republicanism”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 716-719.
- BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 282 p.
- BINETTI, Safo Testoni. “Iluminismo”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2007, vol. I, 674 p.
- BITTAR, Eduardo C.B. “Semiótica jurídica”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 757-760.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, 173 p.
- _____. **Teoria Geral da Política**: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- _____. **Igualdad y Libertad**. Barcelona: Ediciones Paidós y I.C.E. de la Universidad de Barcelona, 1993.
- _____. **O futuro da democracia**. 7. ed. rev. e ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, 207 p.
- _____. **Marxismo e Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- _____. *et alii*. **Dicionário de Política**. 2. Vol. 13. ed. Brasília: UnB, 2007.
- _____. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- BODIN, Jean. **Six Livres de la Republique**. Paris, 1576. A obra foi traduzida para o espanhol por Pedro Bravo, com o título **Los Seis Libros de la Republica**. Madrid: Aguilar, 1973.
- BOLLMANN, Vilian. “Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e os limites da atuação do Poder Judiciário”. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto (Org.). **Curso Modular de Direito Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 591-612.

BONAZZI, Tiziano. “Puritanismo”. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: UnB, p. 1035-1038, vol. 2.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 511 p.

_____. **Ciência política**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Ciência Política**. 10. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

_____. **Constituição aberta: Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade com ênfase no Federalismo das Regiões**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. “Constitucionalismo Social e Democracia Participativa”. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). **Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 17-33.

BORGES, Jorge Luis. **Livro dos seres imaginários**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 224 p.

_____. **Outras inquisições**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 232 p.

_____. **Discussão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. 184 p.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: Novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001, 277 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categorial constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 126 p.

BRÜGGEMANN, Sirlane Melo. **Um caminho para a justiça**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, 144 p.

BULYGIN, Eugenio. “Los jueces crean derecho?” In: **XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoría y filosofía del derecho**. Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Unam, México-DF, ago./set. 2002.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, 188 p.

CAETANO, Marcelo. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CALAMANDREI, Piero. **Processo y democracia**. Tradução para o espanhol de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1960.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. 2. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, 195 p.

_____. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, 193 p.

_____. “O Judiciário e a democracia no Brasil”. **Revista USP**: Dossiê Judiciário, n. 21. São Paulo: EDUSP, 1994, p. 116-125.

CAMPOS, André *et al* (org.) **Atlas da exclusão social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004, vol. 2, 167 p.

CAMPOS, Francisco. “O Poder Judiciário na Constituição de 1937”. In: **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 367.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1522 p.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____ ; GARTH, Bryant. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, 168 p.

_____. “A dimensão social do processo”. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 9-30.

_____. **Proceso, ideologias, sociedad**. Tradução para o espanhol de Santiago Sentís Milendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris Editor, 1984.

CARDOSO, Fernando Henrique. “I – A construção da democracia: A revitalização da arte da Política”. In: ZANETI, Hermes (Org.). **Democracia a grande revolução**. Brasília: UnB, 1996, p. 15-30.

CARDOSO, Fernando Henrique e MARTINS, C.E. **Política e Sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Ajuris-9, 1978.

CARITAT, Marie Jean Antoine Nicolas. **Ensaio de um quadro histórico do espírito humano**. Campinas: Unicamp, 1993.

CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica: Ética e Justiça**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso**. Trad. Santiago Sentis Melengo. Buenos Aires: Europa-América, 1971.

CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoria general del Estado**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1948, t. I.

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

CASANOVA, Pablo González. Globalidade, neoliberalismo e democracia. In: GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente: Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 46-62.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, v. 2.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, 189 p.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CATTONI, Marcelo (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Madrid: Reus, s/d.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**. São Paulo: Moderna, 1984.

CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**. Milano: Giuffrè, 1982, v. 2.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. 12. ed. rev. atual. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 7-42.

_____. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 246 p.

_____. “Comunitarismo”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 136-138.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Atitudes legislativas do poder executivo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. “O cidadão, a administração pública e a nova Constituição”. **Revista de Informação legislativa**. N. 106.

_____. “Poder Judiciário: autonomia e justiça”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 691, maio/1993.

_____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. “As idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro”. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 211, jan./mar. 1998, p. 125-134.

COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**: Transmodernidade, Direito, Utopia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, 175 p.

_____. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. “Repensar a democracia”. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Política**: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 189-235.

CONSTANT, Benjamin. “Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos”. In: **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L & PM, 1975.

CORTAZAR, Julio. **O jogo da amarelinha**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1999. 640 p.

COURI, Sérgio. **Liberalismo e Capitalismo**. Brasília: UnB, 2001, 154 p.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos Del Derecho Procesal Civil**. 3ª ed. (póstuma). Buenos Aires: Depalma, 1974.

CRESPIGNY, Anthony de; CRONIN, Jeremy (Eds.). **Ideologias políticas**. Trad. Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: UnB, 1999. Título original: *Ideologies of politics*.

CRISTO, Ismael Vieira de. **Acesso à justiça e participação popular**: reflexões sobre o direito de ação. São Paulo: Pulsar, 2000.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001, 230 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, 307 p.

DALLMAYR, Fred. “Para além da democracia fugidia: algumas reflexões modernas e pós-modernas”. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UnB, 2001, p. 11-38.

D’ENTRÈVES, Alexandro Passerin. **La Dottrina dello Stato**. Torino: G. Giappichelli-Editore, 1967.

DESCARTES, René. **Discurso do metodo**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 102 p.

DEXHEIMER, Marcus Alexsander. **Estatuto da Cidade e Democracia Participativa**. Florianópolis: OAB/SC, 2006, 187 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1987.

_____. **Execução Civil**. 2ª ed. rev. e ampl., vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINIZ, Antônio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. “Pós-positivismo”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 650-654.

DROMI, Roberto. **El Poder Judicial**. Mendoza: 1984.

DURKHEIM, Émile. **De la Division du Travail Social**. Paris: 1986.

DUVERGER, Maurice. **Os Grandes Sistemas Políticos**. Trad. Fernando Ruivo e Fernando Augusto Ferreira Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

DUTRA, Jeferson Luiz. “Jurisprudência dos Valores”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 490-493.

DYRLUND, Maria Cecília Baêtas. “Solidariedade”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 774-778.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p. Original: **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Do original: **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.
Original: **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978.

De GIORGI, Raffaele. Problemi della governabilità democratica. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Diritto, democrazia e globalizzazione**. Lecce: Pensa, 2000.

ECO, Umberto. **Viagem na Irrealidade Cotidiana**. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

EISENBERG, José. “Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política”. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43-61.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Vitória, 1960.

ENTERRÍA, Eduardo García de. “Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”. In: **Revista de Direito Público** n° 92; out./dez. de 1989.

_____. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1984.

ENZWEILER, Romano José. **Os desafios de tributar na era da globalização**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, 134 p.

_____. **Dimensões do Sistema Eleitoral: O Distrital misto no Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. 105 p.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288 p.;

_____. “A constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, RT v.44, jul. 2003, p. 75-86;

_____. “Democracia, constituição e princípios constitucionais: notas de reflexão crítica no âmbito do direito constitucional brasileiro”. **Resenha Eleitoral - TRE/SC**, Florianópolis, Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina v.9, jul. 2002, p. 66-79.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. 497 p.

FARAGO, France *et al.* **A justiça**. São Paulo: Manole, 2004.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. “Prefácio”. In: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FARIA, José Eduardo. **Poder Judiciário no Brasil**. CEJ, 1996.

_____. **O Direito na Economia Globalizada**. 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. 359 p.

_____. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica**. São Paulo: EDUSP, 1988.

FASSÒ, Guido. “Il giudice e l’adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale”. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão: Giuffrè, 1972.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 781 p.

_____. “Diffusione del processo e compiti della dottrina”. In: **Studi in onore di A.D. Giannini**. Milão: Giuffrè, 1961.

FERNANDEZ, Fernando Francisco Afonso. **Fidelidade partidária no Brasil**: Análise sob a óptica da política jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 177 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Antônio Augusto de Camargo et al. **A ação civil pública e a tutela jurisdicionais dos direitos difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001, 223p.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIGUEIREDO, Eurico de Lima. “Utilitarismo”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, 837-840.

FILMER, Robert Bart. **O patriarca ou o Natural poder dos reis**. 1680. Título original: Patriarcha or the natural power of kings.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 17. ed. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, 295 p.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 29. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2004. 262 p.

_____. **A vontade de saber** (História da Sexualidade). Rio de Janeiro: Graal, 1977.

_____. “Um Diálogo sobre el Poder: Gilles Deleuze/Michel Foucault”. In: FOUCAULT, Michel. **Um Diálogo sobre el Poder y otras Conversaciones**. Trad. Miguel Morey. Madri: Alianza, 2000, p. 7-19.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: José Buchatsky, 1977.

FRANCIS, Mark, **Herbert Spencer e a invenção da vida moderna**. Newcastle UK: Acumen Publishing, 2007.

FREUD, Sigmund. **Estudos sobre a histeria**. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. **As neuropsicoses de defesa**. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. “O Moisés de Michelangelo”. V. XIII. **Obras Completas de Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALEANO, Eduardo. **Patatas arriba: la escuela del mundo al revés**. México: Siglo Veintiuno, 1998.

_____. **O livro dos abraços**. 11. ed. Porto Alegre: LP&M, 2004.

GALLEOTTI, Serio. **Contributo alla teoria del procedimento legislativo**. Milano: Giuffrè, 1985.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **Le Gardien de Promesses**. Paris: Ed. Odile Jacob, 1996;

_____. **Bien Juger: Essai sur le Rituel Judiciaire**. Paris: Odile Jacob, 1997.

GARAUDY, Roger. **Para conhecer o pensamento de Hegel**. Trad. Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1983, 208 p.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al Gobierno** (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial). Barcelona: Ariel, 1996.

GEMMA, Gladio. “Referendum”. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de Política**. 1. Vol. 13. ed. Brasília: UnB, p. 1074-1077.

GÉNÉREUX, Jacques. **Introdução à política econômica**. Trad. Ana Moura. Lisboa: Estampa, 1995.

GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente: Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, 251 p.

GHAI, Yash. “Globalização, multiculturalismo e Direito”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 555-610.

GÓMEZ, Jose Maria. **Política e Democracia em Tempos de Globalização**. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, 219 p.

GOZZI, Gustavo. “Estado Contemporâneo”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: UnB, p. 401-409, vol. I

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAMSCI, Antônio. **Concepção dialética da história**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

_____. **Cadernos do cárcere: introdução ao estudo da Filosofia: a filosofia de Benedetto Croce**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, 494 p.

_____. **Os intelectuais e a organização da cultura**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

_____. **Cartas do cárcere**. Seleção e tradução Noênio Spinola. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

_____. **A questão meridional**. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GUATARI, Felix. **A revolução molecular**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. **As três ecologias**. São Paulo: Papyrus, 1990.

GUÉHENNO, Jean-Marie. **O futuro da liberdade**. Trad. Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, 192 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, 234 p.

GURVITSCH, Georges. **A vocação actual da Sociologia**. Lisboa: Cosmos, 1979.

HABÈRLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma, 2001.

_____. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Factividad y validez: sobre el Estado democrático de derecho em términos de teoría del derecho**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

_____. “Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia”. In: **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Era das transições**. Trad. e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 220 p.

_____. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. 3. ed. Lisboa: Guimarães, 1986, 292 p.

_____. “Três Modelos Normativos de Democracia”. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Belo Horizonte, **Cadernos da Escola do Legislativo**, n. 3, jan./jun. de 1995, p. 107-121.

HAMILTON, Alexander et al. **O Federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

_____. **Teoria del Estado**. Trad. esp. Luis Tobío. México: Fondo de Cultura Económica, 1955.

HERKENHOFF, João Batista. **A cidadania: Coleção como funciona a cidadania**. Manaus: Valer, 2000.

HESPANHA, António M. **Justiça e Litigiosidade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, 214 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

_____. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2001.

HOBBS, Eric. **A era dos extremos**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **Globalização, democracia e terrorismo**. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 9.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Petrópolis: Vozes, 1991.

HONNETH, Axel. Democracia como cooperação reflexiva. John Dewey e a teoria democrática hoje. Trad. Lúcio Rennó. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UnB, 2001, p. 63-91.

HORGAN, John. **O fim da ciência: Uma discussão sobre os limites do conhecimento científico**. Trad. Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

HUME, David. **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**, São Paulo: Editora UNESP, 2001.

_____. **Diálogos Sobre a Religião Natural**. Lisboa: Edições 70, 2005.

_____. **Ensaio Morais, Políticos e Literários**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2002.

JACQUES, Paulino. 9. ed. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JANUZZI, Paulo de Martino. **Indicadores Sociais no Brasil: Conceitos, Fontes de Dados e Aplicações**. 3. ed. Campinas: Alínea, 2006. 141 p.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Trad. Artur Mourão. Lisboa: 1988.

_____. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **A metafísica dos costumes**. Edipro: São Paulo, 2003. 335 p.

KELLERHALS, Jean. **Le sentiment de justice dans le relations sociales**. Paris: PUF, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, 427p.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: UnB, 1990.

_____. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O que é justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KINZO, Maria D'Alva. **O que é sistema representativo**. In: ALBUQUERQUE, José Augusto G. de. **Curso de Formação Política**. São Paulo: Símbolo, 1980.

KRIEGER FILHO, Dino Adalberto. **Limites materiais da Reforma Constitucional**: a independência do Poder Judiciário como garantia do Estado Democrático de Direito. Itajaí, 2005. 161 p. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Curso de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ. Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – PMCJ.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LAGRASTA NETO, Caetano. “Juizado Especial de Pequenas Causas e Direito Processual e Civil Comparado”. In: WATANABE, Kazuo (Coord). **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

LAHUERTA, Milton. “O século XX brasileiro: autoritarismo, modernização e democracia”. In: AGGIO, Alberto; LAHUERTA, Milton (Org.). **Pensar o século XX**: problemas políticos e história nacional na América Latina. São Paulo: UNESP, 2003, p. 217-257.

LANZONI, Augusto. **Iniciação às ideologias políticas**. São Paulo: Ícone, 1986.

LEAL, Eduardo Costa Coelho. **A (de)formação da cidadania brasileira a partir do personalismo e de outras doenças culturais brasileiras**. 1995. 115p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. “A noção de *status activus processualis* como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta”. In: **Direitos sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2092-2120.

LEBRE, Eduardo Antônio Temponi. **O conceito de justiça democrática: seu processo de conhecimento e a questão da separação dos poderes na República**. 2002. 354 p. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

LEFORT, Claude. **A invenção Democrática: os limites do totalitarismo**. São Paulo: Cia. Das Letras, 1987.

LEIBHOLZ, Gerhard. Representación y Identidad. In: LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (Org.). **Teoría y Sociología Críticas de los Partidos Políticos**. Barcelona: Anagrama, 1980.

LEITÃO, Cláudia Sousa. **A Crise dos Partidos Políticos Brasileiros: os dilemas da representação política no Estado intervencionista**. Fortaleza: Gráfica Tipogresso, 1989.

LEITE, José Rubens Morato. “Interesses meta-individuais: conceitos – fundamentações e possibilidade de tutela”. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Cidadania Coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 27-43.

LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Cidadania Coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (Org.). **Teoría y Sociología Críticas de los Partidos Políticos**. Barcelona: Anagrama, 1980.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, I. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, 351 p.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, 756 p.

LINZ, Juan. “Um regime autoritário; Espanha”. In: CARDOSO, Fernando Henrique e MARTINS, C.E. **Política e Sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979.

LISZT, Vieira. **Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis, Vozes, 1994.

_____. **Segundo Tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

_____. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986.

_____. **Téoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970;

LUCAS, Doglas Cesar. “Empirismo”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 264-266.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. 202 p.

_____. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Iberoamericana, 2002.

_____. **Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general**. México: Anthropos; Universidad Iberomaericana; Santafé de Bogotá; CEJA, 1998.

_____. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983;

_____. **Legitimação pelo Procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980, 51 p.

MACHADO, Roberto. “Genealogia do poder: Introdução”. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica**. 17. ed. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, 295 p.

MAGRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas**. Brasília: UnB, 1982.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Martins Fontes, 2001.

MARÉS, Carlos Frederico. Soberania do povo, poder do Estado. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux; Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003, p. 103-124.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: O acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. “A Jurisdição no Estado Contemporâneo”. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 13-66.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 394, vol. I.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objetivo, método**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, 196 p.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais**. Imprensa Nacional, 1908.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. 219 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A era das contradições: Desafios para o novo milênio**. São Paulo: Futura, 2000.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004, 223 p.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Não-Estado e Estado no Leviatã de Hobbes**. Florianópolis: OAB-SC, 1999.

MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2. ed. Lisboa: Presença, 1983;

_____; ENGELS, F. **A ideologia alemã**. 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1984.

_____. **O capital: crítica da economia política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

_____. **Manuscritos econômicos filosóficos**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado**: uma introdução crítica ao Estado democrático liberal (Notas críticas à teoria hegemônica da democracia a partir do paradigma participacionista). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, 229 p.

MATTEUCCI, Nicola. “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: UnB, p. 246-258, vol. I.

MATTOS, Patrícia Castro. **As visões de Weber e Habermas sobre Direito e Política**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988;

MEDEIROS, Luiz César. **O formalismo processual e a instrumentalidade**: Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais. 3. Ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT.

MELLO, Aymoré Pottes de. “A política neoliberal de endividamento e de exclusão social e instrumentos para o exercício da cidadania e da democracia”. In: 2º FÓRUM SOCIAL MUNDIAL 2002, Porto Alegre. Oficina: Justiça para todos? Democracia e acesso ao Judiciário. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/ofajuris/artigo6.htm>. Acesso em: 18 mar.2002.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Direito Político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MENDES, Alexandre Fabiano. “Liberdade”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 534-538.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 446 p.

MEZZARROBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 347 p.

_____. O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo latino e estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux; Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003, p. 59-101.

_____. (Org.). **Humanismo político**: presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. 302 p.

_____. “Jean-Jacques Rousseau”. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo político**: presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.195-207.

_____. “Montesquieu”. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo político**: presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 209-217.

MAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989, 330 p.

MILL, John Stuart. **O governo representativo**. São Paulo: IBRASA, 1983.

_____. **Sobre a liberdade**. Petrópolis: Vozes, 1991.

_____. **Princípios de economia política, com algumas de suas aplicações à filosofia social** (1848). São Paulo: Nova Cultural, 1996, 2 v.

_____. **Considerações sobre o governo representativo** (1861). Brasília: UnB, 1981, 184 p.;

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. Ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 546p.

MOHL, Robert Von. “Polizei, 1841, Concepto de policia y Estado de Derecho, in Liberalismo aleman en el siglo XIX – 1815-1848.” Coletânea de estudos. Trad. Madrid, 1987.

MONDARDO, Dilsa. **20 Anos Rebeldes**: O Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L.A. Warat. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Do espírito das leis**. Trad. Gabriela de Andrade Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].

_____. **As causas da grandeza dos romanos e da sua decadência**. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Filomeno. “Poder”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 640-642.

MORAIS, José Luiz Bolzan. “Crise do Estado e da democracia. Onde está o povo”. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Política**: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 113-129.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Participação e processo**. RT, 1988;

_____. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”. In: **Temas de direito processual**: 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORIN, Edgard; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Porto Alegre: Sulina, 1995.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 335 p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MÜLLER, Júlio Guilherme. **Direitos Fundamentais Processuais**. Curitiba: 2004, 251 p. Dissertação (Mestrado). Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

NEVES, Marcelo. “Luhmann, Habermas e o Estado de Direito”. **Lua Nova**. São Paulo, n. 37, 1996, p. 93-106.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da moral**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **Para a genealogia da moral**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. **Humano, demasiado humano**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **Aurora**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **Para além de bem e mal**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

Novíssima Enciclopédia Delta Larousse. Rio de Janeiro: Delta, 1982.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. “Fé na Justiça”: depoimento [12/março/2008]. Entrevistador: Carlos Graieb. **Revista Veja**, São Paulo, ed. 2051, ano 41, n. 10, p. 11-15.

O’DONELL, Guillermo. **Contrapontos. Autoritarismo e Democratização**. São Paulo: Vértice, 1986.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “A Garantia do Contraditório”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 7-20.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

OLIVEIRA Junior, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: CPGD e Paralelo 27, 1996. 288 p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. “Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas”. In: CATTONI, Marcelo (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. “Constituição, processo e o princípio do *due process of law*”. In: ASSIS, Araken de *et al.* **Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1095-1106.

ORR, Robert. “Reflexões sobre o Totalitarismo”. In: CRESPIGNY, Anthony de; CRONIN, Jeremy (Eds.). **Ideologias políticas**. Trad. Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 116-126. Título original: *Ideologies of politics*.

OST, François. “Jupiter, Hercule, Hermès: trois modeles du juge”. In: BOURETZ, Pierre (org.). **La force du Droit**. Paris: Esprit, 1991.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. Florianópolis: OAB/SC; Diploma Legal, 2003, 127 p.

_____. **Função social do estado contemporâneo**. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.

PASSOS, J.J. Calmon de. “Democracia, Participação e processo”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 138 p.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. São Paulo: Manole, 2002, 214 p.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Niterói: Impetus, 2007, 997 p.

PELAYO, Manuel Garcia. **Derecho constitucional comparado**. 8. ed. Madri: Manuales de la Revista Occidente, 1967.

- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PINHEIRO FILHO, José Muiños. CHUT, Marcos André. “Estado”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286-288.
- PINTO FERREIRA, Luiz. **Princípios gerais do Direito Constitucional moderno**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. rev. ampl. e atual. 2. Vol. São Paulo: Saraiva, 1975.
- PITKIN, Hanna Fenichel. **El Concepto de Representación**. Trad. Ricardo Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PLATÃO. **A República**. Bauru: Edipro, 2001.
- POCHMANN, Márcio *et al* (org.). **Atlas da exclusão social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004, vol. 4, 229 p.
- _____. **Atlas da exclusão social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005, vol. 5, 162 p.
- PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y Técnica del Proceso civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil**. Buenos Aires: EDIAR, 1963.
- POPPER, Karl R. **La responsabilidad de vivir**: escritos sobre política, historia y conocimiento. Barcelona: Paidós, 1995.
- POULANTZAS, Nicos. **Fascismo e ditadura**. São Paulo: Martins Fontes, 1978.
- _____. **O Estado, o Poder e o Socialismo**. Rio de Janeiro: Graal, 1981.
- _____. “El examen marxista del Estado y del Derecho actuales y la cuestión de la alternativa”. In: CAPELLA, Juan-Ramon (coord.). **MARX. El Derecho y el Estado**. Barcelona: Oikos-tau, 1979, p. 77-107.
- PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, 80 p.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. “Justiça”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 493-495.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.;
- _____. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

REGONINI, Glória. “Estado do bem-estar”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 1. Vol. 13. ed. Brasília: UnB. p. 416-419.

REIS, Antonio Carlos Palhares Moreira. **Teoria dos Regimes Políticos**. Recife: UFPE, 1982.

REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. Apresentação: Utopias recalitrantes na radicalização da democracia fundada na cidadania contemporânea. In: **Direitos sociais e políticas públicas**: Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. Tomo 7.

RIBEIRO, Edaléa Maria. **Movimentos Sociais em Tempos de Democracia e Globalização em Santa Catarina**: Os anos 90. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 320 p.

RIDLEY, Matt. **As origens da Virtude**: Um estudo biológico da solidariedade. Rio de Janeiro: 2000.

ROCCO, Ugo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Bogotá: Temis; Buenos Aires: Depalma, 1970.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 131, 1996.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 283-292.

_____. “Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e principais entraves”. In: SALES, Lília Maia de Moraes e LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (Org.). **Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento**: Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 237-276.

_____. **Acesso à justiça no Direito Processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROLNIK, Suely. “À sombra da cidadania: alteridade, homem da ética e reinvenção da democracia”. In: **Boletim de Novidades, Pulsional – Centro de Psicanálise**, São Paulo, n. 41, p. 33-42, set. 1992.

ROSA, André Vicente Pires. “Igualdade”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 456-462.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru/SP: EDIPRO, 2003. 432 p.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Lourdes Santos Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

_____. **Do Contrato Social**. Trad. Lourdes Santos Machado. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **O contrato Social**. Trad. Antônio de P. Machado; estudo crítico de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Considerações sobre o Governo da Polônia**. Trad. Lourdes Santos Machado. Porto Alegre: Globo, 1962.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, 124 p.

_____. “Epistemologia jurídica”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 268-271.

SALES, Lília Maia de Moraes e LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (Org.). **Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento**: Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 568 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A globalização e as Ciências Sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002, 572 p.

_____. (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, 678 p.

_____; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82.

_____. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006 (Coleção para um novo senso comum; v. 4), 511 p.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999, 348 p.

_____. (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 614 p.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. 174 p.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 129-174.

SAZ, Ismael. Século das massas, século da democracia. In: AGGIO, Alberto; LAHUERTA, Milton (org.). **Pensar o século XX: problemas políticos e história nacional na América Latina**. São Paulo: UNESP, 2003, p. 69-111.

SCALON, Celi (org.). **Imagens da desigualdade**. Belo Horizonte: UFMG e Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2004, 342 p.

SCHÄFER, Jairo (Org.). **Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SCHIERA, Pierangelo. “Estado de polícia”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: UnB, p. 409-413, vol. I.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.

_____. **Legalidad y legitimidad**. Trad. José Díaz García. Madrid: Aguilar, 1971.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à Justiça e a autonomia financeira do Poder Judiciário: a quarta onda?** Curitiba: Juruá, 2006, 259 p.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. Do original: **Capitalism, socialism, and democracy**. Nova Iork; London: Harper & brothers, 1942.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SGARBI, Adrian. **O Referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 430 p.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1980.

SIÈYES, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa: O que é o terceiro Estado?** Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. “O Poder Judiciário como efetivador dos Direitos Fundamentais”. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto (Org.). **Curso Modular de Direito Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 57-78.

SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder**: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 262 p.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, 926 p.

_____. **Poder constituinte e poder popular**: Estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Juvêncio Borges da; TAVARES NETO, José Querino. “Thomas Hobbes e os fundamentos do Estado absolutista”. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo político**: presença humanista no transversal do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 157-173.

_____. “John Locke e os fundamentos do Estado Liberal”. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo político**: presença humanista no transversal do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 175-193.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. “Processo e ideologia”. In: **Revista de Processo**, RT, ano 28, abr/jun de 2003, p. 19-36.

_____. **Processo e Ideologia**: O Paradigma Racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 342 p.

_____. **Juizado de Pequenas Causas**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985.

SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras.

_____. **Razão e retórica na filosofia de Hobbes**. São Paulo: Cambridge Press-Unesp, 1997.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: Introdução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 388 p.

SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania**: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica. Belo Horizonte: UFMG e Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006, p. 207.

SPENCER, Herbert. **Primeiros princípios**. New York: D. Appleton and Company, 1897.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 710 p.

TARTUFFO, Michele. “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”. **Revista de Derecho**, Chile, 2003.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Método, 2006. 156 p.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: A construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT.

TOBEÑAS, José Castán. **La formulación judicial del derecho**. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1987.

TORRES, João Carlos B. “Cidadania: exercício de reivindicação de direitos”. **Anais da XIV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**. Vitória: 1992, p. 343-348.

TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. “Cidadania”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125-129.

TOURAINÉ, Alain. “Uma visão crítica da Modernidade”. In **A Modernidade**, Cadernos de Sociologia. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, vol. 5, n. 05, 1993.

TOURAINÉ, Alain. **O que é democracia?** Trad. Guilherme João de Freitas. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996, 286 p.

_____. Ecos da ausência do Estado. In: **Folha de São Paulo**, 17.11.96, p. 5-11.

VERDÚ, Lucas Pablo. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 178 p.

ZARTH, Paulo Afonso *et al.* **Os caminhos da exclusão social**. Ijuí: Unijuí, 1998.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997, 599 p.

VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto (Org.). **Curso Modular de Direito Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 612 p.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Acesso à justiça**: a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente – ficção ou realidade? Florianópolis, 1994, 342 p. Tese (Doutorado). Curso de pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, 559 p.

_____; *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 270 p.

_____; *et al.* **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, 334 p.

_____. “Dossiê: O Juiz e a Democracia no Poder Judiciário”. In: **Boletim CEDES** fevereiro 2006, Cadernos CEDES n. 4, com edição eletrônica in <http://cedes.iuperj.br/main.html> em 26/03/2006.

_____. VIANNA, Luiz Werneck. “O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação”. In: **Boletim Cedés**. Debate com Renato Lessa: “Os 20 Anos da Constituição da República de 1988” [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por pmabreu@brturbo.com.br em 16.dez.2008.

_____; BURGOS, Marcelo. “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva”. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337-491.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

WALZER, Michael. **As esferas da justiça**: Em defesa do pluralismo e da igualdade. Lisboa: Presença, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 848 p.

WARAT, Luis Alberto. **Por quem cantam as sereias**: Informe sobre Ecocidadania, Gênero e Direito. Tradução de Julieta Rodrigues Sabóia Cordeiro. Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. I.

_____. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, 200 p.;

_____. **Manifesto do Surrealismo Jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. “Falando de vinte anos”. In: MONDARDO, Dilsa. **20 Anos Rebeldes**: O Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L.A. Warat. Florianópolis: Diploma Legal, 2000;

_____. **Derecho al derecho**. Buenos Aires: Abedo-Perrot, 1970.

_____. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: FISC, 1985.

_____. **O Direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984.

_____. **O amor tomado pelo amor**. São Paulo: Acadêmica, 1990.

_____. **Manifestos para uma ecologia do desejo**. São Paulo: Acadêmica, 1990.

_____. **Introdução Geral ao Direito**: Interpretação da Lei: Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, vol. I.

_____. **Introdução Geral ao Direito**: A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, vol. II.

WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p.161-167.

_____. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135.

_____. “Prefácio”, in MILARÉ, Edis. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Vol. 2. Brasília-DF: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, 586 p.

_____. “A dominação”. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevan (Orgs.). **Política e Sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979, p. 9-20.

_____. **Ciência e política: duas vocações**. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2000.

WERNER, Jaeger. **Paidéia: a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WERTHEIN, Jorge; NOLETO, Marlova Jovchelovitch (Org.). **Pobreza e desigualdade no Brasil: Traçando caminhos para a inclusão social**. Brasília: Unesco, 2003. 289 p.

WOLLHEIM, Richard. Democracia. In: CRESPIGNY, Anthony de; CRONIN, Jeremy (Eds.). **Ideologias políticas**. Trad. Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 93. Título original: *Ideologies of politics*. p. 93-110.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 229 p.

_____. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 1990.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

_____. **Pluralismo Jurídico**. 3. ed., rev. atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001. 403 p.

_____. “Pluralismo Jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar; 2006, p. 637-640.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2003.

ZANELLA, Andréa Vieira. “Sujeito e alteridade: reflexões a partir da psicologia histórico-cultural”. **Psicologia & Sociedade**, São Paulo, v. 17 (2), p.99-104, maio/ago. 2005.