



**UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA**

---

**MÁRCIA REGINA PITTA LOPES AQUINO**

**UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE AÇÃO NO  
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

---

Londrina  
2006

**MÁRCIA REGINA PITTA LOPES AQUINO**

**UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE AÇÃO NO  
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer Soares.

Londrina  
2006

**MÁRCIA REGINA PITTA LOPES AQUINO**

**UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE AÇÃO NO  
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Ivan Aparecido Ruiz  
Universidade Estadual de Maringá

---

Prof. Dr. Aylton Barbieri Durão  
Universidade Estadual de Londrina

---

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares  
Universidade Estadual de Londrina

Londrina, 22 de junho de 2006.

*Aos meus pais.*

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, pela paciência. Sem ela este trabalho não teria sido escrito.

A todos os meus professores, especialmente ao Dr. Marcos Antônio Striquer Soares, meu orientador, e ao Dr. Aylton Barbieri Durão. Por tudo que me ensinaram, minha eterna gratidão.

Ao professor Dr. Horácio Raccanello Filho (*in memoriam*), a quem devo, nas primeiras lições de Direito, o remédio que precisava.

*“Ninguém sabe que coisa quer.  
Ninguém conhece que alma tem,  
Nem o que é mal nem o que é bem. (...)  
Tudo é incerto e derradeiro.  
Tudo é disperso, nada é inteiro”.*  
*Fernando Pessoa*

AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. **Uma análise constitucional do direito de ação no processo civil brasileiro**. 2006. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

## RESUMO

Pesquisa teórica com o objetivo de analisar o direito de ação no processo civil brasileiro a partir da Constituição Federal. Parte do estudo do constitucionalismo e de conceitos e funções das constituições desde o seu surgimento até o advento do Estado Democrático de Direito. Aponta a crise por que passam Estado, Direito e Ciência Jurídica em especial após a Segunda Guerra Mundial. Analisa as principais doutrinas a respeito da jurisdição e do direito de ação. Procedimentalismo e substancialismo são estudados em seus pontos fundamentais assim como o dilema que se arrasta desde a antiguidade entre positivismo jurídico e jusnaturalismo. Com fundamento em teorias que compõem uma “terceira via” busca demonstrar a importância dos procedimentos na realização dos valores consubstanciados em princípios constitucionais que se irradiam por todo o ordenamento jurídico. Conclui que a constituição assim como todo o ordenamento jurídico é um sistema normativo de regras e princípios que necessita de procedimentos para sua realização. A constituição tem também natureza de lei processual. O processo não é apenas instrumento, mas uma dimensão do próprio direito. O direito de ação expresso no art. 5º, XXXV da Constituição Federal é princípio eminentemente processual que inscreve na constituição o valor justiça. É direito ao procedimento estabelecido de acordo com os demais princípios constitucionais o que revela a necessidade, em concreto, conciliá-los através do princípio da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** constituição. Jurisdição. Princípios. Procedimento. direito de ação.

AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. **A constitutional analysis of the right of action in the Brazilian civil process.** 2006. 135f. Dissertation (Master Degree Program in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

### **ABSTRACT**

The purpose of this theoretical research is to analyze the right of action in the Brazilian Civil Process according to the Federal Constitution. It presents the study of constitutionalism and concepts and functions of the constitutions from their origins up to the advent of the Democratic State of the Law. This research highlights the crisis that the State, the Law and the Juridical Science have gone through go mainly after World War II. It also analyzes the main doctrines related to the jurisdiction and the right of action. Proceduralism and substantialism are addressed in regard to their fundamental aspects as well as the existent dilemma between juridical positivism and jus-naturalism that has been taking place since ancient times. Based on the theories that encompass the “third way”, this work attempts to show the importance of certain procedures for realizing values of constitutional principles that permeate the whole the juridical order. It is concluded that the Constitution has also a procedural law nature. The process is not only an instrument but also a dimension of law itself. The right of action as expressed in art. 5, Chapter XXXV of the Federal Constitution is eminently procedural and confers upon the Constitution the value of justice. It is a right to procedure established in accordance with the other constitutional principles and is translated into a concrete need to have these rights reconciled through the principle of proportionality.

**Keywords:** constitution. Jurisdiction. Principles. Procedure. right of action.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 CONSTITUIÇÃO</b> .....	11
2.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS .....	11
2.2 RELATO HISTÓRICO .....	15
2.3 CONSTITUIÇÃO: CONCEITO E FUNÇÕES .....	23
<b>3 JURISDIÇÃO</b> .....	31
3.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS .....	31
3.2 A DOCTRINA DE CHIOVENDA .....	35
3.3 A DOCTRINA DE CARNELUTTI .....	37
3.4 TEORIAS DUALISTA E UNITARISTA DO ORDENAMENTO JURÍDICO .....	40
<b>4 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO</b> .....	52
4.1 POSITIVISMO JURÍDICO E JUSNATURALISMO .....	52
4.1.1 Direito Natural e Positivismo Jurídico: possibilidades de superação .....	57
4.2 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO .....	60
4.3 PRINCÍPIOS E REGRAS: UM CONSTITUCIONALISMO MODERADO .....	68
4.4 A IMPORTÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS .....	77
<b>5 ARTIGO 5º, XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL</b> .....	83
5.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS .....	83
5.2 AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL E O DIREITO DE AÇÃO .....	85
5.3 TEORIA CONCRETA E TEORIA ABSTRATA DO DIREITO DE AÇÃO .....	91
5.4 TEORIA ECLÉTICA DE LIEBMAN .....	97
5.5 ARTIGO 5º , XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: PRINCÍPIO PREDOMINANTEMENTE PROCESSUAL .....	110
5.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	116
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	124
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	127

## 1 INTRODUÇÃO

A análise constitucional do direito de ação no processo civil brasileiro proposta neste trabalho será efetuada perfilhando-se um trajeto que se inicia na própria constituição. Não poderia ser diferente: a ênfase é constitucional. Em seguida o objeto de estudo será a jurisdição e, só ao final, o direito de ação.

Dessa forma, os capítulos foram dispostos em obediência àquela ordem: constituição, jurisdição e direito de ação. Procurou-se, no início de cada um deles, apresentar algumas observações que foram denominadas de “considerações prévias”. O objetivo consistiu em delimitar o objeto de estudo de cada capítulo e apresentar o contexto no qual ele, o objeto, será analisado. Dessa forma, logo no primeiro capítulo, cujo objeto é a constituição, algumas considerações serão formuladas sobre o Estado, o Direito e a Ciência Jurídica buscando-se demonstrar a crise pela qual passam todos eles.

O Direito, como uma forma de resolver casos concretos, tem particular aptidão para aderir à realidade.<sup>1</sup> Todavia, dela foi afastado pelo formalismo e positivismo e por sua concepção específica de Ciência do Direito<sup>2</sup>. As relações entre Estado e sociedade revelam a crise por que passa o primeiro, incapaz que é de atender aos atuais reclames sociais. Apresentada no primeiro capítulo, a mencionada crise não deixará de ser referida nos demais.

Todavia, se essa crise existe, há também, em especial no Brasil pós 1988, a liberdade necessária para novos estudos e debates. Convém aproveitá-la com responsabilidade para que, na ânsia de resolver problemas gerados por décadas de autoritarismo, não sejam abandonadas, ou mesmo ofuscadas, conquistas pelas quais tanto se lutou. Ao passado devem ser incorporadas as inovações que decorrem de uma

---

<sup>1</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. Prefácio à obra: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. XXIV.

<sup>2</sup> O positivismo jurídico tem uma concepção específica da ciência jurídica. Ela é construtiva e dedutiva e recebe o nome de **dogmática do direito**. “Consiste na elaboração de conceitos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos a revisão ou discussão. Com base em tais conceitos, o jurista deve extrair – realizando uma pura operação de dedução lógica – as normas que servem para resolver todos os casos possíveis”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 220

sociedade como a atual complexa e pluralista em constante transformação, mas que ainda busca segurança num mundo de incertezas. Segurança que, em regra, foi posta em pólo oposto ao da justiça numa antítese, num dilema inevitável, a que o positivismo não pôde dar solução.

A aproximação entre segurança e justiça requer novo entendimento de uma e outra. A primeira não pode ser identificada apenas com a mera legalidade. A segunda deve perder sua dimensão ideal e abstrata para incorporar as exigências democráticas que informam o conteúdo do Estado Democrático de Direito no qual os procedimentos adquirem importância fundamental.

No terceiro capítulo, que tem como título “Procedimentalismo e Substancialismo”, o que se denominou “considerações prévias” nos demais, possui ali tema específico: positivismo jurídico e jusnaturalismo. Por essa razão, o subtítulo recebeu essa denominação. Todo o capítulo traz a fundamentação doutrinária para o entendimento a respeito da constituição e, conseqüentemente, do direito de ação que se buscará defender neste trabalho.

Acrescenta-se, ainda, que, ao longo do trabalho, breves relatos históricos foram incluídos e, algumas vezes, o fato mencionado em um capítulo será novamente apresentado em outro. Não se trata de distração. Julgou-se, apenas, necessário destacar o mesmo fato, se bem que sob aspectos diferentes.

## 2 CONSTITUIÇÃO

### 2.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Não parece possível ter a constituição como objeto de estudo sem que se façam algumas observações sobre o Estado e o próprio Direito. E este, nas palavras de Pablo Lucas Verdú e Pablo Lucas Murillo de la Cueva, nasceu e permanece em crise. “En realidad, el Estado occidental y su correspondiente ordenación jurídica básica, siempre han estado en crisis. El Estado nació de la crisis.”<sup>3</sup>

O Estado moderno nasce quando as estruturas socioeconômicas medievais e a ideologia que as inspiraram cedem e são substituídas pela secularização do Direito, pela agilização da economia e pelo predomínio dos centros urbanos. Depois de sua formação, o Estado se desenvolve e experimenta diversas contraposições: Estado liberal contraposto ao Estado absolutista; Estado liberal elitista contraposto ao Estado democrático e social. O Estado liberal se viu, ainda, confrontado com o Estado fascista, com as experiências socialistas e com as ditaduras do século XX.<sup>4</sup>

Todavia, o desenvolvimento do Estado não se fez por si só. Houve sempre, correlativamente, uma doutrina coerente que o identificava e explicava em cada fase de seu desenvolvimento. Assim foi a doutrina de Maquiavel, Hobbes e Jean Bodin para o Estado moderno que, reagindo à crise política religiosa e socioeconômica daqueles tempos, afirmaram o poder supremo do Estado.<sup>5</sup>

O Estado social que surge das cinzas do Estado liberal (que teimam em queimar), diz Pablo Lucas Verdú e Pablo Lucas Murillo de la Cueva, também está em

---

<sup>3</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *Manual de derecho político*. 3.ed., Madrid: Tecnos, 1994. v. I. p. 113.

<sup>4</sup> LUCAS VERDÚ; MURILLO DE LA CUEVA, *Manual de derecho político*. p. 113.

<sup>5</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *Manual de derecho político*. v. I. p. 114. Acrescentam os autores: “Los autores precitados se enfrentaron con la crisis social, política, económica y religiosa de sus correspondientes circunstancias históricas utilizando una serie de *nombres*, de *conceptos*, y de *doctrinas* que fueron capaces de encauzar y de consolidar las estructuras políticas de su tiempo hasta que decayeron”.

crise que afeta todas as suas estruturas<sup>6</sup>. Dessa forma, na complexidade da sociedade atual, conceitos como soberania popular, representação política, separação de poderes, direitos do homem, controle da constitucionalidade e Estado de direito não têm sido capazes de contê-la. Os Tribunais Constitucionais, em muitas de suas decisões, asseguram a perpetuação de um sistema afastado da realidade social. Surgem, então, conceitos como o de constituição dirigente (Canotilho), que, porém, acabam por se mostrar insuficientes<sup>7</sup>. É necessário, portanto, segundo os autores, formular novas teorias e, assim, novos conceitos e nova prática política e jurídica que sejam capazes de conter a crise atual.<sup>8</sup>

Porém, no século XX, a Ciência do Direito, segundo Antonio Menezes Cordeiro em prefácio à obra de Claus-Wilhelm Canaris<sup>9</sup>, passou por um período de letargia diferentemente do que ocorreu no século XIX o qual “presenciara profundas e promissoras alterações no modo de entender e de realizar o Direito”. Isso explica, segundo o autor, de certa forma, a quietude subsequente, pois “as grandes opções possíveis estavam equacionadas; a evolução posterior limitou-se a repensá-las e aprofundá-las”.

O grande lastro metodológico do século XX foi o formalismo e o positivismo.<sup>10</sup> Conforme Antonio Menezes Cordeiro<sup>11</sup>, algumas observações a respeito

---

<sup>6</sup> Conforme Pablo Lucas Verdú e Pablo Lucas Murillo de la Cueva, “la connatural crisis social y constitucional del Estado, desde el momento de su aparición y despliegue, fue eficazmente dominada por conceptos, categorías, definiciones, postulados que luego el positivismo jurídico prescindiendo de su matriz iusnaturalista, sistematizó mediante la codificación e interpretación del material normativo y creando la dogmática jurídica formalista (Gerber-Laband-Jellinek-Kelsen). Pero enseguida, y entrados en nuestro siglo, la imaginación jurídico-política burguesa a su vez también decaerá y ya no será capaz de dominar las sucesivas crisis de la sociedad civil y del Estado. Esta es una de las claves – no la única y talvez no la principal – que explican, en parte, la crisis del Estado social que repercute, a su vez, sobre su normativización e institucionalización fundamental”. LUCAS VERDÚ; MURILLO DE LA CUEVA, *Manual de derecho político*. v. I. p. 114.

<sup>7</sup> Os autores referem-se, ainda, a outros conceitos com os quais os juristas tentam superar a atual crise: Estado Democrático de Direito, sociedade democrática avançada e Estado social de Direito. LUCAS VERDÚ; MURILLO DE LA CUEVA, *Manual de derecho político*. v. I. p. 119.

Todavía, há autores (Bonavides, Lenio Luis Streck) que entendem o Estado Democrático de Direito como superação do Estado Liberal e do Estado Social, como adiante se verá.

<sup>8</sup> LUCAS VERDÚ; MURILLO DE LA CUEVA, *Manual de derecho político*. v. I. p. 118 – 119.

<sup>9</sup> CORDEIRO, Prefácio à obra: CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. p. IX.

<sup>10</sup> De acordo com Antonio Menezes Cordeiro, “a tendência, ainda hoje flagrante, de difundir exposições jurídicas pejadas de definições abstratas e de conexões amparadas apenas nos conceitos definidores de que provêm, ilustra, de modo eloqüente, a implantação profunda do formalismo jurídico”. CORDEIRO, Prefácio à obra: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do*

das críticas que lhes foram feitas podem sê-lo por estarem compartilhadas e sedimentadas, hoje, “pelos diversos quadrantes do pensamento jurídico”. Tais críticas fundamentam-se, quanto ao formalismo, na natureza histórico-cultural do Direito e na sua incapacidade perante a riqueza dos casos concretos. Em relação

ao positivismo, as críticas referem-se: a sua insistência em negar lacunas e em não ter meios para lidar com conceitos indeterminados; a sua inoperabilidade em situações de contradições de princípios; e, finalmente, a sua incapacidade de apontar soluções perante injustiças ou inconveniências graves no Direito vigente. Tais críticas já podem demonstrar porque o positivismo e o formalismo jurídico sucumbiram juntamente com as vítimas do Holocausto durante a

Segunda Guerra Mundial. Todavia, não só o positivismo foi abatido. Também o jusnaturalismo sofreu sérios golpes. O Direito, desde aquela época, parece perambular perdido entre teorias e hipóteses de salvação, já que, em nome da lei, se fez a barbárie.

Na virada do século, segundo Antonio Menezes Cordeiro, houve o abandono das grandes construções jusfilosóficas o que

deu lugar a um ecletismo redutor: perante os diversos problemas, todas as correntes do pensamento são, em princípio, chamadas a depor. Tal postura só é possível à custa de uma simplificação das doutrinas, com custos evidentes para a sua profundidade.<sup>12</sup>

---

*direito*. p.XIII e XVI. Para Norberto Bobbio, a concepção positivista e a concepção formalista do direito “não se identificam nem são estranhas uma à outra; diremos antes que são duas doutrinas diferentes que possuem, todavia, muitos pontos em comum e que se acompanham em seu desenvolvimento histórico”. Diz o autor: “o direito pode disciplinar todas as condutas humanas *possíveis*, isto é, todos os comportamentos que não são nem *necessários*, nem *impossíveis*: e isto precisamente porque o direito é uma técnica social que serve para influir na conduta humana. Ora, uma norma que ordene um comportamento necessário ou proíba um comportamento impossível seria *supérflua* e uma norma que ordene um comportamento impossível ou proíba um comportamento necessário seria *vã*. Este modo de definir o direito pode ser chamado de *formalismo jurídico*; a concepção formal do direito define portanto o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo – isto é, considera somente *como* o direito se produz e não *o que* estabelece”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 145.

<sup>11</sup> CORDEIRO, Prefácio à obra: CANARIS, Claus Wilhelm *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p. XVI – XXII.

<sup>12</sup> CORDEIRO, Prefácio à obra CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p. XXXI

Na busca de superação do dilema entre positivismo e direito natural, fala-se numa “terceira via” e sob esse rótulo, segundo Arthur Kaufmann<sup>13</sup>, várias são as possibilidades, entre as quais aquela que se desenvolve em torno dos “princípios gerais de direito”.

Há, na atualidade, como se percebe, uma crise do Direito, do Estado e da Ciência do Direito<sup>14</sup>. Superá-la requer discussão e desprendimento para que não sejam aceitos como prontos modelos ainda inacabados.

No Brasil, desde 1988, vive-se sob uma constituição que nasceu para superar o autoritarismo e o arbítrio. Uma constituição que fundou um Estado Democrático de Direito e que pode, segundo alguns autores, ser entendido como a superação tanto do Estado liberal como do Estado social. Porém, a distância entre o que determina a constituição e o que vive a sociedade expõe a crise.<sup>15</sup>

A abertura democrática possibilita a discussão de novas e antigas idéias. Parece o momento oportuno para formular novamente a pergunta que Lassale fez em 1862 - O que é a Constituição? – e para, a partir da resposta que se obtiver, buscar entender a jurisdição e, também, o direito de ação. É o que se buscará fazer neste trabalho, mas sem a pretensão de apontar solução para a crise instalada. Seria um passo longo demais para alguém de tão pouca estatura. O objetivo é o estudo, a discussão, num contexto de abertura e de possibilidades, mas também de crise, e, dessa forma, de promoção de uma análise constitucional do direito de ação no processo civil brasileiro.

A exposição que se buscará fazer neste capítulo deve ser antecedida, ainda, de algumas explicações. A primeira refere-se ao breve relato histórico. Seu objetivo é apenas acentuar pontos julgados importantes para o entendimento a respeito

---

<sup>13</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. tradução Antonio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 61 – 79.

<sup>14</sup> Da mesma forma: Jorge Miranda em prefácio à obra STRECK, Luis Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: Uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>15</sup> No Brasil, segundo Lenio Luiz Streck, a crise do Direito é apresentada “sob feição particular, vale dizer, como crise do Poder Judiciário”. STRECK, Luis Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: Uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1. Sobre a crise do poder judiciário no Brasil: GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do poder judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 98, p. 18-26, abr/jun. 1991; CAMON DE PASSOS. José Joaquim. *Direito, poder justiça e processo: julgando os que nos julgam..* Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 105 -117

do surgimento das constituições. A relevância, como se verá, foi atribuída à história inglesa e francesa.

A segunda explicação está relacionada às fontes utilizadas para apresentação do conceito e funções da constituição. Por fontes deve-se entender, neste caso, a Teoria da Constituição ou o Direito Constitucional. A diferença entre ambos é fornecida, claramente, por Konrad Hesse.<sup>16</sup> Segundo o autor, um conceito abstrato de constituição e que seja comum a todas ou a maioria delas, deixando de lado as peculiaridades de tempo e lugar é tarefa da Teoria da Constituição. Já para o Direito Constitucional interessa um conceito de constituição “atual, individual e concreta”.

Neste capítulo, que tem como objetivo a apresentação de alguns conceitos doutrinários de constituição e, ainda, algumas de suas funções, serão utilizadas concepções elaboradas tanto pela Teoria da Constituição como pelo Direito Constitucional. Isso não significa desconhecimento ou desconsideração das diferenças entre eles. Significa tão somente que a pesquisa foi efetuada tanto em sede de Teoria da Constituição como de Direito Constitucional.

## 2.2 RELATO HISTÓRICO

A história do constitucionalismo está vinculada à busca de limitações ao exercício do poder absoluto e ao esforço de estabelecer uma justificativa à autoridade em substituição à cega submissão.<sup>17</sup> Explana J. J. Gomes Canotilho:

---

<sup>16</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 3-4. ( Coleção Estudios Constitucionales)

<sup>17</sup> LOEWENSTEIN, Karl. La constitución. In: *Teoría de la constitución*. tradução de Alfredo Gallego Anabinarte. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 154.

fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo(...).<sup>18</sup>

Karl Loewenstein sustenta que os primeiros a praticar o constitucionalismo foram os hebreus.<sup>19</sup> O regime teocrático desse povo tinha como característica a submissão de governantes e governados à “Lei do Senhor”.<sup>20</sup>

Entre os gregos, durante dois séculos, existiu um regime político constitucional. A importância do exemplo grego para a evolução política do mundo ocidental sobrepõe-se ao fato de ser mais bem qualificada aquela democracia como um regime oligárquico de uma classe ociosa estabelecido sobre uma economia de escravos. Todas as instituições políticas gregas refletiam a aversão daquele povo a qualquer tipo de poder concentrado e arbitrário, assim como a sua devoção aos princípios do Estado de Direito e a sua ordem, regulada democrática e constitucionalmente com igualdade e justiça igualitária. Todavia, o fundamentalismo democrático grego chegou ao extremo e o povo mostrou-se incapaz de frear seu próprio poder. As cidades-estado gregas, especialmente Atenas, não alcançaram estabilidade interna<sup>21</sup>.

Já a República romana (século V a II), fundamentalmente constitucional, não cometeu o erro de uma “excessiva democratização”. Na organização estatal da República romana, existiam complicados dispositivos para dividir e limitar o poder político dos magistrados. Ao tempo do Império, porém, o que se formou foi um

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51-52.

<sup>19</sup> Essa opinião não é unânime. A palavra constitucionalismo, de acordo com Santi Romano, “designa as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz *constitucional*”. ROMANO, Santi. *Origens e caracteres do moderno constitucionalismo*. In: *Princípios de direito constitucional geral*. tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 42.

<sup>20</sup> LOEWENSTEIN, La constitución . p. 154. Acrescenta o autor: “los hebreos fueron los primeros (...) que insistieron en la limitación del poder secular a través de la ley moral; gran parte de la Sagrada Escritura está dedicada a exhortar al dominador de la justicia, así como a recordarle sus deberes morales frente a sus súbditos para que la ira de Jehová no caiga sobre toda la humanidad”.

<sup>21</sup> LOEWENSTEIN, La constitución. p. 155-156.

modelo de absolutismo monárquico. A influência do constitucionalismo republicano se prolongou apenas de forma simbólica na afirmação de que o domínio absoluto do monarca provinha do poder político do povo. A tradição da legitimidade republicana, porém, correu como um rio subterrâneo até ressurgir na tradição política inglesa.<sup>22</sup>

A segunda e moderna fase do constitucionalismo começou na Inglaterra. De acordo com Karl Loewenstein, isso ocorreu com a Revolução Puritana (1628) e Revolução Gloriosa (1688) e suas repercussões nas colônias inglesas do Novo Mundo. A monarquia absoluta transformou-se em monarquia constitucional.<sup>23</sup>

Para alguns autores, porém, o início da fase moderna do constitucionalismo estaria já no século XIII (1215), quando os barões do Reino da Inglaterra impuseram ao rei João Sem Terra a *Magna Carta Libertatum*, embora não se tratasse de verdadeira declaração de direitos.<sup>24</sup>

A Magna Carta foi uma promessa unilateral. Deixou implícito, pela primeira vez na história medieval, que o rei deveria submeter-se às leis que ele mesmo editava. Estava aí “a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados”.<sup>25</sup>

As instituições constitucionais inglesas influenciaram outros estados. Santi Romano afirma que “o direito constitucional dos Estados Modernos resulta do direito constitucional inglês e das demais ordenações dele mais ou menos derivadas diretamente”. Para esse autor, vários são os motivos que tornam as instituições inglesas modelo de tantas outras entre os quais está sua evolução histórica lenta e progressiva. Todavia, segundo o autor, o grande mérito do direito constitucional inglês

<sup>22</sup> LOEWENSTEIN, La constitución. p. 156-157.

<sup>23</sup> LOEWENSTEIN, La constitución. p. 158. Acrescenta o autor, “a no ser que se quiera reconocer la prioridad a la Regeringsform de 1634, em Suécia, que estableció los principios de gobierno en caso de imposibilidad o ausencia en el extranjero del rey”.

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6.ed., Coimbra: Almedina. p. 61.

Da mesma forma: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19.ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p. 168: “O constitucionalismo, assim como a moderna democracia, tem suas raízes no desmoronamento do sistema político medieval, passando por uma fase de evolução que iria culminar no século XVIII, quando surgem os documentos legislativos a que se deu o nome de Constituição. Em sentido geral, pode-se dizer que o constitucionalismo começou a nascer em 1215 (...) Depois disso, ainda seriam necessários alguns séculos para que ocorressem avanços substanciais, o que se dará na própria Inglaterra, no século XVII (...)”.

<sup>25</sup> COMPARATO. Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79.

foi reconhecer solenemente e garantir efetivamente (Maga Carta 1215; Petição de Direitos, 1628; Habeas Corpus, 1679; Bill of Rights, 1689) as liberdades públicas.<sup>26</sup>

A Inglaterra não conheceu uma constituição escrita. Há apenas textos fragmentários nos quais estão seus princípios fundamentais. Porém, nos Estados que seguiram seu modelo prevaleceu o sistema de direito constitucional escrito. A influência inglesa ocorreu de diversas formas. Nas colônias inglesas da América do Norte, suas ordenações eram verdadeiras cópias da metrópole e mantiveram a afinidade mesmo quando se tornaram Estados independentes, embora tenham redigido as primeiras cartas constitucionais (Congresso de Filadélfia, 1776).<sup>27</sup>

O direito constitucional inglês mereceu a atenção dos monarquistas franceses já no século XVI, mas a tendência à imitação daquelas instituições foi afastada pelas doutrinas absolutistas. No século XVIII a admiração retorna principalmente após a apologia de Montesquieu (*Espírito das Leis*, 1748). Porém, havia a dificuldade de conhecimento material do direito público inglês por sua multiplicidade de textos. As constituições americanas, inspiradas nas instituições inglesas, mas formuladas em breves e claras proposições foram publicadas na Europa e amplamente divulgadas. Dessa forma “se pode dizer que o direito americano serviu como trâmites entre o direito constitucional inglês e aquele dos vários estados continentais da Europa”.<sup>28</sup> Quando explodiu a revolução de 1789, as cartas americanas foram um importante modelo fácil de ser imitado.

Teve-se então, em 1789, a famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, em 1791, surge a primeira carta constitucional do continente europeu, à qual aquela Declaração serviu como preâmbulo. É problema controvertido verificar quais foram precisamente as suas fontes, mas parece que é exata a opinião de que, ao menos por muitos pontos e especialmente pela Declaração dos direitos, as fontes mais diretas tenham sido as cartas americanas.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> ROMANO, *Origens e caracteres do moderno constitucionalismo*. p. 45-47.

<sup>27</sup> ROMANO, *Origens e caracteres do moderno constitucionalismo*. p. 44. Afirma o autor que “a Inglaterra, embora Cromwell dela tivesse tido idéia, nunca teve uma constituição escrita, salvo alguns textos fragmentários nos quais estão sagrados seus princípios basilares”.

Para Karl Loewenstein, “el Instrument of Government (1654) de Cromwell es, finalmente, la primera constitución escrita válida del Estado moderno”. Este autor, como já citado (nota 23), faz apenas uma ressalva relativa à “Regeringsform” de 1634 da Suécia. LOEWENSTEIN, *La constitución*. p. 158

<sup>28</sup> ROMANO, *Origens e caracteres do moderno constitucionalismo*. p. 45 – 47.

<sup>29</sup> ROMANO, *Origens e caracteres do moderno constitucionalismo*. p. 50.

Portanto, a recepção do direito inglês no continente europeu ocorreu em “sentido impróprio” (Santi Romano). As instituições inglesas foram reelaboradas e até deformadas. Cada constituição inspirada no constitucionalismo inglês deve ser considerada como ordenamento autônomo, pois tem características próprias. Ao

examinar o direito constitucional de um Estado moderno é muito difícil determinar qual a parte que respeita a sua primeira origem das instituições inglesas e qual a que deriva do direito americano e do francês e, enfim, qual a contribuição própria e original daquele mesmo Estado.<sup>30</sup>

A necessidade de constituições escritas acaba assumindo um caráter de universalidade. Embora as constituições americanas tenham antecedido cronologicamente a francesa, foi essa que teve maior repercussão.<sup>31</sup> O universalismo da constituição escrita surge como “conseqüência lógica das conquistas das revoluções americana e francesa”.<sup>32</sup>

La constitución escrita ofreció el marco dentro del cual se alcanzó en generaciones posteriores la completa democratización del proceso del poder político. (...) Desde Europa, la constitución escrita condujo su carro triunfal por todo el mundo. (...) Ninguna de las naciones que, en las sucesivas olas de nacionalismo que han inundado el mundo desde la Revolución francesa, se han ido liberando de una dominación extranjera, ha dejado, frecuentemente bajo graves dificultades, de darse una constitución escrita fijando así en un acto libre de creación los fundamentos para su existencia futura. La soberanía popular y la constitución escrita se han convertido, práctica e ideológicamente, en conceptos sinónimos.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> ROMANO, Origens e caracteres do moderno constitucionalismo . p. 51.

<sup>31</sup> A Declaração de Direitos de 1789 já possuía esse espírito universal. “O estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 dos *bill of rights* dos Estados Unidos. Os americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a idéia de liberdade aos outros povos. (...) Os revolucionários de 1789, ao contrário, julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros. Nos debates da Assembléia Nacional Francesa sobre a redação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, multiplicaram-se as intervenções de deputados nesse sentido”. COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p. 129-130.

<sup>32</sup> LOEWENSTEIN, La constitución p. 159.

<sup>33</sup> LOEWENSTEIN, La constitución . p. 160.

Entre as constituições européias, é preciso destacar a importância da Constituição Alemã de Weimar cuja influência ocorreu sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente.

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestre já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial.<sup>34</sup>

No Brasil, a história constitucional, nas palavras de Paulo Bonavides e Paes de Andrade tem “um fundamento elitista porque o povo não a escreveu”. A Constituição outorgada de 1824 – a primeira delas – foi ofuscada por um poder maior: “o poder concreto e ativista do monarca”. O poder se apartou tanto da constituição formal que

nunca ecoou na palavra dos grandes tribunos da causa abolicionista a invocação da Constituição como instrumento eficaz para solver o dissídio fundamental entre a ordem de liberdade garantida por um texto constitucional e a maldição do regime servil.<sup>35</sup>

Com a Constituição da República de 1891, inspirada no modelo americano, e “vazada do bacharelismo de Rui Barbosa”, o liberalismo brasileiro alcança seu ponto máximo de teorização.<sup>36</sup>

A Constituição de 1934, nascida de uma Assembléia Nacional Constituinte e derivada de movimento liberal armado (1930), teve vida efêmera. Foi substituída já em 1937 por outra carta outorgada sob forte influência da Constituição da Polônia e, também, do fascismo de Mussolini e do nazismo de Hitler.

<sup>34</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 5.ed. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 189.

<sup>35</sup> BONAVIDES; ANDRADE, *História constitucional do Brasil*. p. 15.

Acrescenta-se ainda que: “desde a Independência, os ideais do liberalismo político, inscritos na Constituição de 1824, passaram a afirmar a igualdade de todos os cidadãos brasileiros perante a lei. Apesar disso, a escravidão já instituída foi mantida legalmente no país, em nome do direito de propriedade”. MATTOS, Hebe Maria. *A face negra da abolição*. Revista Nossa história. Ano 2/19. p. 16. O inciso XIII do art. 179 da Constituição de 1824 tinha a seguinte redação: “a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

<sup>36</sup> BONAVIDES; ANDRADE, *História constitucional do Brasil*. p. 15.

Em 1946 o Brasil se vê, sob uma constituição produzida por uma Assembléia Constituinte que redemocratizava o país. Dizem Paulo Bonavides e Paes de Andrade<sup>37</sup> que os constituintes de 1946 esforçaram-se - embora de forma mal-sucedida - em conciliar o Estado liberal e o Estado social. Segundo os autores, a obra daqueles constituintes “representou evidente compromisso entre forças conservadoras e progressistas”. Acrescentam que a sociedade daquela época sofria com os males deixados por vários anos de ditadura que criou o mito de que a legislação não significava uma conquista, mas, sim, “dádivas do poder e do seu chefe”. As lideranças políticas – mesmo após a redemocratização - optaram pelo caminho do populismo cujo cerne era profundamente autoritário favorecendo a “revolução” de 1964.

A ditadura militar, irrompida com o golpe de 1964, fez da Constituição de 1967 mera formalidade, já que submetida e anulada pelos atos institucionais do governo militar. Referindo-se ao governo de Castello Branco, Paulo Bonavides e Paes de Andrade<sup>38</sup> afirmam que “pairava sobre tudo a chamada *cláusula de exclusão*, isto é, o dispositivo que eliminava do exame até mesmo do Judiciário e, portanto, de qualquer outra autoridade, determinados atos do Poder Revolucionário”. Perguntam os autores: “que sentido poderia ter o capítulo ‘dos direitos e garantias individuais’ diante do arbítrio instaurado pelos atos?”

Em outubro de 1969 a junta de ministros militares outorgou a Emenda número 1 (um) que, “ao substituir a Constituição de 1967, tornou-se de fato a nova Carta”.<sup>39</sup> Foi somente em 15 de novembro de 1986 que o povo compareceu às urnas para eleger os membros da Assembléia Nacional Constituinte que em 22 de setembro de 1988 encerraria a votação de um novo texto constitucional promulgado em 05 de outubro do mesmo ano. Esclarece Willis Santiago Guerra Filho:

---

<sup>37</sup> BONAVIDES; ANDRADE, *História constitucional do Brasil*. p. 415 - 423

<sup>38</sup> BONAVIDES; ANDRADE, *História constitucional do Brasil*. p. 435-436.

<sup>39</sup> BONAVIDES; ANDRADE, *História constitucional do Brasil*. p. 447. Afirmam os autores: “não há, pois, Constituição de 1969, mas de 1967, cujo sistema não foi alterado pela Emenda nº 1, embora esta tenha promovido algumas modificações no seu texto”. Os mesmos autores levantam a discussão doutrinária sobre a qualificação de dita Emenda como nova Constituição.

Segundo José Afonso da Silva, “teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil”. SILVA. José Afonso Da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 87.

A reunião de uma Assembléia Nacional Constituinte, eleita por voto direto, para elaborar um texto normativo, já indica o caminho tomado para resgatar a legitimidade perdida: democracia e legalidade, ou seja, Estado Democrático de Direito. Legitimidade pressupõe *consenso* e assentimento básico em torno de um valor-retor, de uma opção fundamental (pelo menos isso) (...) aquela Assembléia jamais poderia ter tomado outra decisão, quanto a esse ponto, pois ela própria já surge para realizar esse manifesto desejo nacional de pôr fim ao arbítrio e autoritarismo vigentes anteriormente, para o que recebe a delegação do detentor da real soberania, no prisma democrático: o povo.<sup>40</sup>

Constituiu-se, então, conforme art. 1º do novo texto, um Estado Democrático de Direito tendo como princípios fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. No Capítulo I do Título II, os direitos e deveres individuais e coletivos estão expressos em 78 incisos do art. 5º.

Todavia, depois de quase duas décadas da promulgação da constituição, texto e realidade social não coincidem. Ainda não existe a sociedade brasileira que se possa qualificar de livre, justa e solidária (art. 3º, I/CF). Segundo dados do IBGE<sup>41</sup>, dez anos após a promulgação da constituição<sup>42</sup> a taxa de analfabetismo estava em 13,8% e em 2003 em pouco menos de 11,6%. Também em 2003 apenas 23,1% dos homens e 26,5% das mulheres possuíam 11 anos ou mais de estudo e 12,3% era a taxa de desemprego. Promover aquela coincidência é um desafio para governantes e governados.<sup>43</sup>

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p.188.

<sup>41</sup> Dados disponíveis em: [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br). Acesso em 14 jan. 2006.

<sup>42</sup> Também em 1998 Fábio Konder Comparato dizia: “dez anos após a promulgação da Carta, verificamos que a democracia social não foi minimamente realizada e que as instituições tradicionais da democracia liberal se acham seriamente abaladas”. COMPARATO, Fábio Kondre. Saudades da ‘constituição cidadã’. *Folha de São Paulo*. São Paulo. 03/out/1998. Especial Constituição 10 anos. p. 4.

<sup>43</sup> Parece importante acrescentar que o relatório/2006 do Banco Mundial sobre Desenvolvimento lançado em Washington em setembro de 2005 aponta, entre as políticas capazes de corrigir as persistentes desigualdades em países em desenvolvimento, a expansão do acesso à justiça. Disponível em: [www.obancomundial.org](http://www.obancomundial.org). Acesso em: 21 set. 2005.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 283-284.

A experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas.

Ainda que seja reconhecida a autoridade do autor das palavras acima e o acerto de suas considerações sobre a frágil tradição constitucional brasileira, parece que a afirmação de que exista um “acúmulo de gerações perdidas” seja, pelo menos, algo pessimista demais. O povo que habita essas terras, embora lentamente, vem dando passos decisivos em direção à consolidação do Estado Democrático de Direito.<sup>45</sup> Prova disso é o fato de que a Constituição de 1988, embora duramente testada, sobrevive. Passou e tem passado por atribulações políticas, econômicas e sociais, mas sobrevive.

Diante do exposto neste capítulo e da crise identificada no início desse trabalho, acentua-se a importância de estudos jurídicos que partam de análises constitucionais. É o que se tentará fazer.

### 2.3 CONSTITUIÇÃO: CONCEITOS E FUNÇÕES

O termo constituição é equívoco e possui, portanto, mais de um sentido. Constituição<sup>46</sup> pode ser, por exemplo, ato de constituir, de estabelecer; modo pelo qual

---

<sup>45</sup> Nas palavras sábias, escritas em meados da década de 90, por quem, embora se afirmasse “homem de ciência, fé e partido”, acreditou nesse povo: “Na verdade das coisas, o que somos é a nova Roma. Uma Roma tardia e tropical. O Brasil é já a maior das nações neolatinas, pela magnitude populacional, e começa a sê-lo também por sua criatividade artística e cultural. Precisa agora sê-lo no domínio da tecnologia da futura civilização, para se fazer uma potência econômica, de progresso auto-sustentado. Estamos nos construindo na luta para florescer amanhã como uma nova civilização, mestiça e tropical, orgulhosa de si mesma. Mas alegre, porque mais sofrida. Melhor, porque incorpora em si mais humanidades. Mais generosa, porque aberta à convivência com todas as raças e todas as culturas e porque assentada na mais bela luminosa província da Terra”. RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 455.

<sup>46</sup> Dicionário Aurélio de língua portuguesa.

se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas ou a lei fundamental e suprema de um Estado.

A pergunta: “o que é uma constituição?” foi, justamente, o tema da palestra que, em 1862, Ferdinand Lassalle proferiu em Berlim. Afirmou, então, que a constituição de um Estado deve expressar as relações de poder nele dominantes. Para ele, a constituição é em síntese, em essência, “a soma dos fatores reais do poder que regem um país”. Os problemas constitucionais são, dessa forma, problemas políticos e não jurídicos. Em cada país, afirmava Lassalle, existe uma força ativa capaz de influir em todas as suas leis. Essa força constitui-se nos fatores reais de poder que regem uma sociedade e são, tanto o poder militar, econômico ou social, como a consciência coletiva ou o próprio povo. À pergunta “quando se pode afirmar que uma constituição escrita é boa e duradoura” o autor responde:

Quando essa constituição escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país. Onde a constituição escrita não corresponde à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.<sup>47</sup>

Konrad Hesse em aula inaugural na Universidade de Freiburg (RFA), em 1959, contrapôs-se a Lassalle. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, Hesse esforçou-se em “demonstrar que o desfecho do embate entre os fatores reais do Poder e a Constituição não há de verificar-se, necessariamente, em desfavor desta. A Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca.”<sup>48</sup>

Usando terminologia adotada por Lassalle, Konrad Hesse afirma que “a ‘constituição real’ e a ‘constituição jurídica’ estão em relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra”.<sup>49</sup> E afirma

<sup>47</sup> LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição*. 2.ed. São Paulo: Kairós Editora, 1985. p. 51.

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação à obra: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 5.

<sup>49</sup> HESSE, *A força normativa da constituição*. tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 15.

A Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.<sup>50</sup>

De acordo com Konrad Hesse<sup>51</sup>, o conceito de constituição deve ser formulado a partir de seu objetivo e de sua função “na realidade da vida históricoconcreta”. Como objetivos inescusáveis estão: a unidade política do Estado e a ordem jurídica. Estado e poder estatal só adquirem realidade à medida que se consegue produzir unidade política a qual não é estática e abstrata. Ela deve ser constantemente perseguida e conseguida. É uma unidade funcional na qual os conflitos são a força motriz e sem a qual as mudanças históricas não se produzem. Porém, não é o conflito em si que contém aquela força, mas o resultado a que eles conduzem.<sup>52</sup>

O mesmo autor afirma que, no passado, essa unidade política poderia parecer evidente, prévia. Porém, o desenvolvimento científico, o aumento de população, a especialização e divisão do trabalho que têm como consequência a crescente densificação e mutação das relações vitais, ocasionaram o crescimento e modificação das tarefas do Estado. A atuação estatal adquiriu relevância para a vida econômica e social e o Estado acabou por se envolver na luta dos grandes grupos econômicos surgidos, da mesma forma que se alterou a natureza dos enfrentamentos políticos<sup>53</sup>. A unidade política precisa, então, ser construída.

Para Konrad Hesse, o dualismo Estado e sociedade da concepção tradicional, cujas raízes estão no pensamento liberal pré-democrático anterior a 1918, desaparece com o Estado democrático e social contemporâneo. A distinção entre Estado e sociedade é, agora, funcional.

Los presupuestos de tal dualismo han desaparecido en el Estado democrático y social contemporáneo. La vida ‘social’ ha dejado de ser posible sin una organización responsable, organizadora y planificadora. A la inversa, el ‘Estado’ democrático no se constituye sino a través de

<sup>50</sup> HESSE, *A força normativa da constituição*. p. 19.

<sup>51</sup> HESSE, *Escritos de derecho constitucional*. tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983 p. 4.

<sup>52</sup> HESSE, *Escritos de derecho constitucional* . p. 09-10.

<sup>53</sup> HESSE, *Escritos de derecho constitucional* . p. 10-11.

cooperación social. También la vida social se halla en relación mas o menos estrecha con la vida estatal en el proceso de formación de la unidad política. La importancia actual del Estado para la vida económica y social, así como la influencia 'social' en aquél excluyen una contraposición carente de relación alguna.<sup>54</sup>

Unidade política e Estado, conforme Konrad Hesse, existem pela atuação humana a qual exige organização. Só por meio de uma cooperação organizada e processualmente ordenada pode surgir unidade política. Tal cooperação exige uma ordem jurídica que garanta seu êxito e a realização das tarefas estatais. A comunidade necessita de tal ordem, pois sem ela não é possível a convivência humana. Porém, a fixação de normas não basta. É necessária a atualização da ordem jurídica.<sup>55</sup> Acrescenta o autor que, para atender aos objetivos acima expostos, se faz necessária uma ordem constitutiva: a constituição. Afirma Konrad Hesse:

La Constitución es el *orden jurídico fundamental de la Comunidad*. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se deben formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto.<sup>56</sup>

Não se contrapõe às concepções de Konrad Hesse o entendimento de Karl Loewenstein, para quem a finalidade precípua de toda constituição é a criação de instituições para limitar e controlar o poder político. Para esse autor,

cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> HESSE, *Escritos de derecho constitucional* . p. 12.

<sup>55</sup> HESSE, *Escritos de derecho constitucional.*, p. 13-15.

<sup>56</sup> HESSE, *Escritos de derecho constitucional*. p. 16.

<sup>57</sup> LOEWENSTEIN, *La constitución*. p.151.

Karl Loewenstein refere-se a elementos fundamentais que devem ser considerados como o mínimo irreduzível de uma autêntica constituição: diferenciação de tarefas estatais e sua atribuição a órgãos diversos; mecanismo que estabeleça a cooperação entre os diversos detentores do poder (freios e contrapesos); previsão de mecanismo capaz de evitar bloqueios entre os detentores do poder cujo árbitro supremo deve ser o eleitorado soberano; método de reforma constitucional previamente estabelecido e direitos e liberdades fundamentais e suas garantias.<sup>58</sup>

Um conceito de constituição que deve ser, obrigatoriamente, referido, mas que não se afina com os já expostos é o de Hans Kelsen. Buscando purificar a teoria jurídica de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, Kelsen desenvolveu sua “Teoria Pura do Direito”.<sup>59</sup> Para ele, o direito, como a constituição é norma. Esta, considerada individualmente, “é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem”.<sup>60</sup> Para a teoria kelseniana, uma norma somente é válida à medida que for produzida pela maneira determinada por uma outra norma que é seu fundamento de validade. Na ordem jurídica estatal, a constituição encontra-se no ponto mais alto.<sup>61</sup> Na estrutura escalonada do ordenamento jurídico da tese kelseneana,

a norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. (...) A sua unidade (da ordem jurídica) é, assim, produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. (...) Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> LOEWENSTEIN, La constitución. p.153.

<sup>59</sup> Em prefácio da primeira edição da Teoria pura do direito que data de 1934, Kelsen afirmou: “há duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.XI.

<sup>60</sup> KELSEN, *Teoria pura do direito*. p. 33. Esse conceito corresponde à tese de dinâmica jurídica na teoria de Kelsen.

<sup>61</sup> KELSEN, *Teoria pura do direito*. p. 247.

<sup>62</sup> KELSEN, *Teoria pura do direito*. p. 247.

O Estado, composto por uma diversidade de órgãos diferentes e independentes, é determinado e conformado em sua organização e forma de atuar pelo Direito (Estado de direito) e está plasmado na constituição<sup>63</sup>. A constituição pode ser compreendida como ordem fundamental,

no sentido de constituir a pirâmide de um sistema normativo que nela encontra fundamento. Nesse sentido, a constituição aspira(...) à natureza de *norma das normas*, pois é ela que fixa o valor, a força e a eficácia das restantes normas do ordenamento jurídico (leis, tratados, regulamentos, convenções coletivas de trabalho, etc.)<sup>64</sup>

A constituição confere “legitimidade à ordem política e dá legitimação aos respectivos titulares do poder político”<sup>65</sup> e por isso é o “estatuto jurídico do político”.<sup>66</sup> Vinculando juridicamente os titulares do poder, justifica a autoridade desses titulares. Como lei superior às demais, a constituição vincula juridicamente os titulares do poder e, dessa forma, busca realizar o ‘fim permanente de qualquer lei fundamental – a limitação do poder’.

(...)é a constituição que regula o exercício do poder, é a constituição que limita o poder. (...) A consequência prática mais importante desta função legitimadora é basicamente esta: no estado constitucional não existe qualquer ‘poder’ que, pelo menos, não seja ‘constituído’ pela constituição e por ela juridicamente vinculado.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Como ordem fundamental do Estado, a constituição cria órgãos constitucionais, define competências e atribuições desses órgãos cumprindo, dessa forma, o princípio da tipicidade de competências. Porém, “a organização do poder político pela constituição, não se limita à criação de órgãos e definição das respectivas competências e funções. À constituição pertence definir os princípios estruturantes da organização do poder político (ex: princípio da separação e interdependência), recortar as relações intercorrentes entre os órgãos de soberania bem como o desenhar a repartição entre os mesmos do poder político”. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p.1441.

<sup>64</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p.1438.

<sup>65</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p.1439. Prossegue o autor: “A articulação destas duas dimensões – a da legitimidade e da legitimação – implica que a constituição não seja considerada como uma simples *carta* ou *folha de papel*”.

<sup>66</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1439. Nesta definição o autor faz referência a Castanheira Neves.

<sup>67</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p.1440.

A constituição é a ordem jurídica fundamental da comunidade e, por isso, todas as demais normas do ordenamento jurídico devem ser-lhe conformes. Não é a parte mais fraca diante dos “fatores reais de poder” (Konrad Hesse). Deve, sobretudo, buscar liberar os destinatários do poder do controle social absoluto, garantir-lhes participação no poder (Loewenstein), regular e assegurar a atuação estatal para que sejam atendidas as necessidades daqueles destinatários; fundamentar a construção da unidade política referida por Konrad Hesse.<sup>68</sup>

A limitação e organização do poder do Estado, como se percebe pela exposição deste e também do capítulo anterior, foi - e ainda é - objetivo primordial de uma constituição. Para isso, nas constituições brasileiras, a fórmula da “separação de poderes” parece imperecível.<sup>69</sup> No texto da Constituição de 1988, tal fórmula recebeu forte proteção, tanto que o art. 60 § 4º, III impede a deliberação de proposta de emenda constitucional “tendente” a abolir a separação de Poderes. Todavia, convém, desde já, salientar que a expressão “separação de poderes” não é apropriada. O poder do Estado é indivisível. Conforme José Afonso da Silva, “a divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas, menos o Judiciário”.<sup>70</sup>

Acrescenta-se que, se limitar e organizar o poder do Estado, distribuindo competências e regrido processos, ainda é tarefa primordial da constituição, é preciso também impedir que ela se torne um instrumento totalizador capaz apenas de manter distante Estado e sociedade nos moldes do positivismo. A maneira de encurtar essa distância depende de como se entende a constituição, de como se interpretam e aplicam suas normas. E a noção de ordem fundamental é insuficiente.

---

<sup>68</sup> Como se verá adiante, a constituição tem natureza, também, de norma processual e as normas que a compõem ou são regras ou são princípios.

<sup>69</sup> Conforme José Afonso da Silva, todas as constituições brasileiras consagraram a fórmula da “tripartição de poderes”. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*. p. 106. A Constituição de 1824, diferentemente das demais, adotava uma separação quadripartida: Poder Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário. Assim estava redigido o art. 10º : “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial” e o art. 98: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”.

<sup>70</sup> SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*. p. 108

Em regra, as possibilidades de compreensão da constituição podem ser reunidas em dois grupos correspondentes a duas concepções teóricas: substancialista e procedimentalista. Em breve síntese, a diferença fundamental entre elas está em que a primeira admite a constituição como ordem objetiva de valores e a atuação da jurisdição no sentido de realizar concretamente esses valores. Para a segunda, a constituição tem natureza de lei processual objetivando, assim, garantir o processo democrático de produção de normas jurídicas. Tal processo, para as correntes procedimentalistas, dever ser velado pelo Judiciário, de modo especial, pelos Tribunais Constitucionais. Há ainda teorias que entendem a constituição como norma processual, mas não exclusivamente. O processo apresenta-se, então, como método para a efetivação da constituição.

Em capítulo próprio essas correntes serão estudadas seguindo-se o agrupamento referido acima.

### 3 JURISDIÇÃO

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Afirma Paulo Bonavides<sup>71</sup> que “o Estado na Antigüidade é a Cidade, condensação de todos os poderes”. As Cidades (Nínive, Babilônia, Tebas, Esparta, Atenas, Roma e tantas outras), como diz o autor,

eram a imagem eloqüente do Estado Antigo com sua geografia política urbana, sua concentração personificada de poder, sua forma de autoridade secular e divina expressa na vontade de um titular único – o faraó, o rei, o imperador-, de quem cada ente humano, cada súdito, é tributário.

Ressaltando a instabilidade e heterogeneidade do Estado Medieval, Dalmo de Abreu Dallari<sup>72</sup> indica como características deste Estado o cristianismo, as invasões bárbaras e o feudalismo. Estes três fatores, segundo o autor, fazem com que o Estado Medieval possa ser considerado mais como uma aspiração do que uma realidade:

um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios.

---

<sup>71</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28. Diz Dalmo de Abreu Dallari que a característica fundamental do Estado Grego, embora não se tenha notícia da existência de um Estado único que englobasse toda a civilização helênica, é a cidade-Estado, ou seja, a *polis*. Também Roma, segundo o autor, “sempre manteve as características básicas de cidade-Estado, desde sua fundação, em 754 a C, até a morte de Justiniano, em 565 da era cristã”. DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*. p. 54 - 55

<sup>72</sup> DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*.. p. 58 -59

Só ao final da Idade Média, é que o Estado moderno dá sinais de “sua aparição cristalizada naquele conceito sumo e unificador – o de soberania, que ainda hoje é seu traço mais característico”.<sup>73</sup> A soberania era instrumento e substância do poder e se escorou nos argumentos de teóricos como os de Maquiavel<sup>74</sup>. O Estado moderno “era o Estado do soberano, antes de ser o Estado da Nação ou do povo”.<sup>75</sup> Nascia, portanto, absolutista: concentrava nas mãos do “príncipe” a produção e aplicação da lei.<sup>76</sup>

Com o constitucionalismo moderno<sup>77</sup> é que o Estado adquire sua nova identidade e também a jurisdição, pois com a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional, “o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político”.<sup>78</sup>

Afirma Paulo Bonavides<sup>79</sup> que o Estado constitucional ostenta três modalidades essenciais, conquanto não exista entre elas ruptura temporal: o Estado constitucional da separação de Poderes (Estado liberal), Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado social) e Estado constitucional da democracia participativa (Estado democrático-participativo).

O Estado liberal surge imediatamente após as duas revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução Americana e a Revolução Francesa. Um

---

<sup>73</sup> BOBBIO. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 26 – 27. De acordo com este autor, é nesta fase de formação do Estado moderno que ocorre a afirmação da concepção positivista do direito, pois na sociedade pluralista medieval havia diversidade de agrupamentos sociais cada um com seu próprio ordenamento jurídico. Mas com a formação do Estado moderno ocorre a concentração da produção do direito, a que o autor chama de “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado”.

<sup>74</sup> É de Maquiavel a seguinte passagem: “Como sabemos, pode-se lutar de duas maneiras: pela lei e pela força. O primeiro método é próprio dos homens; o segundo, dos animais. Porém, como o primeiro pode ser insuficiente, convém recorrer ao segundo. É necessário, portanto, que o príncipe saiba usar bem quer o procedimento dos homens, quer o dos animais. (...) Um príncipe prudente não deverá, pois, agir com boa-fé quando, para fazê-lo, precise agir contra seus interesses, e quando os motivos que o levaram a empenhar a palavra deixarem de existir”. MAQUIAVEL. *O príncipe*. tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 102-103.

<sup>75</sup> BONAVIDES, *Teoria do estado*. p. 30 – 32.

<sup>76</sup> Conforme Ovídio A. Baptista da Silva, “a verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição*. In: *Teoria geral do processo civil*. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A; GOMES, Fábio. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60 -61.

<sup>77</sup> Sobre constitucionalismo tratou-se em capítulo anterior.

<sup>78</sup> BONAVIDES, *Teoria do estado*. p. 37.

<sup>79</sup> BONAVIDES, *Teoria do estado*. p. 37.

dos seus grandes teóricos foi Montesquieu que, em sua obra “O Espírito das Leis”, inferida de um juízo acerca das instituições inglesas, criou a fórmula da “separação dos poderes”.<sup>80</sup>

Montesquieu estruturou sua fórmula buscando a limitação e controle do poder. Para ele, a liberdade política só existiria se não houvesse abuso do poder, porém, diz o teórico, “a experiência nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites”.<sup>81</sup> É preciso, então – continua - que “o poder contenha o poder”.

Montesquieu concebeu três poderes:

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamaremos, simplesmente, ‘o poder executivo do Estado’. (...) Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo.<sup>82</sup>

O poder de julgar era, para Montesquieu, “invisível ou nulo”. Os juízes não deveriam ser mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor”.<sup>83</sup>

A doutrina de Montesquieu influenciou os redatores da Declaração de Direitos Francesa de 1789 que, em seu art. 16, afirmava: “toda sociedade, na qual a

---

<sup>80</sup> BONAVIDES, *Teoria do Estado*. p. 38 – 39. Afirma, ainda, o autor: “a primeira modalidade de Estado constitucional, por seu compromisso inquebrantável com a liberdade e, por via de conseqüência, com os direitos políticos e civis, que formam a grande camada dos direitos fundamentais da primeira dimensão, denominou-se também Estado Liberal, e com esse nome e significado tem percorrido as distintas fases do Constitucionalismo, não obstante já lhe terem passado mais de uma vez a certidão de óbito”.

<sup>81</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 164.

<sup>82</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. p. 166.

<sup>83</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. p. 172.

garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.<sup>84</sup>

O Estado social<sup>85</sup>, como já referido, representa uma transformação por que passou o Estado liberal e nasce no momento em que se busca “superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social”.<sup>86</sup> Este novo Estado constitucional tem

preocupações distintas, volvidas, agora, menos para a liberdade do que para a justiça, porque a liberdade já se tinha por adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, ao passo que a justiça, como anseio e valor social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positividade e concreção.<sup>87</sup>

A Constituição Brasileira de 1988 buscou, segundo Paulo Bonavides<sup>88</sup>, uma compatibilidade entre o Estado liberal com o Estado social. O Estado Democrático de Direito (art. 1º CF), também, como expõe Lênio Luiz Streck, é

um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado social de Direito (...) O Estado Democrático de Direito constitui uma terceira forma de Estado de Direito exatamente porque agrega um *plus* às formas anteriores (Liberal e Social), representado por esses dois pilares: democracia e direitos fundamentais.<sup>89</sup>

Se, no Estado liberal, o juiz era a “boca da lei” e o poder de julgar, um poder nulo ou invisível, como determinar, agora num Estado Democrático de Direito, a tarefa do juiz e a natureza da atividade jurisdicional? Depende da resposta dada a essa

<sup>84</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p. 155. Já se referiu em capítulo anterior o caráter universal dessa Declaração.

<sup>85</sup> A Lei Fundamental de Bonn (1949) foi a primeira a usar a expressão “Estado social”. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 545.

<sup>86</sup> BONAVIDES, *Do estado liberal ao estado social*. p. 185.

<sup>87</sup> BONAVIDES, *Teoria do estado*. p. 42.

<sup>88</sup> BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. p. 547-548. Como citado acima, este autor refere-se a três modalidades de Estado constitucional, sendo a terceira delas o Estado democrático participativo. Segundo ele, há uma sinopse teórica da democracia participativa no preâmbulo da Constituição de 1988 a qual “aufere um reforço taxativo de normatividade específica da nossa ordem republicana e federativa com o acréscimo qualificativo de Estado Democrático de Direito, constante do art. 1º”. BONAVIDES, *Teoria do estado*. p. 64-65.

<sup>89</sup> STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 85-86.

pergunta o entendimento que se possa fazer do direito de ação. Para isso, inicialmente, duas doutrinas – a de Chiovenda e de Carnelutti – que procuraram explicar a natureza da atividade jurisdicional, serão brevemente abordadas, porém mais pela tradição que pela importância atual.<sup>90</sup>

### 3.2 A DOUTRINA DE CHIOVENDA

O italiano Giuseppe Chiovenda<sup>91</sup> é considerado o “pai da Escola de Direito Processual italiana”. Para ele,<sup>92</sup> “a lei em sentido lato (ou direito objetivo) é a manifestação da vontade coletiva geral, destinada a regular a atividade dos cidadãos ou dos órgãos públicos”. O escopo dessa vontade como a do Estado é dúplice:

- a) prover à conservação dos sujeitos jurídicos, assim como à de sua organização política (Estado) e dos bens que se lhes consideram próprios;b) regular a atribuição dos bens da vida aos diferentes sujeitos jurídicos.

A explicação de Chiovenda para o conceito de lei exposto acima, ou seja, “a lei como manifestação da vontade geral ou coletiva” está no fato de que, no moderno Estado constitucional, diferentemente dos Estados absolutos,

- a lei resulta da cooperação de várias vontades concorrentes a formála, concurso do qual participam mais ou menos diretamente tantas vontades de membros do Estado, que verdadeiramente sentimos a lei como uma vontade geral ou coletiva, a que todos estão submetidos, inclusive os órgãos do Estado.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> A opção por apresentar a teoria de Chiovenda e de Carnelutti tem fundamento. A importância e influência, no direito brasileiro, de ambas é inegável. Basta dizer que Liebman foi aluno de Chiovenda. Acrescenta-se ainda que a adesão a uma ou outra implica em aceitar a concepção dualista ou unitarista do ordenamento jurídico as quais serão objetos de estudo a seguir. O próprio Liebman refere-se às teorias de Chiovenda e Carnelutti como “as mais importantes, que constituíram o tecido dialético do debate científico na Itália por muitas décadas”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. tradução e notas de Candido Rangel Dinamarco. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 6.

<sup>91</sup> Chiovenda expôs sua doutrina em 1903 numa conferência de fundamental importância para o direito processual como se verá em outro capítulo.

<sup>92</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. tradução de Paolo Capitanio. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. I. p. 17.

<sup>93</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. tradução de Paolo Capitanio. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. II. p. 14 –15.

Afirma Chiovenda que, na maioria dos casos, a realização da vontade da lei deveria efetuar-se mediante a prestação do devedor, porém, se isso não ocorre, tal realização virá mediante o processo que serve justamente para “certificar qual seja a vontade concreta da lei afirmada pelo autor”. Tal vontade, “se existente, é efetivada com o recebimento da demanda, ou em caso contrário a vontade negativa da lei, efetivada com a recusa”.<sup>94</sup>

Para Chiovenda, a jurisdição é uma “função do Estado, ou seja, da soberania do Estado” que é seu poder inerente. Poder esse no qual se inserem três funções: a legislativa, a administrativa e a jurisdicional.<sup>95</sup> Esta é definida como

a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva<sup>96</sup>.

Afirma ainda o autor, que “juridicamente, a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei”.<sup>97</sup> O juiz afirma a preexistência da vontade da lei e, portanto, a função jurisdicional não determina nem cria essa vontade.<sup>98</sup> Ao diferenciar a função jurisdicional das demais acrescenta:

O juiz age atuando a lei; a administração age em conformidade com a lei; o juiz considera a lei em si mesma; o administrador considera-a como norma de sua própria conduta. (...) A própria administração julga, pois que não se age a não ser com apoio num juízo, mas julga sobre a própria atividade. Ao contrário, a jurisdição julga da atividade alheia e dum vontade de lei concernente a outrem. (...) No administrador, todavia, prevalece o julgamento sobre a própria atividade; no juiz, o sobre a atividade alheia.<sup>99</sup>

<sup>94</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. II. p. 19 e 37-38.

<sup>95</sup> Na concepção de Chiovenda, a dificuldade está em promover a diferenciação entre a função administrativa e a jurisdicional. E o critério, realmente distintivo, segundo ele, é a substitutividade. A atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição de uma atividade pública por uma atividade alheia. É sempre atividade pública exercida em lugar de outrem. É justamente o que, para ele, falta na administração. “Administrar é uma atividade por si mesma imposta direta e imediatamente pela lei a órgãos públicos”. O administrador age por conta própria e não em lugar de outrem. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. II. p.7-18.

<sup>96</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. II. p. 8 – 9.

<sup>97</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. I. p. 64.

<sup>98</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. I. p. 60.

<sup>99</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. II. p.7-18.

Como se percebe, o juiz da doutrina de Chiovenda não se distancia daquele concebido por Montesquieu que deveria apenas ser “a boca que pronuncia as palavras da lei”.

### 3.3 A DOCTRINA DE CARNELUTTI

A doutrina de Carnelutti sobre a jurisdição parte da idéia segundo a qual seu objetivo é promover a “justa composição da lide”. Tão importante a doutrina carneluttiana no Direito Processual Brasileiro que, na exposição de motivos do Código de Processo Civil, Alfredo Buzaid analisa o conceito de lide e a sua utilização no código. Encontra-se ali, inclusive, a definição carneluttiana de lide: “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro”.<sup>100</sup>

Afirma Carnelutti<sup>101</sup> que ao conceito de processo como relação jurídica corresponde um conceito de jurisdição e de ação, “consideradas como poder do juiz e como direito das partes: poder, a primeira, de fazer justiça e direito, o segundo, de obtê-la”.

Conforme Ovídio Baptista,<sup>102</sup> para a doutrina de Carnelutti,

A jurisdição pressupõe um conflito de interesses, qualificado pela pretensão de alguém e a resistência de outrem. Tal é o conceito de lide na doutrina do mestre italiano. Sem haver lide, não há atividade jurisdicional. A jurisdição é criada e organizada pelo Estado precisamente com a finalidade de pacificar, segundo a lei, os conflitos de interesses das mais diferentes espécies, abrangendo não só os conflitos de natureza privada, mas igualmente as relações conflituosas no campo do direito público.

<sup>100</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, II, n 6. Se bem que, Carnelutti tenha alterado seu conceito de lide. Carnelutti a define, então, como “conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida). (...) Distinguem-se assim, em razão da qualidade da resistência, a lide de pretensão constada e a lide de pretensão insatisfeita”. CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. p. 78 – 81.

<sup>101</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual civil e penal*. Tradução do espanhol para o português Júlia Jimenes Amador. Campinas: Péritas, 2001. v. I. p. 73.

<sup>102</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição*. p. 67.

Segundo Luiz Fernando Belinetti<sup>103</sup>, “o conceito de lide formulado pelo mestre peninsular tem em mira a existência de um efetivo conflito de interesses entre duas ou mais partes, residente em pretensões antagônicas lançadas voluntariamente umas contra as outras”. Esse autor afirma que, embora a idéia de conflitos de interesse pareça sedutora, a nota marcante da jurisdição seja, mesmo, o “conflito jurídico de interesses contrapostos”. E continua o autor:

Certamente, a grande maioria dos conflitos derivará de lides, na forma proposta por Carnelutti. Entretanto, há casos em que o conflito, apesar de inexistir de fato entre as pessoas envolvidas, existe juridicamente, quando o ordenamento (legal) estabelece a necessidade da intervenção independentemente de controvérsia entre os sujeitos ativo e passivo do processo.

Ao tratar da doutrina de Carnelutti, Liebman<sup>104</sup> refere-se ao seu caráter sociológico. E afirma o autor que o objetivo de “justa composição da lide”

considera a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procurando assim captar a matéria a que a lei é aplicada e o resultado prático, do ponto-de-vista sociológico, a que a operação conduz.

Na sua formulação originária, Carnelutti não incluía a execução forçada no âmbito da jurisdição. Posteriormente, passou a distinguir a atividade jurisdicional para composição de um conflito de interesse representada por uma pretensão contestada daquela que objetiva compor um conflito de interesses originado em uma pretensão insatisfeita (processo de execução).<sup>105</sup>

Em nota de rodapé em sua obra *Direito Processual Civil e Penal*, o próprio Carnelutti faz referência à mudança de seu entendimento que, segundo ele,

---

<sup>103</sup> BELINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 75-77. Para o autor, essa hipótese não se confunde com jurisdição voluntária.

<sup>104</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2.ed. Trad. e notas Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985 p. 6.

<sup>105</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *A Jurisdição*. p. 68.

partiu de polémica levantada, especialmente por parte de Calamandrei. Afirma Carnelutti<sup>106</sup>:

A polémica foi provida, por um lado, porque me estimulou a limar o conceito de litis, e a esboçar os conceitos conexos de pretensão, razão e questão; por outro, porque me constrangi em aprofundar o problema de processo sem litis, e assim a perceber que a composição da litis constitui o fim de uma forma ou espécie de processo (o processo contencioso), mas não de qualquer processo.

Tal alteração do entendimento de Carnelutti demonstra o papel essencial que o conceito de lide desempenhou em sua doutrina. Para que houvesse jurisdição era necessária a presença de lide que seria composta pela sentença<sup>107</sup>.

Para Luis Recaséns Siches, na doutrina de Carnelutti o juiz é mais importante que o legislador. E para fundamentar essa opinião transcreve passagem de Carnelutti<sup>108</sup> da qual se pode retirar as seguintes frases:

no os dejéis seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central de Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede conseguir sin reglas legislativas, pero no sin jueces. (...) Es el Juez, no el legislador, quien tiene ante si al hombre vivo, mientras que el hombre del legislador es desgraciadamente una marioneta o un títere. Y sólo el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, pueden inspirar esa visión suprema que es la intuición de la justicia.

As concepções de Carnelutti e Chiovenda adaptam-se, respectivamente, à teoria unitária e dualista do ordenamento jurídico. Ambas serão

<sup>106</sup> CARNELUTTI, *Direito processual civil e penal* v. I. p. 93. A polémica referida pelo autor esteve, segundo ele, na seguinte produção de Calamandrei: "Il concetto di "lite" nel pensiero de Francesco Carnelutti, em *Rivista di diritto processuale civile*", p. 3 e 89.

<sup>107</sup> Todavia, Luis Fernando Bellinetti demonstra que Carnelutti, ao final, prescindiu da idéia de lide para conceituar jurisdição, admitindo como jurisdicional a denominada jurisdição voluntária. BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 75.

<sup>108</sup> SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2.ed. México: Editorial Porrúa, 1973. p. 130. A obra citada de Carnelutti é: "Arte del derecho" sem menção de página.

objeto de estudo no tópico seguinte no qual as idéias daqueles processualistas continuarão sendo expostas.

### 3.4 TEORIAS DUALISTA E UNITARISTA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

As teorias de Chiovenda e Carnelutti sobre a jurisdição tiveram grande importância no pensamento de diversos processualistas e ainda repercutem em suas concepções entre as quais aquela que se relaciona, respectivamente, às teorias dualista e unitarista do ordenamento jurídico. Para a primeira - teoria dualista (ou declarativa) do ordenamento jurídico – o ordenamento jurídico é composto por dois planos distintos: um de direito material e outro de direito processual. A essa concepção corresponde a noção de direito material como sistema suficiente em si mesmo para a criação de direitos e obrigações. A tarefa do juiz seria apenas a de declarar a lei. Para a teoria unitária (ou constitutiva) do ordenamento, o direito material não tem a aptidão apontada acima, ou seja, não é suficiente em si mesmo para criação de direitos e obrigações, participando o processo, então, do *iter* criativo. Dessa forma, processo e direito material fundem-se numa única unidade.<sup>109</sup>

A opção entre as duas teorias deve ser encarada, segundo Couture,<sup>110</sup> a partir de certa perspectiva histórica. Segundo este autor, “no pensamento de Aristóteles, a sentença, o juiz e a justiça acham-se consubstanciadas”. Afirma Couture que

a lei, no direito grego, era dirigida aos juízes e não aos cidadãos. A sentença era um veredicto. As leis eram objeto de prova, como qualquer outro fato jurídico, e faziam pender a balança da justiça em favor de quem podia demonstrar-lhes a existência. O juiz de Aristóteles é, portanto, um árbitro que, de acordo com as leis, dirime o conflito dentro de um espírito social de pacificação.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 177.

<sup>110</sup> COUTURE. Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. tradução Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 225 – 236. O autor se refere a tal opção como “um dos pontos fundamentais de toda a teoria da sentença (e implicitamente de toda a teoria da jurisdição) consistindo em saber se o direito contido na decisão é o mesmo direito contido na lei, ou se se trata de um outro direito diferente”.

<sup>111</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 225.

Para o Direito Germânico, segundo Couture, o processo tinha conceito análogo ao de pacificação social e o juiz era o árbitro dessa pacificação cuja decisão não aplicava o direito anterior, mas dirimia o conflito buscando uma solução de equidade mais que de direito estrito.

Já no Direito Romano, a concepção era outra e segundo o autor, a fórmula do pretor já era uma norma e subordinava a decisão ao resultado da prova. A sentença era, portanto, um “pronunciamento quanto à concordância ou discordância dos fatos com a fórmula”.<sup>112</sup> Havia, portanto um caráter declaratório, segundo Couture, que chega ao século XVIII com máxima significação. Sua sistematização surge na famosa frase de Montesquieu: o juiz é tão somente “a boca que profere as palavras da lei”.

Ainda segundo Couture, é possível afirmar que “somente a partir do século XIX é que se nota uma reação contra essa poderosa corrente de pensamento que vê na sentença tão somente a mera declaração de um direito preexistente ao processo”.<sup>113</sup> Esse movimento de reação acentua a significação da sentença no sistema do Direito que não é visto como um ordenamento jurídico completo, “senão algo como um desenho, um projeto de um ordenamento jurídico planejado para o futuro; é a sentença, ou o conjunto de sentenças, que vem efetivar esse ordenamento”. Couture faz, neste ponto de sua exposição, uma referência à frase de Bülow : “não só a lei, senão a lei e a função judicial é que dão ao povo o seu direito”.<sup>114</sup>

Também Cândido Rangel Dinamarco refere-se à obra de Bülow como marco fundamental na formação gradual do direito. Segundo o autor,<sup>115</sup> em sua obra, Von Bülow toma decidida posição na “velha, mas sempre nova disputa acerca da unidade do ordenamento jurídico”, refletindo a célebre polêmica, então recente, entre Windscheid e Muther travada nos anos de 1856 e 1857 sobre o conceito da ação

---

<sup>112</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 226. A questão sobre a função declaratória ou constitutiva da atividade do pretor romano é levantada por diversos autores. E não há unanimidade entre eles. Não é objeto deste trabalho tal discussão nem o poderia ser devido a sua complexidade. Por isso não será apresentado posicionamento diante dela e os apontamentos que se fizerem respeitarão apenas os entendimentos dos autores mencionados.

<sup>113</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 227.

<sup>114</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 227.

<sup>115</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Reflexões sobre direito e processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 432, 1971. p. 25.

romana do ponto de vista do direito moderno. Tal polêmica “propiciou as especulações metodológicas acerca das relações entre direito substancial e processo” e

despertou a doutrina para a existência de dois planos a observar, o substancial e o processual, distinção essa que veio exposta sistematicamente na obra de Büllow, onze anos após encerrada a polêmica. Só assim é que se tornaria possível a dúvida sobre as relações que processo e direito (material) mantêm entre si, ou seja, sobre a conceituação unitária ou dualista do ordenamento jurídico.

Couture<sup>116</sup> afirma que a idéia de que a norma necessitasse de complemento provocou resistências. A norma, para os resistentes, não seria incompleta nem mesmo precisaria ser aditada, “o que ela requer é a efetividade da tutela (...), entretanto a tutela é sempre conferida dentro dos limites designados pela lei”. Todavia, segundo o autor, a corrente de pensamento que “tendia a desligar a sentença da lei aplicada” foi ganhando força. A sentença seria, então, uma “novidade”; seria a “lei especial do caso concreto”.

À adesão de algumas opiniões de grande autoridade seguiu-se uma verdadeira construção sistemática que concebe o direito sob a forma de atuação gradativa de normas jurídicas, e que reserva à sentença uma posição de destaque logo em seguida à Constituição e à lei<sup>117</sup>.

Outro marco fundamental para a tese da formação gradual do direito, além da obra de Büllow já referida, foi a tese unitária do ordenamento de Hans Kelsen.<sup>118</sup> Para Kelsen, a sentença também é norma jurídica de natureza constitutiva que resulta da produção escalonada do direito. Afirma o autor:

A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais,

<sup>116</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 227-229.

<sup>117</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 228 -229. O autor se refere, entre outros, à Teoria pura do direito de Hans Kelsen.

<sup>118</sup> DINAMARCO, *Reflexões sobre direito e processo*. p. 26.

a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.<sup>119</sup>

É importante frisar que tal concepção constitutiva da teoria de Kelsen é essencialmente positivista. Sua norma fundamental não procura justificação ético-política para as normas jurídicas, mas fundamenta a validade de qualquer ordem jurídica positiva. Para Kelsen, da norma fundamental deriva apenas a validade e não o conteúdo da ordem jurídica. “A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico”<sup>120</sup> que não se confunde com a natureza constitutiva da decisão judicial defendida por outras doutrinas.<sup>121</sup>

Cândido Rangel Dinamarco<sup>122</sup> em texto de 1971, sob o título “Reflexões sobre direito e processo”, faz um esboço das diversas variações das teorias dualista e unitarista do ordenamento jurídico e promove, também, conforme suas palavras, “uma apreciação crítica da tese unitária”.<sup>123</sup> Segundo o autor, a dúvida sobre a conceituação unitária ou dualista do ordenamento jurídico,

em palavras pobres, tradicionalmente se expressa na pergunta: o direito subjetivo nasce mediante o exercício da atividade desenvolvida no processo, ou é anterior a ela? a jurisdição é uma função criativa de direitos, ou meramente recognitiva de direitos preexistentes?

Adotar a primeira solução seria, para Cândido Rangel Dinamarco<sup>124</sup>, admitir que as normas jurídicas concretas são produzidas pela colaboração entre

<sup>119</sup> KELSEN, *Teoria pura do direito*. p. 265.

<sup>120</sup> KELSEN, *Teoria pura do direito*. p. 242.

<sup>121</sup> BELLINETTI, Luis Fernando. *Sentença civil*: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro. p. 90. A importância dessa observação está no fato de que também posturas jusnaturalistas afirmam ser constitutiva a atividade judicial o que é observado por Luis Fernando Bellinetti ao tratar do desenvolvimento histórico da sentença. Segundo este autor, “paralela a todo esse desenvolvimento, durante a história sempre existiram as posturas jusnaturalistas, que procuravam identificar um caráter de efetiva criação na sentença”.

<sup>122</sup> Parece importante lembrar que à essa época o Brasil vivia um de seus piores momentos políticos. Há vários anos o país se encontrava sob o jugo da ditadura militar.

<sup>123</sup> DINAMARCO, *Reflexões sobre direito e processo*. p. 26 - 26

<sup>124</sup> DINAMARCO, *Reflexões sobre direito e processo*. p. 25.

legislação e jurisdição. Seria admitir “que o direito subjetivo nasce com o processo e com a sentença, antes dos quais não há senão interesses relevantes para o direito, interesses em conflito, mas direito subjetivo, não”. A segunda solução, diferentemente, significa distinguir as atividades legislativas e jurisdicionais: a atividade legislativa que produz preceitos gerais e abstratos aplicáveis, automaticamente, diante de um fato juridicamente relevante e a função jurisdicional que consiste, para essa segunda opção, apenas em declarar, ou seja, reconhecer a vontade concreta do ordenamento jurídico e atuá-la praticamente.

No referido texto, Cândido Rangel Dinamarco enumera diversos autores que seguiram a tese dualista: Chiovenda, Liebman e Fazzalari. Entre os unitaristas citados estão: Allorio, Satta, Ascarelli e Carnelutti.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco,<sup>125</sup> a idéia de Carnelutti de que o escopo do processo é a “justa composição da lide, pressupõe, naturalmente, que as normas jurídicas substanciais contidas na lei não tenham por si sós, aptidão para compô-la” e pode ser considerada uma “derivação da teoria de Kelsen”.

Quanto a Chiovenda, não é difícil entender a sua filiação à opção dualista. Sua concepção de jurisdição como “atuação da vontade concreta da lei”, conforme exposto acima, já permite tal entendimento. Acrescenta-se que Liebman<sup>126</sup> foi partidário da concepção de Chiovenda definindo a jurisdição “como a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.

Diz Candido Rangel Dinamarco<sup>127</sup> que

(...) não se deve inserir no ‘processus’ de produção da norma concreta a atividade do intérprete (seja este o juiz, ou os próprios interessados, o árbitro, ou quem quer que seja). (...) Não cabe ao intérprete estabelecer um ainda inexistente contato entre fato e a norma, nem dar a esta o significado que ditarem os seus sentimentos pessoais. Quando ele intervém, já encontra uma realidade consumada (...). E o seu dever é o de ser fiel a essa realidade, referindo-a sem distorções históricas (quanto ao fato) ou axiológicas (quanto ao valor expresso na norma).<sup>128</sup>

<sup>125</sup> DINAMARCO, Reflexões sobre direito e processo. p. 28.

<sup>126</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. p. 7.

<sup>127</sup> DINAMARCO, Reflexões sobre direito e processo. p. 30 – 31.

<sup>128</sup> DINAMARCO, Reflexões sobre direito e processo. p. 32.

Cândido Rangel Dinamarco faz, naquele texto, a defesa da tese dualista<sup>129</sup> e também, atualmente, em suas Instituições de Processo Civil:

Tem-se por correta, portanto, a teoria dualista do ordenamento jurídico. Confirma-se que a sentença não cria direitos, mas revela-os. (...) Mesmo quando por sentença fica instituída uma situação jurídica nova (sentenças constitutivas) o direito a essa nova situação preexiste à sentença que a cria (...) O escopo jurídico do processo não é a composição da lide, ou seja, a criação ou complementação da regra a prevalecer no caso concreto – mas a atuação da vontade concreta do direito.<sup>130</sup>

Como já afirmado acima, a teoria dualista do ordenamento jurídico e a noção de jurisdição como atuação da vontade concreta da lei aproximam seus seguidores àqueles que afirmam que o juiz não é mais do que a “boca da lei”. Porém, a teoria unitarista, nos moldes kelsenianos<sup>131</sup>, não serve, neste aspecto, como seu contraponto, pois a norma individual kelseniana faria parte do ordenamento jurídico apenas por individualizar a norma superior, o que torna possível afirmar que a adesão a uma ou a outra teoria, da forma como expostas, não representa, por si só, rompimento com o positivismo e com o formalismo que foram, como já referido, o lastro metodológico do Estado liberal.

Conforme Couture, a concepção constitutiva da jurisdição e da sentença como norma opunha-se a uma visão secular de direito, todavia, deixava “um vácuo por preencher”. Era necessário estabelecer um “elo de ligação entre as normas e a vida humana; entre as apreciações do constituinte, do legislador, do juiz e do indivíduo”. Trata-se, segundo o autor, do mesmo elo “que procura corresponder às

<sup>129</sup> DINAMARCO, Reflexões sobre direito e processo. p. 33 – 38.

<sup>130</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I. p. 134.

<sup>131</sup> Conforme Cândido Rangel Dinamarco, deste modelo não se afasta Carnelutti. Afirma ainda que, para Carnelutti, o efeito da sentença “é tornar concreto ou particular o preceito abstrato ou genérico contido na norma legal; o comando abstrato é representado por um arco, o qual só se fecha em círculo quando houver o comando complementar; este reside na sentença (não dispositiva) e no negócio jurídico. É, como se vê, uma derivação da teoria de Kelsen”. DINAMARCO, Reflexões sobre direito e processo. p. 28.

exigências da pureza metodológica e às necessidades de um direito mais cheio de vida e de valorização humana”.<sup>132</sup>

Couture,<sup>133</sup> na obra da qual se extrai essa exposição, procura estabelecer “em termos concludentes” a relação entre a sentença e a constituição. Também para ele, é na constituição que se vai encontrar a organização dos Poderes do Estado, a maneira de seu exercício. A constituição é “um conjunto de dispositivos que constituem disposições particulares para a vida da comunidade” que, em si mesmo, é apenas “o desenvolvimento ou expressão normativa de uma série de idéias que os autores do texto escrito consagram habitualmente no Preâmbulo da própria Constituição”. A lei, então, afirma o autor, desenvolve-se formalmente dentro da estrutura da constituição e a sentença corresponde, formalmente, a uma estrutura legal cuja determinação representa um ato de apreciação jurídica promovida pelo juiz. Este, ao analisar as circunstâncias do caso, através de uma avaliação jurídica, escolhe entre uma ou outra lei aplicável. Tal opção se faz “à luz de um propósito de justiça”. E conclui o autor:

a sentença vem a ser, no sistema do ordenamento jurídico, a interpretação final e última das esperanças contidas na Constituição: garantir a justiça, promover o bem estar geral, consolidar a segurança...etc. (...) já não será difícil determinar em que medida a sentença constitui um “jus novum”. (...) concepção puramente declaratória da sentença é, pois, um excesso de lógica, porquanto os termos do silogismo jurídico, tantas vezes evocado no estudo deste assunto raramente ocorrem na realidade. (...) A sentença é, sem dúvida, uma emanção direta da lei e do sistema geral de normas que obrigam a decidir de acordo com o direito preestabelecido. O juiz de poderes discricionários, e o juiz do direito livre, não só representam uma ‘contradictio in adjeto’ com a própria essência do direito, como também são a amarga negação de um processo histórico pelo qual se fizeram tantas revoluções. Por outro lado, o juiz simples instrumento da expressão da lei, o juiz que fala em nome do Parlamento, simples matemático, não existe na vida real.

É bom frisar que a obra de Couture aqui referida data de meados da década de 40 do século passado. Uma época em que o direito, como já afirmado,

<sup>132</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 229.

<sup>133</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 230 – 235.

encontrava-se numa encruzilhada na qual foi posto pela tragédia nazista.<sup>134</sup> Tanto que, conforme afirma Paulo Bonavides, as feridas abertas pela Segunda Guerra Mundial fizeram nascer uma restauração jusnaturalista que, todavia, logo se desfez. Ao positivismo lógico fechado e distante da realidade não se podia voltar. Surge, então na Alemanha, em 1953 a obra “Tópica e jurisprudência” de Theodor Viehweg. E a partir dos constitucionalistas da Tópica consolida-se, naquele país, a Teoriamaterial da constituição. A Velha Hermenêutica, regida pelo positivismo lógico onde há apenas subsunção, cede espaço à Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores onde não há apenas subsunção, mas concretização.<sup>135</sup>

Conforme Luiz Fernando Belinetti, as noções sobre a atividade jurisdicional (o autor refere-se, especificamente, à sentença), foram sempre construídas com base numa ideologia política e social e mesmo numa concepção de Estado. “A idéia declarativa, resplandescente em Montesquieu, obviamente surge como resposta a uma época que clamava por um direito seguro, devidamente estabelecido em regras abstratas, que pudesse evitar o arbítrio até então vigente”.<sup>136</sup>

Num Estado Democrático de Direito, o juiz não pode ser apenas “a boca de lei” conforme afirmava Montesquieu. Constituição, Estado e jurisdição devem ser compreendidos sob a influência das mudanças ocorridas nas últimas décadas, ou seja, numa sociedade pluralista que reclama normas capazes de regular não só a abstenção do Estado, como no Estado liberal, mas também a sua atuação democrática.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> São do próprio autor as seguintes palavras presentes no início da obra: “Este livro pertence a uma época de angústia, na qual está em jogo a própria sorte do direito e da justiça que nele se estudam. Virtualmente foi escrito entre notícia e notícia de uma catástrofe dia a dia crescente. Qualquer serenidade, que nele porventura se encontre, será tão somente a do passado, em que as idéias nele contidas foram pensadas pela primeira vez; e a do futuro, como pura esperança de melhores dias”. COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*.

<sup>135</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 171 e 584 e Apresentação da obra: MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>136</sup> BELINETTI, *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. p. 90 – 91.

<sup>137</sup> Em obra que já se tornou clássica na literatura jurídica nacional os autores conceituam a jurisdição como: “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função mediante o processo”. Os autores afirmam que a jurisdição é ao mesmo tempo: poder, função e atividade. É manifestação do poder estatal, expressa o “encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo, e é “complexo de atos de atos do juiz no

Seguindo Willis Santiago Guerra Filho,<sup>138</sup> no Estado Democrático de Direito, o papel do Judiciário não é o mesmo que possuía, de acordo com a formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. O que se espera do Judiciário, hoje, não é uma posição subalterna perante os outros poderes, sobretudo àquele que cabe a produção normativa.

Admitir que a atividade judicial seja apenas declaratória de direito pré-existente dificultaria até mesmo encontrar o motivo pelo qual o conteúdo de decisões judiciais se altera, às vezes, profundamente, ainda que permaneça inalterada a lei que as fundamenta.<sup>139</sup> Porém, se não deve ser um autômato diante da lei produzida pelo legislador, o juiz não pode também ser um justiceiro diante do caso concreto. Não é a sua ideologia, ou a sua concepção de vida que deve guiar o julgamento. Muito menos poderão servir de referência paixões despertadas em momento de comoção social que, às vezes, parecem apenas elaboradas e programadas pela imprensa. Tais posturas seriam, até mesmo, contrárias ao Estado de direito.

Expõe Humberto Theodoro Jr:

estando o Estado Democrático de Direito assentado sobre a repartição de poderes e submetido ao princípio da supremacia da lei, a atividade criativa do juiz não pode ser exercida a partir do desprezo à vontade abstrata da norma legislada. A formulação da regra concreta pode não corresponder à simples reprodução das palavras do legislador. Jamais, porém poderá partir do nada, para enunciar a solução do conflito segundo apenas e tão somente a vontade do julgador.<sup>140</sup>

---

processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros.

<sup>138</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 89.

<sup>139</sup> Em relação ao texto constitucional, a alteração do conteúdo das decisões fundamentadas em texto inalterado, leva ao que Anna Cândida da Cunha Ferraz, em monografia sobre o tema, chama de “mutação constitucional”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 19 – 145.

<sup>140</sup> THEODORO Jr. Humberto. O juiz e a revelação do direito *in concreto*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.360, 2002. p. 27 – 29. Nesse texto o autor apresenta a idéia do juiz como “realizador da vontade concreta da lei” o que se mostra coerente com a tese dualista do ordenamento jurídico, porém admite uma certa criatividade do aplicador do direito. Afirma o autor: “A vontade da lei sempre estará num plano superior ao da vontade concretizada pelo juiz, embora a esta se reserve importante força criadora. Até onde, pois, poderá ir a sentença judicial em sua função de criar a norma individual ou concreta? Irá o juiz até o ponto próprio da atividade interpretativa, qual seja aquela em que se descobre o melhor sentido para a regra abstrata traçada pelo legislador. E esse melhor sentido será um dentre os diversos que o

De acordo com Winfried Hassemer,<sup>141</sup> a concepção ingênua segundo a qual a atividade judicial seria apenas subsumir o caso concreto na norma codificada foi superada e deu lugar ao reconhecimento de que o juiz cria direito, dificultando e tornando mais complexas as questões relativas à sua vinculação à lei. É justamente, segundo o autor, aquele que não concebe a tarefa do juiz como absoluta subjugação deste à lei que deve procurar respostas adequadas à questão da vinculação dele à lei.<sup>142</sup>

É preciso considerar também que uma teoria não tem a capacidade de encobrir a realidade. O juiz que apenas declara direito preexistente não existe. Manter essa exigência não transforma aquela hipótese, apenas a oculta.<sup>143</sup>

Acrescenta-se que os métodos tradicionais de interpretação mostram-se insuficientes para aplicação da lei no modelo atual de Estado. Conforme Winfried Hassemer, há certos métodos de interpretação que “más allá de la observancia del tenor literal de la ley prescriban también el trato que hay que dar a ésta”.<sup>144</sup> Porém, a simples observação dos métodos tradicionalmente enumerados já informa que também eles necessitam de interpretação, pois não há uma “metaregra” que determine a escolha desse ou daquele.

Metódicamente, el juez es libre en la elección de las reglas interpretativas. Y puesto que las diferentes reglas interpretativas llegan a resultados diferentes respecto de la comprensión ‘correcta’ de la norma, no estarán capacitadas para garantizar una vinculación estricta del juez a la ley.<sup>145</sup>

---

texto legal possa comportar e não o de simples abandono da lei abstrata para substituí-la pelo critério pessoal de justiça do julgador”.

<sup>141</sup> HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 282-283.

<sup>142</sup> HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992. p. 211. O autor se manifesta favoravelmente à criatividade judicial da seguinte forma: “el juez no es la ‘boca de la ley’ (Montesquieu); su manejo de la ley tiene más bien carácter creador”.

<sup>143</sup> HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley. p. 216.

<sup>144</sup> HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley. p. 212. O autor refere-se aos seguintes métodos: “el sentido literal de la norma establecida por ley (método gramatical), la conexión de sentido de los preceptos legales entre si (método sistemático), la finalidad perseguida por el legislador mediante la norma en cuestión (método histórico), el fin tal como en el momento presente puede expresarse atendiendo al sentido objetivo de la norma (método teleológico), y las decisiones axiológicas de carácter fundamental que recoge la constitución (interpretación conforme a la constitución)”

<sup>145</sup> HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley. p. 212.

A criatividade na atividade judicial não pode, portanto, ser contestada com fundamento em tais métodos. No que se refere à interpretação constitucional, também Konrad Hesse<sup>146</sup> considera-os insuficientes, já que a interpretação constitucional, para esse autor, é concretização.

A jurisdição vinculada à lei conforme os ditames do positivismo pressupõe uma sociedade homogênea, na qual os conflitos eram solucionados pelo Judiciário através de simples silogismo. Porém a sociedade atual não se deixa reger por tal metodologia. Do juiz exige-se mais. A jurisdição no Estado Democrático de Direito não tem como tarefa a simples declaração de vontade legal preexistente<sup>147</sup>. Nem mesmo é tão somente a sua individualização para o caso concreto. A atividade jurisdicional deve, diante do caso concreto, concretizar os valores consubstanciados nos princípios constitucionais, que são materiais e processuais. Dessa forma, tanto na atividade jurisdicional como nas demais atividades estatais crescem de importância os procedimentos.

A importância dos procedimentos - não só na atividade jurisdicional - é apresentada por Willis Santiago Guerra Filho ao propor uma disciplina geral que se refira à administração, à legislação e à jurisdição. Afirma o autor:

trata-se da Teoria Geral do Processo. O regulamento que as atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais recebem nos Estados democráticos de Direito contemporâneos obedece à forma ou modelo processual, na medida em que admitem, quando não exigem, o debate dialético, para que se chegue à soluções mais justas e racionais. Em todos os três casos se tem a necessidade de alcançar uma decisão, que para ser tida como convincente necessita emanar de um processo, do qual participam e discutem os interessados ou representantes desses.<sup>148</sup>

<sup>146</sup> HESSE, *Escritos de derecho constitucional*. p. 43. Afirma o autor: “La interpretación constitucional es ‘concretización’. Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la ‘realidad’ de cuya ordenación se trata. En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma”.

<sup>147</sup> Alexandre Freitas Câmara assim conceitua jurisdição: “função do Estado de atuar a vontade concreta do direito, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 70.

<sup>148</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 59, p. 231 – 233, jul/set. 1990. A importância do processo não só na atividade estatal é salientada por Luiz Fernando Bellinetti: “Considera-se, portanto, o processo como o instrumento de que se vale o poder estatal num Estado de direito a fim de construir e aplicar o ordenamento, e não apenas como o instrumento da atividade

Para compreensão do que se acabou de expor, o próximo capítulo é fundamental.

---

jurisdicional. (...) os particulares também aplicam cotidianamente o ordenamento na regulação de suas relações jurídicas. A única diferença é que não podem impor coercitivamente a observância do ordenamento, de vez que somente as decisões estatais possuem esse atributo. (...) não vislumbro nenhuma razão para que somente haja processo na atividade estatal. Se fora do Estado também se constrói e aplica o ordenamento, deve também aí haver processo.(...) O poder estatal se expressa através das funções jurisdicional, legislativa e administrativa que o exaurem, valendo-se de instrumentos ideais: os processos”. Afirma ainda o autor: “os processos e procedimentos nada mais são, pois, que instrumentos utilizados pelo poder estatal na emissão de decisões que conduzem ao objetivo visado – estabelecer regramentos abstratos, administrar interesses públicos e privados e solucionar conflitos jurídicos de interesse”. BELLINETTI, *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. p. 79 – 81.

## 4 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

As concepções atuais sobre a constituição e a atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito, mormente a atuação dos Tribunais Constitucionais podem ser agrupadas, como já se referiu acima, basicamente, em dois grupos: procedimentalistas e substancialistas. Ambas serão apresentadas neste capítulo. Todavia, há uma outra discussão que deve anteceder-las: a que opõe jusnaturalismo a positivismo jurídico.

### 4.1 POSITIVISMO JURÍDICO E JUSNATURALISMO

Conforme Norberto Bobbio<sup>149</sup>, “toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural”.<sup>150</sup> A distinção conceitual entre ambos, afirma Norberto Bobbio, já se encontra no pensamento grego, mas a primeira das expressões só aparece nos textos latinos medievais.<sup>151</sup> E, em Aristóteles<sup>152</sup> se pode ler: “a justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo”.

<sup>149</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 15-24.

<sup>150</sup> Conforme Luiz Roberto Barroso, “o positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa”. BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. p. 290

<sup>151</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 15 – 16.

<sup>152</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V. Capítulo VII. tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2004. p. 17.

De acordo com Arthur Kaufmann, “desde os pré-socráticos que se procurou o ‘justo’, a ‘justiça’, na ‘natureza’, havendo certamente sido, (...) defendidas as mais diversas concepções acerca do que seja esta natureza”. KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 33.

Ao tratar das relações entre a conduta moral e jurídica, Miguel Reale afirma que os sofistas “reduzem a justiça ao meramente convencional”. Porém, se revela “na cultura grega, mesmo antes dos sofistas, uma distinção clara entre o justo por natureza e o justo por convenção ou por lei. Esta doutrina, esclarecida por Platão, é depois desenvolvida de maneira exaustiva por Aristóteles (...)”. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 623.

Conforme Arthur Kaufmann, a pergunta sobre o indisponível do direito, ou seja, “saber se o homem pode dispor livremente do Direito ou se lhe são impostos limites na criação do mesmo” mantém-se até os dias de hoje no centro das indagações filosóficas. Segundo o autor, por muitos séculos, acreditou-se que esse “indisponível” estivesse na natureza, fosse ele chamado de logos, idéia ou essência, coincidindo, assim, pelo mesmo tempo, a história da filosofia com a doutrina do direito natural.<sup>153</sup>

O nascimento do positivismo jurídico ocorre quando não mais se considera direito positivo e direito natural no mesmo sentido, ou seja, quando se reduz todo o direito ao direito positivo. Define-se positivismo jurídico, portanto, como a “doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”. Sua origem está na formação do Estado moderno quando este concentra em si todos os poderes, e, em primeiro lugar, o de criar o direito.<sup>154</sup>

O direito natural da Modernidade era um direito secularizado que deveria existir mesmo que Deus não existisse. Era, ao mesmo tempo, um direito natural iluminista e racional e limitava-se ao que podia ser experimentado. Insistia-se na idéia do direito natural “absoluto, universal e supra-histórico, ou seja, vale acima do direito positivo estabelecido pelo homem, vale para todos os homens e vale para todos os tempos”.<sup>155</sup>

A determinação do direito justo obtinha-se indagando sobre a natureza do homem e “retirando daí, por dedução lógica, os direitos e deveres naturais do homem”. As concepções sobre a natureza do homem também variavam como em Rousseau e Hobbes. A teoria do contrato social desempenha, aí, importante papel.<sup>156</sup>

Não é de admirar que quase todas as tentativas de fundamentar um tal direito natural se tenham limitado a pôr em realce um pequeno número de princípios jurídicos fundamentais muito abstratos, tais como os mandamentos de não lesar ninguém (a regra de ouro ‘negativa’), cumprir contratos, respeitar a propriedade, tratar os outros como iguais em direitos (*‘suum cuique’*) ou auxiliar os necessitados (a regra de ouro ‘positiva’).<sup>157</sup>

<sup>153</sup> KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 31-32.

<sup>154</sup> BOBBIO, *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 25 – 26.

<sup>155</sup> KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 37.

<sup>156</sup> KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 37 – 38.

<sup>157</sup> KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 38.

De acordo com Luis Roberto Barroso<sup>158</sup>, o jusnaturalismo moderno (séc. XVI), ou seja, a crença na “existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado”, foi o trunfo e combustível das revoluções liberais (séc XVIII). Todavia,

ao longo do século XIX, com o advento do Estado liberal,<sup>159</sup> a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final do século XIX.

O século XIX situa-se sob o signo do positivismo jurídico. Várias foram as teorias positivistas sobre o Direito<sup>160</sup>. Sobre Direito natural poucos falavam. No decurso desse mesmo século, desenvolveu-se também

a metodologia positivista de Savigny, de acordo com a qual o juiz apenas tem de ‘subsumir’, isto é articular duas grandezas objectivas, a lei e o caso, devendo ele próprio manter-se totalmente à margem de tal processo. (...) O pressuposto lógico da proibição da criação judicial do direito foi o dogma da ausência de lacunas na ordem jurídica. (...) é hoje lugar-comum a idéia de que o direito tem lacunas, que o juiz deverá preencher através dum acto jurídico criador. Apesar de, na questão das lacunas, se tratar ainda apenas duma insuficiência lógica do positivismo científico, a sua progressiva degeneração num puro positivismo legalista (...) tornou-se manifesta com o nacional-socialismo. Todavia não se perverteu então apenas o positivismo; também se abusou da idéia do direito natural, ao recusar aplicação a leis vigentes em nome dum ‘direito natural étnico’”.<sup>161</sup>

<sup>158</sup> BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. p. 289.

<sup>159</sup> Conforme Norberto Bobbio, o Direito do Estado liberal foi feito pelos positivistas. “O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa”. BOBBIO, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 133 e 221.

<sup>160</sup> Arthur Kaufmann cita várias, entre as quais: o positivismo lógico de Rudolf Stammler (1856- 1938); a Teoria Geral do Direito que se ocupava dos conceitos e estruturas formais do Direito cujo modelo mais cientificamente fundado foi, depois, a “teoria pura do direito” cujas bases foram lançadas por Hans Kelsen; a Jurisprudência dos conceitos “que considerava possível deduzir de forma puramente lógica, a partir de conceitos abstratos superiores, outros, cada vez mais concretos e plenos de conteúdo”; o positivismo empirista que desembocou na jurisprudência dos interesses preparada por Jhering (1818-1892) etc. KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 44.

<sup>161</sup> KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 45.

No âmbito constitucional, os positivistas são os ‘Mestres da preservação da juridicidade dos textos constitucionais’. A constituição do positivismo jurídico-estatal é nomeadamente formalista e fechada. Nela a norma se explica pelo seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, hermética em presença da realidade exterior.<sup>162</sup> Todavia, o positivismo não se manteve sem resistências. De acordo com J. J. Gomes Canotilho, na década de 20 e 30 do século XX, três juspublicistas alemães (Hermann Heller, Carl Schmitt e Richard Smend) já “procuraram compreender a crise do constitucionalismo liberal e do positivismo jurídico estatal”. Buscava-se dar atenção à realidade constitucional e às transformações econômicas, políticas e sociais. Buscava-se uma teoria normativa sobre o político, orientada para a realidade social do seu tempo.<sup>163</sup>

Como já mencionado, o formalismo e o positivismo compuseram o lastro metodológico do século XX, porém a decadência do positivismo viria com a Segunda Guerra Mundial. De acordo com Luiz Roberto Barroso<sup>164</sup>, ela é,

emblematicamente, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. (...) Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.

No campo constitucional, após a hecatombe nazista, retomou-se, na Alemanha, o projeto político da Constituição de Weimar que também havia sido promulgada após uma catástrofe bélica. A Constituição de Weimar apresentava

---

<sup>162</sup> BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. p. 171.

<sup>163</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p.1335.

<sup>164</sup> BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. p. 290. A importância desse fato já foi ressaltada em capítulos anteriores.

ambigüidades,<sup>165</sup> mas “exerceu decisiva influência sobre a evolução das constituições do ocidente”,<sup>166</sup> conforme já se afirmou.

Após a Segunda Guerra, houve um renascimento do direito natural.<sup>167</sup> Segundo Willis Santiago Guerra Filho,<sup>168</sup> nesse período de redemocratização, o renascimento jusnaturalista ocorreu “menos por seus méritos intrínsecos, do que pela flagrante contradição da neutralidade axiológica do positivismo frente ao terrorismo estatal do 3º Reich”. Foi a primeira reação dos tribunais ao Estado nacional-socialista que recusavam aplicação de normas legais injustas. Decidiam invocando um direito suprapositivo negado, no final dos anos cinqüentas, pelo positivismo. Aquele renascimento foi passageiro e dele restou, apenas, uma negação à possibilidade de decisões judiciais monstruosas. Diz Arthur Kaufmann:

o renascimento do direito natural falhou. Mas não menos falhou o regresso ao ‘antes da perversão do direito pela ditadura nazi’. O que se nos exige é a limitação da arbitrariedade na feitura e aplicação a lei. Para tal não existe uma resposta satisfatória, enquanto se insistir na alternativa: ou direito natural ou positivismo, *tertium non datur*. Há muito que a reflexão sobre esta alternativa conduziu a uma aporia.<sup>169</sup>

Conforme Luiz Roberto Barroso<sup>170</sup>, após a Segunda Guerra Mundial, “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda *inacabado* (grifo nosso) de reflexões acerca do Direito, sua função e sua interpretação”. Surge um ideário difuso a ser visto e discutido.

---

<sup>165</sup> A constituição de Weimar “abre-se com a surpreendente declaração de que “o império alemão é uma República”. COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p.185.

<sup>166</sup> COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos* . p. 189.

<sup>167</sup> Mauro Cappelletti refere-se à expressão “revolta contra o formalismo” de Morton G. White e afirma ser “desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 31.

<sup>168</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 110.

<sup>169</sup> KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 49.

<sup>170</sup> BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. p. 290 – 291.

#### 4.1.1 Direito Natural e Positivismo Jurídico: possibilidades de superação

Desde que há memória, segundo Arthur Kaufmann, a alternativa entre direito natural e positivismo foi tida de forma excludente e completamente acrítica. “É-se positivista por resignação cética”, afirma o autor. É preciso encontrar uma via para além do direito natural e do positivismo legal: uma “terceira via”.<sup>171</sup>

Como se viu anteriormente, enquanto para o jusnaturalismo o direito é algo preexistente no logos, na lei divina ou na razão, o positivismo jurídico não admite que o direito esteja predeterminado, mas afirma que seu conteúdo é arbitrário. Já para os defensores de uma “terceira via”, de acordo com Arthur Kaufmann, de fato todos os conteúdos jurídicos não estão preestabelecidos, mas somente

certas estruturas, princípios, ou, então, apenas negativamente nos termos do ‘argumento de injustiça’, que em caso algum vale uma manifesta injustiça legal; e que além disso não existe qualquer vinculação absoluta a conteúdos objetivos (‘natureza’), mas antes uma vinculação apenas relativa, ou, melhor, relacional, no interior de determinadas relações (quando se quer regular, por exemplo, a relação jurídica de ‘compra e venda’, não se pode dispor livremente dos papéis do comprador e do vendedor). Nos pormenores há múltiplas orientações<sup>172</sup>.

Kaufmann cita algumas dessas tentativas: a filosofia do direito de Gustav Radbruch, a hermenêutica jurídica, a teoria da argumentação jurídica, a teoria dos princípios gerais de direito e o CLS (Critical Legal Studies).

Referência a essa necessidade de superação do positivismo e do jusnaturalismo pode ser encontrada também em Willis Santiago Guerra Filho. Segundo este autor, no plano jusfilosófico a superação da antítese entre as posições apegadas ao direito positivado e aquelas que, de alguma forma, buscam a verdadeira fonte da validade jurídica surge, modernamente, em posturas denominadas pragmáticas<sup>173</sup>.

<sup>171</sup> KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 49 – 51.

<sup>172</sup> KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 62

<sup>173</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Metodologia jurídica e interpretação constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 62, abr/jun. 1991. p. 125. Diz ainda o autor que uma tal postura sempre procura

Essa postura, segundo o autor, se faz notar no modo como se procura elaborar uma alternativa entre método valorativo e normativo, de forma que tanto as exigências éticas do primeiro como a busca por racionalidade científica do segundo fossem atendidas a um só tempo convergindo e se promovendo mutuamente.<sup>174</sup>

Como se referiu acima, Luis Roberto Barroso também menciona uma “profusão de idéias” que surgiu após a Segunda Guerra Mundial na tentativa de superar o duelo entre positivistas e jursnaturalistas. Em outro texto<sup>175</sup>, o autor reúne sob a denominação de “teoria crítica do direito” diversas concepções que “questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude.”

Não é objetivo deste trabalho o estudo de cada uma das concepções apontadas acima. Não que o assunto não tenha importância fundamental para o entendimento do atual Estado Democrático de Direito, da constituição e, conseqüentemente, da jurisdição e do direito de ação. A realidade é outra: cada uma dessas tentativas de superação da discussão entre positivismo e jursnaturalismo merece estudo apartado. Seria demasiada pretensão tê-lo neste trabalho. O importante, por hora, é compreender em que condições essas novas idéias surgiram, ou seja, num tempo no qual tanto positivismo quanto jursnaturalismo tinham-se mostrado insuficientes. O estado nazi-fascista deixou essa herança.

Outro ponto importante a ser ressaltado é o que se refere às idéias ventiladas no Brasil a essa altura da história. Lembra-se que em 1945, como já mencionado, o país se encontrava sob uma constituição outorgada substituída em 1946 por outra resultante dos trabalhos de uma Assembléia Constituinte. Essa, como

---

uma forma de estabelecer um *diálogo* entre posições teóricas opostas, para chegar ao acordo possível entre elas, o que decorre de sua determinação fundamental em conciliar teoria e prática.

<sup>174</sup> GUERRA FILHO, Metodologia jurídica e interpretação constitucional. p. 125. O que o autor chama de “pulsão” pragmática manifesta-se, segundo ele, em disciplinas orientadas para a prática como a retórica e a tópica e refere-se ainda “a possibilidade de através dela se chegar à conjunção de tradições filosóficas tão distintas, como o idealismo kantiano e a filosofia lingüística, no ‘pragmatismo transcendental’ de K. O. Apel, ou da hermenêutica e o criticismo marxista, na teoria da ação comunicativa de Habermas”.

<sup>175</sup> BARROSO, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.358, 2001, p. 93. Entre tais concepções o autor menciona: os *Critical legal studies* norte-americano e a produção filosófica de autores como Jürgen Habermas.

também já se disse, foi substituída por outro texto derivado da força: a Constituição de 1964.

Não é difícil perceber que, nos anos que se seguiram, não houve condições para que pudesse ocorrer uma profusão de idéias também no Brasil. Conforme Luis Roberto Barroso, no Brasil o pensamento crítico

alçou vôos de qualidade e prestou inestimável contribuição científica. Mas não foi um sucesso de público. Nem poderia ter sido diferente. O embate para ampliar o grau de conscientização dos operadores jurídicos foi desigual. Além da hegemonia quase absoluta da dogmática convencional – beneficiária da tradição e da inércia-, a teoria crítica conviveu, também, com um inimigo poderoso: a ditadura militar e seu arsenal de violência institucional, censura e dissimulação. A atitude filosófica em relação à ordem jurídica era afetada pela existência de uma legalidade paralela – dos atos institucionais e da segurança nacional – que, freqüentemente, desbordava para um Estado de fato.

A redemocratização do Brasil ocorrida em 1986 que levou à instalação de uma Assembléia Nacional Constituinte e à conseqüente promulgação da Constituição de 1988 representou - e ainda representa - oportunidade de novos debates, de novos estudos.

Conforme Willis Santiago Guerra Filho,<sup>176</sup> a chegada desse novo texto significa uma mudança constitucional alcançada como “conseqüência de uma evolução dos fatos políticos, no sentido de superar o autoritarismo e arbítrio então vigente rumo à democratização”. De acordo com o mesmo autor, havia uma crise de legitimidade do regime político e da ordem jurídica brasileira. Era preciso uma nova constituição para que se buscasse resolver a crise. A solução foi apontada, fundamentalmente, através da fórmula: Estado Democrático de Direito.

A frágil tradição constitucional brasileira pode, agora, diante da abertura democrática, ser fortalecida. “A liberdade de que o pensamento intelectual desfruta hoje impõe compromissos tanto com a legalidade democrática como com a conscientização

---

<sup>176</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 129.

e a emancipação”.<sup>177</sup> O momento presente possibilita a discussão e o debate de idéias. Ambos necessários para que a unanimidade em torno de determinada concepção, seja ela qual for, não se estabeleça sem que os seus fundamentos possam ser questionados e reavaliados constantemente.<sup>178</sup>

É nesse contexto de abertura que se deseja promover o estudo do direito de ação a partir de uma análise constitucional. É nesse contexto de propostas que se agrupam sob o rótulo de “terceira via” que se quer levar adiante o estudo proposto, porém sem a pretensão de apresentar solução definitiva.

## 4.2 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

Como já é possível perceber, diversos autores buscam elaborar concepções acerca da constituição e, conseqüentemente, da jurisdição. Algumas, como já referido, podem ser agrupadas sob uma noção procedimental da constituição e outras, sob uma noção substancial. A esta última liga-se a teoria material da constituição cuja consolidação na Alemanha teve a colaboração dos constitucionalistas da Tópica que ressurgiu naquele país, em 1953<sup>179</sup>.

<sup>177</sup> BARROSO, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). p. 99 – 100.

<sup>178</sup> Faz-se necessária, desde já, uma observação. Como se disse, desenvolveu-se na Alemanha, após 1945, novas concepções sobre a constituição e sua interpretação. Mas essas idéias não foram aceitas unanimemente. Há referências sobre posicionamentos opostos reclamando até um rigor formalístico. Conforme Willis Santiago Guerra Filho, a jurisprudência havia seguido abertamente a “doutrina dos valores”, mas opiniões dissidentes foram registradas. Esta observação tem relevância diante da forte influência que as idéias alemãs têm exercido no Brasil. GUERRA FILHO, *Teoria da ciência jurídica*. p.119.

<sup>179</sup> De acordo com Paulo Bonavides, o pensamento tópico foi familiar a Aristóteles. O cartesianismo e a preferência pelos métodos matemáticos ou científico-naturais (séc XVII e primeira metade do sec XX) obscureceram o método tópico. Todavia a exaustão do positivismo racionalista e a descrença em suas soluções permitiram a ressurreição da tópica graças a Theodor Viehweg (1953) que a caracterizou como “técnica de pensar o problema”. “Da tópica clássica, concebida como simples técnica de argumentação, a corrente restauradora, encabeçada por aquele jurista de Mogúncia compôs um método fecundo de tratar e conhecer o problema por via do debate e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam, de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente”. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. p. 488 – 491.

Constitucionalistas a ela ligados podem ser citados: Konrad Hesse, Friedrich Muller e Peter Häberle<sup>180</sup>. Afirma J. J. Gomes Canotilho, que tal concepção é a mais aplaudida pela moderna juspublicística e

pretende conciliar a idéia de constituição com duas exigências fundamentais do estado democrático constitucional: 1) a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade, 2) a abertura constitucional: pois a constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadores de projectos alternativos para a concretização dos fins constitucionais.<sup>181</sup>

Há, certamente, variações entre as posições substancialistas e procedimentalistas. Todavia, ponto fundamental para proceder à distinção entre elas é o entendimento de cada uma a respeito da atividade desenvolvida pelo juiz, em especial a dos Tribunais Constitucionais.

De acordo com Lenio Luiz Streck, não obstante reconheçam no Poder Judiciário (especialmente, na justiça constitucional) um papel estratégico nas constituições do pós-guerra, ambas têm, também, consideráveis divergências.<sup>182</sup> À corrente substancialista está ligado o que se tem chamado de “ativismo judicial”.

Ensina Lenio Luis Streck<sup>183</sup> que

<sup>180</sup> BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. p. 584.

<sup>181</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p.1336.

<sup>182</sup> STRECK, Lenio Luiz *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 154. Afirma o autor: “a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas, Grapon e Ely, apresenta consideráveis divergências com a corrente substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, Ackerman, L. H. Tribe, M. J. Perry, H.H. Wellington em alguma medida por Dworkin, pelo menos na leitura que dele faz Robert Alexy, e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides, Celso Antonio Bandeira de Mello, Eros Grau, Fábio Comparato, entre outros”

<sup>183</sup> STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 185-186. O autor cita exemplo no qual o Judiciário desenvolveu políticas públicas. Na cidade de Rio Claro o promotor de Justiça ingressou com ação civil pública para obrigar a municipalidade a criar vagas nas escolas para que criança alguma ficasse fora das salas de aula em 1998. O juiz, então, determinou, liminarmente, a criação das vagas não havendo contestação pelo município. Sobre a concretização de políticas públicas previstas na constituição e descumpridas pelas instâncias governamentais, há extensa explicação pelo ministro Celso de Mello na ADPF 45 de 04/05/2004. Segundo o ministro, este instrumento põe em evidência, de modo expressivo, a “dimensão política da jurisdição constitucional” que não pode demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais quando o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição comprometer, de maneira inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

a tese substancialista parte da premissa de que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absentéista própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira.

O mesmo autor explica essa intervenção do Judiciário como “cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado social previsto na constituição de 88”.<sup>184</sup>

Paulo Bonavides<sup>185</sup> admite o Estado de direito construído por um constitucionalismo de valores, o que é próprio da corrente substancialista, mas aponta uma proposta para evitar que tal concepção conduza ao que ele denomina “governo de juízes” ou “ditadura constitucional da toga”, o que seria, diz o autor, um desastre e uma fatalidade. A solução apontada por Bonavides refere-se à introdução da

supremacia dos direitos fundamentais da quarta geração, os quais abrangem principalmente a democracia, a informação e o pluralismo. Só estes terão dimensão legitimadora bastante com que obstar a uma dissolução do regime constitucional por obra dos hermeneutas da concretização.<sup>186</sup>

Para o entendimento a respeito da tese substancialista pode-se verificar o exposto sobre a corrente que Robert Alexy denomina constitucionalismo, segundo a qual a constituição é uma ordem objetiva de valores. Tal ordem encontrase, em especial, nos direitos fundamentais constantes daquele documento, os quais se irradiam por todos os campos do direito, inclusive ao Judiciário. Segundo autor,

<sup>184</sup> STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. p. 185 – 186.

<sup>185</sup> BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. p. 631 e 487. O autor entende que a interpretação das constituições tem sentido diferente nos países conforme sejam ou não desenvolvidos, e que naqueles onde a democracia não resolveu ainda a questão social, impõe-se uma interpretação segundo valores, ou seja, uma interpretação que é concretização.

<sup>186</sup> BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. p. 631. As críticas de Luis Prieto Sanchis à tese procedimentalis de Habermas abaixo apontadas podem ser endereçadas a essa solução elaborada por Paulo Bonavides. Repetindo Prieto Sanchis: a democracia exige como condição um nível aceitável de existência, de acesso a bens materiais, culturais etc., que formam o substrato material indispensável para o exercício da autonomia e participação.

La suposición de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores que, en tanto valores de rango constitucional, ejercen un ‘efecto de irradiación’ en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya solo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se muestra en omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia insita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según valores e principios constitucionales.<sup>187</sup>

De outra forma, as concepções processuais da constituição, segundo Gilberto Bercovici, estão, em regra, relacionadas à idéia de legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann<sup>188</sup> para as quais não importa se a decisão é justa ou injusta. Os procedimentos é que garantem decisões vinculativas e reduzem as complexidades sociais. Pela participação nos procedimentos, os envolvidos aceitam a decisão final, mesmo que contrariados. Portanto, a legitimidade daí decorrente não provém de derivações valorativas ao contrário do que entendem as posições substancialistas.

De acordo com Willis Santiago Guerra Filho,<sup>189</sup> Luhmann dá tamanha importância ao procedimento em sua concepção do Direito que chega a dizer que o

<sup>187</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. tradução Jorge M. Seña. 2.ed., Barcelona: Gedisa, 2004. p. 159.

<sup>188</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 273.

<sup>189</sup> GUERRA FILHO, *Teoria da ciência jurídica*. p. 156. Em capítulo desta mesma obra cujo título é “Teoria da autopoiese do direito” o autor expõe as concepções luhmannianas sobre o direito como sistema autopoietico. É desse capítulo (p. 181 – 212) que se extraem algumas considerações necessárias para que se tenha alguma noção sobre a tese de Luhmann. Dessa forma, segundo Willis Santiago Guerra Filho, o conceito de “autopoiese”, introduzido pelos biólogos Humbeto Maturama e Francisco Varela, foi levado à Sociologia por Niklas Luhmann. “Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, em que há (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização pela relação reiterada (‘recursiva’) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser “fechado” do ponto de vista de sua organização, não havendo ‘entradas’ (inputs) e ‘saídas’ (outputs) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele, que é “como o agente que conecta as extremidades do sistema (como se fosse uma gigantesca sinapse) e o mantém fechado, autopoietico”. (...) O sistema jurídico aparece como um dos “sistemas funcionais” do sistema social global, com a tarefa de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, ao garantir certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão comportar-se e a generalização dessas expectativas, pela

Direito é tudo que as normas jurídicas, procedimentalmente, transformam em Direito. Na tese luhmanniana os Tribunais assumem papel fundamental, pois “constituem o centro do sistema jurídico. Tudo mais, inclusive a legislação, representa a periferia”.<sup>190</sup>

Ainda de acordo com Gilberto Bercovici, as teorias processuais, em regra, “consideram a Constituição como simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos”.<sup>191</sup> Semelhante afirmação encontrase também em J. J. Gomes Canotilho, que faz referência a teóricos da constituição que a consideram como “instrumentos formais de garantia, despidos de qualquer conteúdo social e econômico”. De acordo com essas teorias, a introdução de conteúdo material na constituição implicaria a “insegurança do direito constitucional”. A constituição se converteria numa enxurrada do social. Para tais concepções, assim diz J. J. Gomes Canotilho:

a constituição não seria nem mais nem menos do que um instrumento de governo definidor de competências, regulador de processos e estabelecedor de limites à acção política. As leis constitucionais deveriam preocupar-se com o processo da decisão e não com o conteúdo, a substância da decisão.<sup>192</sup>

É procedimental a teoria do norte americano John Hart Ely expressa por Gilberto Bercovici<sup>193</sup> da seguinte forma:

---

imunização do perigo de decepcionarem-se. Daí ser o Direito definido, na teoria sociológica luhmanniana, como ‘generalização congruente de expectativas comportamentais’, generalização essa que fornece ‘uma imunização simbólica de expectativas contra outras possibilidades’.

<sup>190</sup> LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. tradução de Peter Naumann, *Ajuris*, v.49, jul. 1990. p. 160.

<sup>191</sup> BERCOVICI, *Desigualdades regionais, estado e constituição*. p. 273.

<sup>192</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p.1336-1337.

<sup>193</sup> BERCOVICI, *Desigualdades regionais, estado e constituição*. p. 276. A obra de John Hart Ely referida por Gilberto Bercovici é *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, 1988. Acrescenta Bercovici que a teoria procedimental de Ely foi fortemente criticada nos Estados Unidos. Seus críticos afirmam que “a teoria procedimental é indeterminada e incompleta, pois não determina nada mais do que seus pressupostos. Para ser completa, ela necessitaria levar em consideração direitos e valores substantivos, justamente o que quer evitar”. As críticas são fundamentadas ainda na afirmação de que “a idéia de democracia não é, exclusivamente, procedimental, mas substantiva também. Além disso, os próprios dispositivos procedimentais não podem ser, adequadamente, compreendidos e aplicados sem uma teoria dos direitos fundamentais (...)”. (p. 277)

o papel do judiciário num sistema democrático é o de corrigir o mau funcionamento do processo democrático, permitindo a troca de governantes, ampliando os canais de participação democrática e impedindo a opressão das minorias, ao remover as barreiras para sua participação no processo político. (...) entende a Constituição norte-americana como voltada para a determinação de processos e estruturas governamentais, não para a identificação e proteção de *substantive values*. (...) não contém uma ideologia de governo, simplesmente garante o processo governamental.

O filósofo alemão Jürgen Habermas, em sua teoria, parte da “idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas do Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito”.<sup>194</sup> De acordo com Willis Santiago Guerra Filho<sup>195</sup>, para Habermas, a “moralidade”, “racionalidade” e “autonomia” do Direito moderno “não resultariam do fato de ter-se verificado a positivação de exigências morais de racionalização nas Constituições”. Resultariam, sim, da

circunstância de haverem sido instituídos procedimentos para a (auto)regulação e o (auto)controle da fundamentação do Direito de acordo com esses padrões morais de racionalidade. A fundamentação moral e política dos princípios jurídicos, isto é, a legitimidade do Direito e a sua “procedimentalização” acham-se intimamente relacionadas, já que seus valores legitimadores não se encontrariam propriamente no conteúdo de suas normas, mas sim nos *procedimentos*, que fundamentam algum de seus *possíveis* conteúdos.

Habermas questiona a legitimidade do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha diante da divisão de poderes e faz críticas à “doutrina da ordem de valores” desenvolvida por aquele tribunal. Para ele, direitos não podem ser assimilados a valores e, “ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados

<sup>194</sup> HABERMAS, Jürgen. Justiça e legislação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional. In: *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V I. p. 242.

<sup>195</sup> GUERRA FILHO, *Teoria da ciência jurídica*. p. 156-157. Este autor afirma que Habermas pôs em cheque a autonomia das esferas da moral, do Direito e da política e mostrou que “na atualidade esses campos se re-articulam, sem com isso perderem sua autonomia”.

preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária” .<sup>196</sup>

Afirma Habermas<sup>197</sup> que a constituição não pode ser entendida como uma

ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem eqüitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. (...) O tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.(...) O tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.

Habermas<sup>198</sup> discorda de uma compreensão paternalista da jurisdição constitucional de acordo com a qual uma “jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir de seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos”. Para ele,<sup>199</sup> o tribunal constitucional “não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade”. E acrescenta: “sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’-, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor”.

Ao expor o pensamento de Habermas a respeito do tribunal Constitucional, Luis Prieto Sanchís<sup>200</sup> apresenta as seguintes objeções:

<sup>196</sup> HABERMAS, Justiça e legislação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional. p. 321.

<sup>197</sup> HABERMAS, Justiça e legislação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional. p. 326.

<sup>198</sup> HABERMAS, Justiça e legislação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional. p. 329.

<sup>199</sup> HABERMAS, Justiça e legislação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional. p. 347.

<sup>200</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. v. 23, disponível em: [www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml](http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml). Acesso em 12 mar. 2006. p. 3.

Si entendemos que requisitos de la democracia deliberativa y en consecuencia de la ley son que se cumpla el procedimiento parlamentario y que no se coaccione al diputado que vota, pero también que el elector tenga pleno acceso a la información y que puedo participar sin restricciones y en pe de igualdad con todos los ciudadanos, si entendemos que es también condición de la democracia la garantía de un nivel aceptable de existencia, de acceso a los bienes materiales y a la cultura, etc., entonces resulta que, en verdad, condiciones de la democracia son casi todas las prescripciones constitucionales que diseñan un modelo social: los derechos civiles que garantizan la autonomía individual, los de participación que hacen del sujeto un ciudadano activo y por qué no, también los derechos económicos, sociales y culturales (...) que proporcionan el sustrato material indispensable para el ejercicio de la autonomía y de la participación.

As teorias procedimentalistas, expostas acima, não se adaptam à Constituição de 1988 nem ao Estado Democrático de Direito que ali foi delineado. Há conteúdos materiais que precisam ser concretizados. A constituição “não fixa apenas os meios, sem se comprometer com os fins”.<sup>201</sup> Já no art. 3º daquele texto se podem ler os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Todavía, a maneira de realizar tal conteúdo material da constituição, entendido como valores que lhe foram incorporados, deve ser estabelecida considerando-se os mesmos valores. A questão é extremamente complexa e para tentar compreendê-la é importante que se apresentem as idéias de Robert Alexy<sup>202</sup> acerca de um “constitucionalismo moderado” que, segundo ele, pode solucionar a polêmica entre constitucionalismo e legalismo. De acordo com sua tese, o sistema jurídico é formado por normas que podem ser regras ou princípios.

---

<sup>201</sup> BERCOVICI, *Desigualdades regionais, estado e constituição*. p. 280 – 281.

Segundo José Afonso da Silva, é a primeira vez que a Constituição brasileira assinala, especificamente, os objetivos do Estado. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*. p. 105.

<sup>202</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 160 – 162.

La distinción entre reglas y principios constituye la base de mi argumento en favor de un *constitucionalismo moderado* (grifo nosso). Tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. Si esto es así, entonces se trata de una distinción dentro de la clase de las normas.

Pela importância para este trabalho, tanto a exposição das idéias de Robert Alexy como de outros autores que com elas mantêm algum contato (Canotilho, Willis Santiago) serão apresentadas em tópico próprio.

#### 4.3 PRINCÍPIOS E REGRAS: UM CONSTITUCIONALISMO MODERADO

Antes de expor as idéias de Robert Alexy sobre um ‘constitucionalismo moderado’ baseado na concepção de ordenamento jurídico constituído por normas que são regras ou princípios, algumas observações são importantes.

Como mencionado em capítulo anterior, uma das hipóteses de superação do dilema entre direito natural e positivismo é representada pelos princípios gerais do direito. O nome de Ronald Dworkin é apontado como expoente desta concepção<sup>203</sup> por conta de seu trabalho de 1977 (*Taking Rights Seriously*). Todavia, de acordo com Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero<sup>204</sup>, os princípios jurídicos são velhos

<sup>203</sup> Conforme KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 74. O autor apresenta nesta obra, ao tratar dos ‘general principles of law’, um apanhado da doutrina de Dworkin. De acordo com Kaufmann, Dworkin diferente de seu professor H. Hart, não admite apenas “rules” como obrigatórias, mas também “general principles of law” que, além de vinculantes, produzem efeitos em todos os poderes do Estado. A diferença entre regras e princípios está no fato de que as primeiras têm função de tudo-ou-nada e os princípios possuem uma dimensão de peso e importância afastando, assim, o conceito positivista de direito. Dworkin afirma existir apenas uma solução correta para cada caso, mas ela exige um juiz com capacidades sobre-humanas: um juiz Hércules para o qual nunca existe escolha livre.

<sup>204</sup> ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. nº. 10, p. 101-120, 1991. disponível em: [www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml](http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml) Acesso em 12 jan. 2006. p. 101. Este texto data de 1991 e os autores afirmam: “uno de los temas más discutidos en la teoría del Derecho de las dos últimas décadas es, sin ninguna duda, el de los principios”. En obra de de 1997, Arthur Kaufmann afirma que “a discussão sobre ‘regras jurídicas’ e ‘princípios jurídicos’ está actualmente em pleno decurso”. KAUFMANN, *Filosofia do direito*. p. 32 Tais observações já demonstram a importância do tema e a necessidade de seu estudo.

conhecidos, pois o código civil austríaco de 1811 já falava de princípios gerais do direito.

Essa referência tem importância porque, embora reconhecendo a importância da obra de Dworkin, a exposição que se faz, neste trabalho, segue o entendimento de Robert Alexy.<sup>205</sup> Este, em entrevista a Manuel Atienza em 2001 confirma pontos comuns entre sua concepção e a de Dworkin, todavia deixa claro que ambas também possuem pontos divergentes.

No es fácil una comparación entre la teoría del Derecho de Dworkin y la mía. Ciertamente, hay muchas cosas comunes, pero el armazón conceptual de ambas teorías es bien distinto. (...) en mi concepción, los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además, los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación. Las cosas son distintas en la visión de Dworkin de los derechos como triunfos.<sup>206</sup>

É justamente a idéia de otimização<sup>207</sup> que será ressaltada neste trabalho. Dessa forma, feitas essas observações, já se pode apresentar algumas idéias de Robert Alexy<sup>208</sup>, segundo as quais em um Estado Democrático de Direito como o alemão, distinguem-se duas concepções básicas sobre o sistema jurídico: constitucionalismo e legalismo. Esta última o autor a resume em quatro breves fórmulas:

---

<sup>205</sup> Para confirmar a passagem da noção anglo-americana à doutrina alemã cite-se Willis Santiago Guerra Filho : “essas novas tendências britânicas são incorporadas ao debate travado na Alemanha Federal por Robert Alexy (...)”. GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 122.

<sup>206</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. nº. 24, p. 671-687, 2001. disponível em: [www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml](http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml) Acesso em 12 jan. 2006. p. 671.

<sup>207</sup> A idéia de otimização de Robert Alexy é parcialmente negada por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero. De acordo com esses autores, quando, por exemplo, a indeterminação característica dos princípios está apenas nas condições de aplicação e não na descrição da conduta proibida não se fala em cumprimento em diferentes graus (otimização). ATIENZA; MANERO, *Sobre principios y reglas*. p. 108-09.

<sup>208</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 160.

1) norma en vez de valor; 2) subsunción en vez de ponderación; 3) independencia del derecho ordinario en vez de omnipresencia de la Constitución; 4) autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal.

Para a primeira concepção – constitucionalismo – como já apresentado anteriormente, há na constituição, no capítulo sobre direitos constitucionais fundamentais, uma ordem objetiva de valores que, sendo decisão jusconstitucional fundamental vale tanto para legislação como para a administração e jurisdição. O ordenamento jurídico, contém, além de regras, valores que exercem um efeito de irradiação. Conceitos como dignidade, liberdade e igualdade, Estado de direito, democracia e Estado social proporcionam conteúdo substancial ao sistema jurídico. Dessa forma, e como afirmado acima, o que Robert Alexy expõe sob o título de constitucionalismo adapta-se às correntes substancialistas acerca da constituição.

No entendimento do autor, a concepção constitucionalista foi plenamente elaborada pela primeira vez em decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1958 e um ano depois já recebia críticas de E. Forsthoff expostas da seguinte forma:

la jurisprudencia se autodestruye si no sostiene incondicionalmente que la interpretación de la ley es la inferencia silogística. La axiología conduciría a la 'transformación de una concepción clara en charlatenería'.<sup>209</sup>

A crítica à axiologia do Tribunal Constitucional Alemão foi durante muito tempo, segundo Robert Alexy, apenas literária. Todavia, em 1985 ingressou na jurisprudência do Tribunal Constitucional através de decisão dos juízes Böckenförde e Mahrenholz que admitiram as objeções apresentadas por Forsthoff. Para aqueles juízes, diz Roberto Alexy,

---

<sup>209</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 160. A referência feita por Alexy, provém segundo o autor, da obra: E. Forsthoff. *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2ª edição, Munich 1971, p. 69.

La clara ‘estructura normativa de la Constitución’ quedaría eliminada en aras de ponderación entre elementos en tensión. La Constitución perdería así su ‘determinación substancial’. Las disposiciones constitucionales serían, en última instancia, ‘degradadas a la categoría de material de ponderación en la toma de decisiones de los jueces; los derechos fundamentales obtendrían el carácter de meros ‘puntos de vista para la ponderación’. Todo esto traería como consecuencia que ‘el derecho aplicable (no tendría) su sede ya en la Constitución sino en el juicio de ponderación del juez.’<sup>210</sup>

Robert Alexy<sup>211</sup> afirma que sob a polêmica entre legalistas e constitucionalistas estão profundas diferenças sobre a estrutura do sistema jurídico. O ‘constitucionalismo moderado’ apresentado pelo autor sustenta-se sob a noção de sistema jurídico composto por normas que podem ser regras ou princípios. O ponto decisivo para tal distinção é que os princípios são “mandatos de optimización” enquanto as regras são “mandatos definitivos”.

En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos.(...) La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios.<sup>212</sup>

As regras, diversamente, ou são satisfeitas ou não são. Entre elas não há ponderação. As regras valem ou não valem. Afirma o autor que, se uma regra vale, então há a obrigação de fazer exatamente o que ela exige: nem mais nem menos. A aplicação das regras é uma questão de tudo ou nada. A forma característica de aplicação de regras é a subsunção e não a ponderação como no caso em que se trata de princípios.<sup>213</sup>

<sup>210</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 161. A referência do autor é baseada na decisão: BVerfGE 69, 1 (63); 1(64); 1 (65). Acrescente-se que a obra de Robert Alexy da qual se extrai essas citações teve sua primeira edição original em 1992.

<sup>211</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 161.

<sup>212</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 162.

<sup>213</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 162.

A diferença entre regras e princípios fica mais clara quando se estudam as hipóteses de colisão que possam surgir entre as primeiras ou entre os segundos. Robert Alexy fornece exemplo de ambos os casos. O conflito de regras pode ser verificado no caso levado ao Tribunal Constitucional Federal Alemão no qual uma lei de um Estado federado proibia a abertura do comércio às quartas-feiras a partir das 13 horas e uma lei federal permitia tal abertura até às 19 horas. As normas estavam em contradição: uma permitia o que a outra proibia. Tal contradição foi eliminada declarando-se nula uma das normas, pois de acordo com a Lei Fundamental alemã o direito federal prevalece sobre o estadual.<sup>214</sup>

O exemplo de aplicação de princípios fornecido pelo autor refere-se a uma sentença do Tribunal Constitucional sobre a realização de uma audiência oral contra um acusado que corria o risco de um ataque cerebral ou de um infarto. Havia, então, de acordo com Robert Alexy, uma tensão entre o dever do Estado de garantir a aplicação do Código Penal e o direito do acusado a sua vida e a sua integridade física. A solução ocorre através da utilização da máxima de proporcionalidade importando verificar qual dos interesses, abstratamente iguais, têm, diante do caso concreto, um peso maior. O Tribunal decidiu pela precedência do direito do acusado.<sup>215</sup>

De esta manera, el principio que tiene precedencia restringe las posibilidades jurídicas de la satisfacción del principio desplazado. Este último sigue siendo parte del orden jurídico. (...) Cual haya de ser la solución depende de los pesos relativos de los principios opuestos.<sup>216</sup>

Segundo Robert Alexy, a tarefa de otimização é jurídica, mas é sempre também moral. Isso fica mais claro quando se consideram os princípios constitucionais da dignidade humana, liberdade, igualdade, democracia, Estado de direito e Estado

---

<sup>214</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 162 – 163.

<sup>215</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 163.

<sup>216</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 164.

social. “La teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral”.<sup>217</sup>

A colisão de princípios mostra, segundo Robert Alexy, que “entre princípios e valores existe uma ampla coincidência estrutural”. E assim, toda colisão de princípios poder ser representada como colisão de valores e toda colisão de valores como uma colisão de princípios. A única diferença está no fato de que, no primeiro caso, decide-se o que é devido, ou seja, o que é ordenado, proibido ou não permitido e, no segundo, o que é melhor. A teoria dos princípios renuncia, assim, a uma intuição dos valores, pois os princípios são normas que “valem ou não valem”.<sup>218</sup> Conhecer princípios é

un problema del conocimiento de las normas; el de su aplicación, un problema de la aplicación de las normas. Por lo tanto, la cuestión puede rezar sólo si exclusivamente normas con la estructura de reglas o también aquéllas que poseen la estructura de principios ha de ser consideradas como elementos del sistema jurídico.<sup>219</sup>

Em palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal em dezembro de 1998, Robert Alexy<sup>220</sup> afirmou que a teoria dos princípios não resolve apenas a questão da colisão de direitos fundamentais, mas também possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade, enquanto a teoria das regras conhece apenas a alternativa: validade ou não-validade. Diz Robert Alexy que:

---

<sup>217</sup> ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica. Trad. Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. nº. 5, p. 139-151, 1988. disponível em: [www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml](http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml) Acesso em 13 fev. 2006. p. 144.

<sup>218</sup> A expressão em destaque pode levar a entendimento equivocado. Faz-se necessária, portanto, a devida explicação. Com ela, o autor não desejou expressar exclusão ou opção pela validade. O que buscou foi negar que princípios possam ser intuídos: “La teoría de los principios renuncia a (...) la dudosa aseveración epistemológica de una facultad específica para la intuición de los valores. Los principios son normas que o bien valen o no valen”. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 165.

<sup>219</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 165.

<sup>220</sup> ALEXY, Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo*. nº 217, 1999. p. 78-79.

em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como nãovinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível.

J. J. Gomes Canotilho<sup>221</sup>, faz referência à distinção entre regras e princípios do superconceito norma e afirma tratar-se de uma tarefa bastante complexa. Os critérios sugeridos são: a) grau de abstração: os princípios possuem grau de abstração mais elevado em relação às regras; b) grau de determinabilidade: os princípios necessitam de mediações concretizadoras (do legislador, por exemplo) e as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) caráter de fundamentabilidade devido à posição hierárquica ou à importância estruturante dentro do sistema jurídico - os princípios têm um papel fundamental; d) proximidade da idéia de direito;<sup>222</sup> e e) natureza normogénica - os princípios são fundamento de regras.

O mesmo autor<sup>223</sup> salienta a importância de uma diferença qualitativa entre regras e princípios que se revela em vários aspectos: a) os princípios são normas jurídicas que impõem uma otimização possuindo vários graus de concretização conforme condicionamentos fáticos e jurídicos, enquanto as regras prescrevem uma exigência que é ou não cumprida; b) a convivência dos princípios é conflitual permitindo, dessa forma, balanceamento de valores e interesses. Suscitam problemas de validade e peso. Assim, princípios contraditórios coexistem. Já as regras prescrevem uma exigência (impõem, permitem ou proíbem). Regras contraditórias se excluem e devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições suscitando problemas de validade. Como se vê, tal posicionamento ajusta-se ao de Robert Alexy.

---

<sup>221</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1160 – 1163. Acrescente-se que o autor ao tratar do tema “princípios e regra” também o faz “em termos de um *constitucionalismo moderado*”.

<sup>222</sup> Sobre a distinção baseada na proximidade com a idéia de direito, Canotilho assim se manifesta: “os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1160.

<sup>223</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1162.

Tanto a opção por um sistema jurídico composto apenas por regras, como por um sistema apenas de princípios apresentaria problemas. Robert Alexy<sup>224</sup> refere-se a um sistema composto apenas por regras (modelo puro de regras) o qual teria como característica um alto grau de vinculação, pois as decisões derivariam logicamente das regras. Um sistema composto apenas por regras não seria possível num Estado Constitucional Democrático, em especial, no que se refere aos direitos fundamentais.

Da mesma forma, segundo J. J. Gomes Canotilho,<sup>225</sup> um sistema jurídico constituído apenas por regras exigiria uma “disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas”.

Também um sistema composto apenas por princípios, por sua indeterminação e debilidade, levaria a consequências inaceitáveis.<sup>226</sup> Num sistema assim constituído, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes e a dependência do faticamente possível conduziriam a um sistema falho em segurança.<sup>227</sup>

O sistema jurídico, portanto, carece de regras e princípios. Segundo J. J. Gomes Canotilho,<sup>228</sup> as regras são indispensáveis num sistema jurídico. Cita como exemplo a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral ativa e passiva que deve ser estabelecida através de regras. Não se pode pensar, neste caso,

<sup>224</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 166- 167.

<sup>225</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1162.

<sup>226</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 168.

<sup>227</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1162.

<sup>228</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1162. Este autor apresenta uma tipologia de princípios e regras. Quanto aos primeiros, estes referem-se a princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores e princípios-garantia. Partindo de uma bipartição: normas organizatórias e normas materiais, a tipologia das regras agruparia, no primeiro grupo: regras de competência, regras de criação de órgãos, regras de procedimento e no segundo: regras de direitos fundamentais, regras de garantias institucionais, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e regras constitucionais impositivas. Esta exposição não se confunde com outra apresentada pelo mesmo autor que se refere à articulação de princípios e regras. Neste caso, de acordo com Canotilho, os princípios são designados por a) “estruturantes, constitutivos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional” (Estado de direito, princípio democrático, republicano); b) gerais fundamentais que densificam ou concretizam o conteúdo daqueles primeiros e, por sua vez, são densificados ou concretizados pelos c) princípios constitucionais gerais. “Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua concretização é feita também por várias regras constitucionais, qualquer que seja a sua natureza”. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1174-1175.

em otimização, balanceamento ou ponderação. Um cidadão é ou não maior de 18 anos para efeito de direito de sufrágio.

Todavia, ainda segundo J. J. Gomes Canotilho, o sistema jurídico também necessita de princípios os quais exprimem valores como liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito que estão abertos a conflitos e ponderações.

De acordo com Willis Santiago Guerra Filho<sup>229</sup>, justifica-se afirmar ser “a Constituição, assim como todo o sistema de normas interno ao ordenamento jurídico, um sistema de regras e princípios”. O mesmo autor justifica essa concepção afirmando que o “que se espera hoje de uma constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece”.<sup>230</sup> Desta forma,

As normas jurídicas que passam a ser necessárias não possuem mais o mesmo caráter condicional de antes, com um sentido retrospectivo, quando destinavam-se basicamente a estabelecer uma certa conduta (...) A regulação que no presente é requisitada ao Direito assume um caráter finalístico, e um sentido prospectivo (...).

Para Willis Santiago Guerra Filho<sup>231</sup>, os princípios devem ser entendidos como “indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor”. A ambiência natural dos princípios, portanto, é o texto constitucional.

A análise constitucional do direito de ação no processo civil brasileiro que se pretende fazer neste trabalho assenta-se na concepção de que o ordenamento jurídico como a constituição, num Estado Democrático de Direito, é um sistema normativo de regras e princípios que necessitam de procedimentos de realização. Estes assumem, portanto, importância fundamental naquele modelo de Estado como se buscará demonstrar no tópico que se segue.

---

<sup>229</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 128, out/dez. 1995.p. 256.

<sup>230</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 16 –17.

<sup>231</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 17.

#### 4.4 A IMPORTÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS

Como se afirmou acima, Robert Alexy defende a tese de um “constitucionalismo moderado” como alternativa para o conflito entre as posições por ele denominadas de legalismo e constitucionalismo. Aquela tese fundamentase, como se viu, num sistema jurídico composto por normas que são regras ou princípios. Uma das objeções<sup>232</sup> a esse modelo de sistema, apresentada pelo autor, é a que expressa o temor de que a teoria dos princípios conduza a um deslocamento do poder do Parlamento aos Tribunais. O autor a refuta da seguinte forma: “Esta objeción desconoce la diversidad de aquello que puede ser objeto de un principio. Existen no sólo principios materiales (substantivos) sino también formales (procedimentales)”.

Portanto, de acordo com Robert Alexy, existem princípios materiais e princípios que ele denomina procedimentais. À possível indeterminação dos princípios endereçam-se os procedimentos. Para Robert Alexy, regras e princípios não proporcionam um quadro completo do sistema jurídico. É preciso acrescentar o “lado ativo” desse sistema: os procedimentos.

Ni los principios ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan solo el costado pasivo del sistema jurídico. Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. (...) De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles que puede ser llamado ‘modelo reglas/principios/procedimiento’.<sup>233</sup>

Repita-se que as normas que compõem o sistema jurídico, segundo Robert Alexy, são regras ou princípios que compõem o “lado passivo” do sistema. Já o “lado ativo” é composto por procedimentos que para ele são tanto o processo de aplicação do direito como o de sua formulação.<sup>234</sup> Dessa maneira é que se pode afirmar

<sup>232</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 168 -169.

<sup>233</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 168.

<sup>234</sup> ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*. p. 174.

que Robert Alexy concebe um modelo de sistema jurídico composto por três níveis: regras, princípios e procedimentos. Os dois primeiros - regras e princípios – formam seu “lado passivo” e o último – o procedimento - o “lado ativo”.

E procedimentos, para Robert Alexy<sup>235</sup>,

son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de resultado. Si el resultado es logrado respetando las reglas y/o los principios, entonces, desde el aspecto procedimental presenta una característica positiva. Si no es obtenido de esta manera, entonces es defectuoso desde el punto de vista procedimental y, por ello, tiene una característica negativa.

J. J. Gomes Canotilho<sup>236</sup> faz referência à necessidade de procedimentos, seguindo a tese de Robert Alexy, da seguinte forma:

as regras e os princípios, para serem ativamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática (Alexy): o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma *living constitution*.

A relação entre organização/procedimento e direitos fundamentais foi estudada por J. J. Gomes Canotilho sob o tema “Direitos fundamentais, procedimento, processo e organização”,<sup>237</sup> cuja exposição buscar-se-á fazer a seguir com o objetivo de demonstrar a importância dos procedimentos na realização de princípios e regras.

<sup>235</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. versão castellana: Ernesto Garzón Valdés; revisão Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 457 – 458. Acrescenta-se que, para o autor, sob o conceito amplo de procedimento abarca-se tudo que está sob a fórmula “realización y aseguramiento de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento”. Esta não é a posição de J. J. Gomes Canotilho, como adiante poderá ser verificado.

<sup>236</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1163.

Afirma Willis Santiago Guerra Filho que, “para aplicar regras, é preciso haver um procedimento, para que se comprove a ocorrência dos fatos sob os quais elas haverão de incidir. A necessidade de se ter um procedimento torna-se ainda mais aguda quando se trata da aplicação de princípios, pois aí a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente”. GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 19.

<sup>237</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho, algumas idéias de Konrad Hesse constituíram-se em impulso definitivo para as discussões sobre o tema procedimentos e direitos fundamentais que tiveram início com Peter Häberle no início da década de 70. O autor cita trabalho de Konrad Hesse<sup>238</sup> apresentado na IV Conferência dos Tribunais Constitucionais da Europa realizada em 1978:

Para os direitos fundamentais poderem desempenhar a sua função na realidade social eles necessitam não apenas de uma normação intrinsecamente densificadora, mas também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas. Por sua vez, os direitos fundamentais influem no direito da organização e no direito de procedimento. Esta influência verifica-se não apenas nos direitos especificamente procedimentais, mas também nos direitos materiais.

Essa citação permite perceber a relação entre procedimentos e direitos fundamentais cuja dicotomia é, para J. J. Gomes Canotilho, incompreensível, pois o constitucionalismo sempre acentuou a importância dos direitos fundamentais garantístico-judiciais ou garantístico-processuais. A exclusão das dimensões organizatórias e procedimentais do âmbito de proteção dos direitos fundamentais se explica, segundo o autor, apenas pela distinção que parte da doutrina quis estabelecer entre direito constitucional material e direito adjetivo ou organizatório.<sup>239</sup>

A diretriz seguida por J. J. Gomes Canotilho<sup>240</sup> é a seguinte: “existe uma relação recíproca de efeitos ou uma interdependência relacional entre direitos

---

LXVI, 1990. p. 151 – 201. O autor, como se nota pelo título do texto, distingue organização e procedimento. O conceito de organização é um conceito ‘conformativo interno’. (p. 162). Como se viu, essa diferenciação não é estabelecida por Robert Alexy. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales. (p. 456-459).

<sup>238</sup> CANOTILHO, Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. p. 153. Tal concepção pode ser verificada em: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998. p. 288: “Para poder cumprir a sua função, direitos fundamentais requerem, em primeiro lugar, geralmente em proporção mais ou menos vasta, regulações de organização e procedimento, especialmente claro, por exemplo, na liberdade de associação. (...) Simultaneamente, direitos fundamentais, por sua vez, influem sobre o direito de organização e procedimento que, deste modo, contribui para a realização e asseguramento dos direitos fundamentais.”

<sup>239</sup> CANOTILHO, Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. p. 154.

<sup>240</sup> CANOTILHO, Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. p. 157-158.

fundamentais (direito material) e procedimento (direito procedimental e processual)”. A ideia de procedimento torna-se, desta forma, uma “dimensão intrinsecamente complementadora, integradora e garantidora do direito material”. E acrescenta o autor:

o direito procedimental/processual não é apenas um meio adequado de realização de um direito subjetivo-material preexistente, pois a relação entre direito processual/procedimental não se reduz a uma relação de meio/fim, antes se reconduz a uma relação de integração.

Referindo-se a H. Goerlich, J. J. Gomes Canotilho, conclui:

A dimensão jurídico-processual não constitui um mero instrumento ancilar da realização do direito material; ela é uma parte integrante do mesmo (rejeição do modelo material). Todavia, e por outro lado, considera-se falsa a afirmação segundo a qual direito é apenas o que se obtém mediante um esquema processual/procedimental (rejeição do modelo procedimental).<sup>241</sup>

Nesse contexto, J. J. Gomes Canotilho,<sup>242</sup> conceitua procedimento como

um complexo de actos juridicamente ordenado de tratamento e obtenção de informação que se estrutura e desenvolve sob a responsabilidade de titulares dos poderes públicos e serve para a preparação de tomada de decisões legislativas, jurisdicionais e administrativas.

Willis Santiago Guerra Filho também salienta a importância dos procedimentos na realização dos princípios. Segundo o autor, quanto mais se recorre a princípios para a solução de problemas jurídicos, maior é a importância do Direito

<sup>241</sup> CANOTILHO, Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. p. 157 - 158. Os modelos referidos são expostos pelo autor da seguinte forma: “1-modelo da legitimidade procedimental: a justeza dos resultados depende apenas do procedimento/processo, entendendo-se que se o procedimento é justo, justo será o resultado; 2- o modelo da justiça material: o procedimento é um meio para se alcançarem resultados justos, mas os direitos fundamentais compreendem-se como dimensões subjectivas autónomas separadas dos instrumentos procedimentais”.

<sup>242</sup> CANOTILHO, Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. p. 163.

Processual porque ele disciplina os procedimentos. O autor também se refere a uma relação entre direito material e direito processual. Há, diz ele,

uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou desmaterialização do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da 'Lei Maior' e, logo, também das 'menores' ou ordinárias.<sup>243</sup>

O que se pretende ressaltar a essa altura é que, diante da exposição doutrinária acima, é possível afirmar que a constituição tem, também, natureza de lei processual<sup>244</sup> assim como os institutos de direito processual possuem estatuto constitucional e são *também* de natureza material. Isso pressupõe a distinção entre dois aspectos ou dimensões do direito: material e processual.

Não se trata de diferenciar ramos da matéria jurídica ou de uma divisão como a que separa direito público e direito privado. As dimensões - processual e material - são relacionais: conceituam-se uma em função da outra e se exigem mutuamente. Materiais são as normas quando fornecem parâmetros para realizar o controle e ordenação da conduta intersubjetiva pelo Direito. Processuais, quando se “ocupam diretamente com essa realização, ou seja, com a determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados concretamente”.<sup>245</sup>

É próprio de uma constituição “o estabelecimento de normas para a elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica nela baseada”. Dessa forma é possível afirmar que a constituição tem também natureza processual, pois

de fato, todo o aspecto organizatório, a distribuição de competências e de poderes entre as diversas esferas estatais se reveste de um caráter processual, (...) já que não impõem diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes da sociedade política.<sup>246</sup>

<sup>243</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 27.

<sup>244</sup> Essa natureza de lei processual não se confunde com aquela própria das teorias procedimentais como a de Habermas exposta acima.

<sup>245</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 28

<sup>246</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 28.

Todavia, são também tipicamente constitucionais normas que fixam certos modelos de conduta, pela “atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais, onde se vai encontrar a orientação para saber o que se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento”.<sup>247</sup> É o aspecto relacional que se mencionou acima.

O texto constitucional é constitutivo da ordem jurídica e, como se afirmou, tem também natureza processual visto que contém normas que se destinam à elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica. A constituição fornece o fundamento do ordenamento jurídico e, ao incorporar valores fundamentais em seu texto, torna necessária a intermediação de procedimentos para que se tomem decisões de acordo com eles, devendo tais procedimentos também ser estabelecidos com respeito àqueles valores. Trata-se, novamente, do aspecto relacional entre as duas dimensões: a processual e a material.<sup>248</sup>

Admitir a natureza, também, processual da constituição não significa retorno ao formalismo, porque ela, como todo o ordenamento jurídico, é compreendida como um sistema normativo de regras e princípios. E princípios, como já referido, são valores.

A partir dessa afirmação buscar-se-á no próximo capítulo, promover o estudo do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

---

<sup>247</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 29.

<sup>248</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 28-29.

## 5 ARTIGO 5º, XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

### 5.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Para que o Estado atue na solução de conflitos através da jurisdição deve existir provocação do interessado. Em outras palavras, a jurisdição é inerte. E para compensar tal inércia é que “o ordenamento jurídico arma o particular com a ação”,<sup>249</sup> cabendo ao interessado invocar a atuação do Poder Judiciário diante do caso concreto.<sup>250</sup>

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”: é o texto do art.5º, XXXV o qual está incluído entre os “direitos e garantias fundamentais”. A doutrina costuma fundamentar, constitucionalmente, nesse inciso o direito de ação.

O direito de ação sempre ocupou os processualistas. Em 1975, José Ignácio Botelho de Mesquita<sup>251</sup> informava que esse havia sido, nos cem anos anteriores, “um dos mais controvertidos temas não só de direito processual civil como também da própria ciência do direito”.

Antes, em 1962, afirmou Luis Eulálio Bueno Vidigal<sup>252</sup> que o conceito de ação representava “um problema que as doutrinas mais variadas e engenhosas acabaram por situar no domínio dos mistérios inacessíveis à compreensão do homem comum e, mais do que isso, à do próprio homem de ciência”.

<sup>249</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 346.

<sup>250</sup> Na legislação processual civil isso se confirma através dos art. 2º e 262 CPC.

<sup>251</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da ação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p.4.

<sup>252</sup> VIDIGAL, Luis Eulálio Bueno. Existe o direito de ação? *Revista de direito processual civil*. Ano III, v.5, 1962. p. 7. Afirma o autor: “a ação é, pois, a situação jurídica ativa na qual o interesse à justa e pacífica (pela via jurisdicional) composição do conflito de interesses prevalece sobre o interesse do réu à manutenção do *statu quo* e o interesse do autor à realização instantânea de seu direito por todos os meios disponíveis. (...) O titular dessa situação jurídica ativa é, e não pode deixar de ser, o Estado (...). Na propositura da ação, o particular representa o Estado. Daí a bela fórmula de Carnelutti: a ação é exercício privado de função pública”. (p. 10 -11) Acrescenta-se que este trabalho representa, segundo José Ignácio Botelho de Mesquita, “um marco divisório na ciência processual brasileira”. MESQUITA, *Da ação civil*. p. 5.

Como já afirmado por diversas vezes, o objetivo deste trabalho é promover o estudo do direito de ação partindo da constituição, o que leva à conclusão de que a concepção apresentada deverá ser conforme ao Estado Democrático de Direito, pois é este o modelo de Estado inscrito no texto constitucional. Essa relação entre o modelo de Estado e a idéia que se faz do direito de ação está sob influência da crise apontada no início deste trabalho. Crise que, como se disse, alcança a Ciência do Direito e, para cuja solução, o estudo de institutos fundamentais como a ação torna-se imprescindível.

Sem mencionar tal crise, João Batista Lopes<sup>253</sup> refere-se a uma postura dos processualistas brasileiros, sob influência da doutrina italiana, que se revela no interesse em rever institutos fundamentais do Direito Processual Civil ao que o autor denomina “revisitação”. Afirma João Batista Lopes:

Essa tentativa de atualização (*aggiornamento*) se faz presente na doutrina mais autorizada, que, reconhecendo embora a importância da contribuição de autores clássicos como Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, procura avançar em busca de um modelo de processo mais moderno, ajustado aos anseios e reclamos da sociedade. Para alcançar o fim colimado, sentiram os autores a necessidade de *revisitar* os institutos processuais no sentido de lhes dar nova visão ou configuração em harmonia com as exigências da vida moderna.

A referida necessidade de “revisitação” está presente neste trabalho. Para isso, as clássicas concepções sobre o direito de ação serão expostas nos tópicos seguintes e, em seguida, será apresentada aquela que se quer defender.

---

<sup>253</sup> LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21 – 22 Outros autores referem-se a essa “revisitação” como: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. p. 13 – 15; DINAMARCO. Cândido Rangel. *Execução civil*. p. 344 – 345.

## 5.2 AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL E O DIREITO DE AÇÃO

A obra de Oskar von Bülow: “Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais” (1868) marca o nascimento e o período contemporâneo do Direito Processual Civil. Antes dela – entre 1500 e 1868 – tem-se o período moderno do Direito Processual.<sup>254</sup> Com a obra de Bülow, tem início a fase científica do Direito Processual Civil que deixa de ser mero apêndice do Direito Civil.<sup>255</sup>

O mundo, à época de Bülow, era o mundo individualista do século XIX. As relações entre indivíduo e Estado ocorriam sob o princípio da autoridade. A igualdade jurídica era algo sagrado. O processo era, então, o campo propício para o duelo dos interesses de particulares. “Era natural afirmar que a ação era um direito que se exerce contra o adversário; não contra o Estado”.<sup>256</sup>

Entre 1856 e 1857 – onze anos antes da obra de Bülow – houve na Alemanha uma acirrada polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Mütther sobre a *actio* romana, na qual este último teve a “a oportunidade de configurar a ação como um direito contra o Estado na pessoa dos seus órgãos jurisdicionais”.<sup>257</sup>

Foi a partir da referida polêmica que a doutrina alemã começou a elaborar a teoria da ação sob novos moldes. Oscar Von Bülow evidenciou, então, a autonomia do direito processual civil mostrando que há também uma relação entre o juiz e as partes: uma relação de direito público diferente da relação substancial litigiosa.<sup>258</sup> Diz Cândido Rangel Dinamarco:<sup>259</sup>

---

<sup>254</sup> ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*. 8.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. I. p. 44. De acordo com este autor, as modificações ocorridas após a Segunda Guerra Mundial justificam localizar nesse último período, uma nova fase: a fase hodierna. Os processualistas ocupam-se, então, de temas como urgência, ações coletivas e procedimentos sumários.

<sup>255</sup> De acordo com João Batista Lopes, “a obra de Bülow marcou o início da fase científica do processo civil, que continuou com Wach e, posteriormente com Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, figuras exponenciais cuja doutrina influenciou decisivamente os doutrinadores contemporâneos”. LOPES, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. p. 29.

<sup>256</sup> DINAMARCO, *Reflexões sobre direito e processo*. p. 23.

<sup>257</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 30.

<sup>258</sup> DINAMARCO, *Reflexões sobre direito e processo*. p. 24.

<sup>259</sup> DINAMARCO, *Reflexões sobre direito e processo*. p. 23.

Antes disso, as normas do processo eram feitas segundo ditames exclusivamente práticos e estudados pelo critério meramente exegético. (...) Não havia uma construção segura dos institutos processuais (...).

Era a fase da “teoria imanentista ou civilista do direito de ação”.<sup>260</sup> Para Liebman, essa teoria invertia a sistemática romana considerando a ação como parte integrante do direito subjetivo substancial e como o próprio direito na sua fase ativa e agressiva.<sup>261</sup> Segundo a teoria imanentista, a ação era apenas uma manifestação do direito material: o direito material após sofrer uma lesão.<sup>262</sup> Foi a teoria seguida por Savigny e João Monteiro.<sup>263</sup>

João Monteiro<sup>264</sup> assim se expressa: “a ação é o poder ou faculdade de agir em juízo – poder ou faculdade latente em toda relação de direito, e que se traduz em ato (ação no sentido objetivo) logo que se consuma ou está iminente qualquer violação das relações de direito”.

Entre nós, também, Clóvis Bevilacqua foi adepto da teoria imanentista a qual inspirou o art. 75 do Código Civil de 1916: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”. Segundo este autor,<sup>265</sup> “o titular de um direito deve ter a faculdade de invocar a intervenção da autoridade pública, a fim de que esta faça cessar a violação de seu direito”. A ação teria, na linguagem jurídica, dois aspectos.

<sup>260</sup> Conforme Calamandrei, esse conceito de ação demonstra a prevalência do interesse individual e se adapta à concepção liberal do Estado e à idéia de que o fim do processo seja apenas de tutelar direitos subjetivos. CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de acción. In: *Estudios sobre el proceso civil*. tradução Santiago Melendo. Bueno Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961. p. 139.

<sup>261</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. p.149.

<sup>262</sup> No dizer de Couture, usando-se uma linguagem mais poética que jurídica poder-se-ia dizer: “o direito armado para a guerra”.COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 24.

<sup>263</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO; *Teoria geral do processo*. p. 249. Nesta mesma obra (p.125), os autores afirmam que João Monteiro “ainda nos albores do século vislumbrou a teoria da ação como direito abstrato”. Acrescenta-se que, segundo Couture, “esta escola desfrutou considerável prestígio nos países hispano-americanos. Não somente as suas idéias eram sumamente claras, como também pode-se dizer que a sua construção correspondia a um raciocínio aparentemente lógico. Dentro da noção geral do direito civil, este conceito da ação constituía realmente um triunfo de método e de síntese”. COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 24.

<sup>264</sup> MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1956. p. 73.

<sup>265</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. p. 355 – 356. Respeitou-se, na citação, a grafia utilizada na obra de Bevilacqua.

No primeiro sentido, é *jus persecuendi in judicio*, é o mesmo direito em atitude de defesa. A faculdade de reagir contra o ataque estranho é um momento essencial do conceito do direito(...) é um elemento constitutivo do direito subjectivo. No segundo sentido, que é puramente formal, a acção é *remedium jûris*, cuja theoria é um capítulo de direito processual.

Conforme Couture,<sup>266</sup> a doutrina civilista da acção não dá explicação para o caso das obrigações naturais e da acção infundada, pois não existiria razão para que este processo fosse levado até o fim. Também fica sem explicação a acção declaratória negativa.

Da concepção civilista da acção não poderia derivar sua autonomia, “nem a teoria publicista da relação processual, formada entre o Estado e os litigantes”.<sup>267</sup> O reconhecimento da autonomia do direito de acção - iniciado com a mencionada polémica entre Windscheid e Mûther e evidenciado por Bülow - completou-se com Adolf Wach que, baseado em Mûther, demonstrou “em seu Manual e na monografia fundamental sobre a acção declaratória (1888) que a acção (...) é um direito que se constitui por si e claramente se distingue do direito do autor tendente à prestação do réu”.<sup>268</sup>

Essa evolução do entendimento a respeito do direito de acção ocorrida “na Alemanha durante a segunda metade do século XIX invadiu a Itália ao raiar do século XX, por intermédio da aula magna de Chiovenda<sup>269</sup> em 1903, e tomou a atenção dos processualistas italianos, que a ela dedicaram o melhor de seus esforços”.<sup>270</sup>

Outro autor – Pekelis - de acordo com José Ignácio Botelho de Mesquita,<sup>271</sup> promoveu em 1937, 80 anos após a polémica entre Windscheid e Mûther, um estudo a respeito das diversas correntes de pensamento sobre o direito de acção

<sup>266</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 24.

<sup>267</sup> BUZAID, Alfredo Paula Batista. Atualidade de um velho processualista. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v.137, set. 1951. p. 332 – 333.

<sup>268</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. I. p.39.

Conforme Arruda Alvim, “se percorrermos os olhos pela história do processo civil, e, em especial, se observarmos os doutrinadores da teoria da acção, veremos que Adolf Wach seguramente representa o autor mais importante no evoluir moderno do conceito, no sentido de ter abalado, antes de todos, os alicerces da teoria civilista”. ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. v. I . p. 429.

<sup>269</sup> A teoria de Chiovenda sobre o direito de acção será estuda em tópico posterior.

<sup>270</sup> ARAGÃO, Edgas Dirceu Moniz. Hobbes, Montesquieu e a Teoria da acção. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, out/dez. 2002. p. 10.

<sup>271</sup> MESQUITA, *Da acção civil*. p. 4 -6.

com o objetivo de isolar os pontos de convergência e divergência entre elas. O objetivo parecia ser, segundo Mesquita, “a destruição da teoria de Chiovenda” que entendia o direito de ação como um direito potestativo ao qual o réu está apenas submetido.

A teoria de Pekelis “acentua o direito subjetivo contido na ação – direito de fazer agir o Estado e não direito de agir – e considera os outros direitos como mero reflexo desse único e verdadeiro direito subjetivo”.<sup>272</sup>

José Ignacio Botelho de Mesquita<sup>273</sup> afirma que, depois do trabalho de Pekelis, surge em 1938, o trabalho de Calamandrei: “A relatividade do conceito de ação” no qual o autor reflete

a profunda preocupação que envolvia os juristas daquela época, às portas da deflagração da segunda guerra mundial, face a face com o problema das relações entre o indivíduo e o Estado, entre liberdade e autoridade, que, então, já se aproximava do momento tenebroso de deixar de ser uma questão teórica, para consumir-se com uma das mais monstruosas realidades vividas nem nosso século.

De acordo com Calamandrei,<sup>274</sup> Pekelis demonstrou que a polêmica em torno da ação, que ocorria entre os juristas alemães, revelava apenas um aspecto histórico paralelo a outra polêmica ainda mais vasta que se refere ao Estado, “y que, como consecuencia, el ciclo de las teorías sobre la acción há seguido la misma cronología que la historia política del siglo XIX.”

Calamandrei,<sup>275</sup> portanto, aponta o caráter histórico e político da discussão existente a sua época a respeito do conceito de ação. O conceito de ação seria dependente do ordenamento jurídico sob estudo. Afirma o autor ser “trabajo inútil buscar la verdadera definición como si existiese una sola que debiera considerar absolutamente exacta frente a todas las otras consideradas como erróneas”. Esse relativismo de Calamandrei é visto por José Ignacio Botelho de Mesquita<sup>276</sup> como

<sup>272</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. p. 252 – 253.

<sup>273</sup> MESQUITA, *Da ação civil*. p. 7.

<sup>274</sup> CALAMANDREI, La relatividad del concepto de acción. p. 137.

<sup>275</sup> CALAMANDREI, La relatividad del concepto de acción. p. 137.

<sup>276</sup> MESQUITA, *Da ação civil*. p. 9.

verdadeiro ceticismo dirigido “muito mais aos rumos políticos pelos quais se orientava a Europa de então, do que propriamente à teoria da ação”.

A finalidade do trabalho de Calamandrei foi, segundo ele, justamente o de demonstrar que as várias teorias a respeito do conceito de ação possuem justificação histórica e política e estavam ligadas às diversas concepções sobre a relação entre cidadão e Estado não podendo ser consideradas em si mesmas como absolutamente verdadeiras ou falsas.<sup>277</sup>

No Brasil, as discussões que revolucionavam os estudos de processo em outros países não envolviam os processualistas. Conforme Araújo Cintra<sup>278</sup>, a doutrina processual brasileira daquela época ressentia-se profundamente de uma grande desatualização metodológica habituada à leitura dos clássicos portugueses e exegetas italianos do século anterior não se alinhando ao movimento que se havia instalado na Europa<sup>279</sup>. Sobre a polêmica entre Windscheid e Müther (1856 – 1858) ou sobre a obra de Bülow (1868), os antigos processualistas brasileiros, se tiveram notícias, não se empolgaram e continuaram ligados ao estudo do processo através dos atos do procedimento e não da conceituação harmoniosa de seus institutos.

A autonomia do direito de ação passou a ser aceita, no Brasil, segundo José Ignácio Botelho de Mesquita<sup>280</sup>, por volta da década de 30 do século passado. Não houve, aqui, tempo suficiente para que a teoria do direito concreto de ação tivesse

<sup>277</sup> CALAMANDREI, La relatividad del concepto de acción . p. 138 – 139.

<sup>278</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. p. 126.

<sup>279</sup> Diz Ada Pellegrini Grinover: “tardou no Brasil, a renovação científica do direito processual. Os tratadistas ressentiam-se da influência dos autores portugueses, igualmente impermeáveis, por muito tempo, aos novos conceitos formulados pela processualística moderna. No tocante à natureza do direito de ação, os autores pátrios não se distanciavam do conceito clássico configurando a ação como parte integrante da relação jurídica privada”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 65.

<sup>280</sup> MESQUITA, *Da ação civil*. p 48.

Alfredo Buzaid afirma que Francisco Paula Batista em obra de 1855 – *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil* – “já definia a ação como um direito autônomo do direito subjetivo, em contraste com os seus contemporâneos no Brasil e mesmo com uma parte dos que o sucederam no ensino do direito processual. São suas palavras: ‘ação (do verbo *‘agere’*, obrar) é o direito de invocar a autoridade pública (juiz) e de obrar regularmente perante ela para obter justiça’. (...) Paula Batista elaborou, com simplicidade, mas absoluto rigor técnico, o seu conceito de ação como direito abstrato, idéia essa que só mais tarde surge e alcança pleno desenvolvimento no direito europeu”. BUZOID, Paula Batista: *Atualidade de um velho processualista*. p. 332 – 335.

Também Fábio Gomes faz referência a esse aceno à autonomia do direito de ação por Paula Batista, porém afirma que o fato se deu com “muito mais intuição da sua genialidade, do que construção propriamente dita, não obstante o entendimento diverso de Alfredo Buzaid”. GOMES, *Da ação*. p. 101 – 102

grande repercussão. “Transpõe-se, em aproximadamente dez anos um período que, na Europa, estendeu-se por quase um século, pois da autonomia do direito de ação passou-se para a teoria de Liebman”.

O jovem Enrico Tullio Liebman chegou ao Brasil em 1940 trazendo consigo a ciência européia do direito processual. Aluno de Chiovenda e profundo conhecedor da obra de Carnelutti, Liebman veio da Itália onde àquela época já era professor de Direito Processual Civil. Propiciou, definitivamente, o ingresso do método científico na ciência processual brasileira. Nos seis anos que esteve aqui, Liebman foi professor visitante da Faculdade de Direito de São Paulo e, em sua residência, reunia estudiosos para debater temas de direito processual. Nascia a essa época a “Escola Processual de São Paulo” que

caracterizou-se pela aglutinação dos seus integrantes em torno de certos pressupostos metodológicos fundamentais, como a relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou *res in judicim deducta*), autonomia da ação, instrumentalidade do direito processual, inaptidão do processo a criar direitos e ultimamente em certa medida, a existência de uma teoria geral do processo.<sup>281</sup>

Doutrinadores da atualidade continuam fazendo referência e discutindo a doutrina de Liebman entre eles, especialmente, Cândido Rangel Dinamarco.

As duas correntes principais que, a partir da autonomia do direito processual e da ação passaram a disputar a explicação sobre a ação, serão abordadas especificamente, nos tópicos seguintes e, por último, a teoria eclética de Liebman. Apenas para situar a leitura, alguns pontos apresentados acima serão novamente referidos.

---

<sup>281</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. p. 127. Segundo os autores, eram discípulos de Liebman naqueles colóquios: Luís Eulálio Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid e José Frederico Marques.

### 5.3 TEORIA CONCRETA E TEORIA ABSTRATA DO DIREITO DE AÇÃO

A teoria concreta da ação,<sup>282</sup> ou teoria do direito concreto de agir, foi criada pelo alemão Adolf Wach.<sup>283</sup> A ação, para essa teoria, é um direito autônomo e concreto. Dirige-se contra o Estado que tem a obrigação de prestá-la e, também, contra o adversário em face de quem ela deve ser outorgada. Dessa forma, do primeiro exige-se a proteção jurídica e do segundo, a sujeição.<sup>284</sup> O direito de ação só existiria se existisse o direito material, quando a sentença fosse favorável, ou seja, quando o resultado do processo fosse favorável ao autor. “A ação seria um direito público e concreto, ou seja, direito existente nos casos concretos em que existisse direito subjetivo”.<sup>285</sup>

De acordo com Couture,<sup>286</sup>

o caráter concreto decorre da eficácia que a ação tem contra o adversário, para que este se submeta ao ato de proteção estatal no caso da sentença acolher a ação por considerá-la fundada. Só existe ação quando a demanda é procedente.

Para Calamandrei,<sup>287</sup> a teoria de Wach (que segue as “pegadas” de Mütther), colocava, francamente, a ação no campo do direito público, “como expresión

<sup>282</sup> A apresentação da teoria concreta precede neste trabalho, como na doutrina em geral, à apresentação da teoria abstrata, embora esta, cronologicamente, tenha sido formulada primeiro. Conforme Fábio Gomes, as obras de Degenkolb (1877) e Plósz (1880) precedem à de Wach (1888) e foram por este criticadas, mas prefere-se analisar primeiro a teoria do direito concreto por considerá-la mais avançada. GOMES, Da ação. p. 102.

<sup>283</sup> ARRUDA ALVIN, *Manual de direito processual civil*. p. 429.

Afirma Dinamarco: “é inegável a influência de Mütther na teoria de Wach sobre a ação como direito concreto de agir, ou direito à tutela jurídica, e o que é mais importante, propiciou as especulações metodológicas acerca das relações entre direito e processo”. DINAMARCO, *Reflexões sobre direito e processo*. p. 24.

<sup>284</sup> MESQUITA, *Da ação civil*, p. 45. Segundo este autor, embora a teoria do direito concreto de ação tenha alcançado larga repercussão na Alemanha, alguns (Hellwig e Goldschmidt) divergiam de Wach, pois não aceitavam que “a ação se dirige contra o Estado e também contra o réu”, pois o sujeito passivo seria apenas o Estado.

<sup>285</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. p. 251.

<sup>286</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 31. Trata-se, segundo o autor, da pretensão à tutela jurídica que Wach define como “pretensão dirigida a obter do Estado a satisfação do interesse à tutela jurídica segundo as formas previstas no direito processual, além da pretensão, dirigida contra o adversário, de que se submeta à concessão da tutela jurídica”.

de una relación que corre no ya entre particular y particular, sino entre ciudadano y Estado”. Todavía, segundo o autor, nela o interesse individual não deixava de ser predominante.

De acordo com José Ignacio Botelho de Mesquita,<sup>288</sup> na Itália, a teoria do direito concreto de ação teve em Chiovenda o “mais insigne de seus representantes”. Todavía, mesmo influenciado por Wach – Chiovenda admite a autonomia do direito de ação - não o seguiu completamente, pois para Chiovenda “a relação com o Estado não é mais que um meio de obter certos efeitos contra o adversário”.<sup>289</sup>

Portanto, com Chiovenda, no início do século XX (1903), a teoria concreta da ação sofre uma “dissidência”. De acordo com sua teoria, a ação é direito potestativo dirigido apenas contra o adversário e não contra o Estado. Não é, rigorosamente um direito público, pois ela teria “natureza privada ou pública, segundo o interesse a que se coordena pela lei processual”.<sup>290</sup>

Para Chiovenda, como se viu, o direito objetivo é “a manifestação da vontade coletiva geral, destinada a regular a atividade dos cidadãos ou dos órgãos públicos” e o direito subjetivo, “a expectativa de um bem da vida garantido pela vontade da lei”.<sup>291</sup>

A compreensão da teoria do direito de ação como direito potestativo pode ser explicada com a seguinte passagem:

A ação é, portanto, o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Definição (...) que é evidentíssima a contraposição do direito ao que nos é devido, ao direito de conseguir o bem que nos é devido mediante o juízo. (...) A ação é um poder que nos

---

<sup>287</sup> CALAMANDREI, La relatividad del concepto de acción. p. 144 – 145.

<sup>288</sup> MESQUITA, *Da ação civil*. p. 46.

<sup>289</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. I. p. 40. A influência de Wach sobre Chiovenda pode ser confirmada nesta passagem do próprio Chiovenda: “(...) comecei a ocupar-me desses problemas (direito de ação) quando a categoria dos direitos potestativos estava já largamente estudada na doutrina, não tive dificuldade, com o subsídio de semelhantes estudos, em ser o primeiro a inscrever a ação naquela categoria: recolhendo a parte substancial da teoria de Wach, defini a ação como um *direito potestativo*”.

<sup>290</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. I. p. 44. Isso não significa que Chiovenda não aceitasse a natureza pública do processo que define como “complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”. ( p. 56).

<sup>291</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. I. p. 18 – 19.

assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito.<sup>292</sup>

Ao explicar a autonomia do direito de ação, Chiovenda<sup>293</sup> afirma que ação e obrigação – esta entendida como todo direito a uma prestação – são dois direitos subjetivos distintos que unidos preenchem a vontade da lei. Diz Chioenda:

o direito de obrigação, mesmo depois do inadimplemento, conserva sua direção para a prestação do devedor, o direito de ação aspira a conseguir o bem garantido por lei, por todos os outros meios possíveis, não se destina a obter o adimplemento da obrigação, mas, sim, o conseguimento do bem garantido pela lei com os meios possíveis alheios à obrigação que se revelou instrumento insuficiente.

Para Calamandrei<sup>294</sup>, a teoria da ação de Chiovenda obteve um ponto de equilíbrio entre o interesse privado e o público e se orienta para o fortalecimento do princípio da autoridade no processo, pois

La acción, mediante la que este particular se dirige al Estado para solicitar la tutela de su interés lesionado, ofrece al Estado la ocasión para confirmar su autoridad, amenazada por la contravención a la ley: de este modo, el particular buscando la satisfacción de su interés individual, colabora a la actuación del derecho objetivo, mientras el Estado, empleándose en restaurar la ley, defiende al mismo tiempo el derecho subjetivo del particular.

De acordo com José Ignácio Botelho de Mesquita<sup>295</sup>, “a partir da década de 30, esta teoria foi suplantada na Europa, pela doutrina do direito abstrato de

<sup>292</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. I. p. 37 – 38.

<sup>293</sup> CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. I. p. 43

<sup>294</sup> CALAMANDREI, La relatividad del concepto de acción. p. 146 – 147. Calamandrei faz críticas à teoria de Chiovenda neste texto, pois segundo ele, a teoria do direito potestativo ainda deixava “à sombra” a relação do titular da ação com o Estado. A maneira de colmatar esse hiato seria concebendo-se o titular como “auxiliar o en absoluto como un investido de una función pública”.

ação”. As teorias concretas deixavam sem explicação toda a atividade jurisdicional desenvolvida quando só ao final poder-se-ia concluir se o autor tem ou não ação.<sup>296</sup>

Conforme Couture<sup>297</sup>, embora o direito à tutela jurídica (Wach) tenha representado um avanço quanto à natureza pública da ação, o caráter concreto da ação não conseguiu explicar, por exemplo, a ação improcedente. Para superar esse obstáculo, a doutrina precisava de um fundamento único para a ação fosse ela procedente ou improcedente. Outro problema seria a conexão entre direito material e direito processual, porquanto uma “uma cisão completa traria consigo o problema de deixar sem conteúdo todo o direito processual” e não distingui-los, exigindo que para a existência da ação existisse também uma sentença favorável, seria confundir direito subjetivo à prestação e direito subjetivo de ação.

As críticas à teoria do direito concreto de ação vieram dos adeptos da teoria abstrata do direito de ação. Inicialmente os críticos enfileiravam-se ao lado da doutrina do alemão Henrich Degenkolb (1877) que antes de Chiovenda elaborou, na Alemanha, a teoria da ação como direito abstrato de agir.<sup>298</sup> Por uma curiosa coincidência, o húngaro Plósz (1880) desenvolveu à mesma época doutrina idêntica. Ambos “apresentaram o direito de ação como um direito subjetivo público, tendo seu fundamento na própria personalidade, em cujo conceito se inclui a faculdade de aspirar à realização dos direitos individuais”.<sup>299</sup>

O direito de ação, para a teoria abstrata, não é um direito concreto,

---

<sup>295</sup> MESQUITA, *Da ação civil*. p. 48. Esta obra de J. I. B. de Mesquita foi escrita em 1975 e nela o autor faz referência a um retorno, na Alemanha, à teoria concreta do direito de ação e cita R. Pohle para quem, segundo ele, “tem a parte contra o Estado um direito subjetivo público que este proceda e sentencie de acordo com a lei e o direito, decorrendo daí a pretensão (*anspruch*), que a parte tem contra o Estado, de que este, observadas as normas de direito processual e de acordo com o direito material, profira uma sentença favorável”.

<sup>296</sup> ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. v. I. p. 434 – 435.

<sup>297</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p. 35- 36.

<sup>298</sup> MESQUITA, *Da ação civil*. p. 49. Também: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. p. 251.

<sup>299</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Livraria Progresso, 1961. p. 11–12.

Conforme Fábio Gomes, Degenkolb publicou “Ingresso forçado e norma judicial” em 1877 e Plósz, “Contribuição à teoria do direito de queixa” em 1876. Esta última foi traduzida para o alemão em 1890. GOMES, *Da ação*. p. 108.

mas um direito abstrato; genérico e dá por admitido um ponto fundamental: o de que existe um direito a agir em juízo ainda quando não se tenha um direito subjetivo válido. (...) A ação entendida como um direito abstrato é, portanto, em sua forma mais sutilmente processual, o direito de expor pretensões, de que estas sejam ouvidas, e de que sejam, eventualmente, acolhidas.<sup>300</sup>

Para Couture,<sup>301</sup> o defeito da teoria abstrata era o de ser excessivamente genérica e, segundo ele, para afastar tal objeção, Degenkolb impôs limitações a sua idéia. O direito de ação seria, então, anterior à demanda, exercido através dela e pertenceria somente àquele que pudesse, “sinceramente, afirmar a existência de uma norma legal; exige-se uma justa esperança de ter direito. A efetiva existência do direito é um fenômeno acidental que poderá não existir”.

Para afastar as críticas, Degenkolb alterou ainda mais sua teoria. Para responder à possibilidade de uma ação intentada por um litigante temerário admitiu, mais tarde, que “por ação se deve entender, na prática, não já um simples direito abstrato, mas uma capacidade jurídica de obter contra o adversário uma decisão favorável em juízo”. Tais alterações não foram compartilhadas pela doutrina.<sup>302</sup>

A teoria do direito abstrato de ação teve grande repercussão e autores que a admitiram deram-lhe fundamentação própria. Entre eles, Carnelutti, na Itália, e Couture no Uruguai. Para o primeiro a ação é direito abstrato, de natureza pública, mas dirigida contra o juiz e não contra o Estado. Para o segundo, está integrado na categoria constitucional do direito de petição.<sup>303</sup>

Afirma Carnelutti<sup>304</sup> que “ação se diz para significar o conjunto de atividades mediante as quais a parte desenvolve sua colaboração com o juiz para a justa composição da *litis*”. Para o autor, a ação que já foi o “próprio direito contra o adversário”, admitida a autonomia do direito de ação, restava o problema do sujeito passivo desse direito sendo um erro localizá-lo no Estado, pois o reverso do direito é a obrigação. Identifica, então, o juiz como sujeito passivo do direito de ação. O interesse

<sup>300</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p.36 – 37.

<sup>301</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p.37.

<sup>302</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p.37.

<sup>303</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. p. 252.

<sup>304</sup> CARNELUTTI, *Direito processual civil e penal*. v. I. p. 149 – 151

oposto ao do titular do direito de ação pertence ao juiz e não ao Estado porque “para dar o juízo deve agir e consumindo a tal fim um tempo e uma fadiga, que poderia dedicar com maior vantagem para ele à satisfação das próprias necessidades”. Na ação, como na jurisdição, segundo Carnelutti, existe um sistema de direitos que não se dirigem, no caso da ação, apenas ao juiz, “mas sim contra seus auxiliares e inclusive contra os terceiros, para obter deles aquelas prestações sem as quais o processo não poderia chegar ao seu fim”.

De acordo com Willis Santiago Guerra Filho,<sup>305</sup> a tese de Couture teve grande aceitação no mundo ibérico e foi também um “raro exemplo de penetração de idéias jurídicas gestadas nesse canto do planeta”, devido ao sucesso de palestras proferidas pelo processualista em Paris e pela publicação de seu estudo em italiano e alemão nos principais periódicos especializados em matéria processual nesses idiomas. Tanto que um dos primeiros estudos a respeito da interface processo/constituição, na doutrina alemã, faz referência ao trabalho de Couture.

Couture<sup>306</sup> toma os fatos como ponto de partida para sua tese. Afirma que, no Estado de direito, o indivíduo, ao sentir-se vítima de uma injustiça, não tem outra saída senão recorrer à autoridade, privado que está de fazer justiça pelas próprias mãos. De acordo com a natureza do conflito esse requerimento assumira diferentes formas podendo dirigir-se ao Parlamento, ao Executivo ou Judiciário. Neste último caso é a ação civil. O autor assentou sua tese em alguns pontos que ele mesmo resume:

no estado de direito, a violência privada é substituída pela petição à autoridade; b) essa petição à autoridade constitui um poder jurídico do indivíduo, mas é o único meio idôneo para obter a prestação da jurisdição; c) o poder jurídico de requerer perante a autoridade não pode ser denegado a ninguém; proibida a justiça privada, é evidente que se deve dar a todo sujeito de direito a faculdade de obtê-la por intermédio da autoridade; privá-lo de uma e de outra, seria denegar-lhe a própria justiça.<sup>307</sup>

<sup>305</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 44 – 45.

<sup>306</sup> COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*. p.41 – 45.

<sup>307</sup> COUTURE, *Fundamentos de direito processual civil*. p. 45

Sobre esses fundamentos, Couture<sup>308</sup> afirma que “ninguém poderá duvidar de que um poder dessa natureza seja parte da própria estrutura do direito” e que o acesso aos tribunais é uma das possibilidades de ação que deve ser outorgada ao indivíduo com a máxima liberdade não cabendo perguntar de antemão se ele tem ou não razão. O direito de ação concebido desta maneira é o direito de petição consagrado pela maioria das constituições. É espécie do qual aquele é gênero. A ação é, assim, uma forma típica do direito constitucional de petição. É “um poder jurídico distinto do direito material e da demanda em sentido formal, destinado a obter a atividade estatal, por intermédio de seus órgãos competentes, para a declaração coativa de um direito”.

Couture<sup>309</sup> inscreveu-se, e fez o mesmo em relação a Liebman, entre os aqueles autores que desejam “eliminar divergências na disputa doutrinária entre a chamada teoria abstrata e a chamada teoria concreta da ação”.

À teoria de Liebman dedicar-se-á o tópico seguinte.

#### 5.4 TEORIA ECLÉTICA DE LIEBMAN

Liebman começou a sistematizar sua teoria do direito de ação, no Brasil. De volta à Itália, poucos anos depois, apresentou-a em aula inaugural proferida na Universidade de Turim no ano de 1949 sob o título de “L’azione nella teoria del processo civile”.<sup>310</sup>

---

<sup>308</sup> COUTURE, *Fundamentos de direito processual civil*. p. 41 – 56.

<sup>309</sup> COUTURE, *Fundamentos de direito processual civil*. p. 43. O autor refere-se à dissertação de Liebman proferida em Montevidéu publicada em 1940 e afirma: “o nosso estudo, imediatamente posterior ao seu, apenas procurou coordenar essas idéias dentro do panorama geral do direito dos países hispano-americanos”.

Para José Ignácio Botelho de Mesquita, quando os partidários da teoria do direito abstrato de ação “passaram a admitir um vínculo de natureza instrumental entre a ação e o direito subjetivo, como Liebman, (...) ocorreu uma notável inclinação da teoria ‘abstrata’ à teoria concreta”. MESQUITA, *Da ação civil*. p. 49.

<sup>310</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. p. 153. A obra aqui referida, segundo afirma o tradutor em nota de rodapé à mesma página, em substância é uma condensação do que está naquela famosa aula que revela em seu título a preocupação publicística do autor.

A jurisdição é, para Liebman,<sup>311</sup> uma função pública que depende de um estímulo externo para assegurar a imparcialidade e neutralidade. Essa iniciativa incumbe à parte interessada que a exerce propondo a ação em juízo de forma adequada. Representa para a parte “antes de tudo um ônus, ou seja, ato necessário para que aquele que espera obter a proteção do seu direito dê início a um procedimento”. Porém, é, ao mesmo tempo, um direito da parte. É

direito de provocar o exercício da jurisdição com referência a uma situação jurídica em que ela é interessada, visando a obter do juiz a proteção de um interesse próprio ameaçado ou violado, ou a satisfação de um interesse próprio que se afirma insatisfeito.

Essa regra, segundo Liebman,<sup>312</sup> não prevalece apenas no início do processo, mas em todo o seu curso. À tutela jurisdicional só tem direito quem tem razão, mas para que ocorra esse reconhecimento é preciso permitir a todos que tragam seus pedidos aos tribunais. Esse direito de agir goza de garantia constitucional à qual se ligavam outras como a defesa e o contraditório.

Na linguagem jurídica, *agir* significa perseguir em juízo a tutela do direito próprio e o termo *ação* designa o correspondente direito. (...) A ação, como direito ao processo e ao julgamento de mérito, não garante um resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta.

Liebman distingue, portanto, direito subjetivo substantivo e o direito de ação.<sup>313</sup> Este como direito de iniciativa e impulso dirigindo-se ao Estado “sem se destinar à obtenção de uma prestação deste”.<sup>314</sup>

---

<sup>311</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. p. 145 – 146.

<sup>312</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. p. 145 – 151.

<sup>313</sup> Para Liebman, na sociedade moderna, o processo é “o conjunto de meios destinados à proteção dos direitos”, diferente do que ocorria no direito romano. Diante da imponência e autonomia assumida pelo aparelho jurisdicional, é possível entender a ordem jurídica constituída por dois sistemas de normas, “distintos e coordenados, que se integram e se completam reciprocamente: o das relações jurídicas substanciais (...) e o do processo, que fornece os meios jurídicos para tutelar os direitos e atuar o seu sistema “. A mesma relação, segundo ele, existe entre o direito subjetivo substantivo e a ação. Acrescenta o autor: “Sem o processo, o direito ficaria abandonado unicamente à boa vontade dos

O que afasta Liebman dos abstrativistas puros é a distinção que ele faz entre a ação como garantia constitucional e a ação processual. A primeira incondicionada (poder de agir em juízo), atribuída a todos e a segunda condicionada à presença de requisitos de existência: as condições da ação cuja falta faz o autor “carecedor de ação”.

Com os olhos voltados para o art. 24 da Constituição italiana,<sup>315</sup> Liebman<sup>316</sup> afirmava que “o poder de agir em juízo é reconhecido a todos”. Os Tribunais têm

a tarefa de dar justiça a quem a pedir e por isso uma das regras fundamentais do nosso ordenamento constitucional assegura a todos a possibilidade de levar-lhes a sua pretensão a obtê-la, com isso fazendo que o juiz venha a examinar o seu caso. (...) Esse poder pertence à categoria dos direitos cívicos; ele é absolutamente genérico e indeterminado, inexaurível e inconsumível, não se ligando a qualquer situação concreta.

Só como direito processual a ação está sujeita ao que Liebman denominou condições da ação que foram, portanto, concebidas como requisitos de existência da ação devendo ser investigadas, preliminarmente ao exame do mérito.

Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre o pedido (*domanda*) para acolhê-lo ou rejeitá-lo. Elas podem por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta (*concreta fattispecie*) deduzida em juízo.<sup>317</sup>

---

homens e correria freqüentemente o risco de permanecer inobservado, e o processo, sem o direito, seria um mecanismo fadado a girar no vazio, sem conteúdo e sem finalidade”. LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. p. 152.

<sup>314</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, p. 152.

Em nota de rodapé à página 352 da sua obra *Execução civil*, Dinamarco faz algumas observações sobre o entendimento de Liebman a respeito do direito de ação como um direito subjetivo diferente daqueles do direito substancial, porque dirigido ao Estado, sem se destinar à obtenção de uma prestação deste. Segundo Dinamarco, há neste conceito uma aparente contradição parecendo lícito crer que “na realidade, o Mestre estaria verdadeiramente conceituando a ação como poder, não como direito”. DINAMARCO, *Execução civil*. p. 352.

<sup>315</sup> Expressamente o art. 24: “todos podem agir em juízo para a tutela dos direitos próprios e interesse legítimos; 2a parte: a defesa é direito inviolável em qualquer estado e grau do procedimento” LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. p. 147.

<sup>316</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. p. 150.

<sup>317</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. p. 154 - 155

De acordo com Walter Eduardo Baethgen,<sup>318</sup> Liebman, inicialmente, negou o caráter jurisdicional de toda atividade desenvolvida no processo nos casos em que se decide pela carência de ação e não explicava a natureza dos atos praticados no processo até aquela decisão. Segundo o autor, Liebman acabou por admitir que as condições da ação fossem apenas pressupostos para o exercício da jurisdição e que também existiria jurisdição quando o juiz não se pronunciasse sobre o mérito por falta de qualquer delas.

Inicialmente, Liebman referiu-se a três condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para agir. Em relação à primeira – possibilidade jurídica do pedido – ressalte-se que o principal exemplo referido por ele era o pedido de divórcio, visto que a lei italiana não o permitia. Mas em 1970 foi instituído o divórcio na Itália e o autor desencorajou-se de continuar a incluir a possibilidade jurídica do pedido entre as condições da ação.

Assim, na 3ª e 4ª edições de seu livro - Manual de direito processual civil – Liebman passa a encarar os casos não admitidos pela lei como ausência do interesse de agir. A possibilidade jurídica do pedido era entendida pelo autor como a “admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, pelo fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade judiciária pode emitir, não sendo expressamente proibido”.<sup>319</sup>

---

<sup>318</sup> BAETHGEN, Walter Eduardo. As ‘condições da ação’ e o novo código de Processo Civil. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v.251, 1975. p. 17-18. O trecho da obra de Liebman (Manual) citado pelo autor é o seguinte: “le condizione dell’azione, poco fa menzionate, sono l’interesse ad agire, la legittimazione e la possibilità giuridica. Esse sono, come già accennato, i requisiti de esistenza dell’azione, e vanno perciò accertate in giudizio (anche se, di solito, per implicito) preliminarmente all’esame del merito. Solo se ricorrono tutte queste condizioni, può considerarsi esistente l’azione e sorge per il giudice la necessità di provvedere sulla domanda, per accoglierla o respingerla. Esse possono perciò anche definirsi come la condizioni di ammissibilità del provvedimento sulla domanda, ossia come condizioni essenziali per l’esercizio della funzione giurisdizionale nei riguardi di una concreta fattispecie dedotta in giudizio”. Esse mesmo trecho está na tradução do Manual de direito processual civil feita por Cândido Dinamarco à página 154, da seguinte forma: “As condições da ação, há pouco mencionadas, são o interesse de agir e a legitimação. Como ficou dito, elas são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre o pedido (*domanda*) para acolhê-lo ou rejeitá-lo. Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta (*fattispecie*) deduzida em juízo”.

<sup>319</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. Nota incluída pelo tradutor à página 161.

É interessante observar o entendimento a respeito das condições da ação formulados por autores filiados a outras correntes. Para João Monteiro, adepto da teoria imanentista da ação, “para que o direito de ação

Para Liebman<sup>320</sup>, o interesse de agir é o interesse em obter o provimento solicitado e difere do interesse substancial.

É representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito. (...) é, em resumo, a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido. O interesse não é requisito só da ação, mas de todos os direitos processuais; direto de contestar, isto é, de defender-se (...)

A legitimidade para agir (*legitimatío ad causam*) refere-se, segundo Liebman, à titularidade ativa e passiva da ação. Indica “as justas partes, as partes legítimas, isto é, as pessoas que devem estar presentes para que o juiz possa julgar sobre determinado objeto. (...) é, pois, em resumo, a pertinência subjetiva da ação”.<sup>321</sup>

A legislação processual brasileira adotou a teoria liebmaniana na forma original (art. 267VI CPC), ou seja, ausentes as condições da ação, o autor será “carecedor de ação”, inexistindo o próprio direito de ação.<sup>322</sup> O texto legal considera as condições da ação como matéria de ordem pública que pode ser conhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267 § 3º CPC). A ausência de qualquer delas faz o autor “carecedor de ação”.

As condições da ação requerem estudo específico. Não é esse o objetivo deste trabalho. A importância da referência restringe-se ao necessário à compreensão da tese exposta ao final sobre o direito de ação, a partir da Constituição Federal. Em vista da recepção, pela legislação processual brasileira, e da ampla

---

se objetive na *actio*, isto é, para que a *potestas agendi* se converta correta e proveitosamente na *ratio agendi*, requer-se, no agente, o concurso das quatro condições seguintes: 1) a existência do direito; 2) interesse de agir; 3) qualidade para agir; 4) capacidade de agir”. MONTEIRO, *Teoria do processo civil*. p. 73.

Chiovenda ((teoria do direito potestativo) entende como condições da ação aquelas necessárias para que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável que variam segundo a natureza do pronunciamento. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. v. I. p. 89.

<sup>320</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, p. 155.

<sup>321</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. p. 155.

<sup>322</sup> Da mesma forma: ARRUDA ALVIN, *Manual de direito processual civil*. v. I. p. 436.

aceitação da doutrina de Liebman, pela doutrina nacional, alguns posicionamentos serão ainda apresentados.

A distinção feita por Liebman entre ação constitucional incondicionada e ação processual condicionada é seguida por vários processualistas brasileiros. Donaldo Armelin,<sup>323</sup> em importante obra da literatura processual brasileira, admite como premissa que a ação seja considerada “direito abstrato a uma decisão sobre o mérito, ou seja, sobre o pedido formulado pelo autor, qualquer que seja essa decisão, favorável ou desfavorável”. A ação é conceituada ainda como “direito subjetivo público abstrato<sup>324</sup> assegurado ao indivíduo em face do Estado, que lhe garante a atuação da jurisdição para a apreciação do objeto do processo”. A abstratividade que o autor atribui ao direito de ação tem como objetivo apenas “distinguir o conceito a ela atribuído daquela posição doutrinária que reconhece na ação um direito a uma decisão favorável ao pedido do autor”.

Todavia, esses conceitos, segundo Donaldo Armelin,<sup>325</sup> não explicam o “direito de qualquer indivíduo requerer ao Judiciário a atuação da atividade jurisdicional”. Surge, então a necessidade de distinguir o direito de petição do direito de ação; este de natureza processual. O primeiro, segundo o autor, dependente apenas da vontade do indivíduo, possui natureza constitucional e defere a qualquer pessoa o direito de representação e petição aos Poderes Públicos em defesa de seu direito, o que torna possível a formação de um processo até mesmo fadado a um término infrutífero. Trata-se de “direito amplo, irrestrito, ao qual não se pode furtar de atender a autoridade judiciária, como órgão do Poder Público”. O segundo, para o autor, é apenas restrito às partes juridicamente vinculadas e exige para seu exercício a implementação de condições impostas pelo próprio sistema jurídico. Se regularmente exercitado, garante um processo que atinge a sua verdadeira e precípua finalidade, justificando a atuação da jurisdição na sua tarefa de impor o direito objetivo aos casos concretos, de forma definitiva e imutável. A vinculação do primeiro ao segundo é de espécie a gênero.

---

<sup>323</sup> ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 35.

<sup>324</sup> Humberto Theodoro também entende a ação como direito subjetivo. Para ele, do monopólio da justiça pelo Estado decorrem duas importantes consequências: a obrigação do Estado de prestar a tutela jurídica aos cidadãos e um verdadeiro e distinto direito subjetivo – o direito de ação – oponível ao Estado-juiz. THEODORO JÚNIOR, *Condições da ação*. p. 39.

<sup>325</sup> ARMELIN, *Legitimidade para agir no processo civil brasileiro*. p. 35.

Para Donaldo Armelin,<sup>326</sup> o regular exercício do direito de ação está sujeito a condições impostas pelo próprio sistema jurídico. Tais condições esgarçam a abstratividade do direito de ação vinculando-o a “uma certa realidade fáticojurídica”. Para o autor, portanto, as condições de admissibilidade da ação estão relacionadas ao seu regular exercício e podem ser genéricas e específicas. Quanto às primeiras, opina,

no plano exclusivamente científico, no sentido da existência de tão somente duas condições genéricas no processo de conhecimento: a legitimidade das partes e o interesse para agir. A possibilidade jurídica do pedido no plano exclusivamente doutrinário, (...) ou constitui matéria de mérito, ou pode ser reduzida às duas precitadas condições.

Arruda Alvim<sup>327</sup> diz que interessa estudar a ação e construir sua teoria levando-se em conta a necessidade de acionar a jurisdição para aplicação da lei que terá sido feita mesmo nos casos de ação improcedente, “pois se terá dado razão ao réu, e não ao autor”. Essa concepção, para Arruda Alvim, foca a ação além da perspectiva do autor. O autor fundamenta o direito abstrato de ação no art. 5º XXXV/CF cujo texto “longe de consagrar um direito concreto, em nível constitucional, consagra, isto sim, autêntico *direito abstrato* de agir, ou então, um *direito de petição*”.

Arruda Alvim<sup>328</sup> faz a distinção acima referida dizendo:

o direito genérico de petição, expressamente consagrado em nossa Constituição Federal (artigo 5º, XXXV), é o meio ou veículo revelador do direito de ação, já agora situado no plano processual, à luz do preenchimento dos requisitos por esse sistema exigidos (artigos 3º e 267, VI, do CPC).

Entende Arruda Alvim<sup>329</sup> que, quando o juiz profere decisão de cunho estritamente processual, há, mesmo assim, exercício da atividade jurisdicional. Se o autor não preenche as condições e tem o processo extinto sem julgamento de mérito,

---

<sup>326</sup> ARMELIN, *Legitimidade para agir no processo civil brasileiro*. 35 – 40.

<sup>327</sup> ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. v.I. p. 436.

<sup>328</sup> ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*. p. 436

<sup>329</sup> ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*. p. 436 – 440.

“terá exercido seu direito de petição, e não o direito de ação propriamente dito, exatamente por não estarem preenchidas as condições para exercê-lo, condições essas concretamente definidas no CPC”. O objeto do processo civil não é o direito de ação genérico e abstrato, mas o direito de ação “idôneo e apto a provocar desenvolvimento da atividade jurisdicional até a sentença de mérito”. Todavia, o preenchimento das condições da ação não implica o direito de vitória. Sob esses fundamentos, Arruda Alvim define a ação como

direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fáticojurídica nela formulada, à aplicação da lei (material).

Arruda Alvim conceitua as condições da ação como “condições de exercício do direito subjetivo de ação”<sup>330</sup> e afirma que, embora o código de processo civil se refira a três condições como inicialmente discriminadas por Liebman,<sup>331</sup> a referência à possibilidade jurídica do pedido é inútil e bastaria fazer alusão ao interesse de agir,

um vez que o autor somente exercerá o direito de ação se tiver interesse legítimo, isto é, decorrente de lei; ora, se o interesse decorre de lei, sempre que este existir estará imanente ou necessariamente implicada a possibilidade jurídica do pedido.

Para Cândido Rangel Dinamarco<sup>332</sup> a ação, como instituto intimamente ligado aos postulados do Estado social de direito, não deve mais ser estudada numa visão puramente técnica própria de um passado recente. Deve assumir uma configuração marcadamente teleológica. Dessa forma, o autor entende que a ação pode ser “sinteticamente conceituada como poder de estimular o Estado ao exercício consumado da função jurisdicional”. É um poder que tem no pólo passivo o Estado. A

---

<sup>330</sup> ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. p. 438.

<sup>331</sup> ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. p. 437.

<sup>332</sup> DINAMARCO, *Execução civil*. p 366 – 378.

ação, portanto, rigorosamente, não é direito subjetivo<sup>333</sup>. Este, entendido como “posição de vantagem do titular de um interesse sobre o titular de um interesse contraposto, estabelecida pelo direito e referente a determinado bem”,<sup>334</sup> pressupõe um conflito de interesses entre duas pessoas o que não ocorre no caso da ação, pois há interesse também do Estado nos resultados da mesma atividade jurisdicional solicitada pelo particular.

O autor<sup>335</sup> apresenta ainda um conceito analítico de ação segundo o qual a ação é “a gama de poderes e faculdades que tem o autor desde antes da instauração do processo até que proferido o provimento final”. Não é apenas o poder de iniciativa. A ação é, então, “a soma das posições jurídicas ativas do autor no processo” sendo exercida em todos os momentos em que a atividade do juiz depende de provocação.

A ação é abstrata, segundo Cândido Rangel Dinamarco,<sup>336</sup> pois existe mesmo que o direito substancial não exista. Em sua feição mais ampla, o poder de ação permite que todos se façam ouvir pelo Estado-juiz, tenham, ou não, razão. Da mesma forma, o Estado compromete-se a dar resposta àquele que lhe provoca o exercício da atividade jurisdicional. Nesses termos, a ação é uma faculdade inerente à própria personalidade não estando subordinada a condição alguma. Esse é, para o autor, o primeiro sentido do art. 5º,XXXV/CF. Todavia, outro é o significado da garantia da ação quando é examinada em seu caráter instrumental. Sob esse prisma, justifica-se a atitude do Estado-legislador ao subordinar o poder de ação ao implemento de certas condições que limitam a prestação integral do serviço jurisdicional em cada caso concreto. Diz ainda que, tanto em direito processual como na constituição, a ação possui os dois sentidos: condicionado e incondicionado, visto que aquela entidade incondicionada também desempenha seu papel no funcionamento do processo, possibilitando a instauração deste e determinando o exercício da jurisdição.

---

<sup>333</sup> Filiando-se à teoria abstrata da ação, também Alexandre Freitas Câmara entende que a “ação não deve ser encarada como direito subjetivo, e sim como poder jurídico, já que entre o seu titular e o Estado inexistente conflito de interesses, elemento essencial para a configuração de um direito subjetivo”. CÂMARA, *Lições de direito processual civil*. v. I. p. 119.

<sup>334</sup> Para este conceito, Dinamarco refere-se a Elio Fazzalari. DINAMARCO. *Execução civil*. p 351.

<sup>335</sup> DINAMARCO, *Execução civil*. p. 354 -355. Sob o mesmo fundamento, o autor refere-se à defesa: “ação e defesa são a síntese das situações ativas das partes no processo”. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. v. II. p. 293.

<sup>336</sup> DINAMARCO, *Execução civil*. p. 354 –355.

Afirma, ainda, Cândido Rangel Dinamarco<sup>337</sup> que tanto o poder de demandar quanto o poder de ação incluem o poder de iniciativa e de impulso e, assim, ambos podem ser entendidos como “poder de estimular o Estado ao exercício da função jurisdicional (conceito sintético de ação)”. Dessa forma, apenas por comodidade de linguagem é legítimo adotar as expressões direto de demandar e direito à administração da justiça para referir-se àquele poder incondicionado reservando-se o nome ação “para o pleno poder de acesso aos provimentos jurisdicionais (ação condicionada)”. Ao poder de demandar corresponde apenas o “dever do órgão jurisdicional de se pronunciar sobre a existência daquela, ou seja, das condições da ação”. Ausentes as condições da ação, não há o direito de exigir o provimento de mérito, portanto não há o poder de ação.

Enquanto concebido assim de modo abstrato e sem configurar ainda o direito ao provimento jurisdicional de mérito (que só haverá no momento em que o juiz tiver o concreto dever de emití-lo), o direito de ação não é mais que direito ao processo.<sup>338</sup>

Segundo o autor,<sup>339</sup> as condições da ação - interesse de agir, *legitimitio ad causam* e possibilidade jurídica da demanda – são limitações, ou seja, requisitos, impostos pela lei ao direito ao provimento de mérito que se justificam por razões de ordem ética e econômica. Para o autor,<sup>340</sup> as condições da ação constituem “um ponto de estrangulamento entre o plano processual e o substancial do ordenamento jurídico sem que com isso se passe a reputar a ação como direito concreto de agir”.

<sup>337</sup> DINAMARCO, *Execução civil*. p. 370 –376.

<sup>338</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. v. II. p. 299.

<sup>339</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. v. II. p. 298 – 306.

<sup>340</sup> DINAMARCO, *Exexução civil*. p. 376.

Divergente é o entendimento de Fábio Gomes: “as condições da ação na realidade integram a relação de direito material posta à apreciação do órgão jurisdicional, e que só por mera e inapropriada *ficção* (raciocínio hipotético) poderiam ser consideradas também pertinentes à relação jurídica processual”. GOMES, *Da ação*. p. 124 – 125

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “não deveria existir condição de ação, e nesse caso o Código de Processo Civil não precisaria, justamente porque em tese não deveria, distinguir a sentença de carência de ação da sentença ‘que julga o direito substancial’(pedido)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64 – 65.

Para aferição do interesse de agir,<sup>341</sup> há dois fatores sistemáticos muito úteis que servem como indicadores de sua presença: a necessidade da realização do processo e a adequação do provimento jurisdicional postulado. Haverá o interesse-necessidade quando o processo e o exercício da jurisdição forem imprescindíveis à obtenção do bem desejado. O interesse-adequação refere-se à impossibilidade de opção pelo demandante da espécie de tutela a receber, ou seja, a medida jurisdicional solicitada deve ser adequada segundo a lei.

Diz ainda Cândido Rangel Dinamarco<sup>342</sup> que a legitimidade para agir é a qualidade para estar em juízo como demandante ou demandado, mas que em rigorosa técnica processual inscreve-se no âmbito do interesse de agir porque sua falta traduz-se em ausência de utilidade do provimento jurisdicional. Quanto à possibilidade jurídica, o autor a concebe como possibilidade jurídica da demanda por referir-se a todos os seus elementos (partes, pedido e causa de pedir), e não apenas ao pedido, chegando-se a ela por exclusão e pelas situações negativas sendo, por isso, mais fácil falar em impossibilidade da demanda.

Para Ada Pellegrini Grinover,<sup>343</sup> o direito de ação é direito público subjetivo, de que é titular o indivíduo ao qual corresponde a obrigação do Estado à prestação jurisdicional. Conquanto de natureza constitucional, é uno. A autora não aceita a distinção entre “dois” direitos de ação. E afirma:

<sup>341</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. v. II. p. 298 – 306.

<sup>342</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. v. II. p. 301 e 308.

<sup>343</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 451, maio. 1973. p. 31.

Fábio Gomes também nega a distinção. Segundo o autor, trata-se de “uma duplicação do mesmo fenômeno, que inexistente no plano do direito público, além do já apontado equívoco de confundir direito com exercício de direito. Em segundo lugar, (...) o fato de dispor a Constituição Federal, no inc. XXXV do art. 5º, que a todos é assegurado o direito de acesso aos Tribunais em caso de violação ou ameaça de violação de direito, é *absolutamente irrelevante* (grifo nosso), além de conter uma afirmação de todo equivocada, pois a quem não sofreu qualquer lesão ou ameaça também é conferido igual direito”. Este autor entende “por ação o exercício do direito subjetivo público perante o Estado, com o objetivo de que este preste a tutela jurisdicional”. GOMES, *Da ação*. p. 132 – 133.

Outra negativa à absoluta distinção encontra-se em José Roberto dos Santos Bedaque: “sustentase a impropriedade da distinção entre o direito de ação e o de propor demandas. Compete às regras constitucionais estabelecer o conteúdo mínimo do direito ao processo, regulando a relação entre a iniciativa da parte e a possibilidade de obtenção da tutela jurisdicional. Caracterizada a “ação constitucional”, restaria inútil antever outro direito de ação no plano processual, como algo autônomo e distinto daquele poder constitucional”. BEDAQUE, *Direito e processo*. p. 83.

o legislador ordinário pode submeter a condições de exercício tal direito, no caso concreto, desde, porém, que não anule ou mesmo limite desarrazoadamente a garantia constitucional do direito de ação. Se tais condições, postas pelo ordenamento processual, não forem observadas, o direito de ação se esgotará na pronúncia sobre a carência de ação, que em nosso entender – e ainda contrariando Liebman – já é exercício da jurisdição”.

Ainda que a teoria de Liebman sobre a ação tenha sido recepcionada pela legislação, em sede doutrinária a discussão permanece.<sup>344</sup> Um dos pontos dessa discussão é, como se pode perceber pela exposição acima, o que se refere às condições da ação. Kazuo Watanabe<sup>345</sup> apresenta uma maneira de conciliá-las com a teoria abstrata. Segundo o autor, trata-se de “condições para o julgamento do mérito da causa, impostas basicamente por razões de economia processual e não para a existência da ação”. Esse conceito pode não diferir de outros apresentados em doutrina, todavia, segundo Kazuo Watanabe, o ponto nodal da discussão está em saber se as condições da ação devem ser aferidas segundo a afirmativa feita pelo autor na inicial (*in statu assertionis*) com a apresentação das provas necessárias desde o início ou conforme o seu elo efetivo com o objeto do processo. A solução, segundo o autor, está na primeira opção, ou seja,

o exame das condições da ação deve ser feito ‘com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador; a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res iudicium deducta*’ ; vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-lo, ‘considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou (...).<sup>346</sup>

Este posicionamento de Kazuo Watanabe também é seguido por Luiz Fernando Belinetti<sup>347</sup> segundo o qual, as condições da ação devem ser “aferidas

<sup>344</sup> Segundo Luiz Fernando Bellitti, “não há um consenso na doutrina e na jurisprudência acerca da função e da caracterização das condições da ação dentro de um determinado processo” BELLINETTI, Luiz Fernando. *Ação e condições da ação*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, out/dez. 1999. p. 262.

<sup>345</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 79 – 82.

<sup>346</sup> WATANABE, *Da cognição no processo civil*. op. cit., p. 82.

<sup>347</sup> BELLINETTI, *Ação e condições da ação*. p. 263.

somente em função da afirmação de direito feita no pedido inicial”. Acrescente-se que para este autor, admitida a concepção autônoma da ação, nenhuma das teorias que procura explicá-la é intrinsecamente correta ou incorreta e

sua concretude ou abstraimento dependerá exclusivamente da opção política que se faça para a fixação do seu conceito. A vinculação do direito de ação com o direito subjetivo material não é um dado que possa ter uma única solução, posto que esta dependerá da opção que se faça em cada ordenamento jurídico relativamente aos direitos das pessoas frente ao órgão jurisdicional, e mais especificamente ao tipo de resposta que o Estado tem o dever de fornecer àqueles que postulam a tutela jurisdicional.

Não parece distante disso o que afirmou Calamandrei,<sup>348</sup> ao tratar da relatividade do conceito de ação, já que, segundo o autor, sob os diversos conceitos formulados a respeito da ação há um só problema: o das relações entre cidadão e Estado. Desta forma, justifica-se a análise proposta neste trabalho: a partir da constituição e do modelo de Estado ali constituído – o Estado Democrático de Direito – é que se deve buscar o conceito de ação que lhe corresponda.

Feita essa exposição já é possível apresentar o entendimento que aqui se faz a respeito do direito de ação no processo civil brasileiro.

---

O mesmo pode ser encontrado em: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. p. 92 – 96; GUERRA, Marcelo Lima. *Condições da ação e mérito no processo cautelar*. *Revista de processo*, São Paulo, v. 78, abr/jun. 1995. p. 194 – 195. Contrário a esse entendimento: DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. v. II. p. 316 – 318.

<sup>348</sup> CALAMANDREI, *La relatividad del concepto de acción*. p. 136.

Diz Ada Pellegrini Grinover: “o problema da natureza da ação (...) é um problema de direito processual, mas com aspectos essencialmente constitucionais. (...) e é na espécie de tutela constitucional que o Estado confere à ação que se pode encontrar seu correto enquadramento. (...) Procuremos, pois, no direito constitucional – como conjunto de normas que regem a organização jurídica fundamental do Estado – a tutela que o ordenamento concede ao direito de ação, bem como a estrutura desta tutela”. GRINOVER, *As garantias constitucionais do direito de ação*. p. 73 – 75.

## 5.5 ARTIGO 5º XXXV/CF: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL PREDOMINANTEMENTE PROCESSUAL

Antes ainda da apresentação pretendida, alguns apontamentos são necessários, embora , em boa parte, não passem de resumo do que já foi exposto.

Segundo o que expõe Willis Santiago Guerra Filho, as necessidades humanas são, em princípio, ilimitadas e limitados são os bens aptos a satisfazê-las. Por essa razão desenvolve-se um aparato “para regular a interação dos indivíduos com interesse na satisfação de suas necessidades de bens”. Em virtude da escassez de bens e da semelhança das necessidades humanas, os interesses tendem a coincidir podendo ocasionar “conflitos intersubjetivos de interesse,” o que ameaça a própria existência do grupo. É necessário, portanto, um conjunto de normas vinculativas para seus membros que regulamentem a distribuição de bens objetivando satisfazer aquelas necessidades ou pelo menos manter os conflitos dentro de um limite razoável para manutenção do grupo.<sup>349</sup>

Todavia, nem sempre a regulação da conduta intersubjetiva é suficiente, e o conflito de interesse chega a ponto de ocasionar choque entre a vontade dos sujeitos envolvidos. Há assim a necessidade de subordinação do interesse de um ao interesse do outro o que pode ser denominado de pretensão, ou seja, uma pretensão resistida na terminologia de Carnelutti.<sup>350</sup>

Para que os conflitos de interesse sejam solucionados, além daquelas normas que buscam regular a conduta intersubjetiva, há necessidade de outras normas que determinam as condições para que as primeiras sejam aplicadas concretamente. São as normas processuais. Não podendo o particular atuar por suas próprias mãos, cabe ao Estado a solução dos conflitos, o que será feito de acordo com aquele aparato normativo através da jurisdição.

A pretensão, respaldada primariamente no direito material, pode requerer, para ser satisfeita, caso seja contestada ou mesmo, em outras hipóteses, quando não o é, a participação do Estado, ou melhor, dos

---

<sup>349</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. São Paulo: Atlas, 2001. p. 642 – 63.

<sup>350</sup> A referência a Carnelutti é feita pelo próprio Willis Santiago Guerra Filho.

órgãos pelos quais ele atua. É quando a pretensão deve se tornar processual, para o que se faz necessário que ela seja veiculada e defendida em uma ação, exercitada pelo titular da pretensão, perante o Estado e, se for o caso, contra quem esteja oferecendo resistência a sua satisfação. O primeiro ato dessa ação, que obviamente comporta vários outros, até que eventualmente a pretensão seja satisfeita, é a chamada demanda, na qual a pretensão é apresentada ao Estado, dando margem à formação do procedimento para apreciá-la. Caso esse procedimento envolva um debate sobre a pretensão, pode-se dizer que não se trata de mero procedimento, mas que há também um processo.<sup>351</sup>

O que importa salientar é que tanto o processo como o procedimento, regulados pelo Direito, “são o método empregado na formação da ‘vontade estatal’ em um Estado de Direito”.<sup>352</sup> Acrescente-se: não apenas o processo e procedimento judicial, mas também o legislativo e o administrativo.

Procedimentos, para Willis Santiago Guerra Filho<sup>353</sup> “são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis”. Entre tais procedimentos, destacam-se aqueles que envolvem participação e influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório os quais recebem, segundo o autor, a denominação técnica de “processo”.

Na atualidade, quando do Estado não se reclama mais a abstenção, porém atuação democrática; quando a constituição não tem como função apenas o retraimento do Estado em face da sociedade e se constitui no ambiente propício para que se consubstanciem valores, deixando de ser apenas o marco fundamental da ordem jurídica para se converter em ordem objetiva de valores que se irradia por todo o Direito; quando não só a constituição, mas todo o ordenamento jurídico é um sistema normativo de regras e princípios, a dimensão processual do Direito cresce de importância.

O que se objetiva enfatizar não é apenas a origem constitucional dos institutos processuais, mas o próprio entendimento que se possa ter do processo e do

<sup>351</sup> GUERRA FILHO, A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. p. 64.

<sup>352</sup> GUERRA FILHO, A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. p. 64.

<sup>353</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 19 – 20 .

procedimento a partir da concepção já exposta de Willis Santiago Guerra Filho<sup>354</sup> segundo a qual a “Constituição possui a natureza (também) de lei processual, assim como institutos fundamentais do direito processual possuem estatuto constitucional e, logo, são (também) de natureza material”. Dessa forma, o direito processual não é apenas um simples ramo da árvore jurídica, mas uma dimensão do Direito.<sup>355</sup>

Afina-se com tal concepção a idéia de Direito Processual elaborada por Canotilho<sup>356</sup> fundamentado em Konrad Hesse e H. Goerlich segundo a qual, não se trata apenas de um meio adequado de realização de direitos subjetivos materiais preexistentes. A relação entre direito processual e direito material, segundo o autor, é uma relação de integração na qual a dimensão jurídico-processual não é mero instrumento de realização do direito material, mas parte integrante do mesmo.<sup>357</sup>

Repita-se ainda, conforme Willis Santiago Guerra Filho<sup>358</sup>, materiais são as normas *quando* fornecem parâmetros para realizar o controle e ordenação da conduta intersubjetiva pelo Direito e processuais *quando* se ocupam com a “determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados concretamente”.

Agora, já é possível afirmar que o art. 5º, XXXV da Constituição - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” - constitui-se

<sup>354</sup> GUERRA FILHO, A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. p. 76.

<sup>355</sup> GUERRA FILHO, A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. p.51.

<sup>356</sup> CANOTILHO, Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos, fundamentais, procedimento, processo e organização. p. 154 – 158.

<sup>357</sup> Essa idéia não parece distante do entendimento de Liebman já citado neste trabalho em nota de rodapé número 305, onde o autor fala da relação entre direito processual e direito material. Ambos constituem, no seu entender, sistemas de normas distintos e coordenados que se integram e se completam reciprocamente.

Acrescente-se que Calmon de Passos faz críticas ao que chama modismo da “instrumentalidade do processo”, admitindo que “antes de o produto condicionar o processo é o processo que condiciona o produto” tanto em nível macro como em nível micro. O autor refere-se às teorias procedimentais e adverte quanto ao uso inadequado do termo “instrumento” para tratar da relação entre direito material e processual que, segundo ele, tem gerado frutos perversos. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, abril/jun. 2001 p. 55 – 67. Em outra obra, afirma o autor: “A relação entre o processo de produção do Direito e o direito produzido, seja como enunciado, seja como decisão (dizer o Direito e aplicar o Direito) não é de caráter instrumental, meio-fim, sim de natureza substancial, integrativa. O Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isto nos adverte de que nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja aplicação é possível, mediante simples utilização de determinadas técnicas e instrumentos, com segura previsão das conseqüências”. CAMON DE PASSOS, *Direito, poder justiça e processo: julgando os que nos julgam*.p. 68.

<sup>358</sup> GUERRA FILHO, A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. p.76.

num princípio, predominantemente, processual. A utilização do advérbio carece de explicação. O princípio é processual, pois se dirige ao legislador e ao juiz.

Ao primeiro porque a norma que produzir não poderá promover a referida exclusão. Ao juiz, porque, sendo a sentença também norma jurídica, não poderá deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito. Como não se ocupa diretamente em realizar o controle e ordenação da conduta intersubjetiva, trata-se de norma processual.

Todavia há também uma dimensão material que se extrai do referido inciso ao estabelecer-se o dever de apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito que não poderá ser excluído por norma alguma (legislada ou não). O direito correspondente - atribuído pelo referido inciso - é o *direito ao processo*.<sup>359</sup> Não é apenas o direito de pedir ou o direito de acionar o Estado. É o direito ao procedimento que propiciará, efetiva e adequadamente, a apreciação da lesão ou ameaça a direito alegada com participação<sup>360</sup> e influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório (Willis). Portanto, tecnicamente, trata-se de direito ao processo.<sup>361</sup>

Essa dimensão material apontada acima não é estabelecida isoladamente, ou seja, com base apenas no inciso sob estudo. Há outros parâmetros que se encontram em outros princípios (valores) constitucionais, entre os quais destaca-se aquele constante no inciso LIV do mesmo art. 5º: “ninguém será privado da

<sup>359</sup> A doutrina costuma fazer referência ao “princípio do acesso à justiça” e ao “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional” fundamentando-os também no art. 5º XXXV/CF como se pode ver em: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 98 – 112. Diz Donald Armelin que o acesso à justiça pode ser enfocado por diversas óticas. Deve ser especificado que o seu real conteúdo não se harmoniza com sua expressão terminológica, pois não se cuida de acesso à justiça como valor de primeira grandeza que informa o direito, mas de “acesso à jurisdição como atividade estatal direcionada à declaração *lato sensu* do direito e sua realização autoritariamente no mundo empírico”. A atividade jurisdicional não pode assegurar que o resultado final corresponda ao valor justiça. “A justiça que deve ser acessível a todos, é aquela que emerge do processo, quando este alcança seu fim normal. (...) Em verdade, o acesso à justiça importa em acesso ao processo, enquanto este constituir, como ocorre atualmente, a única via para se obter a tutela jurisdicional postulada”. (p. 171-172)

<sup>360</sup> A participação deve ser entendida como exigência da própria democracia e a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Permite essa conclusão definição mínima de democracia fornecida por Norberto Bobbio “segundo a qual por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mas ampla possível dos interessados”. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 22.

<sup>361</sup> O que se expôs aproxima-se da afirmação de Cândido Rangel Dinamarco: “hoje facilmente se compreende que todo poder se exerce mediante um *procedimento*, caracterizando-se este como processo desde que seja feito em contraditório”. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*. p. 152.

liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O judiciário tem o dever de apreciar a lesão ou ameaça a direito, mas o fará respeitando as normas processuais que serão estabelecidas de acordo com o sistema constitucional.

Além do princípio do devido processo legal, diversos são os princípios constitucionais que devem ser considerados para que se estabeleça o entendimento daquele direito predominantemente processual que é o direito ao processo expresso no art. 5º, XXXV, entre os quais: a necessidade de respeito ao princípio: da igualdade (art. 5º I); do juiz natural (art. 5º LIII); da presunção de inocência (art. 5º LV); do contraditório e da ampla defesa (art. 5º LVI); do tempo razoável do processo (art. 5º LXXVIII).

Não apenas no art. 5º podem ser encontrados tais princípios. O juiz que aprecia a lesão ou a ameaça a direito é o juiz que também se conforma com o texto constitucional. Ou seja, deverá ser o juiz preparado e em constante aperfeiçoamento, cuja capacidade possa ser aferida através de “critérios objetivos de produtividade, presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” (art. 93, I, c). Outro princípio a ser observado é o que se refere à necessidade de fundamentação das decisões (art. 93, IX).

Todavia, o principal vetor (parâmetro) presente no texto constitucional é aquele que estabelece sua fórmula política. E fórmula política de uma constituição é “o elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico”.<sup>362</sup> De acordo com Willis Santiago Guerra Filho, a fórmula política na Constituição Brasileira de 1988 está expressa no seu art. primeiro<sup>363</sup>.

O que se expôs aqui sobre o denominado direito de ação está portanto, fundamentado na concepção da constituição e do Direito centrada na idéia de processo

<sup>362</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4.ed. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 16-17 O autor, nessa afirmação segue a orientação de LUCAS VERDU, Pablo. *Curso de derecho político*. p. 532. Em outra obra, Willis Santiago Guerra Filho cita a definição daquele autor: “a fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. p.99.

<sup>363</sup> Art. 1º CF: “A Republica Federativa do Brasil, formulada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político”.

que, segundo o entendimento de Willis Santiago Guerra Filho<sup>364</sup>, mostra-se como uma superação de noções anteriores – formal e material -relacionadas com outros modelos de Estado e constituição. A primeira delas, coerente com uma época na qual o desejo, era pôr fim a formas de dominação feudal e absolutista e a principal função jurídica era a “garantia formal do respeito à posição social dos indivíduos e sua possibilidade de livre atuação”. Com a falência desse modelo, pela sua incapacidade de atender aos reclamos sociais, o Direito serviu para materializar exigências sociais. Todavia, esse modelo também decaiu visto que

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.<sup>365</sup>

É possível afirmar que a primeira concepção apresentada acima corresponde ao Estado liberal e a segunda, ao Estado social. Num Estado Democrático de Direito, porém, considerado como a superação daqueles, o que se deve fazer é estabelecer procedimentos para que se chegue a decisões possibilitando, assim, que as mesmas sejam acatadas. Porém, tais procedimentos devem ser estabelecidos de acordo com os valores presentes, mormente no texto constitucional. Nesse aspecto, o entendimento apresentado neste trabalho, como também aqueles defendidos por Canotilho, Alexy e Willis Santiago Guerra Filho, se afasta das doutrinas procedimentais puras. A idéia defendida coaduna-se ainda com as que foram apresentadas no início do trabalho como “terceira via”, ou um “caminho do meio” entre positivismo e jusnaturalismo.

Porém, a referência a diversos princípios (valores) na constituição ressalta a possibilidade de existência de conflito entre eles e, portanto, de necessidade de conciliação, o que remete ao princípio da proporcionalidade.

---

<sup>364</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. p.79 – 80.

<sup>365</sup> GUERRA FILHO, A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição p.80.

## 5.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Antes de tentar explicar o que se deve entender por princípio da proporcionalidade, sua origem e função, uma observação deve ser feita com relação à terminologia empregada. É comum na doutrina encontrar a expressão “princípio da proporcionalidade”,<sup>366</sup> todavia se for considerada a teoria de Robert Alexy, o termo princípio não pode ser adotado sem que se façam algumas ressalvas.

Como se viu acima, para Robert Alexy, princípios são mandatos de otimização que se cumprem, observadas as possibilidades jurídicas e fáticas. As primeiras surgem da ponderação que se faz entre princípios opostos. Em relação ao princípio da proporcionalidade a questão é diferente, pois não há um princípio que se lhe oponha. Portanto, o termo princípio não é apropriado. Em tradução espanhola da obra de Robert Alexy há a expressão: “máxima da proporcionalidade” onde é feita ressalva quanto à terminologia empregada da seguinte forma: “La máxima de proporcionalidad suele ser llamada ‘principio de proporcionalidad’. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto.”<sup>367</sup>

A aplicação da máxima de proporcionalidade é feita, portanto, de acordo com a aplicação de regras e não de princípios. De acordo com Luís Virgílio Afonso da Silva, “o termo mais apropriado é *regra da proporcionalidade*”, embora observe que a prática jurídica brasileira faça uso do termo princípio com o significado de “disposição fundamental”,<sup>368</sup> e, não, seguindo a teoria de Robert Alexy.

Neste trabalho usar-se-ão as expressões princípio da proporcionalidade e máxima da proporcionalidade, indistintamente, ambas significando disposição

<sup>366</sup> Como exemplos, cite-se: GUERRA FILHO, Teoria processual da constituição. p. 75 e BONAVIDES, Curso de direito constitucional. p. 392.

<sup>367</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 112. Essa observação consta de nota de rodapé na página referida. Embora os subprincípios do princípio proporcionalidade serão estudados mais adiante, é importante transcrever a explicação do autor para aquela denominação atribuída: “La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas”.

<sup>368</sup> SILVA, Luis Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abri. 2002. p. 26.

fundamental. As citações, como só poderia ser, respeitarão a terminologia dos autores referidos.

Willis Santiago Guerra Filho aponta, como antecedentes filosóficos da idéia de proporcionalidade no campo jurídico, a concepção de utilidade presente no Direito grego e no direito romano. A visão utilitarista aparece em Bentham e na fase tardia de Jhering “onde tem, sua origem a chamada ‘jurisprudência dos interesses’ cujo desenvolvimento resulta na ‘jurisprudência dos valores’, portadora do paradigma metodológico atualmente predominante na ciência jurídica alemã”.<sup>369</sup>

No terreno da moral, o princípio da proporcionalidade tem suas raízes, segundo o autor, também na Grécia. É conhecida a idéia de justiça distributiva da ética aristotélica “que impõe a divisão de encargos e recompensas como decorrência da posição ocupada pelo sujeito na comunidade”. A idéia de proporcionalidade, ainda segundo o autor, estava presente também entre os romanos.<sup>370</sup>

Acrescenta Willis Santiago Guerra Filho que o desforço pessoal para proteção de ofensa física ou ao patrimônio também traz uma noção de proporcionalidade. Era regra comum entre os povos primitivos e sobrevive até hoje.

A idéia atual de proporcionalidade está ainda vinculada à limitação do poder estatal em garantia dos que lhe estão sub-rogados. Dessa forma,

Confunde-se em sua origem, como é fácil perceber com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de, se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.<sup>371</sup>

---

<sup>369</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 72.

<sup>370</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 72-73.

<sup>371</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 75. O autor refere-se à Magna Carta inglesa de 1215 como marco histórico no surgimento do Estado de direito e cita fragmento desse texto para demonstrar a presença da idéia de proporcionalidade: “O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”.

Ainda de acordo com Willis Santiago Guerra Filho,<sup>372</sup> no século XX o princípio da proporcionalidade era atinente à atividade policial e buscava evitar excessos na prática. Todavia, acrescenta o autor que o termo “polícia” era abrangente da atividade estatal como um todo demonstrando que sua aplicação já seria como a que se preconiza hoje. Ligado à noção de discricionariedade, é no Direito Administrativo que o princípio, primeiramente, se firma.

O mesmo se encontra em J. J. Gomes Canotilho.<sup>373</sup> Segundo o autor, o princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição do excesso, “dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como *medida* para as restrições administrativas da liberdade individual” tendo sido introduzido , no século XIX, no direito administrativo como princípio geral de polícia.

No direito alemão houve a “proliferação” do uso da idéia de proporcionalidade.

A transposição do princípio de proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional de onde pode vir a ser identificado nos mais diversos setores do direito, se deve em grande parte ao posicionamento assumido em relação a isso pelo Tribunal Constitucional, na Alemanha Ocidental. (...) a partir de um determinado momento passa a referir com frequência expressões em sua argumentação, que se associam claramente ao “pensamento de proporcionalidade”(...) até estabelecer de forma incisiva que o referido princípio e a correlata “proibição de excesso” (...), enquanto regra condutora abrangente de toda a atividade estatal decorrente do princípio do Estado de direito (possui) estrutura constitucional.<sup>374</sup>

<sup>372</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição* . p. 78-79.

<sup>373</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 266 – 267.

<sup>374</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 81-82. O autor faz referência, nesta passagem, à decisão daquele Tribunal: BVerfGE 23, 133, mas cita também decisão anterior (BVerfGE 19,348/349) na qual o princípio foi apresentado como decorrente dos próprios direitos fundamentais como “expressão do anseio geral de liberdade dos cidadãos frente ao Estado, em face do poder público, que só pode vir a ser limitada se isso for exigido para proteção de interesses públicos”. Acrescenta ainda que a opção de deduzir a fundamentação da inscrição do referido princípio no plano constitucional do Estado de direito ou dos direitos fundamentais possui relevância doutrinária.

Conforme J. J. Gomes Canotilho<sup>375</sup>, a doutrina alemã também ergue o princípio da proporcionalidade a princípio constitucional admitindo-o como parâmetro para controlar os atos do poder público. O autor refere-se também a uma “europeização” do princípio da proibição do excesso o qual “é hoje objeto de difusão em toda a Europa através do Tribunal de Justiça das Comunidades”. O princípio é “também utilizado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na concretização/aplicação de algumas normas da Convenção Européia dos Direitos do Homem”.

O Tribunal Alemão emprega o princípio da proporcionalidade, na ausência de procedimento exposto, valendo-se “do que a doutrina aponta como a tríplice manifestação do ‘mandamento da proporcionalidade’, também chamado de ‘proibição de excesso’ : ‘adequação’, ‘exigibilidade’ e ‘proporcionalidade em sentido estrito’”.<sup>376</sup>

A adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito podem ser denominadas de “subprincípios constitutivos”<sup>377</sup> do princípio da proporcionalidade. O primeiro deles “impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”.<sup>378</sup>.. O ato do poder público, em qualquer esfera, deve ajustar-se à relação de adequação de meio a fim. Se o fim almejado pode ser obtido por diversos meios, a opção recairá sobre aquele que se mostrar adequado para atingir o resultado pretendido.

De acordo com Luís Virgílio Afonso da Silva,<sup>379</sup> considerando-se a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, a adequação do meio não deve ser aferida apenas verificando-se se há possibilidade de atingir o objetivo, mas se a sua realização é “fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”.

O “subprincípio” da exigibilidade “coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*”, havendo, assim, a necessidade de

<sup>375</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 269.

<sup>376</sup> GUERRA FILHO. *Teoria processual da constituição*. p. 83 – 84.

<sup>377</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 269.

<sup>378</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 269.

<sup>379</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. p. 36.

provar a impossibilidade de obter o resultado desejado com outro meio menos oneroso para o cidadão.<sup>380</sup> O meio deve ser sempre o “mais suave” dentre os que se mostram possíveis, “ou seja, menos agressivo a bens e valores constitucionalmente protegidos, que por ventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada”.<sup>381</sup>

Verificada a necessidade e adequação do meio a ser utilizado para alcançar determinado fim ainda se deve perquirir quanto à proporcionalidade entre a intervenção e o resultado. É o “subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito”. O meio empregado deve ser o mais vantajoso, “no sentido da promoção de certos valores com o mínimo de desrespeito de outro que a eles se contraponham, observando-se, ainda, que não haja violação do ‘mínimo’ em que todos devem ser respeitados”.<sup>382</sup> De acordo com Luis Virgílio Afonso da Silva,<sup>383</sup> para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito “basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”. A restrição pode até ser pequena e não atingir o núcleo essencial do direito fundamental, porém se os motivos que a guiaram não forem suficiente para justificá-la, será desproporcional.

Na teoria de Robert Alexy, como já mencionado, os princípios são mandatos de otimização de possibilidades jurídicas e fáticas. A proporcionalidade em sentido estrito, para ele, diz respeito às possibilidades jurídicas e a adequação e necessidade dizem respeito às possibilidades fáticas.

De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas.<sup>384</sup>

<sup>380</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 270.

<sup>381</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 183.

<sup>382</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 72 – 73. Em outra passagem da mesma obra (nota de rodapé p. 83), o autor refere-se à Constituição Alemã que em seu art. 19, 2ª parte, consagra o princípio segundo o qual os direitos fundamentais jamais devem ser ofendidos em sua essência. Acrescenta o autor que é justamente desse artigo que alguns autores deduzem a consagração do princípio da proporcionalidade pelo direito constitucional, pois aí estaria a aceitação de que pode existir ofensa a direito fundamental “até certo ponto”. A referência constitucional do princípio da proporcionalidade no Direito português é salientada por CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 273.

<sup>383</sup> SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. p. 40.

<sup>384</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 112 – 113.

Os subprincípios da proporcionalidade ou elementos como denomina Luís Afonso Virgílio da Silva,<sup>385</sup> não podem, segundo ele, ser apenas enumerados sem considerar qualquer ordem, pois existe uma relação de subsidiariedade entre eles: “a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito”.

O sentido até agora apontado para o princípio da proporcionalidade, ou seja, da proibição do excesso, é o mais geral e, em regra, apontado pela doutrina. Todavia, há também, conforme demonstra J. J. Gomes Canotilho, um outro lado da proteção que

revela a proibição por defeito. Existe um *defeito de proteção* quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção* adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. A verificação de uma *insuficiência de juridicidade estatal* deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais.<sup>386</sup>

Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva, à expressão “proibição por defeito” usada por Canotilho deve-se preferir “proibição por insuficiência”. O mesmo autor questiona também a utilização das expressões “proibição de excesso” e “princípio da proporcionalidade” como sinônimos justamente com base na utilização deste princípio como “instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente”.

A Constituição Brasileira de 1988, como referido no início deste trabalho, foi produzida no final de um período político e jurídico de arbítrio e autoritarismo. A Assembléia Constituinte responsável por essa tarefa de superação apontou na instauração de um Estado Democrático de Direito o caminho para o resgate da legitimidade perdida. Tal fórmula

representa, antes de mais nada, a intenção de conciliar de melhor forma possível no presente e cada vez mais no futuro, aqueles princípios e valores que, ao serem reunidos para sua aplicação conjuntamente,

<sup>385</sup> SILVA, Luís Vergílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. p. 34.

<sup>386</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 273.

aumentam o seu alcance e potencializam-se, ao mesmo tempo em que impõem limites uns aos outros, para impedir que a ênfase exagerada em um ou alguns deles perverta-os.<sup>387</sup>

Os princípios constantes do texto constitucional, em abstrato, podem até conciliar-se, porém mesmo ali já surgem muitas vezes contraditórios. Em concreto a colisão é, quase sempre, inevitável e a solução necessária. O problema central que se coloca, portanto, é o de como “estabelecer o princípio e valor maior, à luz do qual se poderá esclarecer dúvidas quanto à forma adequada de equacionar conflitos entre princípios” que surgem mesmo naquela fórmula adotada: Estado Democrático de Direito.<sup>388</sup> De acordo com Willis Santiago Guerra Filho, o princípio que se procura é o princípio da proporcionalidade – o princípio dos princípios – que surge, assim, implícito e pressuposto na reunião entre Estado de direito e democracia. O primeiro, atendendo as exigências de legalidade e a democracia atendendo à legitimidade.<sup>389</sup>

O princípio da proporcionalidade, embora não esteja expresso no texto constitucional brasileiro, pode ser reconhecido invocando-se o §2º do art. 5º: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados...” É passível de emprego, inclusive, na “base” do ordenamento jurídico, em decisões de autoridades judiciais ou administrativas.<sup>390</sup>

É, portanto, através do princípio da proporcionalidade que se resolve o conflito entre os diversos princípios constantes do ordenamento jurídico o que se mostra eficaz tanto para declarar a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) de

<sup>387</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 190.

<sup>388</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 190.

<sup>389</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 189 – 196. É interessante assinalar a posição original do autor (uma certa originalidade é afirmada pelo próprio autor em posfácio da 2ª edição da obra referida) quanto à máxima da proporcionalidade: “nela se pode vislumbrar a norma fundamental que procurávamos, que não se situa somente no ápice de uma ‘pirâmide’ normativa, estática, sendo passível de emprego também na ‘base’ do ordenamento jurídico, em decisões de autoridades judiciais, ou administrativas, instaurando encadeamentos novos e válidos de normas, para atender às necessidades de transformações e adaptações do sistema normativo”.

<sup>390</sup> GUERRA FILHO, *Teoria processual da constituição*. p. 189 - 196.

Essa possibilidade de fundamentação jurídico-positiva do princípio da proporcionalidade não é acatada por Luis Virgílio Afonso da Silva segundo o qual uma tal busca de fundamentação está fadada a ser infrutífera, pois “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da *própria estrutura dos direitos fundamentais*”, ou seja, porque são, em sua maioria, princípios e não regras. Segundo o autor esse posicionamento não se confunde com aquele de Willis Santiago Guerra Filho. SILVA, Luís Vergílio Afonso da. O proporcional e o razoável. p. 43.

uma lei, de um ato administrativo como de uma sentença. A máxima da proporcionalidade destina-se, dessa forma, à interpretação e aplicação do Direito, em especial do Direito Constitucional por ser a constituição o lugar apropriado para inscrever princípios.

## 6 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, buscou-se levantar diversas opiniões doutrinárias a respeito de cada assunto expondo-se, em seguida, conclusões a respeito delas. Buscou-se, dessa forma, construir o fundamento para a concepção do direito de ação a partir da Constituição Federal apresentada em tópico específico. Por isso, o momento agora é mais de resumir do que de concluir.

Logo no início do trabalho usou-se o termo crise com o sentido de: “uma fase difícil, grave, na evolução das coisas, dos fatos, das idéias”.<sup>391</sup> A fase difícil pela qual passam o Estado, o Direito e a Ciência do Direito tem seu momento inicial localizado ao final da Segunda Guerra Mundial. De lá para cá, a Ciência do Direito não tem conseguido elaborar conceitos capazes de conter as dificuldades que atravessa o Estado justamente (Verdú) porque as duas correntes – positivismo e jusnaturalismo – que polarizaram um dilema que se arrastou desde a antigüidade, decaíram junto com a experiência nazista e fascista. A busca por uma “terceira via” para além do direito natural e do direito positivo é, hoje, uma das grandes discussões na Filosofia do Direito (Kaufmann).

As constituições nascidas para limitar o poder do soberano e assegurar liberdades individuais devem ter sua função redimensionada diante de uma sociedade complexa e pluralista. A constituição é a ordem fundamental do Estado e também da sociedade. Determina e conforma a organização estatal e distribui competências, mas não pode prever tudo. Não é apenas um marco formal para o direito ordinário porque contém normas que são princípios. E princípios são valores que, presentes na constituição, se irradiam por todo o ordenamento ganhando densidade tanto na lei infraconstitucional como na sentença. São mandatos de otimização (Alexy), determinando que algo seja realizado na maior medida possível, segundo possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios, diferentemente das regras, podem conflitar exigindo ponderação.

---

<sup>391</sup> Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito cujos fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º CF). Deste Estado não se espera apenas abstenção em relação à sociedade, mas sua atuação democrática.

Da jurisdição, portanto, exige-se mais do que apenas declarar a vontade da lei ou especificá-la diante do caso concreto. Uma e outra opção mantêm-se vinculadas às idéias positivistas. A presença de princípios no ordenamento jurídico, mormente na constituição, que é seu lugar natural, põe em evidência o Poder Judiciário, mas não converte juízes em justiceiros. Princípios são normas. Do juiz do Estado Democrático de Direito exige-se a concretização de valores constitucionais através de procedimentos que também são estabelecidos de acordo com aqueles valores. Não há, portanto, adesão às teorias procedimentais puras. É próprio da constituição estabelecer, formal e materialmente, como serão elaboradas outras normas da ordem jurídica. Tem, portanto, natureza *também* de lei processual (Willis Santiago). Diz-se também porque a constituição fixa certos modelos de conduta através da atribuição de direitos e deveres fundamentais onde se vai buscar o objetivo a atingir com aqueles procedimentos de elaboração de normas. Há, dessa forma, duas dimensões do direito – processual e material – que se relacionam e se exigem mutuamente. Não há, portanto, dois planos distintos. A relação entre direito material e direito processual é uma relação de integração na qual a dimensão jurídico-processual não é mero instrumento de realização do direito material, mas parte integrante do mesmo.

O art. 5º, XXXV/CF é um princípio predominantemente processual que inscreve na constituição o valor justiça. Processualmente, destina-se ao legislador e ao juiz. Materialmente, estabelece para o Estado o dever de apreciar a lesão ou ameaça de direito alegado. É direito ao procedimento que por “envolver participação e influência dos vários sujeitos na formação do ato decisório” (Willis) deve ser, tecnicamente, denominado de processo. Essa dimensão material não é determinada isoladamente. Há vários princípios (valores) que com ele se conformam, entre os quais estão aqueles inscritos no art. 5º incisos I, LIII, LIV, L, LVI e LXXVIII e art. 93, I, c, 93 IX/CF. Todavia, o

principal vetor de orientação na aplicação de princípios é a fórmula política do Estado constante no art. 1º CF.

Aquele que procura o Estado por ter um direito lesado ou ameaçado deve encontrar um juiz que seja seguro no exercício da Jurisdição (art. 93,II,c). Um juiz que não seja apenas a “boca da lei”, mas que também não invoque convicções próprias para solucionar conflitos que lhe são apresentados.

A presença de vários princípios, que podem conflitar diante do caso concreto exigindo ponderação, ressalta a importância da máxima da proporcionalidade fundamentada no art. 5º § 2º CF.

Quanto às condições da ação conclui-se que elas não são requisitos<sup>392</sup> para existência do direito ao procedimento. São requisitos para admissibilidade do julgamento do mérito vinculados à decisão política de regradar a movimentação do aparelho judiciário que requer altas despesas do Estado. São requisitos genéricos que não afastam a possibilidade de requisitos específicos. Nem por isso se diga que o legislador poderia determinar a submissão a todo e qualquer requisito. A constituição, como já afirmado, é um sistema de princípios e regras que obriga a todos, inclusive, o legislador.

Por último, afirma-se que o direito de ação como direito ao processo, da forma como foi exposto, permite novos estudos e novas análises adequadas ao atual Estado Democrático de Direito abrindo caminho para a superação da crise identificada no início deste trabalho.

---

<sup>392</sup> O termo ‘requisito’ mostra-se apropriado, pois as ‘condições da ação’ não são propriamente ‘eventos futuros e incertos a que se subordina a eficácia de um ato jurídico’.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto e y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. 211.p.

\_\_\_\_\_. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Trad. Luís Afonso Heck. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, v. 217, p. 67 – 79, jul/set. 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Versão castelhana: Ernesto Garzón Valdés; revisão Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p. (Col. El derecho y la justicia).

\_\_\_\_\_. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica. Trad. Manuel Atienza. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n.5, p. 139 – 151, 1988. disponible em: [www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml](http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml) Acesso em 13 fev. 2006.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 10 – 22, out/dez. 2002.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2004. 240 p. (Col. Obra prima de cada autor.)

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. 190 p.

ARRUDA ALVIM, **Manual de direito processual civil**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. I. 699 p.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n.24, p. 671 – 687, 2001. disponível em: [www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml](http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml) Acesso em 12 jan. 2006.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios y reglas. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 10, p. 101 – 120, 1991. disponível em: [www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml](http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml) Acesso em 12 jan. 2006

BAETHGEN, Walter Eduardo. As 'condições da ação' e o novo código de processo civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 251, p. 16 – 26, jul/set. 1975.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A . Jurisdição. In: **Teoria geral do processo civil**.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A; GOMES, Fábio. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 60 – 82.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 368 p.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 91 – 114, nov/dez. 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 176 p.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. A ação e as condições da ação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 96, p. 260 – 266, out/dez. 1999.

BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. 444 p.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. 330 p.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. e notas de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia**. tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. 207 p.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5.ed. Brasília: OAB Editora, 2004. 949 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria do estado**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 511 p.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 230 p.

\_\_\_\_\_. Apresentação da obra: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUZAID, Alfredo. Paula Baptista. Atualidade de um velho processualista. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 137, p. 331 – 346, set. 1951.

CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de acción. In: **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Melendo. Bueno Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961. p. 133 – 160.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **A ação civil no processo civil brasileiro**. São Paulo: Livraria Progresso, 1961.153 p.

\_\_\_\_\_. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 138 p.

\_\_\_\_\_. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, p. 55 – 67, abr/jun. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 57 – 86.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

\_\_\_\_\_. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXVI, p. 151 – 201, 1990.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11.ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. 540 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual civil e penal**. Trad. do espanhol para o português Júlia Jimenes Amador. Campinas: Péritas, 2001.v. I. 457 p.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v.I. 612 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.131 p.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. 3.ed. Campinas: Bookseller,2002. v. I – II.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 359 p.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.577 p.

\_\_\_\_\_. Saudades da 'constituição cidadã'. **Folha de São Paulo**. São Paulo: 03/out/1998. Especial Constituição 10 anos. p. 4.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Prefácio à obra: CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Intr. e trad. Antonio Menezes Cordeiro 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. CXIV p.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo:Saraiva, 1946. 408 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 260 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 413 p.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I – III.

\_\_\_\_\_. **Execução civil**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 582 p.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre direito e processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 432, p. 23 – 38, out. 1971.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. (Nova Fronteira). **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: 1986.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. 268 p.

GOMES, Fábio. Da ação. In: BAPTISTA DA SILVA. Ovídio; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 90 – 133.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.451, p. 24 – 31, maio. 1973.

\_\_\_\_\_. A crise do poder judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 98, p. 18 – 26, abr/jun. 1991.

\_\_\_\_\_. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. 195 p.

GUERRA, Marcelo Lima. Condições da ação e mérito no processo cautelar. **Revista de Processo**, v. 78, p. 191 – 203, abr/jun. 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4.ed. São Paulo: RCS Editora, 2005. 276 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria processual da constituição**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. 234 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. 252 p.

\_\_\_\_\_. **A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição**. São Paulo: Atlas, 2001. 110 p.

\_\_\_\_\_. Da interpretação especificamente constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 128, p. 256 – 259, out/dez. 1995.

\_\_\_\_\_. Metodologia jurídica e interpretação constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 62, p. 123 – 140, abr/jun. 1991.

\_\_\_\_\_. Teoria da jurisdição: nota sobre uma nova disciplina. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 59, p. 231 – 233, jul/set. 1990.

HABERMAS, Jürgen. Justiça e legislação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional. In: **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I. p. 297 – 354.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei. In: **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. De Marcos Keel. KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (org.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 281 – 326.

\_\_\_\_\_. Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley. In: **El pensamiento jurídico contemporâneo**. Trad. Maria Virginia Martinez Bretones

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. Madrid: Editorial Debate, 1992.p. 201- 217.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. 34 p.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998. 576 p.

\_\_\_\_\_. **Escritos de derecho constitucional.** Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Coleção Estudios Constitucionales. 104 p.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito.** Trad. Antonio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. 534 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6.ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** 2.ed. São Paulo: Kairós Editora, 1985. 62 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** 2.ed. Trad. e notas Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 278 p.

LOEWENSTEIN, Karl. La constitución. In: **Teoría de la constitución.** Trad. de Alfredo Gallego Anabinarte. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 149 - 160

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003. 189 p.

LUCAS VERDÚ, Pablo; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. **Manual de derecho político.** 3.ed. Madrid: Tecnos, 1994. v. I. 324 p.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Trad. Peter Naumann. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 49, p. 150 – 168, jul. 1990.

MAQUIAVEL. **O príncipe.** Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001. 189 p. (Col. a Obra prima de cada autor).

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

MATTO, Hebe Maria. A face negra da abolição. **Revista Nossa História**, Ano2. nº 19. maio. 2005. p. 16 – 20.

MESQUITA. José Ignácio Botelho de. **Da ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. 133 p.

MONTEIRO, João. **Teoria do processo civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1956. 459 p.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melvilled. São Paulo: Martin Claret, 2003. 727 p. (Coleção a Obra prima de cada autor. Série Ouro).

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e padrões para teses, dissertações e monografias**. 5.ed. Londrina: Eduel, 2003. 155 p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 265 p.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 749 p.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 476 p.

ROMANO, Santi. Origens e caracteres do moderno constitucionalismo. In: **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 42 - 55

SANCHÍS, Luis Prietro. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. v. 23, p. 161 – 195, disponível em:

[www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml](http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml). Acesso em 12 mar. 2006.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2.ed. México: Editorial Porrúa, 1973. 320 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 878 p.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23 – 50, abr. 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 342 p.

THEODORO Jr, Humberto. O juiz e a revelação do direito *in concreto*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 360, p. 23 – 33, mar/abr. 2002.

\_\_\_\_\_. Condições da ação. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 259, p. 39 – 44, jul/ago. 1977.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Existe o direito de ação? **Revista de direito processual civil**, Ano III. v. 5, p. 7 – 12. jan/jun. 1962.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000. 190 p.