



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

MARCELO DIAS DA SILVA

**DA ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO
CIVIL: EXERCÍCIO, EXTENSÃO E LIMITES
NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Londrina

2011

MARCELO DIAS DA SILVA

**DA ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO
CIVIL: EXERCÍCIO, EXTENSÃO E LIMITES
NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Alves Gomes

Londrina
2011

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação -na-Publicação (CIP)

S586d Silva, Marcelo Dias da.
Da atividade probatória do juiz no processo civil : exercício, extensão e
limites no âmbito do Estado democrático de direito / Marcelo Dias da
Silva. – Londrina, 2011.
157 f.

Orientador: Sérgio Alves Gomes.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2011.
Inclui bibliografia.

1. Estado Democrático de Direito – Teses. 2. Juizes – Decisões – Teses.
3. Processo civil – Teses. I. Gomes, Sérgio Alves II. Universidade Estadual
de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. III. Título.

CDU 340.12

MARCELO DIAS DA SILVA

**DA ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ NO
PROCESSO CIVIL: EXERCÍCIO, EXTENSÃO E LIMITES
NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sérgio Alves Gomes
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Francisco Emilio Baleotti
UEL – Londrina - PR

Prof. Dra. Maria de Fátima Ribeiro
UNIMAR – Marília - SP

Londrina, 15 de junho de 2011.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua grandeza inefável e por possibilitar contínuo reajustamento às suas leis e compreensão de sua bondade e de sua justiça.

À minha família, pelo apoio incondicional. Que possamos nos unir cada vez mais, sob a proteção de Deus, que nos tem ofertado grandes oportunidades de crescimento íntimo.

Ao Prof. Dr. Sérgio Alves Gomes, pela paciência e pelas lições imorredouras que a mim ministrou como professor, como orientador e como magistrado. Ficarão elas marcadas no meu espírito de forma indelével.

À amiga dileta Kléia Bortolotti, com quem tive a honra de compartilhar do convívio durante o curso de direito, que, com palavras afetuosas, me impulsionou à conclusão destes estudos. A você, meu eterno agradecimento por tudo e meu reconhecimento de sua grandeza para a Magistratura.

Ao estimado amigo André Carias de Araujo, juiz culto e humano, por se preocupar comigo e com o êxito dos meus estudos, meu sincero agradecimento. Suas palavras de incentivo ainda ressoam em meu íntimo e assim continuarão para sempre, assim como a nossa amizade, cujos frutos tem-me prestado de bússola para bem viver. À prezada amiga Maria Celia Nogueira Pinto, exemplar estudiosa do direito, professora e advogada, sem o incentivo da qual este trabalho seria impensável. A você, toda minha homenagem e agradecimento pelos momentos importantes e profícuos, vividos durante as aulas de mestrado.

Ao servidor da Secretaria do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, Francisco Carlos Navarro, que não negou esforços para me auxiliar e me incentivar durante esta fase da minha vida.

Por fim, aos funcionários dos fóruns de Curiúva, de Primeiro de Maio e de Ibaiti, Comarcas do Paraná a que tive e tenho a honra de servir, pela compreensão a mim dispensada ao longo de mais este passo na minha caminhada.

"Não conheço outro ofício que exija, de quem o exerce, mais que o do juiz, um forte senso de viril dignidade, aquele senso que impõe buscar na sua consciência, mais que nas ordens alheias, a justificação do seu modo de agir, e de rosto descoberto assumir plenamente a responsabilidade por ele".

Piero Calamandrei

SILVA, Marcelo Dias. **Da atividade probatória do juiz no processo civil**: exercício extensão e limite, no âmbito do Estado Democrático de Direito. 2011. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

RESUMO

Verifica o exercício, a extensão e os limites da atividade probatória do juiz no processo civil sob o influxo dos valores assumidos pelo Estado Democrático de Direito. São apresentadas diretrizes filosóficas sobre a compreensão do direito, dentro de temas ligados ao jusnaturalismo, ao juspositivismo e ao pós-positivismo. As ideias do ideário pós-positivista são empregadas para esboçar o que se entende por neoconstitucionalismo e Estado Democrático de Direito, bem como sua influência na nova processualística, com o alargamento do conceito de jurisdição e o impacto no redimensionamento da importância política, social e jurídica do juiz. O ativismo judicial é apresentado como um dos valores albergados pelo Estado Democrático de Direito com influência definitiva no direito probatório. São relacionados aspectos para a sistematização de uma teoria geral das provas, tais como conceituação, objeto e meios de prova. Busca apresentar os objetivos almejados com a proatividade judicial em matéria probatória e solucionar alguns problemas oriundos desse modo de agir do magistrado. Sustenta a necessidade de revisão e de resgate de alguns valores como indispensáveis à personalidade do magistrado, dentro do novo paradigma. Conclui que a atividade probatória do juiz exercida dentro da noção de proatividade revela-se como importante mecanismo de efetividade do processo e é traço característico do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Perspectivas jusfilosóficas do direito contemporâneo. Jusnaturalismo. Juspositivismo. Pós-positivismo. Neoconstitucionalismo. Estado democrático de direito. Ativismo judicial. Atividade probatória do juiz. Iniciativa probatória do juiz. Novo paradigma de juiz.

SILVA, Marcelo Dias. **Evidence of activity of the judge in civil procedure: Proceedings and limit and extension exercise, under the Democratic State Law.** 2011. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

ABSTRACT

Checks the exercise, the extent and limits of evidential activity of the judge in a civil procedure suit under the influence of the values assumed by the Democratic State Law. Policies are presented on the philosophical understanding of the law, in topics related to natural law, the juspositivis and post-positivism. The ideas of post-positivism ideas are employed to outline what is meant by neoconstitutionalism and Democratic State of Law and its influence on new procedure with extending the concept of jurisdiction and the impact on the resizing of the major political, social and legal judge. Judicial activism is presented as a shelter by the values of a democratic state with definite influence on the law of evidence. Aspects are related to the systematization of a general theory of evidence, such as concept, object and means. Seeks to present the objectives pursued with the judicial proactivity concerning evidence and solve the problems arising from this way of acting magistrate. Recognized the need for revision and redemption of certain values as essential to the personality of the magistrate, within the new paradigm. It concludes that the judge's evidential exercised within the concept of proactivity is revealed as an important mechanism for effective process and characteristic of a Democratic State of Law.

Key-words: Perspectives legal philosopher of the modern law. Natural law. Juspositivism. Post-positivism. Neoconstitutionalism. Democratic State of Law. Judicial activism. Evidential the judge. Initiative evidence of the judge. New paradigm of judge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CAPÍTULO I: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	15
1.1 SOBRE O CONCEITO DE DIREITO	15
1.2 PERSPECTIVAS JUSFILOSÓFICAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO	19
1.2.1 Jusnaturalismo	20
1.2.2 Juspositivismo	26
1.2.2.1 Generalidades	26
1.2.2.2 Pontos fundamentais	30
1.2.3 Pós-positivismo	43
1.2.3.1 Noções gerais	43
1.2.3.2 A importância dos princípios	50
1.3 NEOCONSTITUCIONALISMO	58
1.4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	62
1.4.1 Notícia histórica	62
1.4.2 O novo modelo	69
1.5 A NOVA PROCESSUALÍSTICA	71
1.6 A FIGURA DO JUIZ NA MODERNIDADE	78
1.7 ATIVISMO JUDICIAL	81
1.7.1 Causas e Relevância do novo Paradigma	81
1.7.2 Objeções e Refutação.....	86
2 CAPÍTULO II: O DIREITO PROBATÓRIO. A PROVA. O JUIZ	93
2.1 NOÇÕES GERAIS DE DIREITO PROBATÓRIO	93
2.1.1 Introdução	93
2.1.2 Da prova	96
2.1.2.1 Objeto da prova	99
2.1.2.2 Meios de prova	104
2.2 EFETIVIDADE E ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ.....	112
2.3 O COMPROMETIMENTO DO JUIZ COM A VERDADE REAL.....	116
2.4 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE ÔNUS DA PROVA E INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ	120

2.4.1	Do ônus da prova	120
2.4.2	Da iniciativa probatória	123
2.4.3	Ônus da prova e proatividade judicial.....	127
2.5	CONFRONTO ENTRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA IMPARCIALIDADE	131
3	CAPÍTULO III: DA NECESSIDADE DE REVISÃO DE VALORES	139
3.1	ATRIBUTOS PESSOAIS INDISPENSÁVEIS AO MAGISTRADO PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA.....	139
3.1.1	Problematização	139
3.1.2	Dos predicativos personalítiscos do juiz para o exercício proativo dos poderes instrutórios	143
	CONCLUSÃO	149
	BIBLIOGRAFIA	153

INTRODUÇÃO

O papel do juiz nos primórdios do direito romano era bem distinto daquele que se espera dele no tempo atual. Sabe-se que o direito privado teve elevado desenvolvimento durante o período em que Roma dominava o mundo conhecido. Nessa época, o juiz não detinha a jurisdição, que, na acepção clássica e extraída de sua própria etimologia, significa o poder de dizer o direito, ante uma relação de conflito de interesses, em nome do Estado e em caráter impositivo, às partes que contendem. Naquela época, o juiz nada mais era do que um simples *árbitro* e sua atividade era decorrência de uma cláusula de natureza contratual, por meio da qual se estipulava que, em caso de litígio, seria este solucionado por um juiz, ou melhor, um árbitro¹.

No passado do direito processual civil brasileiro, quando ainda vigoravam por aqui as Ordenações do Reino de Portugal, era nítida a figura do juiz absolutamente inerte e impassível ao devir processual. O impulso do processo dependia exclusivamente da vontade das partes, ao contrário do que se sucede hoje-em-dia, já que o impulso é de caráter oficial, muito embora a propositura da ação esteja condicionada quase que exclusivamente à vontade das partes.

Esses dois exemplos foram citados para ilustrar que durante longos séculos o juiz manteve-se à sombra das partes que a ele reivindicavam direitos e interesses. Paradoxalmente, era ele o sujeito processual de somenos importância da relação jurídica formada a partir da lide, que figurava à margem da atividade das partes, sempre à espera de que estas se movimentassem para obtenção da sentença.

O juiz, então, durante longo período da história, não detinha atividade probatória ou era ela bastante reduzida e limitada, isso porque o domínio, nessa área, era das partes, que a exercia em nome do princípio dispositivo e o

¹ A título exemplificativo, podem ser citadas as seguintes obras sobre direito romano: (a) CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998; (b) TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996; (c) MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995; (d) GRASSI, Fiorindo David. *Direito Romano hoje - síntese da história e da filosofia do direito romanista*. Frederico Westphalen: Ed. da URI, 1996; (e) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; (f) ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998; (g) CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977; e (h) CRUZ, Sebastião. *Direito romano - lições*. Coimbra, Portugal: Almedina, 1969.

sistema era construído em cima da verdade formal, em total desprezo e esquecimento à verdade real, que sempre deveria ser, mas não o era, o fim último a ser perseguido por aquele que representa o Estado na solução de litígios, ao estabelecer uma norma concreta que deverá ser obedecida pelos contendores que disputam o direito posto à custódia do juiz.

Mas essa mentalidade cedeu lugar à outra, bastante diferente.

Os estudos de direito processual civil desenvolvidos durante e a partir do século XIX foram decisivos para que fosse definido ou, antes, aprofundado o conceito de direito de ação, que passou a ser concebido, após profícuos embates doutrinários, como direito subjetivo público à tutela jurisdicional. Finalmente, fazia-se a distinção entre direito material e direito de ação.

Mais adiante, com a edição da célebre obra de Oskar von Büllow, em 1865, intitulada *Dos Pressupostos Processuais*, adveio, com melhor sistematização, a distinção entre exceções e pressupostos processuais. Estes últimos, e aí está o grande progresso, poderiam, *independentemente da vontade das partes*, ser conhecidos de ofício pelo juiz, por ser ele o diretor e condutor do processo. Depois, também em razão da influência da obra do escritor alemão, o juiz passou a ser reconhecido também como principal sujeito da relação processual.

Compreendeu-se, também, que a atividade do juiz não se dava somente em função de interesses particulares, mas, antes, ou melhor, de forma concomitante, em garantia a interesses públicos estabelecidos e tutelados pelo Estado, do qual emana o ordenamento jurídico. Ao solucionar a lide, o juiz, em nome do Estado, não está apenas resolvendo um conflito privado; está, antes, restabelecendo, em caráter público, a norma, que ele mesmo criou, mas que foi violada, em garantia ao direito material reivindicado. Mediante essa noção, já se antevê a importância que a figura do juiz passou a ostentar. Não aparece mais ele como árbitro cuja função se dirigia à solução de problemas privados; agora ele está, em nome do Estado, restabelecendo a força do ordenamento jurídico.

É natural que, ao lado da magnitude dessa função, crescesse a importância social e política do juiz e, em consequência, a gama de poderes que exerce a partir do estabelecimento da relação jurídico-processual. O princípio dispositivo cedeu lugar ao princípio do impulso oficial; o princípio da verdade formal foi perdendo espaço para o princípio da verdade material e o feixe de poderes entregue ao juiz pelo Estado foi ampliado para salvaguarda do direito.

Sua função, antes passiva, transmutou-se, no mundo contemporâneo, para *ativa*, como reflexo do forte impacto trazido pelo ideário *pós-positivista*.

Dentre esses poderes se destaca a atividade probatória desenvolvida pelo juiz.

Antes caracterizado pela inércia quase que absoluta, tendo sido considerado, por influência da doutrina de Montesquieu², a *bouche de la loi* (expressão francesa que indica ser o juiz a "boca da lei", isso porque deveria apenas externar em seus pronunciamentos a vontade contida nos preceitos legais previamente elaborados pelo Poder Legislativo), o juiz moderno passou a assumir, principalmente após a *publicização* do processo, papel de destaque na solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, na medida em que deixou de figurar unicamente como destinatário das provas para se sobressair na condução de mecanismos voltados à busca da verdade real, paralelamente às funções probatórias desenvolvidas prioritariamente pelos litigantes.

A atividade probatória do juiz se destaca, atualmente, como importante mecanismo de *efetividade* do processo, pois, por meio deste, o Estado aplica a tutela jurisdicional a quem a requerer e, por isso, exhibe claro interesse em vê-la concedida da forma mais eficiente possível, em plena realização dos escopos a que visa a jurisdição.

Dentro dessa ordem de ideias, a doutrina e a jurisprudência têm procurado estabelecer critérios teóricos e hermenêuticos, muitas vezes de forma antagônica, capazes de encontrar um equilíbrio entre a atividade jurisdicional intrinsecamente imparcial e a necessidade de o juiz ordenar e coordenar a obtenção de meios probatórios para fundamentar as decisões, compondo o litígio.

À vista desse contexto publicista, por seu turno, o direito moderno não mais admite a postura passiva do magistrado, circunscrito às provas apresentadas pelos litigantes.

O magistrado moderno deve deixar de ser mero observador e exercer ativamente suas atribuições de sujeito processual representante do Estado

² *Do Espírito das Leis*. Coleção "Os Pensadores". Introdução e notas de Gonzague Truc. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 152.

na solução de conflitos confiados à guarda do Poder Judiciário. Por isso, deve velar para que este atinja seus propósitos dentro do processo.

E esses propósitos poderão ser atingidos a partir do momento em que o magistrado adotar uma postura processual ativa e participativa.

A *mens legis* que se extrai do art. 130 do Código de Processo Civil é exatamente essa. De acordo com o dispositivo, "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

A atividade probatória correta e eficazmente desenvolvida pelo magistrado contribui para o bom desempenho da jurisdição e para a efetividade do processo, ainda mais se for levado em consideração que a busca da verdade real é um dever do magistrado comprometido com o resultado *justo* do processo, um dos fins do Estado Democrático de Direito.

Partindo-se do pressuposto de que a fase processual mais decisiva, em termos de convencimento do juiz, é a probatória, sobleva pesquisar o conteúdo e a amplitude dos poderes instrutórios do juiz, dentro da moderna processualística, assim como a forma e qualificativos pessoais para seu exercício. E é exatamente essa a proposta deste trabalho, que está dividido em três partes.

A primeira parte traçará as diretrizes teóricas que balizarão o conteúdo das seguintes. Serão abordados alguns aspectos ligados ao conceito de direito, às perspectivas jusfilosóficas do direito contemporâneo, ao jusnaturalismo, ao juspositivismo, ao pós-positivismo, ao moderno constitucionalismo, ao Estado Democrático de Direito, à nova processualística, à figura do juiz na modernidade e ao ativismo judicial. O objetivo desta parte é dar fundamentação teórica à seguinte, situando a problemática dentro de suas linhas filosóficas.

A segunda parte terá por objetivo discutir o exercício, a extensão e os limites da atividade probatória do juiz e, dentro dessa perspectiva, serão discutidos os seguintes temas: noções gerais de direito probatório; efetividade e atividade probatória do juiz; o comprometimento do juiz com a verdade real; os poderes instrutórios do juiz como mecanismo de aprimoramento da qualidade da prestação jurisdicional; confronto entre a iniciativa probatória do juiz e os princípios da igualdade e da imparcialidade.

A última parte do trabalho, previamente à conclusão, examinará alguns atributos subjetivos do magistrado para o correto exercício da atividade probatória, bem como a necessidade de revisão de alguns valores.

CAPÍTULO I

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1 SOBRE O CONCEITO DE DIREITO

O fenômeno jurídico é fato marcante na sociedade. Até onde se possa retroceder na história, é possível imaginar o homem inserido dentro de um contexto de regras mínimas de comportamento, sem as quais a vida social seria impraticável. A partir do momento em que um homem tenha contato com outro, seja ou não de seu núcleo familiar, nascem para cada um deles limitações que afetarão diretamente a liberdade de agir. O direito é, assim, o fundamento maior da sociabilidade humana.

E, por isso, conceituá-lo é tarefa árdua, já conhecida dos grandes estudiosos. Primeiro, porque o direito é uma realidade multifária, ou seja, passível de ser compreendida por diferentes ângulos. Segundo, porque é um fenômeno em constante mutação.

Não obstante, faz-se indispensável estabelecer algumas fronteiras desse fenômeno social, porque daí decorre a compreensão necessária do objeto do presente estudo.

A primeira ideia que se liga a de direito é a de lei. Quando se pensa em direito, pensa-se, em caráter indissociável, em lei. Lei e direito são, em perspectiva preliminar, institutos que se fundem ou, antes, que se confundem.

Mas a lei, para fins de conceituação do direito, deve ser vista, não como apenas aquela oriunda do poder estatal legislador, mas, sobretudo, como norma. O conceito de norma deve ser ampliado para abranger o de lei e, enfim, prestar-se para balizar o de direito.

Diz-se que norma, em conceituação bastante ampla, é uma proposição enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória. A norma pode ser entendida como proposição porque seu conteúdo evidencia-se por meio de uma ou mais proposições entre si correlacionadas. A norma projeta um *dever ser*, ou seja, um comportamento que indica o que deve ser seguido pelo membro da sociedade. A norma é objetiva e obrigatória porquanto seu caráter é heterônomo, ou seja, dirigido contra a vontade

do obrigado, quando envolve regra de conduta, ou sem comportar alternativa de aplicação, quanto veicula regras de organização³.

O direito também é concebido como faculdade. Faculdade de agir ou *facultas agendi*, que é o direito subjetivo extraído do direito positivo. Algumas doutrinas, como o normativismo de Hans Kelsen, negam a existência de direito subjetivo, sustentando que este nada mais é do que o direito objetivo, ou seja, a norma jurídica, criada pelo Estado, em sua relação com o sujeito. Sem polemizar, é possível afirmar que o conceito de direito subjetivo não é unívoco, mas análogo. Aplica-se a situações diferentes, embora semelhantes. O direito subjetivo é sempre uma relação de dependência de um objeto (bem ou atividade) a uma pessoa (o bem ou a atividade lhe pertencem, são seus); essa relação é reconhecida pela ordem jurídica, que confere ao titular ou aos seus representantes prerrogativas de agir em relação a esse objeto⁴.

A par dessa visão técnica do direito, que praticamente se entrelaça com a de norma jurídica, pode esta ser vista também como resultado da realidade social. Com efeito, a norma emana da sociedade, por seus instrumentos e instituições vocacionados a formular o direito e, por isso, reflete o que a sociedade — ou, antes, quem a controla — tem como objetivos, bem como suas crenças e valorações e, por fim, seus conceitos éticos e finalísticos. O fenômeno jurídico, visto pelo ângulo da sociologia, é reflexo da realidade social subjacente, mas também fator condicionante dessa realidade.

Ele atua sobre a sociedade, como as outras formas pelas quais se apresenta o complexo sociocultural. A vida política é regulada pelas normas de direito. Ela se processa segundo princípios e normas fixados na ordem jurídica, e o Estado, mesmo, é a institucionalização maior dessa ordem jurídica estabelecida. Os fatos econômicos, certamente os de maior influência no condicionamento geral da sociedade, são, contudo, também eles, condicionados pelos demais, desde a arte, o senso estético, as religiões, as valorações coletivas, e assim também pelo direito⁵.

O direito, além de norma, faculdade e fato social, também é visto como *ciência*. A ciência do direito é a *descrição* do fenômeno jurídico. O tema é

³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 95.

⁴ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 22.ed. com colaboração de Luiz Antonio Nunes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 448.

⁵ ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social*. 9.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. p. 67.

profundamente complexo e exigiria um estudo à parte para esboçá-lo (ou tentar esboçá-lo) em seus detalhes. Quanto ao caráter científico da ciência do direito, encontra-se, comumente, a afirmação de que se trata de conhecimentos sistemáticos, isto é, *metodicamente obtidos e comprovados*. A sistematicidade é, portanto, argumento para a cientificidade. Entende-se, com isso, uma atividade ordenada segundo princípios próprios e regras peculiares. A ciência do direito pretende distinguir-se, via de regra, pelo seu método e também pelo seu objeto. Ela é vista pelos juristas como uma atividade sistemática que se volta principalmente para as normas. Ciência da norma, a ciência do direito desenvolveria, então, um método todo próprio que procuraria captá-la na sua situação concreta. Contudo, é possível afirmar, ainda em caráter bastante preliminar, que a experiência histórica demonstrou grande dificuldade de efetuar a transposição de modelos feita a partir do século XIX, cujo pensamento jurídico então reinante tentou dar ao direito a metodologia própria das ciências naturais. Essa pretensão conduziu o jurista a cuidar apenas das relações lógico-formais dos fenômenos jurídicos, deixando de lado o seu conteúdo empírico e, principalmente, axiológico⁶, valores que seriam resgatados a partir da segunda metade do século XX, conforme será visto adiante.

O direito, além das acepções mencionadas, também pode ser visto como *justiça*. Associam-se as palavras *justiça* e *direito*. Diz-se que o juiz pratica a justiça. Esta linguagem provém da Antiguidade, do direito romano e mais remotamente da Grécia. Já nas primeiras linhas do *Digesto* é sublinhada a conexão das palavras *jus* e *justitia* (*esta utem a justitia appellatum jus*). Elas derivam efetivamente da mesma raiz⁷. Direito, na acepção de justo, é o bem devido por justiça ou a conformidade com as exigências da justiça. Direito, nesse significado, é a ideia ou o ideal de justiça, é o direito legítimo. Esse é o sentido axiológico do direito⁸.

Feitas essas breves considerações acerca das significações do direito, é possível afirmar, em um primeiro momento, que a tradição filosófico-

⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 13/14.

⁷ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. Definições e fins do direito. Os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 51.

⁸ HERKENHOFF, João Baptista. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p. 87.

⁹ O positivismo jurídico será examinado em tópico subsequente.

científica, fortemente influenciada pelo positivismo jurídico⁹, entende o direito como sistema de normas que ajusta o homem à sociedade.

Mas houve novas luzes sobre essa concepção, oriunda do embate entre positivistas e não positivistas, relativamente à inserção, negada pelos primeiros e defendida pelos últimos, da *moral* na moldura conceitual do direito, bem como a respeito da divisão de normas em *regras* e *princípios*.

As teorias positivistas defendem a *tese da separação*, que determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser¹⁰.

Opostamente, as teorias não positivistas compreendem o direito dentro da tese da vinculação, de acordo com a qual o conceito de direito deve abranger elementos ligados à moral. Além da legalidade, também indispensável àquele conceito, a moral ocupa lugar de primazia.

Há unanimidade entre positivista e não positivista sobre o caráter *aberto* do direito positivo. Existem várias razões para tanto. Especialmente importantes são o caráter vago da linguagem do direito, a possibilidade de contradições entre as normas, a falta de uma norma na qual a decisão possa ser apoiada e a possibilidade de decidir até mesmo contra o enunciado de uma norma em casos especiais. Nesse sentido, pode-se falar em um âmbito de abertura do direito positivo, o que pode ser mais ou menos amplo.

De acordo com lições de Robert Alexy¹¹:

A partir do ponto de vista da teoria positivista, essa conclusão só pode ser interpretada de uma maneira. Por definição, no campo da abertura do direito positivo não se pode decidir com base no direito positivo, pois, se isso fosse possível, não se estaria no campo de abertura. Em contraposição a isso, o argumento dos princípios diz que o juiz também está legalmente vinculado no âmbito da abertura do direito positivo, ou seja, do direito estabelecido e eficaz, e isso de uma maneira que cria uma vinculação necessária entre direito e moral.

⁹ O positivismo jurídico será examinado em tópico subsequente.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 3.

¹¹ Ibid. op. cit. págs. 85/87.

A base do argumento dos princípios é constituída pelo desdobramento do conceito de norma entre regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, são mandamentos definitivos. Princípios são *mandamentos de otimização*, ainda na linguagem de Alexy. *Como tais, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas*¹².

Em síntese, é possível afirmar que o fenômeno jurídico exhibe-se como lei, faculdade de agir, fenômeno social, ciência e justiça. Cada qual dessas facetas apresenta-se sob inúmeras formulações filosóficas e científicas. No início da construção científica do direito, proporcionada pelo juspositivismo, o direito apresentou-se inserido em quadrantes herméticos. Depois, abriu-se para outras construções, a serem vistas nos tópicos subsequentes. Assim, a conceituação primaz do direito é traduzir-se como conjunto de *normas*. Pode-se, enfim, considerar que, no mundo contemporâneo, o direito é um conjunto de normas, aí incluídas regras e princípios, de conteúdo jurídico e de conteúdo moral.

1.2 PERSPECTIVAS JUSFILOSÓFICAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

O direito, a partir do final do século XIX e das primeiras décadas do século XX, sofreu forte influência de duas formas diferentes de pensá-lo. Consagraram-se, entre os estudiosos, duas vertentes do conhecimento jurídico: o positivismo e o pós-positivismo.

Não se pretende fazer aqui uma exposição detalhada acerca dos desdobramentos dessas duas importantes correntes jusfilosóficas que marcariam para sempre a história do desenvolvimento da teoria do direito e, também, da experiência jurídica, o que requereria trabalho específico.

Com propósitos menos abrangentes, pretende-se apenas esboçar alguns aspectos, reputados indispensáveis à compreensão do tema tratado, que caracterizam, em termos amplíssimos, essas duas formas de pensar, modernamente, os fundamentos do direito.

¹² ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Op. cit. p. 85.

Faz-se indispensável, entretanto, dentro dessa ordem de ideias, previamente à exposição sobre o positivismo e o pós-positivismo, retroceder-se um pouco na história para se encetarem algumas observações que garantirão melhor compreensão das raízes do pensamento jurídico contemporâneo.

Essas observações passam pela dicotomia existente entre direito natural e direito positivo.

1.2.1 Jusnaturalismo

O direito natural é assunto que permeia o estudo do direito desde épocas remotas. É um assunto que ainda preocupa os pesquisadores e se mantém no centro da reflexão filosófico-jurídica¹³.

O jusnaturalismo, em termos genéricos, pode ser compreendido como uma corrente do pensamento filosófico-jurídico que tem por objeto o estudo do direito natural e em seu seio reúne diversas formulações teóricas que surgiram ao longo da história. Sobre o elemento unificador dessa corrente, afirma António Braz Teixeira¹⁴:

Embora haja assumido diversas formulações e apresentado diferentes conteúdos através dos tempos, a ideia de Direito Natural tem como elemento comum unificador e identificador a da existência de uma ordem normativa, imanente e manifestada na natureza ou na realidade, que é como que o paradigma, o modelo ou o arquétipo a que deve subordinar-se o direito positivo, que deve procurar explicitá-lo, desenvolvê-lo e concretizá-lo nas ordens normativas concretas que estabelece ou constitui.

Talvez seja possível extrair do movimento sofístico, ocorrido no século V a.C., as raízes da separação entre direito natural e direito positivo.

Mais precisamente em Hípias e Antifonte, dois importantes pensadores da sofística, é possível anteverem-se alguns conceitos que se prestariam à distinção entre direito natural e direito positivo. A sofística, acrescentando-se, tornar-se-ia célebre, mais pelas críticas que lhe foram irrogadas por Platão e Aristóteles, em defesa de Sócrates, do que pelas importantes ideias que procurou

¹³ HERKENHOFF, João Baptista. *Filosofia do direito*. Op. cit. p. 102.

¹⁴ *Sentido e Valor do Direito - Introdução à Filosofia Jurídica*. Maia (Portugal), Imprensa Nacional -Casa da Moeda, 1990, apud HERKENHOFF, João Baptista. *Filosofia do direito*. Op. cit. p. 102.

difundir, cuja importância começou a ser-lhe reconhecida por estudiosos tão-somente a partir do século XX¹⁵.

Desde logo, é importante ressaltar que os sofistas foram responsáveis por dar novos rumos ao eixo da reflexão filosófica, preocupada que estava, até então, com a natureza.

Os chamados filósofos da *physis* compreendiam, a partir de elementos vinculados à natureza e ao cosmos, a essência de tudo. Os sofistas, ao se depararem com os estudos levados a efeito até então por filósofos do porte de Tales de Mileto e de Pitágoras, colocaram o homem no centro de suas atenções.

Um conhecido filósofo sofista, já mencionado, de nome Hípias, dedicou-se com amplitude ao estudo da matemática e de ciências ligadas à natureza, porque acreditava que o conhecimento da natureza mostrava-se essencial para a compreensão e condução da vida humana. Portanto, o homem deveria se pautar precisamente pelas leis da natureza, mais do que pelas leis humanas. Desse modo, nascia a distinção entre um direito ou uma lei natural e um direito positivo, ou seja, estabelecido pelo homem. O primeiro é eternamente válido, o segundo é contingente¹⁶.

É interessante notar, em razão da modernidade de seus ensinamentos, que Hípias extraiu consequências mais positivas do que negativas da distinção que realizou. Em particular, ele ressalta que, com base nas leis da natureza, não têm sentido as discriminações das leis positivas, que dividem os cidadãos de uma cidade dos de outra ou então que dividem os cidadãos no interior de uma mesma cidade.

Pode-se, dizer, assim, que, além da distinção entre direito natural e direito positivo, criado pelos homens, Hípias extraiu uma importante consequência, estabelecendo, por que não dizer, aquilo que, com a Revolução Francesa, no século XVIII, convencionou-se chamar de *princípio da igualdade*, e que, no mundo contemporâneo, é considerado ínsito ao moderno Estado Democrático de Direito.

Outro filósofo sofista, também já relacionado, de nome Antífote, entreteceu radical antítese entre natureza e lei, pregando que a natureza é a

¹⁵ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: antiguidade e idade média*. 10.ed. São Paulo: Paulus, 2007. v.1, p. 73 e seguintes.

¹⁶ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia —Antiguidade e Idade Média*. Op. cit. págs. 73 e seguintes.

representação da verdade e que a lei positiva, por ser fruto da inteligência humana, é mera opinião, devendo ser desrespeitada, quando se puder fazê-lo impunemente.

Corroborou-se o pensamento de Hípias, escrevendo que, por natureza, os seres humanos são todos iguais.

Em Roma, o direito natural também atravessou muitas formulações, devendo aqui ser destacada aquela oriunda da filosofia dos estoicos. O ensinamentos do estoicismo pregavam que o homem deveria se pautar de acordo com sua natureza racional, que é manifestação da lei universal, ou seja, do direito natural. Com fundamento nessa principiologia, o direito natural passou a ser visto pelo direito romano, em uma de suas fases, como um *direito racional, próprio do homem*, isso porque *o direito era decorrente da natureza, da qual o homem recebe a noção de justo e injusto; não podia, portanto, basear-se em vontades arbitrárias, mas, sim, em ideias morais inatas*¹⁷. Igualmente, Cícero¹⁸, expoente da cultura romana, expôs sua compreensão de direito natural da seguinte forma:

Há de fato uma verdadeira lei denominada reta razão, que é conforme à natureza, aplica-se a todos os homens, é imutável e eterna. Ela não prescreve uma norma em Roma, outra em Atenas, nem uma regra hoje e outra diferente amanhã. Essa lei eterna e imutável abrange todos os tempos e todos os povos.

Essa é uma representação rudimentar, não obstante relevante e pioneira, daquela corrente de pensamento que a doutrina denominaria mais tarde de *direito natural* ou *jusnaturalismo*.

A ideia de direito natural predominou por longos séculos, ao longo dos quais sofreu inúmeras reformulações, devendo ser destacada doravante, porque útil ao presente trabalho, aquela difundida a partir da filosofia escolástica, durante a Idade Média.

Quando da Escolástica, os estudiosos passaram a conceber a lei como ente transcendente, da qual deveria derivar a lei humana. Por ser transcendente, a lei natural não estaria sujeita a encerrar equívocos. Seria imutável e perfeita.

Os responsáveis pela difusão dessa noção foram Santo Agostinho, representante da Filosofia Patrística, e mais precisamente Santo Tomás de Aquino,

¹⁷ HERKENHOFF, João Baptista. *Filosofia do direito*. Op. cit. p. 104.

¹⁸ *Da República*. 3.ed. São Paulo: Atena, apud, HERKENHOFF, João Baptista. Ibid. op. cit. p. 104.

este último o nome maior da Escolástica. O direito, dentro dessa perspectiva, deveria se preocupar em produzir a lei humana sempre à luz da lei natural. Para esses pensadores, a lei natural era pura emanção de Deus¹⁹.

Santo Tomás de Aquino, em estudo sobre o direito, defendeu a premissa de que existem princípios superiores que são responsáveis pela disciplina da ordem jurídica. Além disso, explicou que a lei produzida pelo homem só poderá reivindicar o designativo de *lei* se decorrer da lei da natureza; esta, portanto, funciona como elemento condicionante da lei humana. Se a lei produzida pelo homem contrastar em algum ponto com a lei natural, não pode receber o qualificativo de lei. "Será corrupção dela, desprovida de validade, não obrigando em consciência a ninguém. Por fim, a lei deve respeitar a natureza do ser cuja atividade regula; deve ser conforme à natureza racional do homem"²⁰.

A história, todavia, estava destinada a modificar os rumos dessa concepção.

Com efeito, a partir da revolução científica iniciada no século XV e da criação do Estado moderno no século XVI, o direito natural passou a ser visto não mais como fruto de uma revelação divina ou mesmo do reconhecimento supra-humano de uma lei oriunda da divindade, conforme, diga-se de passagem, defendido por Tomás de Aquino, durante a Idade Média; mas, antes, da própria *razão*.

A origem divina do direito natural é transferida para a razão. Costuma-se atribuir a Hugo Grócio²¹ a origem do jusnaturalismo fundado na razão. A respeito, a lição de Miguel Reale é bastante esclarecedora²²:

Para os grandes metafísicos do século XVII, como Descartes e Malebranche, Espinosa e Leibniz, "a razão é a região das verdades eternas, verdades comuns ao espírito humano e ao divino", encontrando a sua máxima expressão nas Matemáticas. Daí aparecer, na doutrina de Hugo Grócio, um dos fundadores do novo jusnaturalismo, o problema do Direito enlaçado com o da Matemática. Na mesma linha de pensamento, consoante nos lembra Ernst Cassirer, declara Leibniz que a ciência do Direito pertence

¹⁹ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: antiguidade e idade média*. Op. cit. págs. 73 e seguintes

²⁰ SANTOS, Arlindo Veiga dos. *Filosofia política de Santo Tomás de Aquino*. Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1954. *apud* HERKENHOFF, João Baptista. *Filosofia do direito*. Op. cit. p. 105.

²¹ Além de Hugo Grócio, podem ser citados os seguintes representantes do jusnaturalismo racionalista: Immanuel Kant, Tomas Hobbes, Benedito de Spinoza, Samuel Pufendorf, Johann Christian von Wolff, Jean-Jacques Rousseau e Christian Thomasius.

²² *Filosofia do direito*. 20.ed., 3a tir. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 99.

às disciplinas que não dependem de experiências, mas de definições; não de fatos, mas de demonstrações rigorosamente lógicas.

Esse sucinto texto de Reale já entremostra que o crescimento desmedido da confiança nos poderes da razão cederia espaço não ao desenvolvimento do direito natural, como se supusera, mas, sim, ao seu enfraquecimento, o que será melhor analisado no tópico seguinte.

De acordo com Hugo Grócio, não é mais Deus ou a ordem divina o substrato do direito, mas a natureza humana e a natureza das coisas. Não há possibilidade de uma sanção religiosa. O direito natural não mudaria seus ditames na hipótese da inexistência de Deus, nem poderia ser modificado por ele. O método dedutivo, influência do raciocínio matemático e geométrico, é o que possibilita à reta razão alcançar as regras invariáveis da natureza humana²³.

Outro autor bastante influente dentro do jusnaturalismo e discípulo de Grócio foi o alemão Samuel Pufendorf. Tentou ele trazer, novamente, para explicar o direito natural, o elemento divino. Vê-se, segundo seus leitores, que, na transição entre a tradição da teologia medieval para o racionalismo que lhe seguiria, Pufendorf tentou compatibilizar a razão e o divino, como fontes do direito natural. As leis da natureza fazem do homem um animal social, as de cada cidade fazem do homem um cidadão, e, as divinas, determinam a condição do cristão perante Deus²⁴.

Pufendorf indicou um desdobramento de funções entre a lei humana e a lei natural. Para ele, a primeira tem por finalidade reger o comportamento exterior do homem, enquanto que a segunda, muito embora também influente no comportamento do homem, ser-lhe-ia mais próxima dos sentimentos íntimos. Ainda, segundo os ensinamentos do filósofo alemão:

As leis naturais são aquelas que estão de acordo com a natureza sociável do homem, que uma sociedade honesta e pacífica não poderia se manter entre a humanidade sem elas, donde que isto pode ser buscado, e seu conhecimento adquirido pela luz daquela razão, que nasce com todos os homens, e por uma consideração da natureza humana em geral (Pufendorf, "Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural", 2007, p. 89)²⁵.

²³ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de filosofia do direito*, 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 259.

²⁴ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Ibid.* op. cit. p. 262.

²⁵ *Apud* BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Ibid.* op. cit. p. 262.

Ao lado de Grócio e Pufendorf, deve ser citado, ainda que rapidamente, o pensamento de um dos mais importantes teóricos da política, ou seja, o inglês John Locke, a respeito do direito natural.

Muito embora Locke não acreditasse na existência de leis inatas, de origem divina, compreendia ele que a vida humana também seria influenciada por outras leis, além das positivas. Quis ele dizer que existe, sim, uma lei natural, cujo conhecimento é dado ao homem alcançar por meio da razão. A seguinte passagem de sua obra fundamental, ou seja, *Segundo tratado sobre o governo civil*, ilustra muito bem essa forma de ver o direito natural como fruto da razão:

[...] O legislativo, ou autoridade suprema, não pode arrogar para si um poder de governar por decretos arbitrários improvisados, mas se limitar a dispensar a justiça e decidir os direitos do súdito através de leis permanentes já promulgadas e juízes autorizados e conhecidos. *Como a lei da natureza não é uma lei escrita, e não pode ser encontrada em lugar algum exceto nas mentes dos homens*, aqueles que a paixão ou o interesse incitam a mal citá-la ou a mal empregá-la não podem ser tão facilmente convencidos de seu erro na ausência de um juiz estabelecido [...] ²⁶ (grifo nosso)

Assim, na concepção lockeana, convivem, simultaneamente, o estado civil com o estado de natureza. O estado civil é erigido para garantir a vigência e proteção dos direitos naturais que correriam grande perigo, no estado de natureza, por encontrarem-se totalmente desprotegidos. Assim, são a guerra e a desordem que ameaçam os homens e os motivam a formar as regras que constituem o modo de vida regido pelo Estado e pelas leis. A sociedade é, então, apenas o artifício para manterem-se os direitos naturais, e não pode corrompê-los, desvirtuá-los ou suprimi-los²⁷. A respeito do direito natural e sua função no chamado estado de natureza, são as seguintes palavras do pensador inglês:

[...] ainda que se tratasse de um "estado de liberdade", este não é um "estado de permissividade": o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. O "estado de Natureza" é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que,

²⁶ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis/RJ: Vozes, 1994, p. 164. Coleção "Clássicos do pensamento político".

²⁷ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. Op. cit. págs. 264/266.

sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens [...]”²⁸ (grifo nosso)

O crescimento desmedido da relevância da razão, empregada para fundamentar durante séculos o próprio direito natural, acabou expulsando-o do centro dos estudos filosóficos, os quais, por sua vez, também cederam espaço à ciência, o que passará a ser visto no tópico que segue.

1.2.2 Juspositivismo

1.2.2.1 Generalidades

O século das luzes (século XVIII), também conhecido como século da razão, produziu nos estudiosos dos mais diversos ramos do conhecimento humano o sentimento de que somente a razão, por meio da ciência, poderia produzir o conhecimento verdadeiro. Sobre a filosofia dessa época, explica Gonzague Truc²⁹:

A filosofia do século XVII inaugurara as principais vertentes do pensamento moderno: de um lado, o racionalismo, que, partindo de Descartes (1596-1650), pretendia reduzir todo o conhecimento científico a ideias claras e distintas, sob a inspiração das matemáticas; de outro, o empirismo inglês, que, desde Francis Bacon (1561-1626), mostrava que todas as ideias se originavam na experiência sensível, nada havendo no intelecto que antes não houvesse existido nos sentidos. Apesar de divergirem quanto à origem do conhecimento, essas duas correntes concordavam num ponto fundamental: a verdade é obra do homem. Consequentemente, o critério de legitimidade dos conhecimentos seria a evidência - inteligível ou sensível -, e não a autoridade. O desvendamento dos segredos da realidade estaria ao alcance das condições humanas, naturais, de conhecimento: abolia-se o sentido de mistério que envolvia a visão de mundo medieval e em seu lugar colocava-se a noção de problema, como algo que poderia ser resolvido desde que para tanto se dispusesse do instrumento metodológico adequado.

A filosofia, que gozava de grande influência sobre o saber humano, passou a ceder lugar ao conhecimento científico. A confiança na ciência apresentava-se como característica do espírito moderno, herdeiro do pensamento de René Descartes e de Francis Bacon. O avanço da ciência, e isso se tornou

²⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. *Op. cit.* p. 84.

²⁹ *In* Introdução em *do Espírito das Leis*, MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondât, baron de la Brède et de. *Op. cit.* p. VII.

dogma, afastaria todas as sombras e instauraria a claridade, a lúcida compreensão a respeito do homem e de natureza. "Em lugar do mistério, das credences, da cega submissão à autoridade, seria instalado o primado da razão, o reino das luzes"³⁰.

E os estudos vinculados ao homem, entre os quais o direito, foram *elevados* à categoria de ciência, com objeto determinado, método próprio de investigação e indenes a juízos de valor. O direito foi equiparado às ciências naturais, de que são exemplos a física, a biologia e a química.

A esse movimento, iniciado sob a doutrina de Augusto Comte³¹, a história reservou a denominação de *positivismo*. Em âmbito jurídico, *juspositivismo*, que coloca os olhos da *agora* ciência jurídica na realidade fática, reduzindo-a à compreensão e estudo da norma e do sistema jurídico. O direito passou a ser visto pelo ângulo visual do *dever ser*, considerado assim como uma realidade normativa, como realidade lógico-formal.

O positivismo jurídico, na lição de um dos maiores estudiosos do tema, Norberto Bobbio³², adveio do esforço investigativo de dar ao estudo do direito o *status* de uma verdadeira e adequada *ciência* que reivindicasse para si os mesmos caracteres das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais, com realce para a descrição e com abstração dos valores e do elemento moral de sua moldura conceitual.

A característica fundamental de todo conhecimento que ambiciona o designativo de *ciência* reside em sua *avaloratividade*. Este atributo nasce da distinção entre *juízos de fato* e de *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico, "na medida em que a ciência requer somente juízos de fato, que representam uma tomada de conhecimento da realidade; o juízo de valor representa uma tomada de posição frente à realidade"³³.

O juspositivismo tomaria sua formulação máxima com o *nomativismo* de Hans Kelsen, a partir da publicação da primeira edição, em 1934,

³⁰ Gonzague Truc, *In* Introdução em *Do Espírito das Leis*, MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *Op. cit.* p. VIII.

³¹ Podem ser citadas, a título ilustrativo, duas importantes obras de Augusto Comte: (a) *Discurso sobre o espírito positivo: ordem e progresso*. Tradução de Renato Barboza Rodrigues Pereira, revista por Ivan Luís. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo; Porto Alegre: Globo, 1976; (b) *Opúsculos de filosofia social (1819-1928)*. Tradução de Ivan Lins e João de Souza. Introdução de Sofia Beatriz Lins Peixoto. Porto Alegre: Globo, 1972.

³² *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

³³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. *Op. cit.* p. 135.

de sua obra-prima: *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, reconhecidamente como uma das mais — se não a mais — importante obra jurídica do século XX e que marcaria para sempre os rumos jusfilosóficos do estudo do direito.

No início do primeiro capítulo, Kelsen adverte que o designativo *pura*, constante do título de sua obra, indica a proposta de se garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito.

Quer isto dizer, nas palavras do jusfilósofo, que a teoria pura do direito pretendia libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos³⁴, tais como aspectos morais, sociais, psicológicos, éticos etc.

Para o normativismo, somente seria direito a norma produzida pelo Estado. E a própria noção de Estado identifica-se com a de ordenamento jurídico. O direito natural, tão caro ao estudo do direito até parte do século XIX, seria uma ficção, sem fundamento na realidade que ele procurava explicar, compreender e regular.

De acordo com os ensinamentos de Kelsen, a norma jurídica tem fundamento em outra norma jurídica. E o jurista, para compreender seu objeto de estudo, deve estudar a norma que a fundamenta e não os dados alheios ao saber jurídico que porventura pudessem ter influenciado sua criação.

Por ser a norma o elemento central dos estudos kelsenianos a respeito do direito, o autor teceu especial destaque ao tema da *validade*, que era, em seu modo de pensar, a existência da norma que satisfizesse todas as formalidades legais, tais como rito, procedimento, hierarquia, para se qualificar como tal, independentemente da verdade ou falsidade que veicula, isso porque, para que um preceito se qualifique como norma, basta o cumprimento dos requisitos formais previamente prescritos pelo ordenamento jurídico em que está inserido. A norma que transitar por todas essas fases será *válida* e passível de ser aplicada.

O fundamento último de validade das normas, que desempenha papel de pressuposto lógico do sistema, é um ente transcendental a que Kelsen denominou de *norma fundamental* ou, no idioma do autor, *Grundnorm*. O sistema jurídico para Kelsen é unitário, orgânico, fechado, completo e autossuficiente; nele,

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

nada falta para seu aperfeiçoamento; normas hierarquicamente inferiores buscam seu fundamento de validade em normas hierarquicamente superiores. Há uma ligação entre as normas de forma hierárquica e o ponto culminante é a norma fundamental, onde todas haurem fundamento. O ordenamento jurídico resume-se a esse complexo emaranhado de relações normativas. Qualquer abertura para fatores extrajurídicos comprometeria sua rigidez, sua completude e sua dignidade científica, de modo que a norma fundamental desempenha esse papel importante de fechamento do sistema normativo escalonado³⁵.

Esse encadeamento das normas entre si, iluminadas pelo pressuposto lógico plasmado a partir da norma fundamental, não interfere na atividade do juiz de interpretar o ordenamento jurídico e aplicar a norma ao caso que lhe é submetido. Ele assim o fará criando uma norma que disciplinará a solução que foi dada à controvérsia. Nesse caso, a norma particular é criada a partir de normas gerais.

Daí se vê, mais uma vez, a subordinação das normas entre si, no ordenamento jurídico idealizado a partir dos ensinamentos de Hans Kelsen, cuja investigação científica sempre esteve atrelada aos juízes de fato.

A interpretação feita pelo juiz é a chamada interpretação autêntica, onde a aplicação está diretamente ligada à exegese da norma.

Outros aspectos do juspositivismo, mais aprofundados, serão desenvolvidos na sequência, sob a perspectiva do normativismo kelseniano.

Comparando o jusnaturalismo com o juspositivismo, pode-se afirmar que os estudiosos que se inserem na primeira corrente tem no mínimo um traço comum: o *dualismo*. Para os positivistas, de forma geral, existe apenas o direito positivo, objeto da ciência do direito, a quem cabe descrevê-lo a partir dos enunciados estabelecidos pelas autoridades constituídas. Para o jusnaturalismo, existe, além do direito positivo instituído pelos homens, o direito natural, que lhe dá sustentáculo e é passível de ser conhecido. Portanto, é preciso estabelecer uma dessemelhança com o positivismo. "Este último nega a existência do direito natural, enquanto o jusnaturalismo reconhece a existência do direito positivo, mas considera que existe, subjacente a ele, um direito natural ao qual o direito positivo se deve sujeitar. Direito natural e direito positivo são, portanto, hierarquizados"³⁶.

³⁵ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de filosofia do direito*. Op. cit. p. 371.

³⁶ TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 21.

O jusnaturalismo é o objeto central das críticas dos positivistas, e as principais têm como fundamento a recusa ao cognitivismo ético, isto é, a recusa à tese segundo a qual existiriam valores objetivos e passíveis de serem conhecidos pelo direito, a partir da razão. Os valores são desconhecidos da ciência do direito, cuja preocupação deve estar voltada aos fatos.

Essas linhas gerais acerca do juspositivismo acendem a necessidade de aprofundamento de suas diretrizes. E isso será feito no tópico que segue.

1.2.2.2 Pontos fundamentais

Feita a apresentação geral do juspositivismo e seu embate com o jusnaturalismo, eis o momento de apresentá-lo como mais vagar, com alguns detalhes indispensáveis à compreensão do presente trabalho. As ideias principais desenvolvidas nesta temática foram hauridas na obra de Norberto Bobbio³⁷, com algumas menções à obra de Hans Kelsen³⁸.

O modo de idealizar a ciência do direito, sob o ângulo positivista, prende-se à necessidade de lhe dar sustentação lógica a partir do estudo das ciências da natureza, que lhe servem de exemplo a ser seguido e de que originam várias ideias.

A primeira consequência dessa tentativa de igualar a ciência do direito às ciências da natureza é a distinção feita entre a ciência propriamente dita e seu objeto de estudo, ou seja, distinguir o estudo exterior do direito do próprio direito. Feita a distinção, à ciência caberia descrever seu objeto de estudo, o direito, com abstração absoluta de julgamentos de valor. Esse caminho a ser perseguido pela ciência, quando procura descrever seu objeto de estudo, é iluminado por um dos princípios basilares do positivismo jurídico, qual seja, a *neutralidade axiológica*. A consequência a que deve almejar a ciência do direito é a descrição do direito posto pelas autoridades competentes, de cujo conteúdo devem ser retirados o direito natural e a moral. É dentro desse pensamento que se afirma que o vocábulo

³⁷ *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Op. cit.*

³⁸ *Teoria pura do direito. Op. cit.*

"positivista deve ser aplicado tanto à positividade do direito quanto à filosofia positivista"³⁹.

Estabelecidas essas bases, é possível relacionar, de acordo com Norberto Bobbio⁴⁰, as características fundamentais do positivismo jurídico, que podem ser resumidas em sete pontos ou problemas. Não se ignora a existência de diversos segmentos teóricos dentro do pensamento positivista. Aqui somente procurar-se-á estabelecer alguns pontos considerados essenciais à compreensão dessa forma de pensar o direito, como medida indispensável ao esclarecimento da tese central do presente trabalho.

O *primeiro* desses pontos ou problemas refere-se à forma de abordar, de estudar o direito. O positivismo jurídico problematiza essa questão considerando o direito como um fato e não como um valor, conforme já se afirmou neste trabalho. O direito é visualizado como um conjunto de fatos passível de ser descrito pela ciência que o tem como objeto.

Ao lado dos fatos, o direito também abrange os fenômenos e dados sociais que compõem a sociedade, assim como se sucede com o mundo natural. Nessa forma de abordar o direito, o seu estudioso, ou seja, o jurista, terá que pesquisá-lo da mesma forma que o cientista de uma ciência natural estuda a realidade do campo da natureza que constitui o objeto do saber de seus estudos. Nessa tarefa, caberá ao jurista observar a realidade normativa, apreendê-la e descrevê-la, sem emissão de considerações valorativas. Na linguagem juspositivista, explica Norberto Bobbio⁴¹, "o termo 'direito' é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor".

Desse modo de pensar o direito, decorre a teoria da validade do direito ou teoria do formalismo jurídico. Nela, a validade do direito se funda em critérios formalmente estruturados, onde o conteúdo é desprezado, conforme mencionado no tópico anterior.

Aspecto central desta doutrina é representado pelo fato de que o direito prescinde de seu conteúdo, ou seja, da matéria por ele regulada, isso porque o conteúdo do direito é infinito e variado, característica que não se afina com o

³⁹ TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. Op. cit. p. 26.

⁴⁰ *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Op. cit. p. 131.

⁴¹ *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Op. cit. p. 131.

juspositivismo. O ordenamento de uma sociedade primitiva e o de uma sociedade desenvolvida, o ordenamento de um Estado liberal e o de um Estado socialista, o ordenamento do Estado e o canónico ou o internacional podem ser muito diversos um do outro quanto ao conteúdo. O que elevaria um fenómeno social à categoria de ente jurídico é o caminho procedimental percorrido por ele. A norma previamente aprovada de acordo com as leis do país pertence ao direito porque percorreu as fases do procedimento legislativo. Qualquer tentativa de definir o direito em relação ao seu conteúdo estaria fadada ao fracasso, porque não existe matéria que o direito não tenha historicamente regulado ou não possa em um eventual futuro regular.

Assim, para o positivismo, o direito pode disciplinar todas as condutas humanas possíveis. Isso é possível porque o direito é uma técnica social que serve para influir na conduta humana.

Esse modo de visualizar o direito pode ser denominado de *formalismo jurídico*. Ainda segundo lições de Norberto Bobbio⁴², "a concepção formal do direito define, portanto, o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente de seu conteúdo. O positivismo considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece".

A *segunda* característica principal do juspositivismo reside na definição do direito. A definição do direito é circunscrita a partir do elemento *coação*. Surge, então, a *teoria da coatividade do direito*. Ao conceber o direito como fato, o positivismo jurídico considera direito o que vige como tal, porque regularmente aprovado pelo poder competente, em uma determinada sociedade, durante certo espaço de tempo.

A concepção coercitiva do direito sustentada pelo positivismo jurídico firmase no elemento da *vis coactiva* e, implicitamente, traz consigo a ideia de Estado, que é uma organização social que detém essa força de modo eminente e exclusivo. Logo, definir o direito em função da coerção significa considerar o direito do ponto de vista do Estado. A definição coercitiva se funda, portanto, em uma concepção estatal do direito. "Esta concepção é, de fato, contemporânea da formação do Estado moderno, que foi teorizado no século XVII por Hobbes, embora

⁴² Ibid. op. cit. p. 145.

seja na época do positivismo jurídico que tal concepção celebrou seus triunfos máximos"⁴³.

O direito é um conjunto de regras que tem por objeto a regulamentação do exercício da força em uma sociedade. Historicamente, busca-se essa compreensão a partir da passagem do estado de natureza para o Estado. O estado de natureza é caracterizado pelo uso indiscriminado da força individual. Cada um usa o próprio arbítrio de sua força, sem que tal comportamento possa jamais ser qualificado como ilícito. O direito surge quando cessa este exercício indiscriminado da força individual e se estabelecem as modalidades de exercício da força.

Nessa ótica, o direito estabelece antes de mais nada quem deve usar a força. Seu exercício não diz respeito a todos, mas somente a um grupo determinado de pessoas. Há, assim, a formação do monopólio do uso da força em favor de um grupo social, que é o Estado, e o exercício da força se qualifica como lícito ou ilícito segundo provenha do grupo monopolizador da força ou de outros sujeitos.

O direito também se estabelece quando o grupo monopolizador pode usar a força. A força não pode ser exercida arbitrariamente, mas somente quando ocorrem determinadas circunstâncias previstas pela lei, de que são exemplos os crimes previstos na legislação penal.

O direito dita, acrescente-se, quando a força deve ser exercida. As normas processuais regulam precisamente a modalidade por meio da qual se julga a aplicação da coação, de modo a atribuir aos cidadãos certas garantias contra usos arbitrários do poder por parte do Estado.

Por fim, o direito regula a quantidade da força, disciplinando quais atos de coerção podem ser exercidos. Objetiva-se reduzir ao mínimo o exercício arbitrário do poder por parte do grupo monopolizador.

O *terceiro* problema do juspositivismo aponta para a compreensão do importante tema das *fontes do direito*, que se tornou indispensável, até presentemente, ao estudo da ciência do direito e se constitui em importante capítulo da introdução ao estudo do direito nos meios acadêmicos. O positivismo jurídico

⁴³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. *Op. cit.* 147

elabora uma complexa teoria das relações entre lei e costume⁴⁴ e das relações entre lei e jurisprudência. Há também as fontes pressupostas ou aparentes, de que é exemplo a equidade.

Fontes do direito, em conceituação singela, são fatos ou atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas.

A importância do problema das fontes do direito está no fato de que dele depende o estabelecimento da pertinência das normas: tais normas lhe pertencem ou não, conforme derivem ou não dos fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção das suas normas. Em outros termos: o problema das fontes do direito diz respeito à validade das normas jurídicas. Uma norma é válida, ou seja, existe juridicamente, se for produzida por uma fonte autorizada. É uma característica singular do juspositivismo.

A doutrina das fontes do direito desenvolvida pelo positivismo é balizada no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito, a lei, sobre todas as outras, e isso influenciou, sem dúvida, mais de uma geração de juristas durante o transcurso do século XX e ainda produz fortes ecos na sociedade contemporânea. Os ordenamentos jurídicos, de regra, são hierarquizados, no sentido de que suas fontes se dispõem em planos diversos, hierarquicamente subordinados um ao outro. Neste caso, o conflito de normas contrastantes entre si e provenientes de fonte diferentes é resolvido não mais com base no critério cronológico, mas com base no critério hierárquico, resumido no brocado *lex superior derogat inferiori*.

A posição teórica e prática do costume tem particular importância no processo histórico que leva ao predomínio da lei sobre as outras fontes do direito. A doutrina moderna do costume situa o fundamento da validade das normas consuetudinárias no poder do juiz que acolhe tais normas para resolver uma controvérsia. As normas consuetudinárias, visto que criadas pela sociedade, não são jurídicas; vestem-se desse predicativo somente quando se fazem valer pelo poder judiciário, quando assume o *status* de normas estatais.

Ao lado do costume, também se situa a decisão do juiz como fonte do direito. No processo de formação do Estado moderno, o juiz perde a posição que

⁴⁴ Para o positivismo jurídico, o costume *contra legem* é rejeitado. Admite-se, somente, o *secundum legem* e, eventualmente, o *praeter legem*.

anteriormente detinha de fonte principal de produção do direito, para se transformar num órgão estatal, subordinado ao poder legislativo e encarregado de aplicar fielmente as normas estabelecidas por este último. O resultado desse desenvolvimento pode ser sintetizado na afirmativa de que, com base nos princípios do positivismo jurídico que foram acolhidos pelo ordenamento jurídico dos Estados modernos, no século XIX e durante boa parte do século XX, o juiz não pode com uma sentença própria ab-rogar a lei, assim como não o pode o costume. O poder judiciário, desse modo, não é uma fonte principal do direito. Pode acontecer, no entanto, que o juiz se apresente como uma fonte delegada, o que acontece quando ele pronuncia um juízo de equidade, ou seja, um juízo que não aplica normas jurídicas positivas preexistentes e, sim, regras formadas a partir de sua concepção individual de justiça, o que somente acontecerá se for ele autorizado pela lei. É claro que toda essa forma de pensar o direito está sendo atualmente revista, conforme se verá quando do estudo do pós-positivismo, que trouxe como contribuição à ciência do direito a função *criativa* da jurisprudência.

O discurso sobre juízo de equidade como fonte do direito passa para o problema da chamada *natureza das coisas*, que nasce da exigência de garantir a objetividade da regra jurídica. O problema é saber se existe efetivamente esta relação entre a natureza do fato e a regra. Contraditoriamente, parece inevitável recorrer-se ao jusnaturalismo, nesses casos, porquanto, por meio dessa última corrente de pensamento jurídico, pode-se extrair da própria natureza do homem as regras fundamentais da conduta humana. Mas, lembre-se, o juspositivismo nega a existência do direito natural.

Prosseguindo-se no exame dos setes problemas do positivismo jurídicos, tem-se a *quarta* problemática, que é a *teoria da norma jurídica*. Para a corrente de pensamento jurídico em exame, a norma é um comando, de cuja ideia decorre a *teoria imperativista do direito*. A norma pode ser positiva ou negativa, autónoma ou heterónoma, técnica ou ética. Há também normas permissivas, que são aquelas que fazem manifestar em menor grau a natureza imperativa do direito; estabelecem a quem são dirigidos os comandos jurídicos, de onde provém o problema dos destinatários da norma.

A teoria imperativista da norma jurídica está umbilicalmente ligada à concepção legalista-estatal do direito, que considera o Estado como única fonte do direito e determina a lei como a única expressão do poder normativo. Assim, não se

pode configurar como comando a norma consuetudinária, porque o comando é a manifestação espontânea de convicção jurídica.

A concepção imperativista do direito não surgiu com o positivismo jurídico, havendo uma longa tradição precedente, que remonta ao pensamento filosófico-jurídico romano.

Dentro da concepção imperativista de norma, há o problema da norma permissiva, cujo conceito se desdobra em duas categorias: normas permissivas em sentido próprio, que atribuem uma faculdade ou licitude, e as normas atributivas, que conferem um poder.

As normas permissivas em sentido próprio não contrariam, na realidade, a doutrina imperativista, pelo fato de não serem normas autónomas, mas simples disposições normativas que servem para limitar um imperativo anteriormente estabelecido. Quando em um ordenamento se encontram disposições que atribuem a permissão de ter ou não ter um determinado comportamento, significa afirmar que, com tais disposições, se quer limitar ou negar um imperativo anteriormente estabelecido, que proíbe ou ordena ter aquele comportamento.

Enquanto que na norma permissiva encontra-se uma faculdade que é oposta ao dever, na norma atributiva encontra-se o poder que é correlato ao dever. A norma atributiva, portanto, confere a um dado sujeito um poder, mas tal poder por parte do sujeito comporta sempre e necessariamente um dever por parte de um outro sujeito. Por exemplo, enquanto o credor tem o poder de exigir o pagamento da soma emprestada, o devedor tem o dever de restituir tal soma. Esta correlação é recíproca, no sentido de que, como o poder implica o dever, assim também o dever implica o poder. Se a norma atribui um dever a um sujeito, atribui um poder a um outro sujeito⁴⁵. A norma atributiva então é apenas uma norma imperativa na qual o legislador se exprime em termo de poder, em lugar de se exprimir em termo de dever, dirigindo-se ao destinatário do poder, em vez de dirigir-se àquele do dever.

O *quinto* ponto fundamental que se desdobra a partir do estudo do juspositivismo é a *teoria do ordenamento jurídico*, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Op. cit. p. 188.

O positivismo jurídico defende a difundida teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico. Por meio do requisito *coerência*, entende-se que, em um mesmo ordenamento jurídico, possam coexistir simultaneamente duas normas antinômicas (contraditórias ou contrárias), visto que já está implícito no próprio ordenamento um princípio que estabelece que uma das duas, ou ambas as normas, são inválidas. A completude, por sua vez, induz à premissa de que, das normas explícita ou implicitamente contidas no ordenamento jurídico, o juiz pode sempre extrair um *regula decidendi* para resolver qualquer caso que lhe seja submetido. O positivismo jurídico nega, portanto, a partir dessa afirmativa, a existência de lacunas no direito.

É por meio da teoria do ordenamento jurídico que se pode visualizar o *ponto central* da teoria positivista do direito. Pode-se dizer que a teoria do ordenamento jurídico é uma inovação do juspositivismo. Antes do seu desenvolvimento, o pensamento jurídico era carente do estudo do direito considerado não como norma singular, mas como entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas.

Ainda seguindo os ensinamentos de Norberto Bobbio⁴⁶, é possível afirmar que "a teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen".

A teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ela atribuídos, já antevistos há pouco: unidade, coerência e completude. São esses três elementos que, em seu conjunto, caracterizam um ordenamento, e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem.

A unidade é um requisito formal, relativo ao modo pelo qual as normas são postas. Há, assim, dois tipos diversos de ordenamentos normativos: estático e dinâmico. Ao primeiro, pertencem a moral e o direito concebido em âmbito jusnaturalista. O direito constitui um sistema unitário, porque todas suas normas podem ser deduzidas por um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral, que é a base de todo o sistema e que constitui um postulado moral autoevidente. Ao segundo, pertence o direito concebido dentro do positivismo. Aqui, o direito é unitário não porque as suas normas possam ser

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Op. cit. p. 198.

deduzidas logicamente uma das outras, mas porque são elas postas pela mesma autoridade, podendo assim todas serem reconduzidas à mesma fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito.

Para explicar o antecedente lógico e primeiro do poder de estabelecer normas, formulou-se a teoria da *norma fundamental*. Com ela, fecha-se o sistema e, assim, assegura-se a unidade formal do sistema, conforme mencionado na apresentação do positivismo jurídico, no tópico precedente.

A respeito da norma fundamental e sua relevância para teoria do ordenamento jurídico, são os seguintes os ensinamentos de Hans Kelsen⁴⁷:

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas.

Também, para melhor compreensão do tema, transcreve-se a lição de Norberto Bobbio⁴⁸:

Naturalmente esta norma-base tem no sistema jurídico positivisticamente concebido uma função diferente daquela que tem a norma-base no sistema moral (ou no caso do direito natural). Não se trata da norma de cujo conteúdo todas as outras normas são deduzidas, mas da norma que cria a suprema fonte do direito, isto é, a que autoriza ou legitima o supremo poder existente num dado ordenamento a produzir normas jurídicas. Esta norma-base não é positivamente verificável, visto que não é posta por um outro poder superior qualquer, mas sim *suposta* pelo jurista para poder compreender o ordenamento: trata-se de uma *hipótese* ou um postulado ou um *pressuposto* do qual se parte no estudo do direito.

⁴⁷ *Teoria pura do direito*. Op. cit. págs. 224/225.

⁴⁸ *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Op. cit. p. 201

Os outros dois requisitos da teoria do ordenamento jurídico são a coerência e a completude, que são, na verdade, temas ligados entre si. O direito pode apresentar dois vícios: um por excesso, quando há mais normas do que deveria haver; e um vício por deficiência, quando há uma norma a menos, no caso de lacuna. No primeiro caso, caberá ao jurista, por critérios hermenêuticos, excluir a norma do ordenamento jurídico; no segundo, deverá integrar o ordenamento, colmatando a lacuna.

A premissa, defendida pelo positivismo jurídico, de que o ordenamento jurídico é coerente, parte do entendimento de que nele possa haver antinomias, ou seja, normas contraditórias. Mas essa premissa está subordinada a uma norma, implícita em todo ordenamento, de acordo com a qual duas normas antinômicas não podem ser simultaneamente válidas. Uma delas o será. Em conclusão, uma norma será válida se for compatível com o ordenamento jurídico.

A pedra de toque da teoria do ordenamento jurídico, o qual, como já se disse, é o ponto central do positivismo jurídico, é a completude, que lhe é o predicativo mais característico. Está ligada ao princípio da certeza do direito.

O princípio da completude do direito mostra-se indispensável para compatibilizar dois outros temas da ciência do direito, à luz do positivismo jurídico: um deles é o que determina que o juiz não pode criar o direito e o outro é aquele em que o juiz não pode escusar-se de compor o litígio, alegando inexistência de norma disciplinadora da espécie.

Ao defender-se a tese de que o ordenamento jurídico é completo, está-se afirmando que ele é desprovido de lacunas. A demonstração da inexistência das lacunas diz respeito a duas teorias diversas, que podem ser denominadas de *teoria do espaço jurídico vazio* e *teoria da norma geral exclusiva*⁴⁹.

De acordo com a teoria do espaço jurídico, verificado um fato qualquer, duas possibilidades podem ocorrer: há uma norma que o regule ou não há esta norma. Em não havendo norma que o regule, o fato é juridicamente irrelevante, porque pertence ao *espaço jurídico vazio*, ou seja, ao espaço que não se insere na esfera jurídica e, por isso, é insuscetível de receber qualificação jurídica.

A teoria da norma geral exclusiva explica que não existem fatos juridicamente irrelevantes e não existem lacunas. Cada norma jurídica particular que

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Op. cit. p. 208.

se submete a uma dada regulamentação e é sempre acompanhada de uma segunda norma implicitamente nela contida, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta.

A explicação a respeito é dada, novamente, por Norberto Bobbio⁵⁰:

O ordenamento jurídico resulta do conjunto de todas as normas particulares e de todas as normas gerais exclusivas; estas últimas podem ser expressas numa única norma que diz: "É permitido tudo que não é proibido nem comandado". Tal norma é dita norma de clausura, visto que assegura a completude do ordenamento, garantindo a atribuição de uma qualificação jurídica a todos os fatos não previstos pelas outras normas. Mesmo um sistema normativo constituído por uma única norma é um ordenamento completo, pois aquela única norma é acompanhada por uma segunda norma implícita que fecha o próprio sistema, atribuído a qualificação de lícito a todos os fatos não previstos pela primeira norma.

O postulado da completude do direito está indissociavelmente ligado ao da interpretação do direito, visto a partir de agora.

O sexto ponto de problematização que caracteriza o positivismo jurídico é, pois, o do método da ciência jurídica ou mesmo da interpretação.

O juspositivismo trabalha com o da *teoria da interpretação mecanicista*. Na atividade do jurista, deve prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito.

A jurisprudência, *aqui entendida como atividade cognoscitiva do direito preordenada à sua aplicação*, é puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, ou seja, um conhecimento contemplativo de um objeto já dado.

A atividade do jurista — jurisprudência — é reproduzir o direito e não produzi-lo. Cabe-lhe explicitar com meios lógico-rationais o conteúdo das normas jurídicas já contidas no ordenamento jurídico. Enfim, pode-se afirmar que o positivismo jurídico reserva ao jurista a missão de interpretar o direito; mas não o de criá-lo.

E, dentro dessa afirmativa, nasce a importância da interpretação para o direito.

Em âmbito jurídico, de acordo com o juspositivismo, afirma-se que o direito é constituído por um texto ou conjunto de textos que exprimem a vontade do

⁵⁰ *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Op. cit. págs. 209/208.*

legislador. Incumbe ao jurista, dentro dessa ordem de ideias, a partir dos signos encadeados no texto normativo, remontá-los à vontade do legislador.

Para remontar à vontade do legislador, o positivismo jurídico oferece quatro meios hermenêuticos: léxico, teleológico, sistemático e histórico.

Mediante o primeiro, também chamado gramatical, busca-se definir o significado dos termos empregados pelo legislador, a partir de comparações dos contextos linguísticos em que estão inseridos.

Pelo meio teleológico, busca-se a norma jurídica fazendo-se pesquisa nos motivos ou finalidade para os quais o direito foi concebido.

O meio sistemático traz a ideia de que a vontade do legislador é unitária e coerente e, assim, busca-se o conteúdo de uma norma confrontando-as com as demais que compõem o ordenamento.

O meio histórico indica a necessidade de socorrer de estudos preparatórios, efetuados pelo legislador, para inserção de normas no ordenamento jurídico.

Para colmatar as lacunas, cuja existência é apenas aparente, autoriza-se o uso da interpretação integrativa, por meio da qual se estende a casos não expressamente previstos a mesma disciplina estabelecida por uma norma que prevê casos similares.

Finalmente, o sétimo ponto fundamental da teoria positivista em âmbito jurídico é a *teoria da obediência*. Simpliciter, significa respeito ao aforismo: *lei é lei*.

A afirmação do dever absoluto de obedecer à lei encontra sua raiz histórica no fato de que, com a formação do Estado moderno, não só a lei foi erigida como fonte única do direito, porquanto contingências jurídicas predominavam no Estado pré-moderno com o domínio da monarquia déspota, mas o direito produzido pelo Estado, por meio do poder legislativo, tornou-se o único ordenamento normativo, o único sistema de regulamentação do comportamento do homem em sociedade, com absoluta primazia e autoridade.

O Estado moderno alcançou o cume da organização sociopolítica e detentor dos valores morais, pelo que desautorizou e substituiu a Igreja.

E dentro dessa quadra se compreende por que o positivismo jurídico dita, de forma absoluta e incondicionada, o dever de obedecer às leis.

A forma de como isso se sucede é explicada por Norberto Bobbio⁵¹:

O absolutismo ou incondicionalismo da obediência à lei significa para a ideologia positivista também uma outra coisa: significa que a obrigação de obedecer à lei não é apenas uma obrigação jurídica, mas também uma *obrigação moral*. O que se quer dizer é que o homem deve obedecer às leis não só por motivos externos, mas também por motivos internos, não só porque a isto é constringido, mas porque está convencido de que tal obediência é uma coisa intrinsecamente boa: *obediência não por constrição, mas por convicção*. Podemos até dizer que tal dever é sentido não como uma obrigação heterônoma, mas como uma obrigação autônoma, porque a lei se transforma numa norma moral, por cuja observância respondo diante de mim, de minha consciência: portanto, há o dever de consciência de obedecer às leis.

Em resumo deste tópico, pode-se asseverar, para que se tenha uma ampla visão do juspositivismo, que o *primeiro* dos pontos ou problemas refere-se à forma de pesquisa do direito, que é visualizado como um conjunto de fatos passível de ser descrito pela ciência que o tem como objeto. A *segunda* característica principal do juspositivismo reside na definição do direito, que é circunscrita a partir do elemento *coação*, objeto de estudo da *teoria da coatividade do direito*. O *terceiro* problema do juspositivismo traz a lume o tema das *fontes do direito*. A *quarta* problemática cinge-se à *teoria da norma jurídica*. A norma é um comando, de cuja ideia decorre a *teoria imperativista do direito*. O *quinto* ponto fundamental alude à *teoria do ordenamento jurídico*, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes em uma sociedade. O positivismo jurídico defende a difundida teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico. É o tema mais relevante do positivismo jurídico, na linha do pensamento kelseniano. O *sexto* ponto de problematização que caracteriza o positivismo jurídico é, pois, o do método da ciência jurídica ou mesmo da interpretação. O juspositivismo trabalha com o da *teoria da interpretação mecanicista*. Na atividade hermenêutica do jurista, deve prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito. Finalmente, o *sétimo* ponto fundamental da teoria positivista em âmbito jurídico é a *teoria da obediência*. Significa, de forma bastante simples, respeito ao dogma: *lei é lei*.

⁵¹ O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Op. cit. p. 226.

Eis, portanto, a apresentação bastante sumária dos pontos centrais do positivismo jurídico, baseados quase que exclusivamente nas lições de um dos maiores expoentes desse movimento, ou seja, Norberto Bobbio, na obra já mencionada, bem como nas de Hans Kelsen, seu grande idealizador, a partir de sua *Teoria Pura*, também citada.

Mas o juspositivismo, nas nações européias, perdeu força a partir dos percalços experimentados no pós-Guerra, no final da década de 1940.

A partir de então, várias teorias começaram a reelaborar a ciência do direito e várias ideias surgiram, recebendo, o conjunto de uma delas, o nome, talvez provisório, de *pós-positivismo*, sob a clara tentativa de superação do juspositivismo, corrente esta que será melhor examinada no tópico seguinte, dada à sua relevância e significação para o cenário jurídico contemporâneo e, também, para compreensão do presente texto.

1.2.3 Pós-positivismo.

1.2.3.1 Noções gerais

É fácil perceber que o intento de Kelsen, de desnudar o direito de todo e qualquer valor, não logrou o êxito pretendido nos campos da teoria, pelo menos nos tempos atuais.

Trouxe, e isso deve ser registrado com louvor, importantíssimos e indelévels avanços para o desenvolvimento da ciência do direito, constituindo-lhe importante capítulo. Basta citar, exemplificativamente, o aprofundado estudo da estrutura da norma jurídica, talvez nunca feito até o normativismo, bem como a preocupação com o apurado senso científico dos quadrantes do direito, direcionado em salvaguardar a clareza, a certeza e a objetividade da ciência do direito, e, por via reflexa, o próprio Estado de Direito, então no seu nascedouro, e a segurança jurídica que lhe é a pedra de toque, pondo fim, de uma vez por todas, ainda que em termos teóricos, ao Estado Absolutista e ao *ancien régime*, cujo fim já houvera sido decretado pelos pensadores vanguardistas da Revolução Francesa.

Todavia, não foi capaz de explicar satisfatoriamente a complexa realidade jurídica que a sociedade encontra-se mergulhada e, muito menos, de oferecer, ainda que de forma reflexa, já que este não era o objetivo principal dos

estudos kelsenianos, dirigidos que estavam à construção de uma *teoria pura*, salutares soluções para os conflitos que em seu seio eclodem.

O positivismo jurídico, então transmutado para normativismo, cedeu lugar a novas doutrinas, preocupadas, entre outros aspectos, com a reconquista dos valores. Surge, então, de entre essas novas doutrinas, o *pós-positivismo*, durante o suceder do pós-guerra, a partir da década de 1950⁵².

Conforme mencionado no final do tópico anterior, o juspositivismo, nas nações da Europa, perdeu fôlego a partir dos percalços experimentados no pós-Guerra, no final da década de 1940.

Importante texto de Gustav Radbruch ilustra muito bem essa desilusão para com o juspositivismo. Com o término da Segunda Guerra Mundial e a conseqüente derrocada do nazismo alemão, que, como se sabe, utilizou em sua fundamentação jurídico-científica fundamentos da teoria pura do direito formulada por Hans Kelsen, esta doutrina perdeu o prestígio de que gozava em seus primórdios. O texto de Gustav Radbruch foi por ele intitulado de "Cinco minutos de Filosofia do direito" e foi publicado pela primeira vez como mensagem endereçada aos estudantes da Universidade de Heidelberg, Alemanha, onde o jurisconsulto era professor, após o término da Segunda Grande Guerra, em 1945⁵³.

⁵² Faz-se necessário abrir-se um parêntese, para deixar anotado, *en passant*, que a evolução da ciência do direito, ocorrida após o término da Segunda Grande Guerra, na Europa ou mesmo nos Estados Unidos, não foi sentida na mesma proporção no Brasil, infelizmente. E por vários fatores. O subdesenvolvimento brasileiro e os regimes autoritários que se sucederam podem ser indicados como os principais. Até nos dias atuais, ainda se veem cursos de direito sendo ministrados com ênfase no normativismo kelseniano, onde a formação humanística e a filosófica indispensável ao acadêmico de direito, ou melhor, futuro operador do direito, é deixada em segundo plano, quando deveria ocupar posição de primazia. É inconcebível constatar que disciplinas, como filosofia e hermenêutica jurídica, sejam dadas durante um ou dois semestres, e outras, de cunho dogmático, durante quatro e até oito, como ocorre muitas vezes com o direito civil. Com as frequentes alterações legislativas promovidas nos códigos ou até mesmo sua revogação, além do influxo incontido de novas leis e diplomas legais, o conhecimento adquirido com o estudo sistematizado de suas normas perde-se substancialmente, enquanto que uma sólida formação em hermenêutica possibilitaria melhor preparo ao profissional do direito dentro desse quadro instável, mas de certa forma natural. Não se está aqui defendendo a desnecessidade do estudo das leis e, sim, que o foco do curso de direito seja dividido, equivalentemente, entre as disciplinas de cunho dogmático e as de cunho teórico, entre as quais aquelas mencionadas, ainda mais diante das transformações por que vem passando o ordenamento jurídico e a teoria que se presta a interpretá-lo. Providenciais e profundas são as palavras de Willis Santiago Guerra Filho, para quem o direito "é filosofia aplicada". E arremata o autor: "penso que para nós que estudamos Direito é tão importante nos dedicarmos à Filosofia como é para o físico ou para o engenheiro conhecer as matemáticas" (*Pós-modernismo, pós-positivismo e o Direito como Filosofia*. In Oliveira Júnior, José Alcebiades [org.]. *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 63).

⁵³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada. 6.ed. Coimbra/Portugal: Arménio Amado - Editor, Sucessor, 1997, apêndice II, p. 415.

A leitura atenta do texto revela que alguns dos fundamentos do normativismo kelseniano foram empregados para sustentar a filosofia nazista e, em consequência, para dar guarida jurídica a práticas nefastas contra a humanidade, que, neste momento, dispensam maiores comentários.

Os seguintes trechos, porém, devem ser destacados para correta compreensão, pelo menos a partir da ótica de Radbruch⁵⁴, desse período de transição entre o juspositivismo e a corrente ora denominada de pós-positivismo:

Primeiro minuto.

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste género à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor.

Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.

Segundo minuto.

Pretendeu-se completar, ou antes, substituir este princípio por estoutro: direito é tudo aquilo que for útil ao povo. Isto quer dizer: arbítrio, violação de tratados, ilegalidade serão direito desde que sejam vantajosos para o povo. Ou melhor, praticamente: aquilo que os detentores do poder do Estado julgarem conveniente para o bem comum, o capricho do déspota, a pena decretada sem lei ou sentença anterior, o assassinio ilegal de doentes, serão direito [...] Não, não deve dizer-se: *tudo o que for útil ao povo é direito*; mas, ao invés: só o que for direito será útil e proveito para o povo.

Terceiro minuto.

[...] Quando se aprova o assassinio de adversários políticos e se ordena o de pessoas de outra raça, ao mesmo tempo que acto idêntico é punido com as penas mais cruéis e afrontosas se praticado contra correligionários, isso é a negação do direito e da justiça. Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes

⁵⁴ RADBRUCH, Gustav. *Ibid. op. cit.* págs. 415 e seguintes.

deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o carácter de jurídicas.

Portanto, com a derrocada do partido nazista e a perda de prestígio da doutrina que juridicamente o fundamentou, fez-se necessária a ruptura de paradigma e a necessidade de se criar ou mesmo aprimorar outra forma de pensar o direito.

Uma vez que se faz árdua a função de conceituar algo que ainda não se tem plena compreensão, o que é muito comum nos campos da filosofia e da própria ciência, deve-se, não obstante, tentar esboçar ou, antes, apresentar algumas características dessa corrente do pensamento jurídico.

O pós-positivismo é um novo paradigma gestado nos meandros da teoria jurídica e aparece, ainda que neste primeiro momento, como uma resposta ou, antes, como contestação à proposta juspositivista, com a missão, bastante difícil por sinal, de preencher-lhe as aporias, transpor-lhes as limitações, preocupar-se com o universo dos valores e colocar o direito como elemento da realidade social, com força suficiente para discipliná-la, alterá-la e melhorá-la⁵⁵.

É possível perceber suas raízes e seu desenvolvimento a partir de autores como o já mencionado Gustav Radbruch⁵⁶, e em teorias como a da justiça, de John Rawls⁵⁷, e a do discurso, de Jürgen Habermas⁵⁸. É, entretanto, em Ronald Dworkin⁵⁹, no âmbito do debate angloamericano, e em Robert

Alexy⁶⁰, na esfera de influência do direito europeu, que teses edificadoras do pós-positivismo encontram-se sendo profundamente desenvolvidas e trabalhadas⁶¹.

⁵⁵ DINIZ, Antonio Carlos; MAJA, Antônio Cavalcanti. *Dicionário de Filosofia do Direito* (coordenação: Vicente de Paulo Barreto). São Leopoldo: Editoras Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 650.

⁵⁶ Cita-se, a título de exemplo, a obra já mencionada: *Filosofia do Direito*. Tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra/Portugal: Arménio Amado - Editor, Sucessor, 1997, e apêndices I, II e III.

⁵⁷ Igualmente, como exemplo, *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁸ *Idem: Direito e democracia I; Direito e democracia II; Diagnóstico do tempo; A crise de legitimação no capitalismo tardio; Agir comunicativo e razão destrancendentalizada; Consciência moral e agir comunicativo; O Ocidente dividido; Era das transições; Entre naturalismo e religião*. Todos editados no Brasil pela Editora Tempo Brasileiro.

⁵⁹ *Idem: O império do direito; A justiça de toga; O direito da liberdade; A virtude soberana; Uma questão de princípio; Levando os direitos a sério*. Todos editados no Brasil pela Martins Fontes Editora.

⁶⁰ *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros; 2008; *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo:

Também deve ser mencionada a influência da chamada *teoria crítica*. O nascimento dessa teoria e sua influência no direito é assim explicada por Antonio Carlos Wolkmer⁶²:

Os primórdios do movimento de crítica no Direito foram gestados no final dos anos 60, através da influência sobre juristas europeus de ideias provindas do economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder. O movimento afetado por teses de inspiração neomarxistas e de contracultura começava a questionar o sólido pensamento juspositivista reinante no meio acadêmico e nas instâncias institucionais. Projetam-se, assim, para o campo do Direito investigações que desmitificavam a legalidade dogmática tradicional e introduziam análises sociopolíticas do fenômeno jurídico, aproximando mais diretamente o Direito do Estado, do poder, das ideologias, das práticas sociais e da crítica interdisciplinar.

O pós-positivismo, para alguns, surge como uma espécie de terceira via entre o positivismo e o jusnaturalismo, com o papel de não ser reducionista como essas duas correntes, mas vocacionado a estender-lhes os horizontes teóricos e hermenêuticos. Para outros, seria a evolução do próprio positivismo, com o diferencial de agregar e aprofundar o estudo dos *princípios*. Por fim, seria um progresso do jusnaturalismo, em mais uma de suas facetas, isso porque, conforme já mencionado em linhas atrás, sua origem remonta ao movimento sofista do século V a.C. e, em sua trajetória milenar, revela-se, atualmente, no pós-positivismo.

Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁶³, o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem: (a) a definição das relações entre valores, princípios e regras; (b) aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*; e (c) a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e

Martins Fontes, 2009. Devem ser citados também os seguintes: *Direito, razão, discurso*, publicado no Brasil pela Editora Livraria do Advogado e *Teoria da argumentação jurídica*, publicado no Brasil pela Editora Landy.

⁶¹ DINIZ, Antonio Carlos; MAJA, António Cavalcanti. *Dicionário de Filosofia do Direito* (coordenação: Vicente de Paulo Barreto). *Op. cit.* p. 650.

⁶² *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

⁶³ *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In Revista Forense, vol. 371. p. 175/201.

o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética.

Ainda sobre o conteúdo da corrente que se convencionou chamar de *pós-positivismo*, propícios são os ensinamentos de Sérgio Alves Gomes⁶⁴:

Assim, no *pós-positivismo*, retoma-se a Retórica, a Argumentação, a Lógica do razoável, os valores éticos encampados por declarações de direitos, pactos internacionais de direitos humanos e textos constitucionais, a fim de se dar a máxima concretização ao *Estado democrático de Direito*, instituído pela *vontade popular* que, num ato supremo de manifestação da *consciência moral*, houve por bem erigi-lo, por meio da Política, da Ética e do direito. Para concretizá-lo como superação de paradigmas anteriores, faz-se necessário resgatar, em linguagem adequada aos novos tempos, ensinamentos que contribuem na percepção do modo de ser humano: um ser que não se rege pelo automatismo por ser dotado de liberdade e que se move, antes de tudo, pelo anseio produzido por uma gama de valores.

Albert Calsamiglia, citado por Antonio Carlos Diniz e Antônio Cavalcanti Maja⁶⁵, em síntese bastante interessante, descreve, em meio às dificuldades inerentes a essa nova compreensão do direito, quais características são indispensáveis a quem pretende se situar no movimento pós-positivista, cujo pressuposto é indispor-se contras algumas teses positivistas.

Uma delas, de especial relevo, é a que prega a separação entre direito, moral e política, símbolo maior da *pureza* da teoria do direito desenvolvida por Hans Kelsen. Segundo os autores em referência⁶⁶:

Quanto à segunda tese [relativamente à separação entre direito, moral e política] não só o reconhecimento da centralidade dos princípios jurídicos altera a forma como é pensada a relação entre essas três esferas da vida social, não mais de separação absoluta, como no caso do positivismo jurídico, mas de articulação complementar, em que se procura respeitar as especificidades desses três âmbitos, mas se reconhece a impossibilidade de tratá-los de forma segmentarizada. Suprimida a rígida clivagem entre direito e moral, baluarte do positivismo jurídico até a obra de Hart, caminhamos a passos largos rumo a uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a Filosofia política e a Filosofia moral. Nesta nova etapa, a razão jurídica não mais é identificada exclusivamente com a racionalidade formal, instrumental, dirigida-a-fins, passando a incorporar também a razão prática. Nesse sentido, a mola-mestra da atividade jurídica não deve estar orientada — ou, pelo menos, não totalmente — pela obtenção de êxito ou vantagem, mas por uma aspiração moral, uma

⁶⁴ *Hermenêutica Constitucional: um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 213.

⁶⁵ *Dicionário de Filosofia do Direito*. Op. cit. p. 651.

⁶⁶ *Ibid.* op. cit. p. 651.

pretensão de justiça. Diante das crescentes exigências e demandas típicas das complexas sociedades contemporâneas resulta claro para muitos juristas a necessidade de impulsionar a integração e rearticulação entre as diferentes esferas da razão prática como direito, moral e política.

Seguindo na importância de estabelecer algumas diferenciações entre juspositivismo e pós-positivismo, este último tem se preocupado, opostamente ao primeiro, com a dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do fenômeno jurídico na complexa sociedade contemporânea, bem como com o aprofundamento da relevância de estudo da hermenêutica jurídica. Além disso, o pós-positivismo volta seus olhos à importância dos princípios gerais de direito, o que será visto adiante, com mais vagar.

Houve, também, o interesse pelo estudo dos chamados *hard cases* ou, mais precisamente, casos difíceis. Esses litígios se caracterizam por apresentarem-se como graves conflitos não claramente solvíveis pelo ordenamento jurídico, o que demandará, por isso mesmo, a aplicação de *princípios*.

Também é clara a refutação desenvolvida no seio do pós-positivismo da dicotomia levada a efeito pelos positivistas entre descrição e prescrição. A descrição do direito é função da ciência; a prescrição de normas, do Estado. Ronald Dworkin enuncia, porém, que a ciência também deve surgir como ferramenta de uso dos operadores do direito, indispensável à solução dos casos difíceis. Nesse sentido, a ciência do direito é um diferencial para solução dos *hard cases* e surge como fundamento de validade do próprio direito. A função da teoria jurídica não é meramente cognoscitiva. Dworkin considera que a teoria utiliza as capacidades humanas para resolver problemas que apresentam ao juiz. A teoria é um auxílio indispensável e tem a função de orientar a decisão do juiz em casos controvertidos e difíceis⁶⁷.

Apresentados os caracteres gerais do pós-positivismo, faz-se fundamental alargar sua compreensão, ainda que se faça por uma de suas maiores preocupações. Assim, a teoria dos princípios, que tem sido profundamente trabalhada pelos pensadores pós-positivistas, merece um tópico à parte.

⁶⁷ CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por que es importante Dworkin? *Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho*. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/Doxa/isonomia.shtml>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

1.2.3.2 A importância dos princípios

Porque relevante o tema para compreensão da corrente do pensamento jurídico em exame, devem ser feitas considerações sobre a relevância dos princípios na teoria atual do direito, à luz do pós-positivismo.

Antes de se tentar a conceituação de princípio, faz-se oportuno enunciar as palavras enfáticas de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁸, que podem ser visualizadas como reflexo da importância que o tema adquiriu com as luzes pós-positivistas e servem, assim, para chamar a atenção para a moderna contextualização:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alise toda a estrutura nelas esforçada.

Sem dúvida, a maior ambição do pós-positivismo foi erigir os princípios jurídicos em pedras de toque do ordenamento jurídico. De uma posição transcendental, em âmbito do jusnaturalismo, e subalterna, dentro da doutrina positivista, os princípios foram conduzidos à posição de protagonistas e indispensáveis à compreensão e interpretação das normas e regras. Ao lado dessas últimas, compõem a estrutura moderna do direito, conforme se mencionou no tópico que tratou do conceito de direito.

Já se antevê, mais uma vez de forma pioneira em Gustav Radbruch, a relevância que viria a adquirir o estudo dos princípios para o estudo do direito. Com efeito, em seu *Quinto Minuto*, primeira parte, extraída dos *Cinco minutos de Filosofia do direito*⁶⁹, texto já citado neste trabalho, o autor alemão assim se expressa:

Quinto minuto.

⁶⁸ *Curso de direito administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 546.

⁶⁹ *Filosofia do direito*. *Op. cit.* p. 415.

Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame direito natural e quem lhes chame direito racional. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas.

Portanto, é possível afirmar, dentro desse quadro, juntamente com Paulo Bonavides⁷⁰, que a extensão da juridicidade dos princípios transcorreu três fases, que correspondem às três escolas do pensamento jurídico aqui estudadas: jusnaturalismo, juspositivismo e pós-positivismo. Na primeira fase, ensina o constitucionalista mencionado que "os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrato e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça".

Durante o predomínio das ideias juspositivistas, aos princípios foi dado grau de importância maior, se comparado com a época de estudo do direito natural, isso porque passou a ser ele fonte subsidiária do direito, desde que albergado expressamente pelo ordenamento jurídico, mas ainda aparecem como normas secundárias, mais programáticas e dirigidas ao legislador, do que efetivas e passíveis de serem aplicadas diretamente pelo Poder Judiciário.

A terceira fase da extensão científica e filosófica dos princípios foi confiada ao pós-positivismo. "As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais"⁷¹.

Com efeito, pode-se afirmar que a concepção pós-positivista arrancou os princípios dos umbrais jusnaturalistas, onde eram vistos como seres abstratos, metafísicos e pobres de eficácia; bem como do papel coadjuvante que desempenhavam em âmbito juspositivista, que os ajustava como categorias de somenos importância, se comparados com os preceitos específicos, de normatividade concreta, para colocá-los no centro da discussão filosófica e científica que se faz do direito no mundo contemporâneo, onde lançam novas luzes e são

⁷⁰ *Curso de direito constitucional*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 259 e seguintes.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 264. ⁷₃ *Ibid.*

descortinados para o fim de serem empregados como *normas primárias* do ordenamento jurídico, com eficácia plena, independentemente da previsão legislativa infraconstitucional.

Paulo Bonavides⁷², tratando da *carência da normatividade dos princípios na Velha Hermenêutica*, entende que, modernamente, torna-se impossível deixar de reconhecer nos princípios gerais de direito a base e o teor da eficácia que a doutrina mais recente e moderna, em voga nas esferas contemporâneas da ciência constitucional, lhes reconhece e confere, escorada em legítimas razões e excelentes argumentos. Ainda, no modo de pensar do constitucionalista: *todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam os princípios espargem claridade sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.*

Para Robert Alexy⁷³, os princípios constituem mandados de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível; enquanto Ronald Dworkin⁷⁴ os considera fonte da justificação moral (o elemento *moral* era impensável no positivismo kelseniano) e política do direito vigente em uma determinada comunidade, hábeis para solucionar, conforme já anotado, os *hard cases*.

Dadas essas noções, pode-se, enfim, aprofundar um pouco mais a noção de princípio.

Princípios são proposições gerais inferidas da cultura e ordenamento jurídicos que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do direito⁷⁵.

Desde já, deve ser feita a distinção entre princípio e regra, que passaram a ser, repita-se, duas importantes preocupações da moderna ciência do direito. E isso se deu com os estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Os conceitos a seguir transcritos são inspirados em texto de Humberto Ávila⁷⁶, que os elabora depois de acurado estudo, daí a complexidade e a amplitude.

⁷² *Ibid. Op. cit.* p. 259.

⁷³ *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da. 5.ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85 e seguintes.

⁷⁴ *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 23 e seguintes.

⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito. *Revista dos Tribunais*, n. 790/740.

⁷⁶ *Teoria dos princípios*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, págs. 70 e seguintes.

Por ora, deve ser dito que regras e princípios são, na atualidade, espécies de norma jurídica.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

A ideia de princípio remete à de elemento nuclear de um sistema, que se expande para todas as categorias por ele albergadas. Traz ínsita na etimologia a concepção de início.

Além dessa concepção etimológica, afigura-se, no caso da Jurisprudência (ciência do direito), como elemento que se irradia sobre todo o sistema. Daí sua característica de generalidade.

É claro que podem, e existem, vários princípios específicos, afetos a determinados setores do *sistema* jurídico, mas essa constatação não lhe retira o caráter de generalidade, porque esta sempre se verificará, ainda que incidente em perspectiva reduzida, em comparação com os principais chamados *fundamentais*.

O sistema jurídico está, pois, fundado em bases principiológicas.

Em âmbito do direito positivo brasileiro, faz-se possível notar que os primeiros dispositivos da Constituição de 1988 já relacionam quantidade significativa de princípios, de modo a demonstrar o caráter irradiador e soberano de suas disposições, como prova de que todo o sistema jurídico a eles deve se submeter. O Título I do Texto Constitucional, não por outro motivo, é intitulado *Dos princípios fundamentais*.

Ainda sobre a distinção entre regras e princípios, que se mostra relevante para a doutrina pós-positivista, alguns esclarecimentos fazem-se necessários.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁷⁷, discorrendo sobre o tema, alertam que *regras* são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações.

Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Tornou-se comum afirmar-se que a aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*, ou seja, ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.

Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações.

Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*.

Com o exercício da ponderação, que, em último caso, nada mais é do que a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o intérprete aferirá o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível.

Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

De acordo com Ronald Dworkin, princípios e regras são padrões jurídicos (normas jurídicas) que apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica (de fazer ou não fazer alguma coisa) em circunstâncias particulares e específicas⁷⁸.

O normativismo de Kelsen só concebia a lei produzida pelo Estado como fonte do direito. Posteriormente, com os desdobramentos de sua doutrina, esta passou a admitir os princípios como componentes do sistema jurídico, ainda que com papel subsidiário.

⁷⁷ *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Op. cit. p. 181.

⁷⁸ *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39, *apud* GABRICH, Frederico de Andrade, O caráter normativo dos princípios. *Revista Forense*, v. 393, p. 111.

Examinadas as diferenças entre princípios e regras, interessa estudar qual o papel dos princípios na teoria do direito que está em (re)construção.

Tradicionalmente, no Brasil, os princípios são apontados, ao lado da analogia e dos costumes, como fonte secundária do direito, por influência direta do pensamento jurídico então reinante, ou seja, positivismo.

A Lei de Introdução ao Código Civil dispõe no art. 4º que, "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Também nesse sentido, é o art. 126 do Código de Processo Civil: "o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

Esses diplomas refletem, na verdade, a tendência positivista tardia verificada no Brasil.

O grande estudioso do normativismo kelseniano, Norberto Bobbio, acentua o caráter subsidiário dos princípios gerais do direito, somente podendo ser empregado em caso de lacunas, nos seguintes termos⁷⁹:

Os princípios gerais, a meu ver, são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema. O nome "princípios" induz a erro, de tal forma que é antiga questão entre os juristas saber se os princípios gerais são normas. Para mim não resta dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.

Os princípios, conforme já destacado, representam muito mais, nos quadrantes contemporâneos, do que fonte *secundária* do direito. São normas jurídicas e, como tais, aptas a serem aplicadas para solução de conflitos para os quais não há previsão expressa de normas (regras) capazes de se subsumir a ele.

Podem cumprir, também, o papel de *fontes formais supletivas do direito*, conforme explica Mauricio Goldinho Delgado⁸⁰. Atuam os princípios, dentro desta ótica, como fontes normativas subsidiárias, à falta de outras regras jurídicas

⁷⁹ *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão da tradução por Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 297 e seguintes.

⁸⁰ *Princípios de Direito*. *Op. cit.* p. 742.

utilizáveis pelo intérprete e aplicador do direito em face de um específico caso concreto.

A proposição ideal consubstanciada no princípio incide sobre o caso concreto, como se fosse norma jurídica própria. É o que se passa em situações de recurso necessário à integração jurídica, em decorrência de falta de regras jurídicas no conjunto das fontes normativas principais existentes.

Os princípios, conforme antevisto, constituem importante mecanismo de interpretação do direito.

Especificamente no que diz respeito aos princípios constitucionais, Luís Roberto Barroso⁸¹ pontifica que eles passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins.

Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Servem, ainda, de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

Portanto, os papéis desempenhados pelos princípios são os seguintes: "(a) condensar valores; (b) dar unidade ao sistema; e (c) condicionar a atividade do intérprete"⁸².

Ainda de acordo com as lições do eminente professor, na trajetória que conduziu os princípios ao centro do sistema, estes tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.

A problemática de aplicação dos princípios é vária. Aqui serão vistas rapidamente a que se refere ao conflito de leis.

Costumeiramente, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais para debelar o conflito: (a) o da hierarquia de leis; (b) o cronológico e o (c) da especialização. Esses critérios, todavia, não se prestam a solucionar os problemas ligados a princípios fundamentais encontrados na Constituição.

⁸¹ *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In Revista Forense, vol. 358, p. 105.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.* Op. cit. p. 105.

Nessa última hipótese, a doutrina moderna tem apontado o critério da ponderação de valores, conforme já indicado acima.

Segundo Luís Roberto Barroso⁸³, cujos ensinamentos estão a inspirar o desenvolvimento das ideias ora expostas, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.

As dificuldades de aplicação dos princípios são inúmeras e estão a desafiar os estudiosos. Sair do plano subjetivo que se encontram para solucionar problemas objetivos é uma tarefa difícil, e caberá ao intérprete empreendê-la.

Seguindo, mais uma vez, os ensinamentos de Luís Roberto Barroso⁸⁴, a perspectiva pós-positivista e principiológica do direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional.

Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo.

Segundo, ainda, Luís Roberto Barroso⁸⁵:

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A ideia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real. Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas, naturalmente, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar algum dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de direito democrático, liberdade, igualdade, justiça.

⁸³ *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Op. cit. 108 e seguintes.

⁸⁴ *Ibid.* op. cit. p. 108/109.

⁸⁵ *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Op. cit. p. 108/109.

Diante do exposto, conclui-se que os princípios representam, modernamente, objeto de estudo dos maiores juristas e ostentam hoje intensa normatividade, passíveis de serem aplicados de imediato a uma situação não disciplinada explicitamente pela legislação infraconstitucional. Haurem legitimidade e juridicidade diretamente do Texto Constitucional e infundem luz sobre todo o ordenamento jurídico. Não são mais as fontes supletivas do passado, somente podendo ser empregados em caso de lacunas da *lei* e isso após o emprego da analogia e dos costumes. Os textos legais que assim enunciam devem ser interpretados conforme a Constituição Federal, que traz, na realidade brasileira, uma rica principiologia a ditar os rumos do Estado Democrático de Direito que procura instituir. E isso será visto a partir de agora, dentro das novas linhas do constitucionalismo.

1.3 NEOCONSTITUCIONALISMO

Com o impacto do pós-positivismo, natural que se esperassem mudanças significativas voltadas à identificação de um novo paradigma, tanto para a teoria do direito, quanto para a prática forense. A essa nova forma de compreender o estudo da teoria constitucional e sua aplicação tem a história reservado o nome de *neoconstitucionalismo*, muito embora, diante da atualidade do tema, seja o designativo de difícil delimitação teórica ou mesmo conceitual⁸⁶.

Ao reconhecer a relevância dos princípios dentro do direito, o pós-positivismo, embora não tenha sido essa sua única contribuição à modernização dos estudos constitucionais, tem arregimentado nova força dentro do direito constitucional e, no Brasil, essa nuance passou a tomar corpo com a Constituição da República promulgada em 1988 ou, antes, com a nova interpretação que os estudiosos têm empreendido a respeito.

Propiciou-se, a partir do viés pós-positivista, em âmbito da teoria do direito constitucional, o reconhecimento de alguns matizes que viriam a se tornar verdadeiros marcos da nova compreensão dessa ciência.

⁸⁶ Na verdade, torna-se bastante difícil identificar, com precisão, todas as vertentes dessa nova forma de pensar o direito constitucional, devendo ser destacado que autores de variadas posições filosóficas, algumas até antagônicas, são rotulados como neoconstitucionalistas. Não obstante, é possível serem identificadas algumas características fundamentais, mencionadas no texto, que se prestam a impor-lhes algumas fronteiras.

De acordo com Daniel Sarmento⁸⁷, esses matizes podem ser assim sintetizados:

- (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos e
- (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Até o término da Segunda Grande Guerra, em 1945, vigorava na Europa Ocidental a noção de supremacia da lei. A constituição era vista como programa político, sem força normativa. Era um roteiro a ser seguido pelo Poder Legislativo, mas não para ser aplicado pelo Poder Judiciário. A validade dos direitos fundamentais estava condicionada, em claro paradoxo, ao seu reconhecimento pela legislação infraconstitucional. Assim, se a legislação *assegurasse* o direito previsto no texto constitucional, teria ele aplicabilidade e eficácia.

Mas, com o término da Segunda Guerra Mundial, esse panorama cedeu lugar a outro. A ascensão e decadência do nazismo propiciaram o advento de uma nova mentalidade a respeito da constituição. Para se evitarem fatos de que é exemplo a crueldade e assassínios em massa, praticados pelo partido nazista alemão e protegidos pelo ordenamento jurídico *positivo*, adveio a necessidade de fortalecimento, contra tudo e contra todos, aí se incluindo o próprio legislador, da constituição e, em consequência, dos direitos fundamentais nela assegurados e, ainda, da jurisdição constitucional. A ideia de supremacia da constituição tomou fôlego, assim como já sucedia nos Estados Unidos, com o diferencial de que, nestes, a constituição é sintética e, nos países europeus, assim como no Brasil, tardiamente, passou a ser analítica, com ampla descrição dos direitos fundamentais e de outros interesses caros à sociedade, e com clara preocupação em assegurarem-se novos sistemas de valores, que é, repita-se, traço marcante do pós-

⁸⁷ O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. In: _____. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. coordenador Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113.

positivismo⁸⁸.

Acontece que a Constituição passou a veicular grandes sistemas de princípios, que, como se sabe, são preceitos abertos, que, por isso, ao contrário das regras, facilmente subsumíveis aos fatos por elas regulados, passaram a demandar intensa atividade do Poder Judiciário, dirigida à materialização e efetivação dos valores neles consagrados. E essa atuação judiciária, para que realmente refletisse os anseios que derivavam da nova principiologia constitucional, passou a demandar a adoção de novos métodos de interpretação.

Entre eles, especial destaque deve ser dado ao da *ponderação* — amplamente difundido principalmente a partir da obra de Robert Alexy, já mencionada neste texto quando se tratou as construções teóricas que deram origem ao pós-positivismo —, que deve ser empregado quando há colisão entre princípios constitucionais, perfeitamente verificável na prática, diante da pluralidade de interesses que alberga uma constituição. A busca de auxílio a esses novos métodos de interpretação fez com que o operador de direito (e por que não dizer a própria ciência) buscasse fundamentação em outras esferas do saber humano, tais como a ética, moral, sociologia, até então afastadas do mundo jurídico por influência da obra kelseniana, tema também aqui tratado quando se cuidou do positivismo jurídico.

Muito oportunas são as explicações de Daniel Sarmento⁸⁹ a respeito dessa temática:

As teorias neoconstitucionais buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos difíceis" do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. Op. cit. p. 113 e seguintes.

⁸⁹ *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. Op. cit. p. 119.

tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.

A leitura que o neoconstitucionalismo faz do princípio da separação rígida entre os três poderes é menos rígida e, porque está preocupado com a concretização dos valores e princípios assegurados constitucionalmente, propicia atuação mais dinâmica do juiz, modernamente conhecida como *ativismo judicial*. Dentro desse quadro, são defendidas teorias de democracia mais substantivas, que põem restrições, com mais vigor, à ação do legislador, sempre com foco em assegurar e materializar aqueles valores e princípios, que são caríssimos ao neoconstitucionalismo. Inversamente, ao juiz e aos tribunais foram atribuídos poderes mais amplos que no passado, onde as fontes formais do direito (lei e costumes), pelo menos nos países de tradição jurídica romana, mas, de certo modo, também nos de cultura anglo-saxã, foram cedendo lugar para que as regras constitucionais e a função *criativa* da jurisprudência tivessem primazia na realização do direito⁹⁰.

Pode-se dizer que o neoconstitucionalismo deita seu foco na figura do Poder Judiciário e, em consequência, o juiz é conduzido a uma posição de evidência, tornando-se o maior protagonista dessa nova forma de pensar o direito constitucional. Como o direito é visto sob perspectiva interna, preocupada com sua aplicação e interpretação, o responsável por sua efetivação coercitiva, ou seja, o juiz, passou ele a ser visto como uma espécie de missionário encarregado de concretizar as promessas constitucionais feitas pelo Legislativo com auxílio do Executivo.

Nesse delicado prospecto, onde se reconhecem normatividade e efetividade a princípios, antes apenas tidos como orientadores, tais como dignidade da pessoa humana e igualdade, o direito abriu discussão para aspectos morais e, assim, opostamente às teses positivistas, passou a permitir amplo diálogo com a *moral*, nela se louvando para extrair fundamento dirigido à solução de litígios, principalmente os que dizem respeito à aplicação efetiva dos princípios referidos, dos quais se destacam, mais uma vez, os *hard cases*.

Os grandes idealizadores do pós-positivismo apregoam que uma norma *injusta*, ainda que validamente inserida no sistema, não exhibe validade

⁹⁰ *Ibid. op. cit.* p. 119 e seguintes.

jurídica material e, por isso, não pode ser aplicada pelo juiz. Se uma constituição assegura

valores morais por meio de descrição minuciosa de princípios, devem eles produzir efeito prático no mundo jurídico, pois, em caso contrário, não teriam razão de ser.

O fim último do neoconstitucionalismo, embora ainda seja presunção enunciá-lo, ante as inúmeras correntes e críticas que se proliferam, é concorrer para a emancipação política por meio do ideário jurídico.

A realidade brasileira contempla cada vez mais a adoção das ideias provenientes do neoconstitucionalismo.

Muito embora na Europa do pós-guerra já tenha sido sentido o impacto dessas novas ideias, no Brasil somente a partir da Constituição de 1988, iniciou-se esse processo, que começa a ser visto a partir do tópico seguinte.

1.4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.4.1 Notícia histórica

Antes de se adentrar efetivamente ao tema deste tópico, faz-se indispensável fazer uma breve incursão histórica sobre a formação do Estado contemporâneo, que condicionará a compreensão do que se entende, modernamente, por Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, é crucial compreender que basicamente dois fatores estão presentes quando se cuida da origem do Estado: um que diz respeito ao elemento histórico de seu surgimento, ligando-se ao momento de seu nascedouro, e o outro sobre os motivos que conduziram à sua existência.

Etimologicamente, a expressão *Estado* é oriunda do latim *status*, que significa "estar firme". A sua significação reveladora da situação permanente de convivência e ligada à sociedade política mostrou-se, pela primeira vez, na obra "O Príncipe", de Maquiavel, em 1.513⁹¹, mas, nessa época, aludia a cidades

⁹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 17a ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 43.

independentes. Durante os séculos XVI e XVII o designativo estendeu-se em obras de escritores franceses e alemães.

Há polêmica entre os estudiosos, em razão da obra de Maquiavel, quanto ao correto surgimento do Estado. Dizem, alguns, que este somente começou a ter seus contornos definidos a partir do surgimento de "O Príncipe". Porém, entre a maioria dos pesquisadores é consenso defender-se o entendimento de que, muito embora a expressão *Estado* seja oriunda da obra de Maquiavel, o certo é compreender como inseridas nesse contexto, ainda que previamente à obra desse teórico da política, todas as sociedades de cunho político que, com poder sobre seus membros, tiveram a virtude de estabelecer regras de convivência.

É também controvertida a questão de aparecimento do Estado. Existem várias teorias a respeito, devendo, aqui, ser destacadas três. Alguns apregoam que o Estado, assim como a própria sociedade, coexiste com o homem desde quando este apareceu na Terra. O homem sempre coabitou sob organização social caracterizada pelo poder para ditar condutas aos membros do grupo. Outros fazem a cisão entre o momento de surgimento do homem e o da formação do Estado, compreendendo que este só se formou em certo momento em razão da necessidade de se organizar o grupamento social. Uma terceira corrente, enfim, somente entende a existência de Estado a partir de requisitos delimitadores e específicos, dentre os quais a soberania, o que somente ocorreu no século XVII. Antes desse período, não pode se falar em Estado. Predominantemente, vigora a segunda posição, que apregoa a existência de um momento certo em que o Estado surgiu.

Quanto à formação originária do Estado, que é a forma comum de sua perfectibilidade, tem-se o seguinte desdobramento: formação natural e formação contratual. De acordo com a formação natural, o Estado formou-se espontaneamente, como algo ínsito à organização de seus membros. As famílias primitivas, para alguns, seriam o núcleo primevo do Estado. Para outros, o Estado originou-se da subordinação imposta por um grupo a outro. Há, ainda, os que erigem causas econômicas e patrimoniais como fundantes do Estado, na medida em que o surgimento deste último esteve condicionado ao poder oriundo da propriedade⁹². Por

⁹² Dalmo de Abreu Dallari (op. cit. p. 47) explica, a respeito, que "entre as teorias que sustentam a origem do Estado por motivos econômicos, a de maior repercussão prática foi e continua sendo a de Marx e Engels. Essa opinião de ambos vem muito claramente exposta por Engels numa de

meio da formação contratual, busca-se o elemento unificador na *vontade* de um ou alguns homens ou, ainda, de todos os membros da sociedade.

A tradição histórica costuma classificar os seguintes *tipos* de Estado: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.

O Estado Antigo, também denominado de Oriental ou Teocrático, seria a primeira forma pela qual se expressou o Estado e esteve presente em períodos bastante recuados no tempo e tinha como características principais a natureza unitária, porque inadmitia qualquer divisão interior, e a religiosidade, subordinados que estavam o governante e os homens ao poder divino, de natureza sobrenatural.

O Estado Grego ostenta como característica marcante a figura da cidade-Estado, ou seja, a *polis*, na qual o ideário buscado era a autossuficiência, plasmado na autarquia. Havia uma elite que dominava o poder político e era composta por *cidadãos*, uma minoria⁹³.

No que diz respeito ao Estado Romano, é fundamental registrar, inicialmente, que, na verdade, apesar da sanha imperialista de Roma, entre o século VIII a.C e o século VI da Era Cristã, a sede do Império manteve os principais caracteres de uma Cidade-Estado. A base desse estado residia na família, cujos membros e, posteriormente, seus descendentes, gozavam de privilégios. Assim como se sucedeu com o Estado Grego, o Estado Romano contava com a participação do *povo* no poder, mas este correspondia a uma pequena parcela da sociedade. Posteriormente, quando o Império Romano caminhava para a derrocada, houve transferência de poder para outras pessoas que formariam a nobreza. Finalmente, após a concessão do título de romano aos povos conquistados e a

suas principais obras, *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Além de negar que o Estado tenha nascido com a sociedade, Engels afirma que ele „é antes um produto da sociedade, quando ela chega a determinado grau de desenvolvimento". Mais adiante, prossegue o autor citando Engels nos seguintes termos: "Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica; que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam umas sobre as outras — a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada das riquezas: uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o *Estado*" (págs. 102 e 160 da obra mencionada).

⁹³ É importante considerar que, muito embora a figura do Estado Grego seja mencionada por estudiosos do tema, não existiu um Estado Grego que açambarcasse toda a população helénica.

assunção oficial da religião cristã, desapareceu-se a figura da superioridade de Roma e, em consequência, a do Estado que a assegurava.

O Estado Medieval, apesar da dificuldade de delimitá-lo, dada a complexidade das instituições vigorantes durante a Idade Média, esboçava como características fundamentais os seguintes fatos: cristianismo, invasões bárbaras e feudalismo.

O cristianismo surge como base da aspiração à universalidade. Superando a ideia de que os homens valiam diferentemente, de acordo com a origem de cada um, faz-se uma afirmação de igualdade, considerando-se como temporariamente desgarrados os que ainda não fossem cristãos. Afirma-se desde logo a unidade da Igreja, num momento em que não se via claramente uma unidade política. Motivos religiosos e pragmáticos levaram à conclusão de que todos os cristãos deveriam ser integrados numa só sociedade política. E, como havia a aspiração a que toda a Humanidade se tornasse cristã, era inevitável que se chegasse à ideia do Estado universal, que incluísse todos os homens, guiados pelos mesmos princípios e adotando a mesmas normas de comportamento público e particular⁹⁴.

As invasões bárbaras iniciadas no século III também estavam destinadas a marcar o Estado Medieval. Os povos nominados de bárbaros pelos romanos, tais como os visigodos, os eslavos e os germanos, iniciaram invasões em territórios então dominados pelo Império Romano e determinaram o aparecimento de vários Estados. Dentro desse quadro é que se encontram os fatores de transformação, que, despertando aspirações e criando novas condições, irão determinar as características do Estado Moderno. Desde logo se percebe que, no Estado Medieval, a ordem era sempre bastante precária, pela improvisação das chefias, pelo abandono ou pela transformação de padrões tradicionais, pela presença de uma burocracia voraz e quase sempre todo-poderosa, pela constante situação de guerra, e, inevitavelmente, pela própria indefinição das fronteiras políticas⁹⁵.

Ainda como traço do Estado Medieval está o feudalismo. Em função das incertezas políticas e econômicas que rondavam o mundo médio, passou-se a

Na verdade, havia cidades-Estados, cujos exemplos maiores são Atenas e Esparta, que, por características semelhantes se inserem no conceito de Estado Grego.

⁹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Op. cit. p. 56.

⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Op. cit. p. 58.

atribuir grande valor à terra e, assim, desenvolveu-se a ideia de proteção ao feudo, do que decorreu o poder do senhor feudal.

Conjugados os três fatores, ou seja, o cristianismo, a invasão dos bárbaros e o feudalismo, resulta a caracterização do Estado Medieval, mais como aspiração do que como 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. Esse quadro, como é fácil de compreender, era causa e consequência de uma permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade, que seria o germe de criação do Estado Moderno⁹⁶.

O desejo de retorno à unidade reinante durante o Estado Romano, aliado às contingências sociais e econômicas, tendo como ponto forte a cobrança exacerbada de tributos, pôs fim ao Estado Medieval. Passou-se a buscar um poder soberano, acima de tudo e de todos, que pusesse fim ao estado de incertezas que então predominava e que estivesse delimitado territorialmente. Essa pretensão deu origem ao Estado Moderno.

Apesar de certa divergência, é possível identificarem-se três elementos caracterizadores do Estado Moderno: povo, território e soberania.

O conceito de povo pode ser visualizado sob três pontos de vista: político, jurídico e sociológico.

Sob a ótica política, na Antiguidade, já se gestava o conceito de povo. Na obra de Cícero é possível entrever a seguinte conceituação: "a reunião da multidão associada pelo consenso do direito e pela comunhão da utilidade" e não simplesmente todo conjunto de homens congregados de qualquer maneira⁹⁷.

A modernidade do conceito é, porém, afirmada por alguns autores à luz da Revolução Francesa. Com a Revolução Francesa, houve ruptura com as instituições então vigentes, cujas principais características eram os privilégios

⁹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ibid. op. cit.* p. 59.

⁹⁷ CÍCERO, M. Tullius. *De Re Publica*. Edição alemã de clássicos latinos. Gottfried, Paderborn, s/d, livro I, 25, p. 31 ("Res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis juris consensu et utilitatis commuione sociatus"), *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 66.

sórdidos e espúrios, em favor da nobreza e do clero. Houve considerável avanço nas concepções da pessoa humana como detentora natural de direitos de igualdade e de liberdade, sobrepondo-se às instituições o princípio da legalidade e reconhecendo-se a soberania do povo para instituí-las. Houve o início de uma nova Era para a Humanidade.

No absolutismo, o povo fora *objeto*, com a democracia ele se transforma em *sujeito*.⁹⁸ Teve início esse princípio com o Estado liberal, constitucional e representativo. A história que vai do sufrágio restrito ao sufrágio universal é a própria história da implantação do princípio democrático e da formação política do conceito de povo. Embora restrito, o sufrágio inaugura a participação dos governados, sua presença oficial no poder mediante o sistema representativo, elegendo representantes que intervirão na elaboração das leis e que exprimirão pela primeira vez na sociedade moderna uma vontade política nova e distinta da vontade dos reis absolutos. Povo é, então, o quadro humano sufragante, que se politizou (quer dizer, que assumiu capacidade decisória), ou seja, o corpo eleitoral⁹⁹.

Do ponto de vista jurídico, que é o mais apto a explicar o conceito de povo, deve ser este concebido como o grupo de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico. Urge dar ênfase ao laço de cidadania, ao vínculo particular ou específico que une o indivíduo a um certo sistema de leis, a um determinado ordenamento estatal. A cidadania é a prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado. É mediante essa relação que uma pessoa constitui fração ou parte de um povo. O *status civitatis* ou estado de cidadania define basicamente a capacidade pública do indivíduo, a soma dos direitos políticos e deveres que ele tem perante o Estado¹⁰⁰.

Sociologicamente, o designativo *povo* equipara-se ao de nação. Nesse sentido, conceitua-se povo como toda a continuidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotados de valores e aspirações comuns. Compreende vivos e mortos, as gerações presentes e as pretéritas, os que vivem e os que não de viver.

É, enfim, aquele mesmo povo político concebido de acordo com as características jurídicas que num determinado território lhe conferem a organização

⁹⁸ SALOMON-DELATOUR, *Politische Soziologie*. Stuttgart, 1959, p. 41, *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ibid. op. cit.*, 1986, p. 66.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ibid. op. cit.* 1986, p. 66.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ibid. op. cit.* 1986, p. 67.

de Estado, mas ao mesmo tempo colocado numa dimensão histórica que liga o passado ao futuro e assim transcende o momento de contemporaneidade de sua existência concreta¹⁰¹.

O segundo elemento do Estado Moderno é o território, que é a base do poder delimitada geograficamente. É o espaço dentro do qual é exercido o poder estatal, ou seja, a soberania. É o solo onde o povo se fixa e se compõe de terra firme, aí incluídas as águas, o mar territorial, o subsolo, a plataforma continental e o espaço aéreo.

Finalmente, o Estado, além do povo e do território, para sua existência, reclama a presença de soberania.

O conceito de soberania está indissociavelmente ligado ao de poder.

O Estado moderno resume basicamente o processo de despersonalização do poder, a saber, a passagem de um poder de pessoas a um poder de instituições, do poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo, de um poder de fato a um poder de direito. São características fundamentais do poder, enquanto elemento do Estado Moderno: a imperatividade e natureza integrativa, a capacidade de auto-organização, a unidade e indivisibilidade, o princípio de legalidade e legitimidade e, finalmente, a soberania¹⁰².

A soberania é um atributo do poder estatal e tem virtude de fazer com que este se sobreponha incontestavelmente aos demais poderes sociais, que lhe ficam subordinados. A soberania assim entendida como soberania interna fixa a noção de predomínio que o ordenamento estatal exerce num certo território e numa determinada população sobre os demais ordenamentos sociais.

Aparece então o Estado como portador de uma vontade suprema e soberana, que deflui de seu papel privilegiado de ordenamento político monopolizador da coação incondicionada na sociedade. Estado ou poder estatal e soberania assim concebidos, debaixo desse pressuposto, coincidem amplamente. Onde houver Estado, haverá pois soberania¹⁰³.

Vários são as nuances pelas quais passou a figura do Estado e se condicionam, muitas vezes, à própria estrutura social de cada povo. A evolução dessas ideias tem construído um novo modelo, no qual a fonte do poder é o povo,

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política. Op. cit.* 1986, p. 70.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. *Ibid. op. cit.* 1986, p. 108.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política. op. cit.* 1986, p. 130.

que elegeu um sistema de normas capazes de disciplinar as relações sociais, voltadas à construção de valores dignificadores do homem, conforme se passa a examinar.

1.4.2 O Novo Modelo

O Estado de Direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito. No entanto, algo falta ao Estado de Direito constitucional, ou seja, a legitimação democrática do poder. O Estado constitucional é mais do que o Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder; foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder. A respeito dessa simbiose necessária entre poder e democracia, esta como agente legitimador daquele, J. J. Gomes Canotilho¹⁰⁴ explica, em síntese:

Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamento não metafísico, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado "impolítico" do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual "todo o poder vem do povo" assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de "charneira" entre o "Estado de direito" e o "Estado democrático" possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático. Alguns autores avançam mesmo a ideia de democracia como valor (e não apenas como processo), irreversivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática.

Esta forte ligação entre democracia e Estado, no mundo contemporâneo, assenta-se em cinco pressupostos fundamentais¹⁰⁵: (a)

¹⁰⁴ *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2006. p. 100.

¹⁰⁵ GOMES, Sérgio Alves, *op. cit.* págs. 230/274. O autor, na verdade, estabelece, neste ponto de sua obra, uma conexão entre Estado Democrático de Direito e Hermenêutica Constitucional, cujos fundamentos podem ser empregados similarmente à ligação entre democracia e poder, discutida no presente texto.

compromisso com a democracia; (b) pesquisa do sentido de democracia; (c) constatação de que a formação do sujeito democrático é resultante de um processo educacional contínuo; (d) necessidade de superação do modelo liberal de democracia; (e) o Estado Democrático de Direito é superior aos modelos anteriormente experimentados pelasnações. Ao pensar-se em compromisso com a democracia, tem-se a preocupação em reconhecer-se o valor da liberdade e da individualidade inerente a cada pessoa, com olhos voltados à possibilidade de se estabelecer um convívio respeitoso e facilitador do desenvolvimento de todos os participantes da sociedade. Se a ideia triunfante for a de dominação do forte sobre o fraco, a sociedade perecerá ante o conflito e a exclusão. Daí surge a ideia de respeito a um panorama de *valores*.

O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofundou no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência, à luz das premissas do *ativismo judicial*, passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição¹⁰⁶.

A própria noção de Estado Democrático de Direito induziu a uma reinterpretção dos institutos fundamentais do processo civil. Especificamente quanto ao processo, instrumento pelo qual atua a jurisdição, partindo-se da premissa de ser ele responsável pela concretização do direito material, não poderá, à evidência, encerrar um direito discriminado ou ofensivo aos valores do Estado Democrático de Direito. O *democrático*, que faz parte da expressão impregnada de profunda significação social e jurídica, *qualifica o Estado*, "o que irradia os valores da

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 244/245.

democracia sobre todos os elementos que o constituem e, assim, sobre a ordem jurídica¹⁰⁷.

O Estado Democrático de Direito, nessa esteira de raciocínio, também passou a orientar uma nova conceituação de jurisdição, cuja pesquisa está a exigir lugar próprio, conforme se passa a descrever.

1.5 A NOVA PROCESSUALÍSTICA

Submetida que foi a concepção de direito a um novo eixo filosófico, as clássicas teorias da *jurisdição* não mais conseguem explicar convenientemente esse traço do poder estatal. Antigamente, pregavam, essas teorias, que o juiz tinha por função declarar o direito ou criar norma individual que se conformasse com o princípio da legalidade, em obediência às orientações do positivismo jurídico.

Mas a história reservaria papel distinto a esse ao Estado, conforme antevisto no item anterior. Houve uma inversão na ordem de importância entre lei e Constituição, isso porque, a partir da influência pós-positivista, com aprofundamento do estudo dos valores e dos princípios, a lei passou a ser interpretada a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Manifestação desse ideário está na obrigação de o juiz aplicar a lei e de interpretá-la a partir da Lei Fundamental, que também o incumbe de efetuar, quer em caráter concentrado, quer em caráter difuso, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, com o propósito de conformá-los a seus fins, bem como de suprir as omissões legislativas para salvaguardar o exercício de um direito fundamental, albergado no Texto Constitucional. Também coube ao Poder Judiciário, em caráter definitivo, solucionar os conflitos que se verificarem, no caso concreto, entre os princípios constitucionais e entre os direitos fundamentais, velando para que haja compatibilização e harmonização.

Toda essa nova compreensão, que repudia aquela anterior de que o juiz, no exercício da jurisdição, tinha o dever de declarar a lei e de criação de norma individual, não dá àquele o poder irrestrito e ilimitado de criar o direito. Existe um limite de atuação jurisdicional, o qual, muito embora amplíssimo, em se tratando da realidade brasileira, ante as minudências a que chegou o Texto Constitucional,

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 249.

encontra nele fronteira intransponível, trazendo a ilação de que a criação do direito não é algo intrínseco à atividade jurisdicional.

Entretanto, se se tiver em mente que o juiz deve construir a norma jurídica a partir de interpretações do texto normativo, cabe a ele *moldá-la* sob o influxo direto, acrescente-se, do exame exegético das regras hauridas na Constituição. Ainda, na hipótese específica de direitos fundamentais colidentes, deverá ele extrair a regrajurídica, a partir da razão jurídica determinante, diante do caso concreto, da prioridade de um direito fundamental sobre o outro¹⁰⁸.

Mostra-se precipitada, no entanto, a afirmação de que o juiz, no exercício da jurisdição, apenas tem o dever de declarar os valores constitucionais. Se, por um lado, é insuficiente, hoje, o conceito antigo de que a jurisdição tinha por fim a declaração da vontade da lei; por outro, igualmente, apesar do nítido avanço conceitual e finalístico, mostra-se limitado entender a jurisdição como mecanismo preordenado à declaração da vontade da Constituição.

É vital ter-se em mente, na contemporaneidade, que o juiz, no exercício da função jurisdicional, tem por missão criar uma norma jurídica, haurida na legislação e que se conforme com a Constituição. Além desses dois critérios, ou melhor, com a realização dessas duas formas de agir, ele está incumbido de tutelar o direito material que lhe foi confiado. O juiz deve, primeiramente, atribuir sentido ao caso, determinando a moldura fática, a partir dos elementos que lhes são demonstrados pelas partes; em seguida, deverá buscar no sistema jurídico sua regulação, sempre subordinando essa busca à Constituição.

Fica bastante clara a amplitude do conceito de jurisdição, que está a ditar a nova processualística, quando se infere, a partir dessas ideias, que o juiz não só deverá desenhar a norma jurídica que regerá o caso concreto, observados aqueles pressupostos, mas também estará ele compelido a realizar *efetivamente* o direito que, agora, está resguardado por uma norma específica. E, para tanto, lançará mão dos meios executivos delineados no sistema jurídico. Sua função não mais se esgota com a sentença, onde está reconhecido e assegurado o direito, mas com a efetivação do direito previamente declarado.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*, vol. 1, 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 136.

Explica Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁹, de forma bastante aguçada, que o direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual "sejam estruturados pelo legislador" segundo as necessidades do direito material e "compreendidos pelo juiz" de acordo com o "modo como essas necessidades se revelam no caso concreto".

Para melhor compreensão do tema, faz-se indispensável a transcrição da citação de Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁰:

Note-se que os direitos fundamentais materiais, além de servirem para iluminar a compreensão do juiz sobre o direito material, conferem à jurisdição o dever de protegê-los (ainda que o legislador tenha se omitido), ao passo que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a atuação do juiz como "diretor do processo", outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material (e não apenas aos direitos fundamentais materiais) e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a qualquer espécie de direito.

Dentro dessa quadra, incumbe ao magistrado o dever de observar atentamente o procedimento e a técnica idônea para dar efetividade à tutela do direito material em litígio. Assim como o Supremo Tribunal Federal tem empregado técnicas sofisticadas de controle de constitucionalidade, devem os demais órgãos jurisdicionais, dentro de critérios hermenêuticos, atribuir à regra processual interpretação de acordo; interpretá-la com declaração parcial de nulidade sem redução de texto ou suprir a omissão legal, que impediu a concretização da tutela do direito material, obstaculizando ou frustrando a efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional.

Grave se mostra o problema da subjetividade da função jurisdicional, no emprego dessa metodologia. É fácil perceber que, com a inversão de valores ocorrida a partir das ideias pós-positivistas, onde as normas constitucionais passaram a ocupar papel de destaque frente à legislação infraconstitucional, uma nova mentalidade e, por que não dizer, uma nova postura se espera do juiz na solução do litígio. Mas a solução ideal para cada caso concreto posto sob a tutela

¹⁰⁹ *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. Op. cit. p. 136.*

¹¹⁰ *Ibid. op. cit. p. 137.*

jurisdicional é tema demasiadamente árduo. O juiz, dentro desse novo modo de atuar o direito, encontrará na razão a maneira de explicitar o caminho que o levar a tomar a decisão que julgar correta.

Hoje, repita-se, a jurisdição tem por objetivo proteger os direitos e não mais o de declarar a vontade da lei, muito embora possa haver — e isso ocorre com frequência — coincidência entre a vontade da lei e a proteção dos direitos. Mas pode haver divergência. Isso não quer dizer, entretanto, que a jurisdição não se preocupe em garantir a idoneidade da defesa ou a adequada participação do réu. O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo. Sem ela seria impossível ao Estado não apenas dar tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública, mas sobretudo garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção¹¹¹.

Pensar-se em jurisdição como mecanismo de tutela de direitos significa afastá-la da conceituação tradicional desse fenômeno que predominou a partir do século XIX, quando havia profícuos estudos sobre o direito subjetivo e predominância do direito privado. Por influência da obra de Windscheid¹¹², iniciou-se uma nova concepção de direito subjetivo, que passou a ser visto como o poder desempenhado pelo sujeito ativo de reivindicar uma conduta do sujeito ativo, que tem o dever de a ele prestá-la. Esta compreensão adveio, em *ultima ratio*, do princípio da autonomia da vontade que marcou o pensamento do século XIX. Basta lembrar-se do liberalismo então vigente, com intervenção mínima do Estado na vida privada.

O conceito contemporâneo de jurisdição demonstrou uma ruptura com aquele que vigorava durante o liberalismo. Deu-se mais um passo em seu aprimoramento técnico e científico, para adaptá-lo ao novo constitucionalismo e à nova concepção de Estado. O Estado tem a missão de efetuar a tutela de direitos por meio de produção de normas jurídicas e de atividades executivas. Está em sua essência essa elevada atribuição. Cabe-lhe, assim, tutelar os direitos fundamentais

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Op. cit. págs. 137/138.

¹¹² *Die Actio des römischen Civilrechts (A ação do direito romano do ponto de vista do direito civil)*, apud, MARINONI, Luiz Guilherme, *Ibid. op. cit.* p. 138.

assegurados na Constituição. E sua missão não se exaure na produção de normas; cabe-lhe, concomitantemente, mas agora por meio da tutela jurisdicional, o dever de tutelar os direitos fundamentais, garantindo-os a quem os reivindicar, ou não, e, em último grau, caberá ao Estado prover, em casos de omissão, também pela tutela jurisdicional, a própria tutela jurídica, de que também é titular. No caso do direito constitucional brasileiro, a pedra de toque dessa sistemática acha-se cristalizada no princípio que garante o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição.

Para exemplificar esse traço característico do Estado, basta lembrar, mais uma vez voltando-se os olhos à realidade brasileira, que há, no Texto Constitucional, proteção jurídica ao meio ambiente. Esta é uma função do Estado: tutelar, por normas gerais, o meio ambiente. Mas também lhe é função tornar efetivas essas normas, em casos de conflitos de interesses, por meio da tutela jurisdicional, desempenhada pelo Poder Judiciário. O Estado poderá, assim, determinar que um ente empresarial cesse a emissão de gases poluentes, como poderá determinar a esse mesmo ente que efetue o ressarcimento dos prejuízos que advierem de sua atividade lucrativa ao meio ambiente. Aliás, a tutela jurídica, oriunda da fixação de normas gerais, não teria a eficácia desejada se não viesse afiançada pela tutela jurisdicional. O Estado tem o dever de prestar ambas.

Ainda se pensando na ruptura da conceituação *antiga* e *nova* de jurisdição, pode-se citar que os empresários, em razão das normas relativas à concorrência, obviamente tem direitos e deveres. Porém, caso um pratique atos de concorrência desleal diante do outro, surge para o lesado o direito à tutela jurisdicional capaz de impedir a reiteração dos atos praticados. O empresário que atua dentro dos limites jurídicos de sua atividade tem direito à tutela jurisdicional do seu direito não porque tem um poder sobre a conduta do empresário *desleal*, conforme noção que se tinha de direito subjetivo; mas porque é titular de uma posição jurídica que lhe dá o direito de obter a tutela jurisdicional de seu direito. E nesse caso se está falando de um direito à tutela que decorre do próprio direito material. Se o direito material deve ser protegido ou tutelado, é dele que deflui o direito à sua tutela. A jurisdição aí entra apenas para viabilizar o exercício do direito à tutela do direito. Como a tutela do direito material não pode ser buscada privadamente, ela é postulada jurisdicionalmente, através do exercício do direito de ação. É nessa dimensão que se afirma que o Estado tem o dever de dar tutela

jurisdicional aos direitos. A jurisdição tem o dever de prestar ao cidadão a tutela que decorre da sua posição jurídica. Essa tutela jurisdicional tem de ser necessariamente adequada, pois toda posição jurídica deve ser devidamente protegida¹¹³.

É possível extrair dessas premissas, de conseguinte, que o direito à tutela jurisdicional se distingue da noção tradicional de direito subjetivo. O particular não é titular de direito de vincular outrem. É titular de uma posição jurídica que deve ser protegida pelo Estado, o qual a exerce, por meio da tutela jurisdicional, ainda que o direito material não seja reconhecido ao término do processo, isto é, quando o pedido é julgado improcedente. A jurisdição é exercida com os olhos voltados à salvaguarda dos direitos materiais, ainda que estes não sejam reconhecidos em favor daquele que o reivindicar ao Judiciário. Mais uma vez, recorre-se aos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁴:

Do mesmo modo que se dizia que a jurisdição tinha a função de atuar a vontade concreta da lei, e não se negava ao seu exercício ainda que o direito material não fosse reconhecido, entende-se, em face do Estado constitucional, que a jurisdição tem a função de dar tutela aos direitos, mesmo que o direito material não seja demonstrado. A diferença básica é a de que, na nova concepção de jurisdição, a lei é atuada em uma dimensão mais profunda, complexa e sofisticada, e com a meta de permitir a tutela ou a proteção dos direitos, a qual decorre de uma posição jurídica e é devida pelo Estado a partir do direito material — note-se bem.

É corrente o entendimento chiovendiano de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que tem o direito de obter. Esse entendimento reflete a própria noção de direito subjetivo reinante no século XIX. Mas o processualista italiano confessa que:

[...] se, por sua natureza ou por falta de meio de sub-rogação, não se pode conseguir um bem senão com a execução por via coativa, e os meios de coação não estão autorizados na lei, aquele bem não é conseguível no processo, salvo a atuação (se possível, por sua vez) da vontade concreta de lei que deriva da lesão ou inadimplemento do direito a uma prestação; salvo, por exemplo, o direito ao ressarcimento do dano¹¹⁵.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. Op. cit. p. 139.

¹¹⁴ *Ibid.* op. cit. p. 140.

¹¹⁵ *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 290, apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. Op. cit. p. 140.

Percebe-se que Chiovenda admite a possibilidade de um direito poder não ser efetivado, acaso não se tenha tutela processual específica para sua concretização, o que acarretará ao seu titular o direito de postular tutela ressarcitória pelo equivalente em dinheiro. Nessa compreensão, a técnica processual ocupa lugar de destaque, enquanto que o direito material é colocado em segundo plano, isso porque poderá até ser sacrificado, se não houver tutela processual que lhe possibilite efetivação.

Diferentemente dessa ideia, a jurisdição, hoje, preocupa-se sobremaneira com a efetivação do direito material, que decorre da posição jurídica do titular e não do processo.

O processo é um veículo que transportará o direito material do campo da pretensão para o mundo concreto. É, por isso, impensável imaginar-se a frustração do direito material pelo simples fato de inexistir tutela jurisdicional apta a concretizá-lo. Na omissão do legislador, caberá ao juiz a disciplina da técnica processual capaz de efetivar o direito material. O juiz estará atuando com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Volta-se, agora, à diretiva filosófica de que a lei, no Estado contemporâneo, tem sua carga conceitual e realizatória condicionada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Houve, repita-se, uma inversão do eixo hermenêutico: antigamente, para se concretizarem, os direitos fundamentais dependiam de prévia existência de lei; hoje, basta que eles estejam assegurados no Texto Constitucional.

Pode-se resumir, com Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁶ que, quando se afirma que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos se quer dizer que a jurisdição tem o dever de aplicar a lei na dimensão dos *direitos fundamentais*, em outros termos, é aplicar a lei, diante das situações concretas, a partir dos *direitos fundamentais*. É o atuar na lei na medida das normas constitucionais e dos valores nelas encerrados. Há aí um nítido *plus* em relação à teoria chiovendiana e uma intenção que nem sequer passava pela cabeça dos antigos doutrinadores que viam na jurisdição uma função voltada à tutela dos direitos subjetivos privados violados. Ao se dizer que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, deseja-se igualmente pôr às claras que ela tem o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito

¹¹⁶ *Curso de processo civil: teoria geral do processo. Op. cit. p. 141.*

material e pela Constituição. Em termos concretos, o que se deseja evitar é que a inidoneidade técnica do processo ou a falta de compreensão constitucional do juiz impeçam a efetiva proteção das diferentes necessidades do direito material.

1.6 A FIGURA DO JUIZ NA MODERNIDADE

O juiz do direito liberal estava proibido de assumir uma postura ativa no processo. Em nome da liberdade do indivíduo, chegou-se, até mesmo, nos países onde o pensamento de Montesquieu era mais vivo, a se proibir ao juiz a interpretação da lei, conforme mencionado na introdução deste trabalho e neste momento aprofundado. De acordo com Montesquieu¹¹⁷, em lição que marcaria os rumos da cientificidade do direito durante mais de um século:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor. É, portanto, a parte do corpo legislativo que noutra ocasião dissemos ser um tribunal necessário, que aqui também é necessária; cabe à sua autoridade suprema moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela.

A figura do juiz inerte, do juiz que era a *bouche de la loi e inanimado*, nos exatos termos de Montesquieu, sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, foi sustentada durante muito tempo pelo *mito da neutralidade*, que fez as seguintes suposições: (a) ser possível um juiz despido de vontade inconsciente; (b) ser a lei — como pretendeu Montesquieu — uma relação necessária fundada na natureza das coisas; (c) predominar no processo o interesse das partes e não o interesse público na realização da justiça e, ainda, (d) que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução, como se a busca do material adequado para a sua decisão fosse somente problema das partes, no qual o julgador não deve interferir¹¹⁸.

O desenvolvimento da ideia de democracia social ensejou a intensificação da participação do Estado na sociedade, contrariamente ao ideário liberal, e, por consequência, a participação do juiz no processo, já que o juiz é agente político e, nessa condição, detentor de parcela do poder estatal, deveria se

¹¹⁷ *Do espírito das leis*. Livro Décimo Primeiro: *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição*. Capítulo VI: *Da constituição da Inglaterra*. Op. cit. p. 152.

fazer mais presente na relação jurídico-processo, da qual o Estado, ou melhor, o Estado-juiz é um dos protagonistas.

Agora, o juiz não deve apenas estar preocupado em se desincumbir de sua função *formal*, aplicando simplesmente a lei¹¹⁹; deverá, dentro da nova ordem de ideias que se estabeleceu, principalmente a partir da Constituição de 1988, zelar pelo desenvolvimento de um processo *justo*.

Para tanto, o juiz deverá voltar seus olhos para um feixe de novos ideais, os quais, se não existentes, eram deixados em segundo plano. Deverá, assim velar pela realização dos seguintes valores, nos termos ensinados por Luiz Guilherme Marinoni¹²⁰: (a) justa aplicação das normas de direito material; (b) adequada verificação dos fatos e participação das partes em contraditório real; (c) efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual.

Um processo com fundamento no processo democrático, com raízes fincadas na isonomia substancial, requer, para perfectibilização, uma postura *ativa* do magistrado. O processo na atualidade, muito embora soe até óbvio, exige que as questões nele suscitadas sejam examinadas de forma *adequada*, devendo ser energicamente repelida a solução buscada com influências econômicas ou com a esperteza de um dos litigantes, em desprestígio ao direito material discutido.

E toda essa temática está intimamente ligada à questão *probatória*.

Opostamente do que se sustentou no passado, a produção de provas não é mais compreendida como monopólio das partes, a depender, com exclusividade de sua iniciativa.

Os poderes do juiz, com o influxo do ideário pós-positivista e o próprio evoluir da sociedade, que impôs a mudança da forma de pensar o processo, foram ampliados, para incumbir-lhe, quando da condução do processo, advertir a parte sobre as consequências do exercício do ônus da prova e da ausência de manifestação quanto a um fato relevante e, sobretudo, quando necessário, conforme

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. Op. cit. p. 101.

¹¹⁹ Basta lembrar que a sentença não é mais o ato que põe fim ao processo, efeito provocado pela alteração dada ao art. 162, § 1º, do CPC, pela Lei n. 11.232/2005, que estabeleceu que a sentença implica uma das situações dos art. 267 e 269 e traz, subjacentemente, a ideia de que o ofício jurisdicional somente termina com a realização, no plano físico, do direito assegurado na sentença.

¹²⁰ *Novas linhas de processo civil*. Op. cit. p. 101.

será trabalhado mais adiante, determinar provas de ofício, sempre com a preocupação de tornar *efetiva* a tutela jurisdicional.

Decorre de tudo isso que o juiz moderno deve participar de forma *ativa* do processo e tal não interfere com o princípio da imparcialidade. A respeito, vale citar a compreensão de Luiz Guilherme Marinoni¹²¹:

O princípio da imparcialidade do juiz não é empecilho para a participação ativa do julgador na instrução; ao contrário, supõe-se, na fase atual, que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte. Nem mesmo o contraditório é arranhado pela nova postura assumida pelo juiz. O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador, já que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa a eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje.

Nos tempos atuais, não seria lícito afirmar-se que um juiz, ao determinar uma prova de ofício, teria comprometido sua imparcialidade, pois, na verdade, se não detivesse ele este poder, em muitos casos, não poderia ofertar a solução justa ao litígio, em desprestígio ao princípio da tutela adequada estampado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal¹²². Ao exercer o poder que, no ordenamento jurídico nacional lhe assegura o art. 130 do CPC¹²³, o juiz apenas estará dando solução adequada ao litígio.

Portanto, o juiz do mundo contemporâneo não é aquele juiz que se limita a averiguar a vontade da lei para solução do litígio. O juiz moderno deve estar preocupado em ser intérprete do Estado Democrático de Direito, da Constituição e do ordenamento jurídico, com especial relevo na relação de subordinação deste último aos dois primeiros. O juiz moderno deve apresentar-se como importante protagonista na realização dos valores albergados pelo sistema constitucional, assumindo postura *proativa* na condução do processo *justo*. Alguns contornos acerca do *ativismo judicial* serão delineados a partir de agora.

¹²¹ *Novas linhas de processo civil. Op. cit. p. 102.*

¹²² CF, art. 5º, XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

1.7 ATIVISMO JUDICIAL

1.7.1 Causas e Relevância do Novo Paradigma

O juiz como protagonista da jurisdição é tema relativamente novo e passível de ser examinado sob múltiplos aspectos.

É imperioso registrar, desde já, que a visibilidade da figura do juiz que se tem verificado nos últimos anos, principalmente no Brasil, contribui para a transparência, para o controle social e para o aprimoramento das instituições democráticas. E não poderia ser diferente.

Intimamente ligada a essa temática está a da *judicialização* de algumas situações de grande impacto político e social que, num passado não tão distante, não aportavam no Judiciário, de regra, pois, quando o faziam, entendia-se que a matéria não era de alçada da jurisdição e, sim, do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. O Judiciário não detinha competência para interferir em assuntos compatíveis tão-somente com aquelas esferas de poder.

Mas o Judiciário passou a ser visto como um poder capaz de contribuir para com o aprimoramento da democracia e, antes, para com a *efetivação* dos direitos resguardados pela Constituição, paralelamente às atividades legislativas e executivas desempenhadas pelos outros dois Poderes da República. O Poder Judiciário passou a ser visto como corresponsável pelo processo de materialização dos fins e objetivos do Estado Democrático de Direito.

A judicialização implica, em um primeiro momento, transferência de poder para os órgãos jurisdicionais, trazendo, inegavelmente, mudanças na linguagem para solução dos conflitos, na argumentação empregada e na forma de participação da sociedade nas estruturas de poder. E isso se deu por causas multifacetárias, sendo algumas delas de origem em doutrinas desenvolvidas em outros países e, outras, por forte influência do nosso modelo político e jurídico construído a partir da Constituição de 1988.

Voltando-se os olhos à realidade brasileira, é possível asseverar que o primeiro acontecimento marcante que favoreceu a judicialização foi o movimento

¹²³ CPC, art. 130: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

de redemocratização do Estado Brasileiro, logo após o término formal do regime autoritário, em 1985, com a eleição do Presidente Tancredo Neves, sucedido, ante sua morte previamente à posse, por seu vice, José Sarney, que, indiscutivelmente, tem o mérito de haver trabalhado para instalação da Assembleia Nacional Constituinte, que, após profícuos embates, promulgou a nova Constituição do Brasil, no dia 05/10/1988, conhecida pela alcunha de *cidadã*, dada pelo então Deputado Federal Ulysses Guimarães.

Deu-se início a uma nova fase da República. O Poder Judiciário foi politicamente revigorado, com garantias vitalícias dadas aos magistrados, que, então, passaram, paulatinamente, a dar vida ao Texto Constitucional. De início, de forma tímida, mesmo porque muitas garantias e direitos ali reconhecidos (entendiasse assim na época), condicionavam-se, para o efeito exercício, à edição de leis ordinárias e complementares, ideia que já não soa com tanta força nos tempos atuais.

Há, também, outro fato inarredável da nova perspectiva institucional trazida pela Constituição de 1988. O reavivamento da democracia, com ampla descrição de direitos sociais em seu texto, acendeu nova luz na sociedade, cujos membros, principalmente aqueles economicamente desafortunados, passaram a ostentar outro nível de conscientização perante o Estado e passaram a se socorrer do poder jurisdicional para ver seus "novos" direitos plenamente realizáveis¹²⁴.

Ao lado do Judiciário, deu-se ênfase na atuação do Ministério Público, alargando-a para muito além da esfera criminal, na medida em que a Constituição o colocou como ente indispensável à realização da justiça e guardião dos direitos indisponíveis e da própria democracia, por que não dizer, sendo importante, ainda, mencionar sua total desvinculação com a proteção dos interesses da União, que passaram a ser tutelados pela Advocacia-Geral da União. Da mesma forma, a Defensoria Pública e a Advocacia, pública ou privada, foram alçadas à condição de funções essenciais à Justiça, indispensáveis à realização dos direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais.

124 Na verdade, muitos dos direitos assegurados expressamente na Constituição apenas refletiram a condição humana de todos os cidadãos e apenas foram ali explicitados em razão da ditadura militar, que atavicamente não os reconheceu, por razões óbvias. Muitos dos direitos relacionados no Texto Constitucional poderiam, independentemente dessa circunstância, ser plenamente exercidos, se o amadurecimento democrático reinasse entre nós, como se sucede em países desenvolvidos, tal qual a Inglaterra, onde a Constituição, como se sabe, não é escrita.

Portanto, todo o aparato judicial foi colocado à disposição da sociedade, que se dispôs a usufruí-lo com vigor, favorecendo a atuação mais ostensiva do Poder Judiciário.

Também pode ser apontada como causa da judicialização a forma abrangente por meio da qual a Constituição tratou os interesses que o legislador reputou digno de ali serem assegurados. A constitucionalização de interesses, direitos e garantias que antes somente eram tratados pela legislação ordinária, possibilitou a juridicização de muitos assuntos que eram afetos à política, ou melhor, à discricionariedade dos governantes, então pautados por critérios de conveniência e de oportunidade.

Ao se construir uma Constituição detalhista e desconfiada da vontade política e do próprio Poder Legislativo para sua concreção, uma das razões de ter disciplinado múltiplos e complexos interesses, a nova Constituição, em ruptura com o sistema então vigente, franqueou o nascedouro de pretensões jurídicas que haurem substrato diretamente do Texto Constitucional, passíveis de serem satisfeitas mediante o exercício do direito de ação perante o Poder Judiciário. Ao assegurar o direito à educação e à saúde, por exemplo, a Constituição propiciou aos possíveis titulares, que não os tiverem satisfeito, buscar seu reconhecimento e efetivação pelo Poder Judiciário, independentemente do caminho prévio legislativo, ou do executivo, por meio de políticas afirmativas garantidoras daqueles direitos.

Também aparece como causa de judicialização, em âmbito brasileiro, o sistema de controle de constitucionalidade, que, por aqui, se biparte em difuso e concentrado. Por meio do primeiro, qualquer órgão jurisdicional pode, no âmbito de sua competência, deixar de aplicar uma norma, por entendê-la contrária à Constituição, a fim de ser solucionado o litígio posto à sua custódia. O exame é feito *in concreto*. Pelo segundo, pessoas e entidades previamente relacionadas pela Constituição podem postular a análise, em abstrato, da legislação ou ato normativo apontados como contrários a ela. Dentro desse sistema, qualquer questão, já que é difícil imaginar-se um assunto não previsto na Constituição de 1988, pode ser submetida, em princípio, ao Supremo Tribunal Federal¹²⁵.

¹²⁵ É possível mencionar, que, nos últimos cinco anos, o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado situações que, no passado não muito distante, não lhe bateriam às portas, mas, hoje, representam grande interesse social, diante da inércia do Poder Legislativo. Lembre-se, exemplificativamente, o uso de células-tronco para pesquisas; o aborto de feto anencéfalo; a fidelidade partidária; a amplitude de atuação do Ministério Público em investigação criminal; a

Inviável torna-se sustentar que o Supremo Tribunal Federal ou, talvez, todo o Poder Judiciário, tem tentado impor uma *juristocracia*. Como se disse, em razão da amplitude dos direitos constitucionais, decorreu a necessidade de atuação ostensiva do Poder Judiciário, que, ao lhe ser submetido um litígio, não pode negar a prestação jurisdicional. O Poder Judiciário está cumprindo o papel que lhe foi desenhado pela Constituição e deveria, na verdade, ser mais ousado para cumprir os desígnios constitucionais.

Imaginar-se a judicialização sem a ideia de *ativismo judicial* é imaginar-se a prestação jurisdicional sem a virtude da *efetivação*. Para que, realmente, o Estado Democrático de Direito seja construído, faz-se indispensável, ante a crescente judicialização das questões, uma postura *proativa* do órgão julgador, que deve ter acoragem de interpretar e aplicar, quando cabível, à evidência, os preceitos constitucionais, tão logo seja instado a tanto. Não é parcialidade, é preocupação em desempenhar seu papel de agente construtor do modelo democrático trazido pela Constituição. O juiz é um importante alicerce da democracia e não apenas um simples tijolo. Os tijolos são muitos e podem ser metaforizados nas garantias, direitos e prerrogativas assegurados na Constituição. Se necessário, o Judiciário deverá colocá-los em seu devido lugar, dentro do enorme arranha-céu que é o Estado Democrático de Direito, sob pena de este não se completar e, talvez, não se fixar em definitivo¹²⁶.

Pode ser dito, portanto, que o ativismo judicial significa uma *postura* do órgão jurisdicional, proativa, voltada à realização dos valores e fins albergados pela Constituição, em processo contínuo de construção do Estado Democrático de Direito.

Na prática, o ativismo judicial se manifesta em algumas condutas que ditarão esse novo modo de agir do magistrado. Assim, conforme explica Luís Roberto Barroso¹²⁷, podem ser mencionadas as seguintes: (a) aplicação da Constituição a situações não expressamente disciplinadas em seu texto, caso que deverá, o órgão julgador, se socorrer dos princípios explícitos e implícitos nela contemplados, independentemente de trato da matéria pelo legislador

aplicabilidade da lei de imprensa (declarada inconstitucional em sua totalidade quando do julgamento do mérito da ação) e a união civil entre homossexuais.

¹²⁶ BARROSO, Luis Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 30 nov. 2010.

infraconstitucional, pois a omissão deste não pode servir de supedâneo para frustração de direitos constitucionais; (b) controle difuso de constitucionalidade com maior eficiência, de cujo exercício decorrerá a declaração de atos normativos contrários aos princípios e valores constitucionais e não somente daqueles que violarem sua letra; (c) imposição e disciplina intraprocessual das tutelas diferenciadas, principalmente as que determinam obrigações de fazer e de não fazer aos entes públicos, na área de políticas públicas.

O modo de agir que corresponde à conduta diametralmente oposta ao do ativismo é conhecida como *auto-contenção judicial*, que orienta a redução de atuação da função jurisdicional, para que não interfira com a dos outros poderes. Dentro do modo de pensar da auto-contenção judicial, é possível vislumbrar no juízes as seguintes atitudes, exemplificativamente: (a) a Constituição somente é aplicada a litígios que contemplem expressamente uma situação que tenha reflexo em suas disposições, pois, em caso contrário, a concretização do comando constitucional se sujeitará a manifestação do legislador ordinário; (b) igualmente, a declaração de inconstitucionalidade subordina-se a critérios bastante rígidos; (c) a imposição de obrigações mandamentais a órgãos públicos não ultrapassa o limite da estrita legalidade, com olvido dos direitos fundamentais¹²⁸.

Fácil é deduzir que, no Brasil, até a Constituição de 1988, e mesmo depois e, com certeza, ainda nos dias de hoje, com menor frequência, a auto-contenção judicial dava a tônica do Judiciário. Lógica que, como se disse, vem paulatinamente sendo afastada, graças, predominantemente, à influência pós-positivista, preocupada com a materialização de *valores* e aplicação de *princípios*, situação que, no Brasil, repita-se, teve avanços significativos com a promulgação da Constituição de 1988.

O ativismo judicial, por ser uma postura bastante inovadora e representar um novo paradigma de atuação jurisdicional, não está indene a críticas, assunto que será tratado na sequência.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid. op. cit.*

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid. op. cit.*

1.7.2 Objeções e Refutação

Inevitável mostra-se um novo tema sem o acompanhamento de oposição, ainda mais na seara do direito, dado que, conforme já se afirmou quando se tratou da conceituação do fenômeno jurídico, está ele mergulhado em realidade multifacetária, passível de ser pesquisado por muito ângulos. Há, assim, algumas críticas negativas contra o ativismo judicial que são dignas de menção, bem como de refutação. Aqui, serão mencionadas três: (a) riscos à democracia; (b) politização exacerbada da Justiça e (c) limites da atuação jurisdicional¹²⁹.

Quanto à primeira crítica, ou seja, quanto aos riscos à democracia, questiona-se: é realmente possível afirmar que o ativismo judicial gera danos à democracia? A resposta à indagação é complexa, ainda mais quando se mira a realidade brasileira, em que a democracia é um processo em francodesenvolvimento.

Primeiramente, cumpre registrar que os membros do Poder Judiciário, formado por juízes, desembargadores e ministros, todos magistrados, são agentes políticos não colocados no poder pelo povo, diretamente, por meio do exercício do direito de sufrágio, tal como se sucede com os cargos de chefia do Poder Executivo e com os membros do Poder Legislativo. Não obstante, os magistrados, por imposição constitucional, e nem poderia ser de outro modo, justamente por exercerem parcela do poder estatal, têm competência para anular, quando instados, atos do Poder Legislativo e do Executivo, desde que violadores do sistema jurídico.

Há uma tensão, nesse caso, entre a vontade popular, que colocou no poder aquele que reputou melhor para ocupá-lo e o poder jurisdicional, alcançado por aquele que ali chegou por outras formas, que não pelo sufrágio. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ao invalidar ato do Presidente da República, estará invalidando ato de agente político eleito por mais de cinquenta milhões de pessoas¹³⁰. Em outras palavras, os onze ministros que compõem a Corte Suprema brasileira têm competência para invalidar ato de um agente político, colocado no poder por mais de cinquenta milhões de brasileiros. Há um embate entre o poder político oriundo do sufrágio e o poder jurisdicional.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Op. cit.

¹³⁰ Número aproximado de votos que tem elegido os últimos Presidentes da República no Brasil.

É possível justificar, em um primeiro plano, a existência dessa possibilidade a partir do próprio Texto Constitucional, onde está assegurado, em cláusula pétrea, como direito fundamental, no art. 5º, XXXV, que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída do crivo jurisdicional. O poder não é somente exercido no Brasil, e também na grande maioria das nações, por detentores de mandato eletivo. Há reserva de uma parcela a ser destinada a outros membros da sociedade, que a exercerá com base em critérios técnicos e imparciais, como garantia da própria democracia.

De forma bastante simplista, afirma-se que o juiz, na verdade, ao exercer o poder jurisdicional, não atua com vontade política. Foi incumbido nessa função pela própria Constituição, cuja existência subordina-se à constituinte, ou, antes, à assembleia constituinte, que é formada por mandatários do povo, ali colocados por este último. Logo, em última instância, o poder conferido aos magistrados provém diretamente de sua fonte principal: o povo, tal qual se sucede com os detentores de mandato eletivo.

Mas esse pensamento, não de todo errado, mesmo porque, conforme já ficou registrado neste estudo em mais de uma oportunidade, teve bastante influência no Estado liberal, por influência das ideias de Montesquieu, e continuou algum tempo depois e, até presentemente, ainda difundido por alguns estudiosos, não mais tem força, bastando ser lembrado que, em razão do ideário pós-positivista, hoje, os juízes estão longe de desempenharem atividade puramente mecânica, pois lhes cabe interpretar e tornar efetivo o comando disposto em várias normas de conteúdo aberto. A concreção, no plano fático, dos valores albergados em um sistema jurídico, dependerá, em muitos casos, da atividade *criativa* do órgão julgador. Ante as omissões, aporias, lacunas e até incongruências do sistema jurídico, caberá ao Judiciário supri-las e discipliná-las, em respeito ao comando do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sob pena de não cumprir a missão que lhe reservou o poder constituinte. Nesses casos, o juiz desempenhará, irrefutavelmente, atividade política.

Essa lógica pode ser explicada, no entanto. Vigora no Brasil o Estado Democrático de Direito, que é fruto de dois ideários que, embora se associem, são distintos. O primeiro desses ideários é o próprio constitucionalismo, que traz a ideia de poder limitado e respeito absoluto aos direitos fundamentais. O

outro é a democracia, que significa, singelamente, que o titular último do poder é o povo.

Entre essas duas ideias, ou seja, entre a limitação do poder e salvaguarda dos direitos fundamentais e a vontade popular, base da democracia, podem e surgem conflitos. Para compatibilizarem-se esses interesses, coube à Constituição, para sacramentar a democracia, relacionar as regras da participação do povo no poder e, simultaneamente, *petrificar* direitos fundamentais. Democracia não é a vontade da maioria, é a salvaguarda de *todos* os interesses lícitos existentes em uma sociedade, ainda que pertencentes a uma minoria.

Para, em último grau de decisão, preservar-se tanto um, quanto o outro ideário, a Constituição erigiu o Poder Judiciário, daí por que não se poder falar em ofensa à democracia, quando se tem em mira o ativismo judicial. O Poder Judiciário é uma das vigas mestras do processo democrático. Não há que se falar em ofensa à democracia pelo ativismo judicial e, sim, em coparticipação para seu desenvolvimento.

Prosseguindo-se no exame das objeções ao ativismo judicial, tem-se aquela que entende haver exacerbada politização do Poder Judiciário ao assumir uma postura proativa de sua função jurisdicional. O Poder Judiciário, ao surgir como protagonista da vida democrática, estaria a assumir papel político distinto dos critérios técnicos que caracterizam a função jurisdicional.

Apregoava a teoria crítica do direito, fundada no marxismo, que direito é política. É notória a classificação de Karl Marx do direito, que o colocava como capítulo da economia política. Dentro do marxismo, autores defendem a concepção tipificada por um *economicismo antinormativista, na medida em que visualizam o Direito não como estrutura normativa, mas como sistema de relações sociais, produto natural do modo de produção socioeconômico*¹³¹.

O outro extremo dessa compreensão, trazida pelo positivismo jurídico, já trabalhado neste texto, é a assertiva de que a ciência do direito é neutra e não pode sofrer a influência de qualquer outro setor, aí se incluindo a política. Na ciência atual, não se compreende o direito como política; mas, também, não se encontra ele despido desse fenômeno.

¹³¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 132, *apud*, WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. *Op. cit.* p. 169.

Um rápido confronto das ideias de Kelsen e de Marx, a respeito da colocação do direito na política é assim expressado por Antonio Carlos Wolkmer¹³²:

É na esfera da superestrutura, enquanto "formas de consciência social" ou "formas ideológicas", que estão situados o Direito e o Estado, produzidos e condicionados pela realidade estrutural socioeconômica. Isso, contudo, no dizer de Kelsen, não fica muito claro, pois certa ambiguidade emerge quando Estado e Direito, por alguns momentos, expressam a "realidade social", e, por outros, representam a ideologia política e jurídica. Ora, Kelsen esforça-se de todas as maneiras para tentar comprovar que Marx e Engels confundem o verdadeiro Direito (ciência normativa) com ideias jurídicas deformadas (uma teoria ideológica do Direito).

A concepção pós-positivista, no entanto, é preciso repetir, recolocou o direito mais próximo dos valores e, em consequência, da ética, mais preocupado na realização da pessoa humana, de sua dignidade. O direito reaparece como instrumento de legitimidade democrática e de justiça, afastando-se da concepção marxista, onde pode ser visto como instrumento de dominação, e mesmo da concepção kelseniana, onde é visto como sistema fechado de normas.

É desconcertante para o juiz ouvir que sua decisão foi política. Infundida nessa afirmativa está a de que o juiz não se pautou por critérios jurídicos, estabelecidos no ordenamento jurídico, para prolatar sua decisão rotulada de política, que encerra a ideia vulgar de favoritismo, proteção a interesses escusos e imoralidade. Não obstante, é bastante árduo estabelecer marcos divisórios entre direito e política.

O lado político do direito, dentro do ideário pós-positivista, expressa-se por meio de algumas características. A primeira delas é extraída da sua própria fonte, já que é criado pela vontade dos membros da sociedade, consubstanciada na Constituição e nas leis. O direito, e isso é fato até que natural, em sua face política, produz efeitos no seio da sociedade e as decisões são aguardadas pela sociedade, valendo lembrar que um dos objetivos da jurisdição é justamente a pacificação social, restabelecendo a ordem violada e compondo o litígio.

Outro lado político do direito está na figura do juiz. Se é certo, por um lado, que muitas questões jurídicas haurem solução diretamente no texto da lei, sem maiores dificuldades ou aprofundadas investigações interpretativas pelo

¹³² *Introdução ao pensamento jurídico crítico. Op. cit. págs.158/159.*

aplicador, não obstante, ainda nessas hipóteses menos complexas, necessitem da hermenêutica jurídica para alcançar o sentido idealizado pelo ordenamento jurídico e pelo próprio Estado Democrático de Direito; por outro lado, muitas outras exigirão razoável aprofundamento exegético, isso porque o texto da lei não se mostra suficiente subsumível a uma regra para ser aplicado de pronto, o que requererá, de forma mais enérgica do que na hipótese anterior, as luzes da hermenêutica jurídica.

O juiz, então, para solução dos *hard cases*, na linguagem dworkiniana, após estudo dos princípios e regras regentes da espécie, será irremediavelmente influenciado por critérios subjetivos, tais como sua ideologia política, sua religiosidade, sua concepção de ética, e, com fundamento em todas essas significações, apresentará a solução para o caso concreto. Aí está um dos lados políticos do direito.

A Constituição tenta impor barreira a esse poder político dos juízes, subordinando-o a diretrizes jurídicas, tais como justiça, dignidade da pessoa humana, inexistência de discriminação de qualquer natureza; mas o campo político da decisão sempre estará aberto, porque aqueles são valores que se modificam com o evoluir da sociedade. Prova dessa assertiva são as decisões do Supremo Tribunal Federal que alteram outras do mesmo Tribunal dadas com base em distintadimensão social¹³³.

Não obstante, é importante deixar claro que o direito jamais assumirá as características da política, no sentido de possibilitar a seu operador (órgão jurisdicional) a livre solução de um litígio, à luz de critérios de absoluta discricionariedade. O que junte o juiz à legitimação democrática é justamente o dever que lhe incumbe de demonstrar, *racionalmente e dentro do ordenamento jurídico*, e nisso que reside toda a importância deste tema, o caminho que o fez decidir pelo acolhimento ou não da pretensão judicializada¹³⁴. Podem ter muitas soluções para o caso concreto; mas uma deverá ser a escolhida. E esta deverá ser demonstrada racionalmente, refletindo um ou mais dos valores açambarcados pelo

¹³³ Basta lembrar a decisão que estendeu o regime de greve do empregado ao servidor público, em mandado de injunção, pelo que se atribuiu a esse remédio constitucional o caráter disciplinador de omissões legislativas, independentemente de atuação do Poder Legislativo. No passado, o Supremo Tribunal Federal interpretava o dispositivo que assegura o mandado injunção como meramente declaratório da omissão do Poder Legislativo, se atribuir-lhe qualquer efeito no mundo fenomênico. Houve sensível evolução da jurisprudência da Corte Suprema brasileira.

¹³⁴ O princípio da persuasão racional enuncia que o juiz deve decidir com base em critérios de racionalidade hauridos no sistema jurídico.

direito positivo. Daí por que ser premissa equivocada aquela que apregoa que, com o ativismo judicial, haverá possibilidade de politização do Poder Judiciário.

Dentro dessa ótica, afigura-se imprescindível, ao magistrado, a observação de algumas importantes diretrizes. A sua vontade, muito embora relevante, condiciona-se, para validade, ao sistema jurídico, cujo ápice está na Constituição. Deve respeitar, também, a legislação, ante a presunção de legitimidade que lhe é peculiar, somente a desprezando se inconstitucional, máxime porque o poder que exerce também advém do povo, nos termos do art. 2º da Constituição Federal, muito embora não o detenha de forma eletiva. O primado deve ser do direito; não dos juízes.

Uma última depreciação que se faz ao ativismo judicial diz respeito à capacidade institucional do Poder Judiciário e de seus limites.

A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos¹³⁵.

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa^{136/137}. Não obstante, por dever constitucional, quem decidirá, em último grau, é o Poder Judiciário, cabendo a ele demonstrar, dentro da principiologia constitucional, o raciocínio que servirá de base para composição do litígio.

Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte

¹³⁵ V. Cass Sunstein e Adrian Vermeulle, *Interpretation and institutions*, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 28, 2002, *apud*, BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Op. cit.*

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Op. cit.* p. 12.

do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastrosas¹³⁷.

Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Nesses casos, milhares de decisões têm sido concedidas pelo Poder Judiciário em favor da pacientes que não tiveram o direito da saúde tutelado pelo Sistema Único de Saúde. O comprometimento do orçamento governamental, com esses gastos não previstos, revela-se evidente.

Não obstante, é importante considerar que o Poder Judiciário não pode se eximir de sua função a pretexto de ocorrer a possibilidade de decisões com profundo impacto social e político. Repise-se que, ao ser acionado, estará ele se desincumbindo de um dever constitucional. Caberá, nessas hipóteses complexas, aos três Poderes estabelecer critérios racionais de cumprimento das decisões judiciais.

Portanto, como conclusão deste tópico, resta a assertiva de que as três críticas irrogadas contra o ativismo judicial, quais sejam, riscos à democracia, exacerbada politização do Poder Judiciário e transbordamento da capacidade institucional deste último, não subsistem. O novo paradigma é haurido diretamente na Constituição Federal e contribui para o aperfeiçoamento da democracia, para o exercício proativo do poder jurisdicional, dentro de critérios jurídicos e racionais, e, ainda, para com a solução dos casos difíceis, com intenso impacto social, cabendo ao Poder Judiciário demonstrar em seus pronunciamentos, ainda que, em certos casos, dotados de subjetividade, o caminho percorrido para atingir a decisão que comporá o litígio, como forma, diga-se de passagem, de legitimar o poder que exerce.

¹³⁷ O Supremo Tribunal Federal tem empregado um sistema prévio de consultas públicas a entidades vinculadas ao tema objeto da ação para obter fundamentos científicos e filosóficos que contribuirão para com o julgamento do mérito. Deve ser citada, a título de exemplo, a consulta a cientistas e a entidades religiosas a respeito do uso de células-tronco.

CAPÍTULO II O DIREITO PROBATÓRIO. A PROVA. O JUIZ

2.1 NOÇÕES GERAIS DE DIREITO PROBATÓRIO

2.1.1 Introdução

Quando do início da instauração da relação jurídica, a partir da propositura da ação, o juiz se encontra diante uma hipótese, pois não tem conhecimento como os fatos se sucederam. Se tivesse esse conhecimento, se tivesse participado ou presenciado os fatos sobre os quais deve julgar, não poderia ser o juiz da causa, mas parte ou testemunha.

Para alcançar a certeza de um fato que não se viu, faz-se necessário ver outros fatos dos quais, segundo um conjunto de regras próprias, tenta-se extrair a certeza ou a probabilidade de sua ocorrência.

O juízo de existência, dirigido à pesquisa da verdade, exige, assim, que o juiz desenvolva uma *atividade perceptiva*. Os fatos que o juiz vê ou escuta chamam-se *provas*. As provas são fatos presentes sobre os quais se constrói, ou pelo menos tenta-se construir, a probabilidade da existência ou inexistência de um fato passado. Ensina Francesco Carnelutti¹³⁸ que "a certeza resolve-se, a rigor, em uma máxima probabilidade, isso porque não se pode pronunciar um juízo sem provas; não é possível fazer um processo sem provas", quando este veicule matéria fática e isso se verifica com bastante frequência.

A atividade probatória do juiz pode ser conceituada como a forma de proceder do magistrado antes, durante e depois da produção de provas. Envolve a iniciativa probatória, a análise da pertinência das provas requeridas pelas partes, a maneira de produção dessas provas e a valoração das provas produzidas. Este trabalho dará especial destaque à iniciativa probatória e à produção dessas provas, com enfoque para o exercício *proativo* dos poderes instrutórios.

A atividade probatória do juiz é objeto de estudo do direito probatório, o qual, por sua vez, é um dos capítulos do direito processual civil e consiste no conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) que disciplinam o processo de determinação dos fatos controvertidos. Presta-se, assim, a regular o

138 BARROSO, Luís Roberto. *Ibid. op. cit.* p. 13.

processo de conhecimento do juiz acerca do fato controvertido, e se apresenta, por outro vértice, como o conjunto de regras relativas à percepção e à dedução dos fatos por parte do juiz.

O conteúdo do direito probatório encerra o estudo das seguintes categorias: objeto da prova (alegações suscetíveis de demonstração por via da prova); meios de prova (atividades processuais predispostas à comprovação das alegações); ônus da prova (distribuição do encargo de demonstrar as alegações e consequências da desídia da parte); fontes da prova (definição dos elementos exteriores sobre os quais a atividade probatória incide) e valoração da prova (disciplina do valor das provas e modo como devem ser apreciadas).

O direito à prova é de primeira importância para a efetividade da garantia constitucional da ação e da defesa e, correlativamente, o seu não-exercício, a demonstrar sua grande relevância nos quadrantes do direito processual civil, nos casos de maior disponibilidade e na medida da disponibilidade do direito substancial em cada caso, conduz a consequências mais graves quanto ao resultado substancial do processo. O direito à prova, também objeto de estudo do direito probatório, situa-se entre os princípios constitucionais do direito à tutela jurisdicional e o devido processo legal¹³⁹.

Na linguagem comum, prova se utiliza como comprovação da verdade de uma proposição; somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar. Não pertence à prova o procedimento mediante o qual se descobre uma verdade não afirmada senão aquele mediante o qual se demonstra ou se encontra uma verdade afirmada, mas negada pela parte adversa. Rigorosamente, pois, a prova deve diferenciar do *procedimento* utilizado para a verificação da proposição afirmada. Assim, a prova da afirmação acerca da existência de um fato, se faz mediante o *conhecimento* de um mesmo fato; o conhecimento não é a prova; porém, dá a prova da afirmação¹⁴⁰.

Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. Por si mesma, a prova em geral da verdade dos fatos não pode ter limites; mas a prova no processo, ao revés da prova puramente

¹³⁹ *Como se faz um processo*. Tradução de Hebe Caletti Marengo. 2.ed. Campinas: Editora Minelli, 2004. p. 68.

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 248.

lógica e científica, sobre a primeira limitação na necessidade social de que o processo tenha um termo; transitada em julgado a sentença, a investigação dos fatos da causa preclui-se definitivamente e, a partir desse momento, o direito não cogita mais da correspondência dos fatos apurados pelo juiz à realidade das coisas e a sentença permanece como afirmação da vontade do Estado, sem que influência nenhuma exerça sobre o seu valor o elemento lógico de que se extraiu¹⁴¹. É bom lembrar, no entanto, a possibilidade, ainda que restrita, da ação rescisória, como forma de modificar a coisa julgada e, ainda, a teoria da coisa julgada inconstitucional.

Em caráter geral e em âmbito jurídico, pode-se afirmar que a prova é um meio, definido pelo direito ou albergado por um sistema jurídico, como idôneo a levar ao convencimento do juiz a ocorrência de fatos controvertidos. O rol é amplíssimo e impossível de ser delimitado. O próprio Código de Processo Civil brasileiro, muito embora disciplinando em caráter meramente exemplificativo alguns meios probatórios, enuncia, no art. 332, que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que ali não especificados, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

A doutrina atenta para a chamada *graduação* da prova. Nem tudo aquilo que demonstra importância no suceder do processo deve ser provado com o mesmo rigor. Prova inconteste se exige com respeito à questão central da lide, que diz respeito à definição do direito material reivindicado. Quanto à série de questões processuais e substanciais, as quais, embora importantes, apenas condicionam a solução do mérito, a lei se satisfaz com uma prova menos rigorosa. E isto se dá pelo fato de que a sentença se destina a produzir um efeito imutável sobre a questão nuclear.

Também chama atenção, em âmbito científico, o *objeto* da prova. São os fatos que não sejam reconhecidos e notórios. As normas jurídicas, visto que devem ser conhecidas do juiz, pelo menos as de âmbito nacional, não representam objeto de prova no sentido de que a falta de prova delas possa prejudicar a parte que a não produziu. Da mesma forma, as regras de experiência. Faz-se exceção, porém, quanto às normas que ao juiz cumpra, de fato, aplicar, no caso de provadas, mas que não é obrigado a conhecer previamente, ou seja, as normas oriundas das

¹⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 68.

esferas de poder estadual e municipal, as normas de direito consuetudinário e as normas de direito internacional.

Em linha conclusiva, tem-se que a atividade probatória do juiz ditará o seu proceder no exercício dos direitos instrutórios, alcançando a iniciativa da produção de provas, a análise de sua pertinência para solução da lide, a forma de sua produção e sua valoração. O modo de proceder do magistrado dentro do direito probatório definirá a certeza que cercará a lide e a segurança que será emprestada à decisão final, em prestígio à efetividade e aos valores do Estado Democrático de Direito.

Passa-se, assim, ao exame da prova propriamente dita, como extensão do presente tópico e aprofundamento de seus matizes para compreensão da própria atividade probatória do juiz.

2.1.2 Da Prova

Entre os fatos não afirmados por nenhuma das partes, que são irrelevantes para a solução da lide; fatos que não existem para o juiz, que também não interessam à causa, e os fatos afirmados por todas as partes, que para ele simplesmente existem e cuja prova de existência não se faz, porque desnecessária à composição do litígio, encontra-se a área neutra dos fatos afirmados tão-somente por uma ou algumas das partes, ou seja, fatos afirmados, porém, não admitidos, que podem existir ou não. São chamados *fatos controvertidos*, que constituem a regra em matéria de prova e a pedra de toque da existência em si da prova. O juiz encontra-se aqui frente à afirmação de uma parte e à negação da outra, ou seja, diante da discussão de um fato, diante de sua veracidade ou não. É necessário proporcionar-lhe o meio ou indicar-lhe a via para resolver a discussão e descortinar a verdade¹⁴² e essa função foi confiada à prova.

Se a lei associa determinados efeitos jurídicos a certos fatos e se as partes, em juízo, afirmam existentes esses fatos para obterem as consequências jurídicas deles advindas, claro está que lhes não basta afirmar que eles existem, visto que, para o êxito final da causa, o que lhes cumpre é demonstrar sua real existência, ou seja, é dar ao juiz a certeza de sua ocorrência. Com a prova, o que se

¹⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 110. v.3.

busca e procura é a configuração real dos fatos em que se assentam as questões que devem ser apreciadas e decididas no processo. Na averiguação desses fatos, o juiz, no exercício de sua atividade probatória, examina a prova e forma, em seguida, sua convicção para poder sentenciar e decidir¹⁴³.

O juiz, no processo, ao ter de descortinar a verdade dos fatos que deverão ser objeto de seu pronunciamento, não tem diante de si somente um problema de lógica; tem, na verdade, problemas estritamente jurídicos. Ao contrário do que ocorre com um cientista, por exemplo, que detém ampla liberdade de pesquisa, o juiz deve cingir-se ao procedimento probatório que a lei delimita, atento, porém, ao ideário jurídico bastante amplo proporcionado pelo estabelecimento do Estado Democrático de Direito. Além disso, está obrigado a decidir ainda que as provas coligidas não lhe deem a garantia indispensável para emissão de um juízo certo. Constitui-lhe, no entanto, dever de ofício indicar o caminho percorrido para extrair a impressão da prova, dentro de critérios de racionalidade.

Pode-se, assim, afirmar que a pesquisa da verdade que se consubstancia na atividade probatória realizada dentro do processo não está condicionada exclusivamente aos princípios da lógica comum. O juiz, nessa pesquisa, exerce uma atividade limitada por encontrar-se na dependência de normas jurídicas, ou seja, princípios e regras, que ditarão o trabalho de averiguação por ele desenvolvido.

Isso não significa adoção da prova tarifada ou do sistema da prova legal e, sim, de um critério jurídico que possibilite ao juiz reconstruir a situação concreta do litígio que vai compor e solucionar. Nesse regime, prevalece o princípio da livre convicção do juiz, temperado e limitado por algumas regras de prova legal. A convicção do magistrado se formará, portanto, sobre os elementos probatórios contidos nos autos, os quais constituem a verdade suficiente a respeito dos fatos que deverá apreciar com o auxílio dos critérios da lógica, assim como da razão e da experiência¹⁴⁴, com o influxo direto da Constituição Federal.

A prova tem um objeto (fatos ou até pessoas), uma *finalidade* (demonstrar a veracidade de uma afirmação), um destinatário (o juiz); serve-se de meios e métodos próprios. Objeto da prova são os fatos da causa, ou seja, os fatos

¹⁴³ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil. Op. cit.* págs. 43/44.

¹⁴⁴ MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil. 2.ed.* São Paulo: Forense, 1962. p. 356.

deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou da exceção. Sua finalidade é a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa. Visa, assim, em primeiro lugar, a verificar se os fatos afirmados são certos, ou seja, a criar a certeza quanto à sua existência. A certeza tornada inabalável pela exclusão de todos os motivos contrários ou divergentes, se faz convicção. O destinatário da prova é o juiz. As afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, se dirigem ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto a esses fatos, necessária ao julgamento da lide. "Para esse fim é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar a sua convicção"¹⁴⁵, com o propósito primaz de aplicar a tutela adequada ao processo.

A prova dos fatos faz-se por *meios* adequados a fixá-los em juízo. Por esses meios, ou instrumentos, os fatos deverão ser transportados para o processo, seja pela sua reconstrução histórica (narração de testemunhas), ou sua representação (declaração constitutiva de atos, constante de documentos), ou sua reprodução objetiva (exame da coisa por peritos, ou pelo próprio juiz), ou, ainda, sob outras formas idôneas para atestar a sua existência, ou suficientes para se obter a ideia precisa da sua existência.

A fixação dos fatos no processo exige um *método* próprio: a prova terá que produzir-se com respeito aos princípios e regras processuais. Há, assim, um processo probatório que se exterioriza por um procedimento probatório, disciplinado pelo direito. A prova dos fatos deverá ser colhida pelos meios admitidos em direito, no processo, e pela forma estabelecida em lei. Será na forma assim produzida que irá o juiz formar sua convicção sobre os fatos, sendo-lhe vedado fundamentá-la em elementos desprovidos da segurança jurídica que os princípios e regras processuais acautelam¹⁴⁶.

Estabelecidas essas bases, é preciso aprofundar um pouco mais o tema e, por isso, serão feitas considerações sobre o objeto e meios de prova, também indispensáveis para a delimitação do presente estudo.

¹⁴⁵ MARQUES, Frederico. *Ibid. op. cit.* p. 358.

¹⁴⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 331.

2.1.2.1 Objeto da Prova

Conforme já visto há pouco, o *objeto* ou *thema probandum* é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deve ser provado no processo. É aquilo de que o juiz deve adquirir o necessário conhecimento, a necessária cognição, para decidir sobre a questão submetida a seu julgamento. Na instrução da causa, toma o juiz conhecimento dos elementos necessários para construir a sentença. Kazuo Watanabe, em sua clássica obra sobre cognição¹⁴⁷, adverte:

Mas a importância da cognição não decorre somente desse fato (*importância da cognição na linha evolutiva do direito processual civil*). Resulta ela muito mais da própria natureza da atividade do juiz, que para conceder a prestação jurisdicional precisa, na condição de terceiro que se interpõe entre as partes, conhecer primeiro das razões (em profundidade, ou apenas superficialmente, ou parcialmente, ou definitivamente, ou em caráter provisório; tudo isso se põe no plano da técnica de utilização da cognição) para depois adotar as providências voltadas à realização prática do direito da parte. E decorre também da intensa utilização que o legislador dela faz para conceber procedimentos diferenciados para a melhor e efetiva tutela de direitos.

Não raramente, no entanto, surge a necessidade de prova não de um fato, mas do direito. Tal se sucede quando a parte invoca direito estadual, municipal, estrangeiro ou consuetudinário. Como regra geral, pois, provam-se os fatos e, por exceção ao princípio *jura novit curia*, prova o direito que compõe uma daquelas modalidades, nos termos do art. 337 do Código de Processo Civil.

Os fatos por provar são aqueles sobre os quais versa a lide. E mesmo nem todos requerem prova. Quando das afirmações das partes se apure que os fatos são reconhecidos ou admitidos como verdadeiros, ou quando se trata de fatos notórios, não há necessidade de sua demonstração para o juiz, conforme afirmado em linhas atrás. São os seguintes os fatos que independem de prova, nos termos do art. 334: (a) os fatos afirmados por uma e confessados por outra parte; (b) os fatos não contestados e (c) os fatos notórios.

Por outro lado, dependem de prova os fatos controvertidos e relevantes. Devem, também, ser determinados, ou seja, passíveis de serem distinguidos de quaisquer outros.

¹⁴⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ibid. op. cit.* p. 330.

Os fatos passíveis de serem provados devem ser *controvertidos* ou controversos. Onde não há controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se traduz à mera aplicação do direito. Impõe-se a prova quando há questão de fato. Em consequência, pode-se asseverar que reclamam prova os fatos contestados ou não admitidos como verdadeiros pela parte contrária à que os alega.

Não obstante, é possível entreverem dadas situações em que, ainda que não contestadas, deve ser feita a prova do fato. Essas situações podem assim ser resumidas: (a) quando reclamada pelo juiz para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento, como pode se suceder nas hipóteses em que se verifica a revelia, da qual acarreta a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor; (b) ou quando a lide versar sobre direitos indisponíveis, como nas ações civis públicas, nas ações de estado (interdição, destituição de poder familiar, guarda etc.) ou (c) quando a lei exija que a prova do ato jurídico é-lhe inerente à substância, de modo que, a parte que o alegar, deverá demonstrar em juízo a prova que a lei rotule como tal para sua demonstração. O exemplo maior é a prova da propriedade de bem imóvel, que se faz por meio da matrícula, corretamente averbada, extraída do Serviço de Registro de Imóveis da circunscrição do bem, nos termos do artigo 1.245 do Código Civil.

Extrai-se da regra de que são objeto de prova os fatos controvertidos o corolário de que independem de prova os fatos intuitivos ou evidentes. Estes são extraídos da experiência; da impressão do homem normal acerca do suceder dos acontecimentos. Também decorre daquela regra a que enuncia que independem de prova os fatos reputados verdadeiros em virtude de uma presunção legal.

Em continuidade aos fatos que devem ser provados, destacam-se os denominados *relevantes*, ou seja, devem ser provados os fatos que tenham relação ou conexão com a causa proposta. Devem ser capazes de influir na decisão da causa. Fatos que não servem para a solução da lide devem ser desprezados.

Os fatos que devem ser provados devem ser *determinados*, ou seja, apresentados com características suficientes que os diferenciem de outros que se lhes assemelhem.

Assim como os indivíduos e as coisas, explica Moacyr Amaral Santos¹⁴⁸, os fatos são entes, são figuras, são objetos com limites, qualidades,

¹⁴⁸ *Da cognição no processo civil*. 3.ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 53.

características, que os separam, os diferenciam, os distinguem de outros fatos, indivíduos ou coisas.

Na falta de uma linha separatória, de uma qualidade própria, de um sinal individual, como separar, diferenciar, distinguir o fato probando de outro que absolutamente não se relaciona com a causa? Dessa regra resulta a conclusão de que o fato indeterminado, ou indefinido, é insuscetível de prova.

Algumas palavras devem ainda ser ditas sobre as máximas da experiência e os fatos notórios.

O juiz, como homem culto e vivendo em sociedade, no encaminhar as provas, no avaliá-las, no interpretar e aplicar o direito, no decidir, enfim no exercício de sua atividade probatória, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentais. São as noções a que se costumou denominar *máximas da experiência*, isto é, juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média¹⁴⁹. A respeito, expressa-se Moacyr Amaral Santos¹⁵⁰:

Com efeito, em cada esfera social, da mais letrada à mais humilde, há uma porção de conhecimentos que, tendo passado por uma experiência contínua e prolongada, ou, quando não, pelo crivo da crítica coletiva, fruto da ciência, da arte, da técnica ou dos fatos cotidianos, faz parte de sua *communis opinio*. É certo, por outro lado, que essa *communis opinio* pode variar, conforme o lugar, o tempo, o progresso da ciência ou da técnica, as transformações políticas, sociais, religiosas etc., mas não deixa de ser também certo que as afirmações nela fundadas, por qualquer membro da esfera social, em que se formou, adquirem autoridade que a afirmação individual não pode ter, porque aquela traz consigo e resulta da crítica e da apuração coletiva.

Um fato, para ser *notório*, requer a presença de alguns caracteres. O primeiro diz respeito à relatividade do conceito de notoriedade. Há fatos notórios de âmbito mundial e outros de âmbito local. Para ser notório basta que seja passível de ser conhecido pelo conhecimento comum. Não é indispensável, por fim, que todos os membros da sociedade tenham tido contado direto com o fato.

¹⁴⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Op. cit. p. 339.

¹⁵⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Op. cit. p. 339.

Regra geral, repita-se, é de que os fatos que interessam à lide dependem de prova para sua demonstração, porquanto é na prova que se firma o convencimento do juiz quanto ao *thema probandum*.

Além disso, a prova deve estar inserida nos autos, porquanto não é dado ao juiz julgar utilizando-se de conhecimentos que lhe compõem o saber privado. A proibição, que vale como garantia das partes e da justiça, se explica na incompatibilidade psicológica entre a função de juiz e a de testemunha. Concedido que fosse ao juiz valer-se do seu conhecimento privado quanto aos fatos da causa, converter-se-ia ele em testemunha única dos mesmos, a despeito das afirmações das demais testemunhas, com a agravante daquele conhecimento não passar pela fiscalização e censura das partes, praticamente impossibilitadas de contrariá-los¹⁵¹.

Opostamente, no que diz respeito aos fatos notórios e às máximas da experiência, porque são elas de conhecimento geral e não somente do magistrado, independem de prova, cabendo às partes a faculdade de fiscalizar o correto emprego das conclusões a que chegar o juiz a partir daqueles elementos, o qual, repita-se, está obrigado a demonstrar o porquê de tê-los adotado como motivação da sentença.

Partindo-se de outra ótica acerca do tema em estudo, nos termos da lição de Arruda Alvim¹⁵², é possível, de modo geral, apontar as seguintes principais espécies de fatos, para em seguida, estabelecer como devem ser provados ou como são havidos por provados: (a) fatos reais; (b) fatos hipotéticos; (c) fatos aos quais, verificadas determinadas circunstâncias (indícios), atribuir-se-lhes-á o condão de serem havidos como verdadeiros (presunção *hominis*); (d) ainda, os fatos que, pela teoria da prova, são absoluta ou relativamente tidos como verdadeiros (presunção *juris et de jure* e presunção *juris tantum*), que demandam, porém, que se provem os fatos de que nascem, os quais, se comprovados, levam à convicção de existência do fato presumido, indispensável à solução da lide.

As noções que seguem foram hauridas na obra de Arruda Alvim¹⁵³.

¹⁵¹ *Ibid. op. cit.* p. 339.

¹⁵² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil. op. cit.* p. 341.

¹⁵³ *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento.* 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.2. p. 416.

Fatos reais podem ser definidos como aqueles apontados como acontecidos e dos quais haja demonstração no processo, de que forma e quando se verificaram no mundo fenomênico.

Fatos hipotéticos são aqueles cuja existência, se vier a ser positivada, acarretará determinada consequência. Sua demonstração no processo conduz às chamadas sentenças condicionais ou incompletas.

Os fatos geradores de presunção *hominis* são aqueles aos quais se atribui uma consequência, a ser verificada a partir da constatação de uma circunstância ocorrida e do seu significado aos olhos do magistrado, que se pautará pela experiência de vida, concebida a partir do homem médio e dentro de critérios decorrentes da razão.

Os fatos presumidos acontecem a partir de uma presunção de veracidade. Se for esta de natureza absoluta, da prova específica do fato, gerador da presunção *juris et de jure*, a parte que o alegou estará dispensada de o provar e a parte adversa estará impedida de demonstrar sua incorrência. A dispensa da prova está ligada com o fato presumido, ou seja, fato controvertido, e não com o que conduz a essa presunção.

Sendo a presunção relativa, isto é, *juris tantum*, a parte que tiver alegado o fato estará também dispensada de sua prova específica; mas à parte contrária assiste a prerrogativa de provar a inveracidade do fato coberto por aquela presunção e, se obtiver êxito em demonstrar essa inveracidade, sua posição jurídica lhe será favorável, nesse aspecto.

Deve ser observado que, no processo contemporâneo, vigora o *princípio da aquisição processual*. De acordo com essa premissa, a prova pertence ao processo, sendo indiferente, ao juiz, valorá-la a partir de quem a trouxe ao processo. Ela pertence ao processo e será, pelo seu valor intrínseco de convicção, sopesada pelo juiz, independentemente de se ter originado da atividade deste ou daquele litigante, ou mesmo de atividade oficiosa do juiz.

Diante do princípio da aquisição processual ou da comunhão nos resultados da prova, cujo pressuposto é a existência de prova nos autos, nos casos em que tenha sido produzida pela parte a quem prejudica, não se aplicará o ônus da prova, pois o juiz julga com base no art. 131, isso porque, se há comunhão nos resultados da prova, em um caso concreto, não há que se falar em ônus. Demais disso, o ônus é, por natureza, eminentemente subjetivo e relacionado com o agir ou

com o não-agir bem ou mal sucedido de um litigante, conforme ensina Arruda Alvim¹⁵⁴.

Deduz-se, por fim, a partir desse princípio, que é possível que uma parte, em última análise, produza prova contra si mesma. A prova é dirigida a demonstrar a verdade de um fato e não a privilegiar esse ou aquele litigante, sendo essa virtude um efeito indireto da função da prova.

Com relação à postura do juiz diante do exame das provas, é possível dizer, em síntese bastante rápida, já que os contornos dessa temática inserem-se na tese central deste trabalho, que o Código de Processo Civil, no Brasil, adotou o princípio do livre convencimento motivado, com respeito aos limites das provas legais e, em certo grau, os limites das provas escritas. Quanto às provas legais, a atividade do juiz se dirigirá à constatação de sua existência idônea; feita a constatação, não poderecusar-lhe valor; e este deverá ser aquele que lhe atribui a ordem jurídica, com especial destaque, porém, às normas constitucionais, dentre as quais obediência aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

Em conclusão a este tópico, tem-se que há um complexo feixe de princípios e de regras que disciplinam as circunstâncias em que um fato deverá ser passível de ser provado e sua eficiência, ou seja, sua virtude em produzir a verdade, está indiscutivelmente ligada ao agir do magistrado na busca da verdade real e da efetividade do processo, exibindo conduta proativa na condução da fase instrutória, a fim de aplicar adequadamente as normas a que está jungido, em busca da realização do princípio da tutela adequada.

Umbilicalmente ligado ao tema do objeto da prova está o dos meios de prova, os quais se prestam para demonstrá-la e passarão a ser estudados nas linhas que seguem.

2.1.2.2 Meios de prova

De acordo com lições de Lopes da Costa¹⁵⁵, a palavra *meio* tem dois sentidos: coisas materiais destinadas a certa finalidade (ter *meios* para viver) e procedimento, forma de atividade, comportamento, para alcançar determinado fim (usar de *meios* adequados). O mesmo acontece na linguagem jurídica: o

¹⁵⁴ *Ibid. op. cit.* págs. 414 e seguintes.

documento, a testemunha, o objeto sujeito à vistoria são coisas corpóreas, *meios de prova*, naquele primeiro significado; o exame do documento, a inspeção da coisa vistoriada, a inquirição da testemunha, são, também, já no outro sentido, *meios de prova*, processos de cujo emprego resulta um estado de consciência do pesquisador, pela aquisição de um conhecimento. Por essa razão, o processualista referido entende por distinguir as *fontes de prova*, que são as coisas materiais de onde se tira o conhecimento, dos meios de prova, que se expressam nos procedimentos pelos quais, a partir das fontes, se extrai a verdade, objetivo maior da prova.

Porém, a doutrina majoritária designa tanto uma, quanto o outro, simplesmente *meios de prova*. Portanto, é em função dos meios de prova que as partes demonstram a existência dos fatos controvertidos que integram o litígio e de que o juiz extrai dados e elementos para formar sua convicção, o que o fará quando do exercício de sua atividade probatória.

O Código de Processo Civil enuncia, no art. 332, que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". Vê-se, desde logo, que a enumeração não é taxativa. Além dos meios legais, relacionados pela legislação, há os moralmente legítimos. Assim, desde que não ofenda a lei ou uma garantia constitucional ou, ainda, as normas morais, a prova pode ser empregada em juízo para demonstrar a verdade.

O Código, não obstante, sistematiza as seguintes espécies ou meios de prova: (a) documental, (b) testemunhal, (c) confissão; (d) depoimento pessoal, (e) exames periciais e (f) inspeção judicial. Na sequência, serão tratadas algumas das características gerais de cada qual.

A) Diz-se que documento, em sentido *lato*, é qualquer coisa que represente um fato. É toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento¹⁵⁵. O documento, porém, é materializado quase que exclusivamente em papel.

O documento é uma prova histórica, porquanto quase sempre antecede ao início do processo, onde especificamente se pretende que produza os

¹⁵⁵ *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento. Op. cit.* p. 416.

¹⁵⁶ *Direito processual civil brasileiro. 2.ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3. p. 110.

¹⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil. Op. cit.* p. 151.

seus efeitos. Além do mais, é prova real, dado que todo documento é uma coisa. O documento não se destina tão-somente a fixar indelevelmente o pensamento, que é sua utilização mais comum; mas, sim, é também destinado a fixar duradouramente um fato, ideia esta mais ampla e compreensiva que a anterior¹⁵⁷.

O documento vale pelo que encerra, ou seja, por seu conteúdo, pois é a parte deste que se pretende extrair elementos produtores de consequências jurídicas. O conteúdo do documento é, de um modo amplo, um fato de diversas espécies, tais como manifestação do pensamento, declaração de ciência ou de vontade.

A evolução dos sistemas jurídicos tem sido no sentido de reduzir à formasamente àquilo que se crê indispensável à segurança jurídica. Regra geral, prevalece o princípio de liberdade de forma dos atos jurídicos, nos termos do art. 107 do Código Civil: "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir". Esta ideia também produz luz no direito processual. O magistrado, ao apreciar a validade de um negócio jurídico, não fica limitado ao tipo de prova que lhe é submetido; tendo em vista a premissa de que "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento", conforme dispõe o art. 131 do CPC.

O documento é a representação de um fato, conforme já se disse, mas não se confunde com o próprio fato. Esta ideia está clara na lei, quando disciplina o documento particular (CPC, art. 368, parágrafo único¹⁵⁸). O tema da prova documental constitui-se, no exemplo, por excelência, da prova duradoura do fato representado, que é fato transeunte, através do exame do fato representativo, ou seja, do fato permanente. O documento, desta forma, normalmente, integra a chamada categoria das *provas preconstituídas*, ou seja, aquelas provas feitas com uma finalidade predeterminada, consistente em que o ato documentado possa ser facilmente provado, quando e se necessário. Quando a lei erigir tal ou qual documento como o único meio para se comprovar a existência de um certo fato,

¹⁵⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. Op. cit. p. 451/452.

¹⁵⁹ "As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário". Parágrafo único: "Quando, todavia, contiver

será ele, ademais (além de prova preconstituída), uma *prova legal*¹⁵⁹. O exemplo clássico é o registro de bem imóvel em nome do proprietário (Código Civil, art. 1.245). Este é um limite da atividade probatória do juiz, isso porque o juiz deverá atribuir a essa prova o valor que lhe confere o ordenamento jurídico e, por isso, fica impedido de ordenar à parte, ou mesmo fazê-lo de ofício, a produção de outras provas a serem destinadas à prova da propriedade de bem imóvel.

B) Prova testemunhal é aquela produzida oralmente perante o juiz por meio de colheita de declarações de pessoa estranha à lide. A testemunha é uma pessoa diversa dos sujeitos processuais chamada a expor ao juiz as próprias observações de fatos ocorridos, de importância na causa. Essa exposição pode compreendertanto o efeito imediato que sobre os sentidos da testemunha produziu o fato ocorrido em sua presença, quanto às ilações lógicas que ela tirou de tal impressão; em todo caso, as observações da testemunha são expostas como fatos subjetivos, isto é, pessoais a ela, jamais como expressão do que objetivamente se deve considerar como consequência de determinados fatos segundo os ensinamentos de uma ciência ou de uma arte, o que é mister próprio do perito. Por isso mesmo a obrigação da testemunha de depor se adscrive às observações que ela efetivamente fez sobre os fatos efetivamente ocorridos¹⁶⁰.

Duas características essenciais surgem do depoimento testemunhal e são expressas da seguinte maneira por Chiovenda¹⁶¹.

No depoimento da testemunha, como sabemos, há que distinguir a *importância objetiva e a atendibilidade*. A importância objetiva depende da importância dos fatos a que se referem as observações das testemunhas e que podem ser fatos jurídicos, isto é, de imediata importância para a causa, ou simples fatos; das condições em que se puderam realizar as observações da testemunha, conforme as circunstâncias do caso; e de serem as observações imediatas ou mediatas (testemunha ocular, auricular; testemunha por ouvir dizer). A atendibilidade, ao contrário, consiste na maior ou menor correspondência das declarações da testemunha com as observações efetivamente feitas, a qual pode faltar, seja pelas condições atuais do espírito da testemunha, seja pelo deliberado propósito de mentir.

declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato".

¹⁶⁰ ALVIM, Arruda. *Ibid. op. cit.* p. 456.

¹⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil. Op. cit.* p. 131.

As incertezas que rondam este meio de prova, diante do profundo subjetivismo que o caracteriza, propiciaram limitações à prova testemunhal, entre as quais está a exclusão de prova testemunhal quando para certos atos a lei exige prova literal e mesmo instrumento público.

Dois outros importantes meios de prova são a confissão e o depoimento pessoal. Ao contrário da prova testemunhal, produzida a partir de terceiro, relativamente à relação jurídico-processual, a confissão e o depoimento pessoal são produzidos pelas partes, ou seja, sujeitos diretamente interessados na solução da lide.

C) A confissão é a declaração que uma parte faz de um fato que lhe é desfavorável e, além disso, é benéfico à parte oposta. Nos termos do art. 348 do Estatuto Processual, "há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário". Ela pode ser, ainda, judicial ou extrajudicial, conforme se realize no bojo dos autos ou fora dele. Na medida em que a prova busca a demonstração da verdade de um fato, a confissão encurta este caminho e dá ao juiz a certeza da realização do fato então controvertido, mostrando-se desnecessária a obtenção de outros meios probatórios para alcançar a verdade oriunda do fato confesso. Uma parte alega um fato; a outra confessa-o. Nessa ação, a parte que confessa exonera o adversário do ônus de provar o fato alegado. É natural que exija do sujeito processual autor da confissão plena capacidade civil para fazê-lo.

O principal fundamento da confissão é de ordem psicológica, consistente na regra moral que obriga a dizer a verdade. Afastando qualquer ideia contratual na confissão, princípio é que a validade desta não depende de sua aceitação pela parte contrária. Pela confissão, expressa e clara, a certeza moral buscada pela instrução da causa é substituída pela certeza legal, a que o juiz não pode repelir; ele está adstrito a ela, que se lhe apresenta, assim, como um limite de sua atividade probatória, apta o bastante a dissuadi-lo de exigir outros meios probatórios para provar o fato que a parte confessou. Pela confissão, há concordância entre as partes, relativamente ao mesmo fato, e isso, normalmente, repita-se, constitui um *limite ao poder do juiz*, no sentido de que deverá, sem

necessidade de maiores indagações, tomar o fato como provado e como base de sua resolução¹⁶².

D) O depoimento pessoal é, também, um meio de prova, e nada mais é do que o testemunho da parte em juízo. Por meio da colheita de declarações da parte a que é submetida, geralmente no início da audiência de instrução e julgamento, no que diz respeito aos fatos suscitados pela parte adversa e mesmo sobre aquele por ela própria deduzidos em suas peças, procura-se, por um lado, aclará-los e, por outro, extrair a confissão, muito embora esta¹⁶³ possa ser produzida até a sentença. Na verdade, o depoimento pessoal está intrinsecamente atrelado à confissão, isso porque é o principal meio pelo qual se veicula esta última.

Ainda quando do depoimento da parte não resulte confissão, como de ordinário acontece, tem ele a virtude, muitas vezes, de melhor precisar os fatos, fornecendo ao juiz úteis subsídios para a formação de sua convicção. Em razão do princípio da imediatidade entre o juiz e o depoente, aquele poderá, das atitudes deste, da maneira pela qual responde, da natureza e das circunstâncias dos fatos narrados ou da justificação da negativa dos fatos arguidos, encontrar manancial precioso para formação da sua convicção¹⁶⁴.

E) O magistrado, durante o desenvolvimento de sua atividade probatória, ouve diretamente as partes, por meio de depoimento pessoal, inquire diretamente as testemunhas, terceiros em relação ao processo, e examina pessoalmente os documentos que instruem os autos.

Sucedem que, frequentemente, a verdade necessária a ser descoberta para solução do litígio não poderá ser extraída unicamente daqueles meios de prova, devendo o magistrado se socorrer de especialistas, ligados à técnica ou à ciência, para ter acesso a um conhecimento que contribuirá para composição da lide. Esses especialistas são os peritos.

A necessidade de se recorrer ao conhecimento de peritos, que também são terceiros desinteressados, relativamente ao processo, advém da constatação de que, nem sempre, o juiz, por mais culto, estará em condições de

¹⁶² *Ibid. op. cit.* p. 132.

¹⁶³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil. Op. cit.* p. 438.

¹⁶⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil. Op. cit.* p. 443.

verificar o fato, ou porque lhe faltem conhecimentos científicos ou técnicos especializados. De acordo com ensinamentos de Moacyr Amaral Santos¹⁶⁵:

A natureza das coisas e dos fatos, a necessidade de perscrutar suas causas ou consequências impõem possua o observador qualidade ou conhecimento técnicos especiais. Como o observador deverá ser o juiz e como este não possui tais conhecimentos, mesmo porque não são próprios de sua formação científica ou técnica, ele, para que a observação da coisa e dos fatos se faça por forma útil, se utiliza de pessoas entendidas na matéria, as quais lhe transmitem as suas observações. Essas pessoas entendidas, ou técnicas, são os peritos; o processo de verificação dos fatos por peritos é o que se chama *perícia*.

Peritos são pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que se lhes deem por existentes.

Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos teóricos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta (perito médico-legal, perito avaliador, perito agrimensor, perito arquiteto etc.). Quanto mais técnica é a questão submetida ao juiz tanto maior é a utilidade da perícia¹⁶⁶.

O perito, como auxiliar do juízo, colabora com o magistrado que dirige o processo, ou comprovando a existência de determinado fato, ou emitindo sua apreciação técnica sobre questões do litígio.

Em um caso e outro, porém, o juiz não fica preso às conclusões do laudo. O juiz é o *peritus peritorum* por força mesmo das funções de que está investido. Se o magistrado tivesse de ficar preso e vinculado às conclusões do laudo pericial, o experto acabaria transformado em verdadeiro juiz da causa, sobretudo nas lides onde o essencial para a decisão depende do que se apurar no exame pericial¹⁶⁷, o que é veementemente rechaçado pelo sistema processual brasileiro, onde o Poder Judiciário é o responsável em aplicar, em último grau, o ordenamento jurídico.

¹⁶⁵ *Ibid. op. cit.* p. 475.

¹⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil. Op. cit.* p. 143.

¹⁶⁷ MARQUES, Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil. Op. cit.* p. 473.

F) Por fim, o Estatuto Processual brasileiro relaciona a inspeção judicial como meio de prova e a define no art. 440 da seguinte forma: "o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa". Chiovenda, denominando-a de vistoria, no direito italiano, afirma que, mediante este meio probatório, "o juiz recolhe as observações diretas dos próprios sentidos sobre as coisas que constituem objeto da lide, ou atinentes a ela. A vistoria pode-se exercer sobre coisas móveis ou coisas imóveis"¹⁶⁸.

Enquanto na perícia, o juiz tem acesso a questões que compõem a lide por um terceiro com conhecimento científico ou técnico, na inspeção judicial ele próprio, sem intermediários, tem contato direto com pessoa ou coisa relativas à lide e que contribuirão para sua solução.

Há entendimento de que a inspeção judicial é um meio supletivo para se descortinar a verdade, isso porque somente poderá ser utilizado quando "o juiz tiver motivos de dúvida respeitadamente a fato controvertido relativo à decisão da causa, e, para eliminar essa dúvida, deverá examinar (= inspecionar) pessoas ou coisa, sucessivamente à produção de outras provas"¹⁶⁹. Na verdade, essa forma restritiva de ver a inspeção judicial está atrelada à figura do juiz passivo, personagem do ideário positivista, que não mais se coaduna com o novo papel constitucional outorgado ao Poder Judiciário.

Defende-se aqui o entendimento de que a inspeção judicial não pode ser considerada como prova complementar. Somente corresponderá a essa função se, no caso concreto, prestar-se a contribuir para o esclarecimento da questão juntamente com outras provas já produzidas. Em caso contrário, pode e deve ser amplamente empregada para que o princípio da tutela adequada seja regularmente atendido.

A respeito da extensão da inspeção judicial, como meio probatório, expõe Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁷⁰:

¹⁶⁸ *Ibid. op. cit.* p. 143.

¹⁶⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento op. cit.* p. 529.

¹⁷⁰ *Curso de processo civil. processo de conhecimento.* 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, tomo I. p. 306.

A inspeção judicial é indiscutivelmente a mais importante, segura e esclarecedora fonte de prova com que o julgador pode contar, e é de lamentar que nossos juízes não a utilizem com maior frequência, preferindo assumir, ante a prova, uma atitude burocrática de servidor público, limitando-se a ordenar que terceiros a realizem e a tragam pronta a seu gabinete.

Se os juízes tivessem consciência do tempo que economizam quando perdem uma manhã, ou todo um dia, para inspecionar, por exemplo, um imóvel litigioso, por certo se valeriam com maior frequência deste instrumento probatório.

Portanto, pode e deve a inspeção judicial ser utilizada em prol do processo *justo*, ainda que determinada de ofício pelo magistrado ou como meio para complementar as demais provas produzidas durante a fase instrutória.

2.2 EFETIVIDADE E ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ

O Estado, quando chamou para si a função de compor litígios, proibiu, em caráter quase que absoluto, a autotutela privada, que viabilizava a justiça praticada pelo próprio contendor. Ao assumir tão nobre função, o Estado comprometeu-se, reflexamente, a prestar de forma *adequada* e *efetiva* a tutela jurisdicional. O Estado, na verdade, ao substituir o agir espontâneo do litigante, por meios próprios, estabeleceu para si próprio a missão de satisfazer a pretensão que seria satisfeita pela autotutela.

Mas é bastante evidente, dentro dessa perspectiva, que o Estado-juiz também presta a tutela jurisdicional quando declara não existir o direito afirmado pelo autor e mesmo quando é constatada a ausência de condição da ação. Aprofundando-se um pouco mais esta temática, apoia-se na sempre lúcida lição de Luiz Guilherme Marinoni, nos seguintes termos¹⁷¹:

O que a questão da tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar é a necessidade de a prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais; ou seja, a reabilitação do tema da tutela jurisdicional dos direitos revela uma preocupação com o resultado jurídico-substancial do processo, conduzindo a uma relativização do fenômeno direito-processo.

¹⁷¹ *A antecipação da tutela*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 23.

A noção de efetividade permeou, portanto, os primórdios da noção de tutela jurisdicional e, ainda, modernamente, é possível afirmar que o direito processual civil encontra-se profundamente animado por este princípio, que lhe é capital e caríssimo à moderna processualística.

O princípio da efetividade do processo encerra um ideário de que "o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais"¹⁷². A efetividade dá ao processo aptidão a eliminar *insatisfações*, com olhos voltados à lei e à justiça, além de valer, adverte Cândido Rangel Dinamarco¹⁷³, "como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade". Prevendo a necessidade de uma mudança no modo de pensar o processo, na perspectiva da efetividade, ensina o insigne processualista¹⁷⁴:

Ora, é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somadas a decepções ("toda decepção é muito triste"), nem permite que com isso se desgaste a legitimidade do sistema. Desse labor, não se pode participar o processualista e o juiz e de ambos se espera, para que possam chegar a bom termo, uma racional mas decidida *mudança de mentalidade*. É preciso implantar um novo método de pensamento, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo.

Por outra ótica, processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material, a partir da principiologia constitucional. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. "Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo"¹⁷⁵.

Pode-se, enfim, afirmar que o processo efetivo é aquele predestinado à realização do direito material. É aquele onde os princípios

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. *Op. cit.* p. 330.

¹⁷³ *Ibid. op. cit.* p. 331.

¹⁷⁴ *Ibid. op. cit.* págs. 331/332.

¹⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

constitucionais que se irradiam sobre o processo civil são aplicados em sua inteireza, com o propósito de alcançar-se a justiça. É aquele onde a tutela jurisdicional é exercida em seu vigor máximo. É aquele que não conhece injustiças.

E a atividade probatória do juiz é um mecanismo de se atingir a efetividade do processo.

Foi considerado, linhas atrás, quando da introdução deste segundo capítulo, que a atividade probatória do juiz poderia ser conceituada como a forma de proceder do magistrado antes, durante e depois da produção de provas. Envolve a iniciativa probatória, a análise da pertinência das provas requeridas pelas partes, a maneira de produção dessas provas e a valoração das provas produzidas. Também foi afirmado que este trabalho tinha como um de suas preocupações enfatizar a iniciativa probatória e a produção de provas, com enfoque para o exercício *proativo* dos poderes instrutórios.

A atividade probatória diz respeito ao agir humano que, por definição, é finalístico, e, no caso em exame, diz respeito ao agir do juiz vocacionado à reunião de elementos que serão dirigidos à obtenção da certeza dos fatos controvertido ou, pelo menos, a aproximação dessa certeza. O autor e o réu, quando demonstram as provas para corroborar os fatos que suscitam durante a marcha processual, pretendem obter um certo e determinado resultado, qual seja, a convicção do juiz acerca deles.

Toda atividade probatória, seja ela das partes, seja ela do juiz, deve submeter-se, indispensavelmente, sob pena de não cumprir seus desígnios, ao esclarecimento dos fatos controvertidos que servirão de fundamento à sentença.

Partindo-se do pressuposto de que a efetividade é a virtude do processo preordenada à satisfação de seus escopos social, político e jurídico, mostra-se decapital importância o exercício *adequado* dos poderes instrutórios do juiz no exercício de sua atividade probatória. A negligência no comando instrutório, em atitude omissiva do magistrado, poderá resultar dano de grande monta às partes, em total contraste com a função do processo no mundo contemporâneo.

Um processo verdadeiramente democrático e efetivo, instrumento da moderna jurisdição, concebida sob a principiologia do Estado Democrático de Direito, fundado na isonomia substancial, exige, inegavelmente, uma postura *proativa* do magistrado. Para atingir-se, no plano fático, a eficácia do processo, indispensável se torna que os fatos controvertidos, objeto das provas, sejam

verificados de forma *adequada* pelo magistrado, a quem incumbe a condução do processo.

Hoje, com a amplitude dos poderes do magistrado, propiciada pela influência pós-positivista, pela importância dos princípios, pelo neoconstitucionalismo, pela necessidade de construção do Estado Democrático de Direito e pela nova processualística, cabe a ele, no exercício da *efetiva atividade probatória* lembrar às partes da relevância do ônus da prova ou sobre a importância de ele manifestar-se sobre um determinado fato, e ainda, quando necessário, determinar a realização *ex officio* de provas¹⁷⁶.

Ainda sobre ampliação dos poderes instrutório do juiz e seu compromisso com a efetividade, principalmente durante o exercício da atividade probatória, podem-se transcrever as seguintes palavras de Sérgio Alves Gomes¹⁷⁷, em obra sobre a temática em estudo:

Em síntese, a ampliação dos poderes do juiz na instrução, bem como no processo em geral, não visa transformá-lo em uma figura ditatorial. Tais poderes decorrem do próprio sistema processual vigente, inserido no contexto do Estado que assumiu para si o dever de fazer do processo um instrumento ético, realizador da justiça, consoante concebida nos tempos atuais. O acesso a uma ordem jurídica justa depende de múltiplos fatores. Dentre eles está a efetividade do processo. Para que esta seja uma realidade mister se faz haja maior participação ativa do juiz tanto na direção do processo quanto na busca da verdade dos fatos. Interpretar em outro sentido os dispositivos legais que conferem tais poderes ao juiz, é manter-se preso a uma concepção privatista do "processo como um jogo" (Calamandrei) e do juiz como um árbitro de futebol que ao final da partida reconhece o vencedor, pouco importando com a desigualdade substancial dos jogadores. O juiz para se manter em consonância com a modernidade deve assumir conscientemente tais premissas.

Com efeito, conclui-se este tópico com o substrato de que o juiz, ao participar ativamente da condução do processo, não estará ofendendo qualquer princípio a que está jungido; estará, antes, realizando os escopos do processo, ou contribuindo para com a sua realização, dentro da função constitucional que lhe foi outorgada, sempre em busca da efetividade e da verdade real, que passará a ser examinada na sequência.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. Op. cit. p. 102.

¹⁷⁷ *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 261.

2.3 O COMPROMETIMENTO DO JUIZ COM A VERDADE REAL

O estabelecimento da verdade é um dos objetivos do processo. Logo, a verdade é o objetivo para o qual deverá estar voltada a atividade probatória do juiz.

Todavia, o tema da verdade é bastante complexo. "O relativismo das verdades históricas, comum a todos os ramos das ciências sociais, portanto também ao direito, sabe-se hoje ser igualmente inerente às ciências ditas exatas"¹⁷⁸. A busca das verdades absolutas na seara do direito, e, mais particularmente, em âmbito do processo civil, a busca da verdade real como o ideal supremo, são decorrência da herança racionalista e das concepções políticas dos séculos XVII e XVIII, fruto do Iluminismo¹⁷⁹, que pregava o fascínio pela busca da verdade por meio da razão, conforme menção feita neste texto quando se tratou do jusnaturalismo.

É preciso dizer que o legislador, embora se preocupe com a busca da verdade, quando da disciplina de regras processuais, não a erige como a finalidade última e absoluta, e isso se dá por vários fatores, a serem vistos na sequência. A respeito da tensão entre verdade real e verossimilhança, observa Sérgio Alves Gomes¹⁸⁰:

A ampliação dos poderes instrutórios do juiz visa a aumentar as possibilidades de encontro da *verdade real*, de modo a não se ver o juiz obrigado a julgar com base apenas no que provam as partes, podendo ele também, de ofício, ordenar a produção das queentender necessárias. Embora não raras vezes o juiz tenha de se contentar com a *verossimilhança*, tal somente deve ocorrer após esgotar ele as possibilidades de fazer vir aos autos os elementos probatórios de que pode lançar mão, de ofício. Dentre os escopos do processo, está o da solução justa do litígio e para tanto a verdade se faz necessária.

Muitas vezes, para se compor o litígio, ou, antes, para a eficácia da sentença, basta a simples verossimilhança dos fatos. O que se pretende significar é que, conquanto o escopo do juiz haja de ser a descoberta da verdade, este fim não é absoluto. Exemplifica-se com a situação em que, em um processo, houve prova

¹⁷⁸ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 57.

¹⁷⁹ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Ibid. op. cit.* p. 57.

¹⁸⁰ GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. *Op. cit.* p. 258.

mal avaliada e a sentença transitou em julgado. A má apreciação da prova não enseja cabimento ou não é fundamento para ação rescisória. Se este é o entendimento que prevalece, quer isto dizer que a ordem jurídica convive e admite decisões menos exatas, ou seja, não desejáveis, mas toleráveis, quanto à apreciação da prova, ou seja, quanto à verdade, ou melhor, inexata verdade, apurada, ainda na esteira dos ensinamentos de Arruda Alvim¹⁸¹.

Pode-se afirmar, de conseguinte, que a apreciação inexata de prova produzida em processo onde se gerou uma sentença *inexata*, isto é, divorciada da verdade, é passível de ser retificada em âmbito de recursos ordinários, onde é feita a valoração da prova. Todavia, o mesmo não se pode dizer quando se tem em mente ação rescisória, recurso especial e recurso extraordinário.

No caso da ação rescisória, as hipóteses que a ensejam estão expressamente relacionadas no art. 485 do Código de Processo Civil, que estabelece que a sentença somente poderá ser rescindida quando: (a) se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; (b) proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; (c) resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; (d) ofender a coisa julgada; (e) violar literal disposição de lei; (f) se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; (g) depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; (h) houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; (i) fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Percebe-se que algumas hipóteses se vinculam com a prova, tais como os itens *f*, *g* e *i*; porém, nenhuma diz respeito à *revisão* da prova produzida e, sim, às circunstâncias específicas que envolvem em falsidade de prova devidamente apurada, em prova nova ou de erro de fato. Isso induz à conclusão de que a verdade real, muito embora se constitua na grande preocupação do juiz quando da atividade probatória, cede lugar uma justiça aparente, quando se fazem presentes determinadas variáveis, sendo uma delas a má valoração dos meios probatórios produzidos.

¹⁸¹ *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento. Op. cit. p. 405.*

No caso dos recursos especial e extraordinário, dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente, a jurisprudência brasileira cristalizou nas súmulas n. 7¹⁸² e n. 279¹⁸³, cada uma delas editada pelos Tribunais Superiores referidos, a vedação de reexame de provas. Essa constatação demonstra que a verdade real perseguida não se erige em fator inafastável da atividade probatória judicial, muito embora deverá estar a ela atrelada até a entrega em definitivo da prestação jurisdicional.

Quando se trata de bens indisponíveis, a atividade probatória do juiz deve estar dirigida, de forma mais acentuada, a aproximar o resultado do processo, o quanto possível, da verdade real. Nesse caso, a produção e o exame da prova devem ser mais severos, assim como a própria direção da fase instrutória. Portanto, a disponibilidade ou indisponibilidade do bem em litígio deve se constituir em uma importante variável da atividade desenvolvida pelo juiz durante a colheita de prova, construindo-lhe importante guia do desenvolvimento de seus poderes instrutórios e de sua atuação oficiosa na produção de provas.

Justamente porque existe esta preocupação com o descortinar da verdade material para o êxito do processo, é que o sistema jurídico brasileiro, como de resto o de todas as nações que adotam o Estado de Direito, tem como pedra basilar o princípio de apreciação livre e racional ou de livre convencimento motivado, a guiar o juiz, o qual, por isso, tem o dever de, ao fundamentar sua decisão, relacionar os motivos e as circunstâncias que o conduziram a admitir a veracidade dos fatos provados¹⁸⁴. O juiz tem, precipuamente nos casos difíceis, ampla liberdade de julgar, mas terá que demonstrar racionalmente e com fundamentos nas provas produzidas, como e por que chegou à solução da lide. Aí está um dos traços distintivos da atividade judicial, principalmente aquela desenvolvida dentro da ideia de *ativismo judicial*, e a atividade política ou administrativa, que goza de ampla de discricionariedade em suas escolhas¹⁸⁵.

¹⁸² "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

¹⁸³ "Para simples reexame da prova não cabe recurso extraordinário".

¹⁸⁴ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. Op. cit. p. 306.

¹⁸⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello assim define discricionariedade, em âmbito de direito administrativo: "é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente". *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 48.

Diversamente do princípio geral acima enunciado, o magistrado ficará subordinado à prova legal, já mencionada há linhas atrás. Esta modalidade de prova é aquela para a qual o valor probante foi previamente estabelecido pelo sistema. Atualmente, são bastante raras as provas inseridas nessa categoria, já tendo havido menção neste texto a respeito do art. 1.245 do Código Civil, que impõe a necessidade de apresentação de matrícula do imóvel para comprovar-lhe o domínio.

Afora essas raríssimas exceções, não há no sistema jurídico-processual provas aprioristicamente valoradas, ou seja, com importância predominante sobre os demais meios probatórios.

O sistema jurídico-processual outorgou ao juiz liberdade, como regra quase que absoluta, para valorar as provas que lhe forem submetidas e para, se as reputar insuficientes, mandar produzir outras a fim de suprir as omissões das partes, conforme lhe franqueia o art. 130 do Estatuto Processual. Acerca dessa liberdade iniciativa probatória pelo juiz, ensinam Ovídio Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes¹⁸⁶:

Em verdade, segundo o sistema da persuasão racional, é a faculdade de iniciativa probatória que se reconhece com bastante largueza ao juiz, nos sistemas modernos. Se o juiz deve formar sua convicção livremente, cabendo-lhe, porém, motivar seu convencimento, que há de estar, como é óbvio, fundado na prova constante dos autos, é natural que se lhe dê condições de trazer para o processo as provas de que ele necessite, mesmo que as partes não as tenham proposta.

Um dos limites da atividade probatória jurisdicional intransponível é, pois, a prova legal, ou seja, a prova que, uma vez produzida, deverá ser dada a ela o valor previamente estabelecido pelo legislador, que é vinculativo da atividade do juiz.

Explica Arruda Alvim¹⁸⁷, percucientemente, que há, como resultado da prova legal, o estabelecimento absoluto de uma verdade formal, dentro do seguinte esquema sistemático: (a) a prova legal é disciplinada por normas imperativas, cujo desrespeito acarretará a impossibilidade de se ter como provado o fato jurídico a que esta prova se refere; (b) como consequência da supressão da

¹⁸⁶ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Ibid. op. cit.* p. 306.

¹⁸⁷ *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento. Op. cit.* p. 407.

liberdade de escolha de meio de prova pelos litigantes, há, também, supressão de toda e qualquer valoração judicial, exceto no que respeite à existência e idoneidade (regularidade formal) da prova; (c) assim, o julgador fica rigorosamente adstrito a, uma vez apresentada a prova legal e desde que a mesma tenha sido tida por válida, ter como verdadeiro determinado fato, ou seja, haverá de lhe reconhecer a eficácia respectiva.

Porém, pode ser defendido o entendimento de que, em razão do princípio da persuasão racional, o juiz pode afastar o sistema de prova legal e decidir de acordo com a verdade, conquanto demonstre o raciocínio jurídico que o conduziu ao afastamento do valor da prova legal.

Em si mesma, não pode a prova legal, por certo, confundir-se com a prova ordinária; sem embargo, deve inserir-se, no sistema, entre os institutos probatórios.

Na prova legal, o momento probatório apresenta-se ao espírito do legislador, antes que ao do juiz: o legislador, partindo de considerações de normalidade geral, fixa em abstrato o modo de coligir determinados elementos de decisão, subtraindo essa operação lógica às que o juiz livremente realiza para formar a própria convicção¹⁸⁸.

Pode-se dizer, em conclusão, que a ampliação dos poderes instrutórios do juiz tem por objetivo ampliar as possibilidades de encontro com a *verdade real*, de modo a não se ver o juiz obrigado a julgar com base apenas no que provam as partes, podendo ele também, de ofício, ordenar a produção das que entender necessárias, sempre animado com o propósito de entregar à parte a adequada e efetiva tutela jurisdicional. Estará, porém, jungido ao valor probante que o legislador estabelecer para a chamada prova legal.

2.4 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE ÔNUS DA PROVA E INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

2.4.1 Do Ônus da Prova

Afirmou-se em várias passagens deste trabalho que a prova se destina, em caráter quase que exclusivo, a demonstrar a existência de fatos. Regra

¹⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit. p. 112.

fundante do sistema jurídico processual assenta-se na premissa de que cabe àquele que alega possuir um direito o dever de demonstrar a existência dos fatos que o direito se alicerça. O princípio geral que vigora no estudo desta temática enuncia que "à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência, ou seja, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes"¹⁸⁹.

Pode o ônus da prova ser assim conceituado: "encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo"¹⁹⁰.

O princípio do ônus da prova atravessou algumas fases, que podem se situar entre a rigidez em sua aplicação e a sua abertura para novas possibilidades de demonstração dos fatos. Ovídio A. Baptista da Silva¹⁹¹, citando Rosenberg (*La carga*, § 1º), ensina o caráter rígido de compreensão do ônus da prova do seguinte modo:

[...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória.

Esse caráter rígido de aplicação do ônus da prova, que impõe ao juiz o dever de julgar mesmo não havendo formado seguramente sua convicção, cede lugar, no direito contemporâneo, à necessidade de ampliação de seus poderes de iniciativa probatória, em prol do princípio da tutela adequada e da efetividade, o que será visto como mais vagar nos tópicos subsequentes, que tratam especificamente dessa tensão entre ônus da prova e iniciativa probatória do juiz e o alcance de cada qual.

¹⁸⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, tomo I. p. 267.

¹⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. *Op. cit.* p. 330. p. 70.

¹⁹¹ *Ibid.* op. cit. p. 267.

As regras do ônus da prova destinam-se aos litigantes do ponto de vista de como se devem comportar, à luz das expectativas (ônus) que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória. Em seu art. 333, o Código de Processo Civil assim distribui o ônus da prova: ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Modernamente, tem-se defendido a chamada *teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova*. De acordo com essa teoria, as regras rígidas de distribuição de ônus da prova podem ser interpretadas de forma mais branda, de modo a possibilitar ao juiz que incumba a uma das partes de produzir prova à qual, originariamente, não estava obrigada. O juiz, para aplicar essa teoria, deverá examinar, no caso concreto, qual das partes ostenta melhores condições para impor-lhe o ônus, sempre com o propósito de estabelecimento da verdade e satisfação do princípio da tutela adequada. O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, desde que haja hipossuficiência e seja verossímil a alegação, é sinal da adoção desta teoria, sem, contudo, o alcance desejado.

É muito comum distinguir-se obrigação processual de ônus processual. A obrigação pede uma conduta cujo adimplemento traz benefícios à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, a parte que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, de regra, as consequências negativas do descumprimento.

O descumprimento do dever que se insere no ônus não acarretará prejuízo à parte adversa, mas somente à parte a quem o dever incumbe, diversamente da obrigação processual. Deve ser lembrado, todavia, que a conduta negligente da parte, quanto aos ônus processuais, não lhe acarretará, necessariamente, efeitos processuais funestos. A prova que sua negligência não produziu poderá vir ao processo por iniciativa da parte contrária, o que lhe será transversalmente favorável, ante a aplicação do princípio da aquisição, já mencionado no tópico precedente; e, em outros casos, poderá ser suprida pelo juiz, o que se verá em seguida.

Regra geral, no que diz respeito à atividade probatória *das partes*, tem-se o ônus da prova.

Simploriamente, de início, deve ser afirmado que, se, por exemplo, o autor tem o ônus da prova, mas dele não se desincumbe, a prévia afirmação de negativa absoluta do réu aos fatos do autor é que, em princípio, terá valor. Igualmente, verificada a revelia, os fatos alegados pelo autor reputam-se verdadeiros, o que há de se entender dentro de algumas limitações, decorrentes, geralmente, da natureza indisponível do bem em litígio.

Arruda Alvim¹⁹² traz uma interessante classificação entre ônus perfeito e ônus imperfeito. Ter-se-á ônus perfeito quando, do descumprimento de uma atividade processual, necessariamente decorrer uma consequência jurídica danosa.

O indivíduo que perdeu a demanda tem o ônus de dela recorrer. Se não o fizer, fatalmente, consolidar-se-ão os efeitos da sentença, formando-se a coisa julgada. Já não se constitui em um exemplo de ônus perfeito a revelia: o réu tem o ônus de contestar a ação, mas, caso não a conteste, nem sempre se reputarão verdadeiros os fatos alegados pelo autor (CPC, art. 320 e suas exceções), como ainda os fatos constitutivos do pedido deverão ser críveis.

Normalmente, porém, advirão daí consequências de transcendental importância no campo do processo. Já o ônus será imperfeito, quando, em verdade, a consequência danosa for possível, mas não necessária. É o caso, por exemplo, de a parte perder a oportunidade de provar; é possível que, a final, a prova resulte feita pelo adversário ou por iniciativa do magistrado, consoante já mencionado.

Porque o tema do ônus da prova se entrelaça com o da iniciativa probatória, é este tratado a partir de agora.

2.4.2 Da Iniciativa Probatória

A leitura atenta do art. 130 do CPC, de acordo com o qual "cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias" indica a existência de um *limite* à atividade probatória do magistrado. É o de que ele não é dado ir além do tema probatório, ou seja, da lide ou do objeto litigioso, nem

¹⁹² *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento. Op. cit. p. 436.*

infringir o princípio do ônus da prova; regra, contudo, que deve ser relativizada em prol de outros princípios de maior envergadura, o que será visto.

Mas há também, por outro lado, profundas dificuldades em estabelecer contornos exegéticos na aplicação desse dispositivo.

Prepondera largamente no processo civil a regra de que, em princípio, competem às partes a busca de fontes de prova e a iniciativa de incluí-las na instrução processual, não cabendo ao juiz senão recebê-las, processar os meios de prova segundo os procedimentos que a lei estabelece e afinal levar em conta os resultados, ao julgar. Essa *passividade* judicial integra os modelos do processo civil dispositivo *clássico*, em que ao juiz era imposto um comportamento estático e receptivo, sem outra missão no curso do procedimento, senão a de dirigi-lo e chamá-lo à ordem quando necessário.

A premissa central desse sistema é a *disponibilidade dos direitos materiais em conflito*, que teria por consequência processual a outorga às partes da ampla liberdade de serem mais atuantes ou menos, em relação à instrução da causa, suportando depois as consequências de suas próprias omissões: se lhes é lícito dispor dos direitos, transigir, renunciar a eles etc., também seria legítimo deixar que elas causassem indiretamente o perecimento deles, omitindo-se em provar as alegações das quais dependem a defesa e a vitória na causa.

A visão tradicional do processo civil dá excepcional importância ao *interesse* como mola propulsora da atividade das partes, atuando cada qual segundo seu próprio desejo de fazer prevalecer suas razões e seus alegados direitos. E sobre essa premissa apóia-se a legitimidade do comportamento puramente *passivo* do juiz, quando elas se omite. Tanto quanto à iniciativa do processo, a das provas teria também o efeito perverso de favorecer o excessivo envolvimento psicológico do juiz nos conflitos, o que lhe comprometeria a imparcialidade¹⁹³.

Porém, essa forma de enxergar a atividade probatória do juiz ou, antes, sua postura processual no exercício de seus poderes instrutórios, sofreu, nos últimos anos, forte mitigação e caminha para uma completa superação. A lógica do raciocínio privatista que lhe habitava as entranhas tem cedido lugar à lógica da efetividade, da tutela adequada, de índole publicística e morada no Texto

Constitucional.

¹⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 51.

O processo não mais pode ser concebido singelamente como mecanismo de atuação da vontade da lei; mas, antes, como meio de concretização do direito material em seu bojo reconhecido, conforme afirmado quando se tratou da figura do juiz na modernidade e do ativismo judicial, na primeira parte deste estudo.

Esta nova filosofia, nascida não só da constatação de que nem só de direitos *disponíveis* trata o processo civil, mas também do *comportamento dinâmico* que se espera do juiz moderno, guardião dos princípios e direitos constitucionais, é que tem projetado luzes sobre a nova processualística.

Ensina Cândido Rangel Dinamarco¹⁹⁴ que não há mais clima para tanto predomínio do princípio dispositivo, que exclui os comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na sua instrução. Aquela ideia radical é espelho das premissas privatistas do processo civil, que hoje é reconhecidamente informado pela natureza de instituto de direito público. O princípio dispositivo é a matriz das regras e sistemas pelos quais ao juiz não competem iniciativas probatórias. Associa-se ao princípio da demanda, que fada o juiz à inércia inicial e só admite a instauração do processo por iniciativa de parte e ambos tem fundamento na disponibilidade dos direitos e do próprio poder de ação. Em síntese, pode-se afirmar, ainda com base nas ideias do processualista mencionado, que o veto à iniciativa do processo pelo juiz é inerente ao princípio da demanda e a proibição de fazer-se ativo na busca de elementos de convicção, agora já no processo instaurado e pendente, é a expressão do princípio dispositivo.

As raízes da ampliação dos poderes instrutórios do juiz também podem ser encontradas na constatação de que, em alguns casos, verificou-se existirem omissões da atividade probatória das partes, com força suficiente de comprometer o direito material que se pretende garantir ou reconhecer e sobre cuja disponibilidade os litigantes não têm qualquer prerrogativa. Exemplifica-se nas ações que envolvem direito de família e direito da criança e do adolescente, onde se discutem direitos e interesses de profundo valor não só aos envolvidos mas também à sociedade, a requerer uma atuação *proativa* do magistrado. Também podem ser citadas as ações coletivas, onde se procura proteger interesses pertencentes a um número muito grande e até indeterminado de pessoas. Ainda que, nessas ações, haja participação enérgica do Ministério Público, na incoação e durante o desenrolar

¹⁹⁴ *Instituições de direito processual civil. Op. cit. págs. 51/52. v.3.*

processual, podem surgir lacunas involuntárias na produção probatória, a ensejar participação efetiva e *ativa* do órgão jurisdicional. A diferença de atuação judicial em matéria de prova entre ações que envolvem direitos disponíveis e as que tratam de direitos indisponíveis será aprofundada em tópico próprio, na sequência, muito embora já mencionada em linhas atrás neste texto.

Em âmbito de direito positivo brasileiro, é possível extrair do Código de Processo Civil em vigor um conjunto de regras que demonstram essa nova tendência do processo civil moderno. São normas que entregam ao magistrado o poder-dever de tomar iniciativas probatórias. São elas: (a) o art. 125, I, dispõe que "o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento", o que reflete a garantia constitucional assegurada no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, de acordo com o qual todos são iguais perante a lei; (b) o art. 130, aqui mencionado em várias oportunidades, estabelece que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias"; (c) o art. 342 enuncia que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias"; (d) o art. 418, I, atribui ao juiz o poder de "ordenar, de ofício ou a requerimento da parte a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas"; (e) o Código também possibilita ao juiz determinar a realização de nova perícia se a primeira se mostrar omissa, bem como proceder a inspeções judiciais, nos termos dos arts. 437 e 440.

Tais disposições associam-se também ao amplo poder, que tem o juiz, de formar livremente seu *convencimento racional* sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos relevantes para o julgamento, proclamado no art. 131 do Código de Processo Civil¹⁹⁵ e reconhecido como um dos pilares fundamentais do direito probatório, porque, permanecendo ele em estado de dúvida, é natural que possa buscar satisfação mediante a realização de novas provas, ainda quando não requeridas¹⁹⁶.

¹⁹⁵ "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento"

¹⁹⁶ DINAMACO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*. Op. cit. p. 54. v.3.

Mas se faz indispensável estabelecer critérios de convivência entre o princípio do ônus da prova e a iniciativa probatória do juiz, já que ambos os postulados têm acolhida no ordenamento jurídico. É preciso estabelecer critérios para compatibilizá-los no exercício da jurisdição, objeto do presente tópico e mais precisamente daquele que se inicia adiante.

2.4.3 Ônus da Prova e Proatividade Judicial

Arruda Alvim¹⁹⁷, que pode ser aqui considerado como expoente de uma posição *restritiva* a respeito do ativismo judicial em matéria probatória, expõe importante tensão entre ônus da prova e iniciativa probatória do juiz, problematização que constitui importante aspecto do presente estudo. O autor inclina-se por um sistema *fechado*, atribuindo às partes o papel amplamente predominante na produção das provas e ao juiz um papel bastante secundário. De acordo com o jurista:

O art. 130 somente poderá ser corretamente aplicado pelo juiz às hipóteses em que não opera a teoria do ônus da prova e desde que haja um fato incerto, mas incerteza emergente da prova já produzida. O art. 130, pois, aplicar-se-á como um *posterius* à insuficiência da prova produzida, e não tem lugar na teoria do ônus da prova. Nunca deverá o juiz sub-rogar-se no ônus subjetivo da parte inerte ou omissa.

A nosso ver, não é incorreta a afirmação de que o art. 130 só será aplicado quando não funcione a teoria do ônus da prova. O que ocorre é que, tendo a parte deixado de produzir, ou requerer determinada prova, o juiz, necessitando dela para sua convicção, não deverá, normalmente, determinar que ela se realize. Por outro lado, e diversamente, poderá ocorrer que a prova já realizada seja insuficiente e que o juiz mande completá-la.

Portanto, o autor somente admite a aplicação do art. 130 para fins de complementar a prova já produzida; jamais para suprir a omissão da parte.

Mais adiante, o autor, embora contrário à teoria que dá ao juiz mais liberdade para desenvolvimento de sua atividade probatória, admite a mudança de mentalidade a respeito:

¹⁹⁷ *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento. Op. cit.* págs. 437/438.

Existe, atualmente, uma tendência no sentido de se hipertrofiar o poder de juiz, no que diz com sua atividade *ex officio* — inspirada, acreditamos, por uma concepção não-individualista de Justiça — e, correlatamente, minimizar a importância da eventual inércia do litigante que não tenha diligenciado na atividade probatória [...]

Mantemos a opinião do texto em face do texto e do sistema positivo, tendo-se presente, para os fins deste Manual, o sistema do Código de Processo Civil. Reconhecemos, entretanto, estar-se atravessando uma fase de transição, a qual, por isto mesmo, torna difícil a caracterização no que diz com a possibilidade de definição clara dos poderes oficiosos e em qual medida deve subsistir o ônus da prova, como classicamente preconizado pelo sistema processual codificado.

Finalizando, o autor acena para alguns pressupostos do *ativismo judicial* em matéria probatória:

Todas as considerações por nós feitas procuram interpretar o sistema vigente, de inspiração individualista. No entanto, parece-nos que se pode afirmar deverem preponderar, cada vez mais, as seguintes condutas animadas por uma ideia não-individualista do processo, e mais, que o processo não deve ser sede da perda de direito, e, nem, correlatamente, da atribuições injustificada de bem jurídico: a) se o magistrado verificar que a parte não provou porque não tinha direito e em cuja verificação ingressam vários fatores, e, até a intuição, não terá dificuldade de resolver o quadro pelo ônus da prova; b) se, todavia, a luz das mesmas motivações chegar à convicção de que pode, com grau acentuado de convicção, haver perda de direito e atribuição de bem jurídico "indevidamente" à outra parte, acreditamos que, possivelmente, e, cada vez mais, interpretar-se-á o sistema atrofiando-se o espaço do art. 333. Desta forma, portanto, acreditamos que, apesar da interpretação dada, dificilmente, sendo viável, o juiz deixará de ordenar a realização de prova, ainda que omissa o litigante, se se convencer de que haverá perda de direito.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁹⁸, por sua vez, pode aqui ser considerado como representante de um *entendimento moderado* a respeito do protagonismo judicial em matéria probatória, pontifica que a nova fisionomia da atuação jurisdicional no mundo contemporâneo também advém da consciência de que, no Estado moderno, conforme já se afirmou nesse trabalho, a jurisdição ostenta uma função pública por excelência, voltada a escopos associados ao interesse da sociedade como um todo (escopos sociais, políticos e jurídicos). Aos juízes não cumpre atuar como meros homologadores de condutas dos particulares. Há

¹⁹⁸ *Instituições de Direito Processual civil. Op. cit. p. 53.*

situações em que a própria função jurisdicional ficaria desmerecida e desviada de seus rumos. E, ainda, obtempera o jurista que:

A experiência mostra que a *imparcialidade* não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas para um sadio *ativismo*.

Cabe à doutrina e à jurisprudência a formulação de regras hermenêuticas preordenadas ao estabelecimento de equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo. Realmente, mostra-se razoável equacionar a problemática visualizando-a na *estática judicial* como modelo geral a ser observado, ou seja, a iniciativa probatória pertence *preponderantemente* às partes, observadas as regras do microssistema do ônus da prova; mas ao juiz caberá a iniciativa de suprir a omissão das partes e de mandar produzir provas em determinados casos.

É bastante difícil delimitar uma fronteira objetiva entre a *estática judicial* e o *ativismo judicial*, em matéria probatória.

Porém, é possível estabelecer, em caráter não exaustivo, algumas matérias ou mesmo critérios que possam conduzir o intérprete a identificar o campo de maior incidência da proatividade judicial, quando se tem em mira a prova, o que se pode denominar de *posição ampliativa*, que estende os horizontes exegéticos da *posição restritiva* e avança um pouco mais nas fronteiras teóricas que envolvem o tema, se comparada com a *posição moderada*.

O primeiro critério que se aponta e, de certo modo, é intuitivo, diz respeito à omissão das partes nas ações de estado, tais quais as ações de separação judicial, de divórcio, de investigação de paternidade, de interdição, de tutela, de guarda de filhos, de suspensão ou destituição de poder familiar etc. Também nas ações coletivas, como a ação civil pública e a ação popular, deve o juiz exercer com maior amplitude seus poderes instrutórios. Em causas de qualquer espécie, aí incluindo as que tratam de interesses patrimoniais, como ações de cobrança e inventários, o juiz, quando atentar que a omissão advém de deficiências das partes ou negligências involuntárias do advogado, deverá suprir o contexto probatório apresentado pelos litigantes.

De um modo geral, ele tem também esse dever sempre que os próprios elementos de prova já produzidos evidenciem ou insinuem de modo idôneo a existência de outros inexplorados pelas partes e relevantes para o bom julgamento da causa (testemunha referida, requisição de documentos, periciais que venham a mostrar-se indispensáveis, inspeções judiciais etc.). Novas diligências determinadas pelo juiz nessas circunstâncias são genericamente autorizadas pelo art. 130 do Código de Processo Civil e concorrem para o correto exercício da própria função jurisdicional¹⁹⁹.

Portanto, como regra geral, extraída da adoção pelo nosso sistema do princípio dispositivo e do princípio do ônus da prova, muito embora com atenuações, conforme visto, o juiz não deve empregar desordenadamente seu poder de iniciativa probatória.

Em caráter conclusivo, defende-se o entendimento *ampliado* de que o juiz tem amplos poderes instrutórios, aí se incluindo os de iniciativa, para as ações que versam sobre direitos indisponíveis, concorrendo com a iniciativa probatória das partes. Nessas hipóteses, pode o juiz, no momento processual mais propício (saneamento), deferir as provas requeridas pelas partes, que reputar úteis para a solução da controvérsia, e, *paralelamente*, determinar, de ofício, a produção de outras. Ao final, após a produção de todas elas e ouvidas as partes, dará sua sentença. O subsistema de regras processuais, acima relacionado, em conjunto com o princípio da tutela adequada assegurado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, admite e, ainda, *incentiva* explicitamente o comportamento proativo do juiz no exercício de sua atividade probatória.

Quanto às ações que veiculam direitos patrimoniais disponíveis, defende-se o entendimento de que, em primeiro plano, devem ser aplicadas as regras que compõem o ônus da prova. As partes sofrerão as consequências de seu comportamento processual em relação à prova que deixar de produzir. Porém, o juiz *deverá* mitigar o princípio do ônus da prova se perceber que, uma prova que poderia ser produzida, mas não o foi, por negligência da parte, ainda o puder sê-lo por sua iniciativa. Na prática, depois de deferidas e produzidas as provas, o juiz, depois de ouvir as partes, fará devido exame e, se perceber sua insuficiência para determinação do objeto litigioso, *deverá* exercer seu poder de iniciativa probatória e

¹⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit. p. 55.

determinar, agora de forma *supletiva* à atividade das partes, a produção de outras que puderem contribuir para com a solução da controvérsia. Se, ao término da instrução, com a vinda de todas as provas ordenadas para os autos e frustrada a possibilidade de produção de outras, ainda que de forma oficiosa, o juiz deverá aplicar de forma rígida o princípio do ônus da prova, nos termos do art. 333 do Estatuto Processual.

Essa atitude *proativa* apenas serve às diretrizes do Estado Democrático de Direito, já examinadas neste texto, entre as quais a nova feição do direito processual civil, dirigida à preocupação com a realização dos direitos materiais; o princípio da tutela adequada e a efetividade do processo, postulados também já estudados neste texto.

A proatividade do juiz em matéria probatória deverá ser comedida e equilibrada, muito embora, em alguns casos, de forma bastante ativa, visando à prestação de adequada tutela ao direito reivindicado pela parte. Deverá ter cautela durante esse seu proceder, para não parecer que está prestando auxílio às partes, sob pena de mostrar-se como seu advogado e violar sua imparcialidade, tema visto no tópico seguinte, que é princípio basilar do Poder Judiciário brasileiro. A serenidade é traço característico do julgador. Sempre.

2.5 CONFRONTO ENTRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA IMPARCIALIDADE

O agir proativo do magistrado na produção de provas viola os princípios da igualdade e da imparcialidade? A resposta será investigada neste tópico.

Conforme já afirmado, a leitura atenta do art. 130 do CPC, indica a existência de um *limite* à atividade probatória do magistrado: a ele não é dado ir além do tema probatório, ou seja, da lide ou do objeto litigioso, nem infringir o princípio do ônus da prova.

O art. 130 deve ser aplicado a qualquer processo ou a qualquer procedimento. Nos processos onde são disputados direitos indisponíveis e nos de jurisdição voluntária, deve haver profunda preocupação com a verdade substancial, constatação que autoriza o mais amplo exercício instrutório pelo magistrado, a quem "é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer

provas", conforme dispõe o art. 1.107 do Código de Processo Civil, quando trata da jurisdição graciosa. Em caráter subsidiário e supletivo, mas não menos relevante, a iniciativa probatória também terá lugar em ações que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, conforme visto no tópico precedente.

Se, de um lado, deve o juiz participar proativamente da atividade probatória, tendo em vista a imprescindibilidade da prova para a formação de sua convicção, constitui-lhe dever fazê-lo, nas causas onde se discutem direitos disponíveis, subsidiariamente, não suprimindo as omissões da parte inerte, *como regra geral*. Isso se explica, conforme já se disse, porque o sistema processual adotou o princípio do ônus da prova, mas com moderação. Em âmbito de direito positivo infraconstitucional, a raiz exegética dessa moderação entre o ônus da prova e iniciativa probatória do juiz encontra-se no art. 130.

De regra, nos feitos onde há interesses disponíveis, diante da inexistência de prova é que deverá interferir o juiz na esfera probatória, assumindo para si a iniciativa da produção dos meios destinados à prova do fato controvertido. Para o nosso sistema, o ônus da prova é o caminho normal para solução da lide. Normal não significa exclusivo, pois, conforme já afirmado, ainda terá, o juiz, amplidão de agir, agora de forma oficiosa e paralelamente às partes, quando houver interesses indisponíveis em litígio.

Essas regras derivam da própria feição do nosso constitucionalismo, onde se confiou ao Poder Judiciário a salvaguarda, em último grau, dos princípios e direitos constitucionais. Partindo-se do pressuposto que é princípio constitucional o da tutela efetiva, assegurado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que garante a todos os brasileiros não exclusão, por lei, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, conclui-se que uma investigação probatória escoreita, com ampla participação judicial, é elemento de salvaguarda daquela garantia constitucional, a autorizar o juiz agir ativamente na investigação dos fatos que lhe são submetidos.

É fundamental ter-se em mente, embora isso soe óbvio, que, em face dos poderes instrutórios do juiz, este nunca deve agir visando ao benefício de uma das partes, determinando a realização de prova que só a uma delas interesse, pois, se o fizesse, macularia o princípio constitucional da imparcialidade, o princípio da paridade de tratamento e o princípio do ônus da prova. É claro que esse não deverá ser o objetivo visado pelo magistrado. Forçoso é reconhecer que, ao

determinar uma prova, essa será favorável a uma das partes; mas isso ocorre como *consequência* do agir do juiz e não como *finalidade*. A determinação de uma prova deverá *sempreser* dirigida à reconstrução da verdade, ou melhor, à reconstrução da verdade ocorrida no mundo fenomênico, mas dentro do processo.

As desigualdades econômicas e culturais são capazes, quando incontroladas, de conduzir o processo à produção de resultados, distorcidos em razão de insuficiências probatórias resultantes das desídias daquele que não se defendeu melhor porque não pôde; e, por expressa determinação legal, o juiz tem o dever de promover o equilíbrio das partes no processo, assegurado aos litigantes a *paridade em armas* que o princípio isonômico exige (CPC, art. 121, I). Para esse fim e para a efetividade da garantia constitucional da ampla defesa, há situações em que a intervenção do juiz na busca e produção de meios de prova se mostra vital. Sua intervenção é importante, ainda, quando as partes se valem do processo como objetivo de obter resultados ilegais, como a fraude à lei ou embuste a terceiros²⁰⁰.

Sérgio Alves Gomes²⁰¹ assim soluciona a tensão entre o princípio da imparcialidade e a iniciativa probatória do juiz:

O princípio da imparcialidade, consoante sua concepção atual, não gera nenhum conflito com a iniciativa probatória do juiz [...] Juiz imparcial não é aquele que deixa de determinar a produção de prova não requerida pela parte. A imparcialidade há de ser entendida como a predisposição da qual o magistrado se sente imbuído a dar razão a quem merece, segundo o direito vigente. Ser imparcial não significa ser neutro. O juiz jamais será neutro, pois estará sempre a serviço dos valores pelos quais opta a ordem jurídica em nome da qual atua [...] Assim, ao exercer o poder jurisdicional o juiz deve pautar pela realização da justiça, valor máximo objetivado pelo direito. Para concretizá-lo precisa se aproximar ao máximo da verdade real e para tanto não pode depender exclusivamente das provas requeridas pelas partes.

Assim também em relação ao princípio da igualdade processual. A garantia constitucional da isonomia deve, evidentemente, refletir-se no processo, e não somente com viés formal, conforme a experiência acabou demonstrando, em detrimento do fim social do direito; mas, sobretudo, em caráter substancial. Dentre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes, encontra-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo, que

²⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit. págs. 52/53.

²⁰¹ GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Op. cit. p. 256.

não mais satisfaz as necessidades da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial.

Para evitar essa situação, leciona José Roberto dos Santos Bedaque²⁰², cujos ensinamentos estão a guiar as ideias ora desenvolvidas, extraídas de sua obra frequentemente citada por autores de renome, quando tratam dos *poderes instrutórios do juiz*, várias medidas vêm sendo adotadas pelo legislador processual.

Dentre elas, vislumbra-se o reforço do poder instrutório do juiz, indispensável para o regular exercício da própria jurisdição. A cada dia, e isso está sendo sensivelmente constatado no dia-a-dia, aumenta o número de defensores da ideia de que somente um comportamento proativo do julgador faz com que seja respeitado um dos princípios processuais de maior relevância social: o da igualdade *real* entre as partes. Trata-se de um poderoso instrumento que o magistrado tem em suas mãos, que lhe possibilita corrigir as desigualdades presentes na relação processual. Dentro desse contexto, observa-se que o processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes e um deles é a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova, inclusive com sua iniciativa, principalmente — mas não só — nas hipóteses de omissão das partes.

O ativismo judicial do magistrado, em matéria de prova, objeto de preocupação do presente estudo, não interfere negativamente com a liberdade das partes, sujeitas que estão, repita-se, às regras do ônus da prova. Se o direito em lide são aqueles que veiculam direitos patrimoniais disponíveis, as partes continuam com os poderes de agir sobre eles, o que não impede, à evidência, uma atuação mais incisiva do magistrado, voltada à concretização dos escopos do processo, principalmente depois de verificar que ainda podem ser produzidas provas que contribuam para o encontro da verdade. A real igualdade das partes no processo é um valor a ser perseguido sempre, tanto pelo juiz, quanto pelos demais sujeitos processuais.

O Estado, ao assumir o monopólio da jurisdição, atribuiu para si a missão de solucionar os conflitos que lhe são submetidos. Acontece que muitas pessoas, muito embora tenham tido acesso às atividades de pacificação propiciadas pelo Estado, não obtinham êxito no reconhecimento dos direitos subjetivos que

²⁰² *Poderes instrutórios do juiz*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 72.

titularizavam, em decorrência da inferioridade em que se encontravam. Porque ofertou um substituto à autodefesa, que é a jurisdição, o Estado tem o dever de viabilizar às pessoas mecanismos eficazes de composição de litígio e satisfação dos interesses. A Lei n. 9.099/95 é um exemplo bastante claro da interferência, grandemente positiva, do Estado na solução de litígios civis com valor econômico não expressivo. Esta legislação traz um microssistema de normas próprias que, muitas vezes, afasta a sistemática processual civil tradicional, a fim de solidificar seus princípios, quais sejam, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, em prol daqueles direitos e interesses que não tinham a *adequada* tutela quando a eles se aplicava a legislação processual civil tradicional.

Conforme ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque²⁰³:

A real igualdade das partes no processo somente se verifica quando a solução encontrada não for resultado do maior poderio econômico ou da astúcia de uma delas. O processo não é um jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito.

Não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes, se chegue a uma decisão injusta, que não corresponde à realidade fática submetida a julgamento. Isso representaria um verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional, cuja finalidade é promover a atuação da norma aos fatos efetivamente verificados. Somente assim alcançará a verdadeira paz social. Inadmissível que eventuais desigualdades impeçam este resultado. Por isso, torna-se absolutamente necessário que o magistrado desenvolva atividades probatórias, quando imprescindíveis à correta apuração dos fatos.

No cenário atual da ciência do direito, influenciada pelo pensamento pós-positivista, a concepção de que o ativismo judicial em matéria probatória possa resgatar o chamado processo inquisitivo, marcado pelo autoritarismo e ausência de publicidade, próprio de governos antidemocráticos, deve ser afastada. Assim também o chamado processo acusatório, fruto do liberalismo, onde as partes gozam de amplitude de prerrogativas, fundamentadas no princípio dispositivo, não pode mais prevalecer, porque anacrônico com a moderna processualística, que, por sua vez, deita raízes no novo ideário trazido pela adoção de um Estado Democrático de Direito, cujo fim maior é a oferta de bem-estar social aos membros da sociedade,

²⁰³ *Poderes instrutórios do juiz. Op. cit. p. 74/75.*

dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade e atento à realização dos interesses e direitos assegurados no Texto Constitucional.

Assim, pode-se afirmar, mais uma vez com apoio nas lições de José Roberto dos Santos Bedaque²⁰⁴, que a pacificação social para a qual se preordena a jurisdição corre sério risco se, em razão da disponibilidade do direito, permanecer o juiz absolutamente inerte, aguardando a iniciativa instrutória da parte interessada e, ao final, constatada a omissão passível de ser corrigida, emitir decisão que não satisfaça o direito objeto da lide.

Essa influência da natureza da relação jurídica controvertida sobre o modo de ser do processo não é aconselhável, pois pode impedir a correta atuação da norma e, em consequência, a verdadeira pacificação social ou, antes, à solução adequada da lide, em detrimento do direito material que nela se procura reconhecer e resguardar.

Portanto, considerando que a parte mais fraca não tem as mesmas possibilidades que a mais forte, de trazer para os autos as provas necessárias à demonstração de seu direito, a ausência de iniciativa probatória pelo juiz poderá redundar em violação de direito, em claro paradoxo com a própria função do Poder Judiciário, que evita ou repara as violações a direito. Ainda, Bedaque esclarece que "não estará atendido o princípio da igualdade substancial que, segundo a moderna ciência processual, deve prevalecer sobre o da mera igualdade formal"²⁰⁵.

O entendimento aqui exposto, sobre a relação entre o princípio da igualdade processual e o comportamento proativo do juiz em matéria probatória, não ofende o art. 125, I, do Código de Processo Civil, de acordo com o qual "o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento". Ao contrário, na medida em que lhe dá sentido e lhe cumpre os objetivos. Com efeito, a isonomia de tratamento, em âmbito processual, não se limita ao aspecto formal, ou seja, a apenas garantir essa igualdade no plano legal, em suposto atendimento à garantia constitucional estampada no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. É tônica do processo moderno, conforme já mencionado neste estudo, a igualdade real, *efetiva*, entre as partes, o que impõe a observância por todos os sujeitos processuais, nele se incluindo, à evidência, o juiz, de paridade de prerrogativas. Ao juiz, ao ostentar

²⁰⁴ *Ibid. op. cit.* págs. 76/77.

²⁰⁵ *Poderes instrutórios do juiz. Op. cit.* págs. 76/77.

comportamento proativo no dirigir a instrução do processo civil, contribuirá para que a efetividade seja, enfim, perfectível, igualando, durante o suceder processual, as partes extraprocessualmente desiguais.

Da mesma forma que se mostra difícil a relação entre atividade probatória do juiz e o princípio da isonomia, mostra-se tensa a relação entre o ativismo judicial e o princípio da imparcialidade. Talvez, o problema mais grave dessa temática.

É comum criticar-se negativamente a postura ativa do juiz sob a fundamentação de que ofenderia o princípio da imparcialidade, que preconiza o desempenho da função de diretor do processo, pelo julgador, desprovida de qualquer espécie de favorecimento. E tal não se faria presente se fosse a ele permitido atuar ativamente, determinando a realização de provas, cuja valoração viesse a beneficiar qualquer uma das partes.

Por isso, entendem os opositores do ativismo judicial em matéria probatória, o Código de Processo Civil deve ser interpretado restritivamente quando disciplina os poderes instrutórios do juiz, cujo protagonismo deve ficar a cargo dos litigantes, cada qual interessado na preservação de seus interesses. Acredita-se, também, que o exercício da atividade probatória pelo juiz, de forma predominante, poderia surtir-lhe efeito psicológico, por pender a aceitar somente o direito oriundo da prova produzida sob sua iniciativa ou direção.

Esses entendimentos, porém, devem ser definitivamente superados.

Se, no passado, essas preocupações até se justificaram, porque ainda estava se construindo um Estado fundamentado em premissas democráticas, para afastar o Estado marcado pelo *ancien régime*, hoje, não mais tem lugar de ser, nos quadrantes do atual estágio da ciência jurídica processual.

É preciso deixar claro que o juiz, quando determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado e não estará sendo movido pelo interesse em beneficiar uma das partes, pois, se esse sentimento lhe nasce no íntimo, deve se afastar da causa, por impedimento ou suspeição.

O aumento do poder instrutório do julgador ou, antes, a nova interpretação a eles dada, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam eficazmente aplicadas, em prol da verdade real. Parece impróprio imaginar-se a postura passiva de um juiz que, tendo conhecimento que a

produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão.

O juiz não está do lado do autor ou do réu; está do lado da justiça, esteja esta com o primeiro ou com o segundo. Embora se reconheça que tal atitude do juiz não lhe permitirá alcançar a verdade completa, inegavelmente facilitará o encontro de uma parcela desta²⁰⁶.

É incontestável afirmar-se que a maneira mais eficaz, equânime e realista de preservar a imparcialidade do juiz é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e ao dever de motivar suas decisões, com base na razão, nas leis e nas provas produzidas. Não é paradoxal afirmar-se que o juiz ativo é imparcial, se observar aqueles parâmetros.

O juiz é um dos sujeitos da relação processual e, nessa condição, é imprescindível que participe ativamente do contraditório, até para tornar efetivo o princípio da isonomia, em seu aspecto substancial, não sendo mais admissível a figura do juiz espectador. Afinal de contas — e esta afirmação está fundada na tendência já consolidada de publicização do processo —, a atividade judicial não se destina somente a assegurar o cumprimento da técnica e das regras formais do procedimento. Acima de tudo, o juiz deve conduzir o processo, na medida do possível, de modo a extrair dele os dados da situação de direito material necessários à solução do litígio, entregando a tutela jurisdicional ao vencedor o mais rápido possível, sem perder de vista a segurança garantida pelos princípios que compõem o devido processo constitucional. Em outras palavras, compete-lhe a direção material, e não simplesmente formal, do processo²⁰⁷.

Lançar mão, de forma proativa, dos poderes instrutórios que lhe assegura o sistema jurídico-processual, demonstra um juiz preocupado com os fins sociais de sua atividade. Não há ofensa aos princípios da imparcialidade ou da igualdade. É uma atitude não apenas admitida pela legislação, mas incentivada por ela e pelos novos rumos da jurisdição, a exigir uma urgente mudança de mentalidade e redimensionamento dos valores pelo magistrado, objeto de preocupação do terceiro capítulo deste estudo.

²⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. Op. cit. p. 80.

²⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. Op. cit. p. 110.

CAPÍTULO III

DA NECESSIDADE DE REVISÃO DE VALORES

3.1 ATRIBUTOS PESSOAIS INDISPENSÁVEIS AO MAGISTRADO PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA

3.1.1 Problematização

Nos dois primeiros capítulos, procurou-se demonstrar a evolução da ideia de que o juiz deve participar ativamente da relação jurídico-processual, porque é o sujeito processual que encarna o próprio Estado na pacificação social por meio do processo. O Estado, hoje, é permeado pela ideia de democracia e de direito. O direito do pós-positivismo quer e precisa dialogar com outros ramos do saber humano para poder cumprir seus nobres propósitos na complexa sociedade contemporânea. E a jurisdição está preocupada com a realização da tutela jurídica da forma mais adequada possível.

Todo esse novo paradigma traz a necessidade de revisão de antigos valores, os quais, embora muito importantes para uma época, hoje devem ser revistos, reconstruídos e, em alguns casos, até superados.

Hoje, faz-se necessário colher-se do mundo político e do social a essência dos valores ali vigorantes, seja para interpretação das leis postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor. A sociedade anseia que o juiz se qualifique para que venha a ter uma efetiva participação política, contribuindo para a correta aplicação do direito positivo, a partir das normas constitucionais.

O direito, como de resto praticamente todas as formas de conhecimento humano, esteve, principalmente nos dois últimos séculos, imbuído de formalismo, que se confirma pela própria concepção vigente de direito, que o vê como sistema de normas, ainda que bifurcado o conceito de normas entre regras e princípios, com a luz pós-positivista. O formalismo trabalhado pelos pensadores positivistas propiciou que o direito fosse afastado da realidade, isso porque as ideias pregadas pelos seguidores de Kelsen tentaram cindir desafortunadamente o mundo dos conceitos do mundo dos fatos, fiéis ao postulado que via na sistematização dedutiva o ideal de toda a ciência.

Enquanto o século XIX e a primeira metade do século XX se caracterizam pelo predomínio do formalismo jurídico e de uma concepção legalista do direito; a segunda metade do século XX e o início do século XXI marcam a época do realismo e do pluralismo jurídicos, em que os princípios gerais do direito têm uma importância cada vez maior, graças à influência de considerações de índole sociológica e metodológica, assunto já explanado quando se tratou dos princípios no tópico sobre o pós-positivismo. A teoria do direito característica da segunda metade do século XX favorece a concepção tópica do raciocínio jurídico, contrária ao formalismo, conduzindo ao reconhecimento do papel do juiz na elaboração criativa do direito e à prevalência da eficácia da lei sobre a sua validade²⁰⁸.

O mito do juiz neutro foi sustentado durante muitos séculos e hoje já não tem lugar. Eugenio Raúl Zaffaroni²⁰⁹ explica que:

No meio da tremenda pugna de poder, que sempre ocorreu em torno do judiciário, caiu-se em uma caricatura da imparcialidade, identificando-a com uma imagem altamente empobrecida do juiz, estereotipada e cinza, concebendo-o sem ideias próprias e desvinculado dos problemas da comunidade da própria sociedade esta imagem de um juiz marginalizado da sociedade, que algumas vezes chamados de "juiz asséptico", é satirizada por um autor que diz que "quando se dispõe a julgar, deve atuar como um eunuco político, econômico e social, e desinteressar-se do mundo fora do tribunal". [...] O juiz não pode ser alguém "neutro", porque não existe a neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e menos ainda de um juiz. Como bem se tem assinalado, "nem a imparcialidade nem a independência pressupõem necessariamente a neutralidade. Os juízes são parte do sistema de autoridade dentro do Estado e como tais não podem evitar de serem parte do processo de decisão política. O que importa é saber sobre quês bases são tomadas essas decisões"

Atualmente, vários teóricos entendem a função jurisdicional como uma atividade criadora, pois a concepção da sentença ou da decisão administrativa como um silogismo caiu em descrédito. Defende-se a ideia de que a obra do órgão jurisdicional traz sempre, em maior ou menor medida, um aspecto novo, que não estava contido na norma geral. E isso ocorre inclusive quando a sentença tem

²⁰⁸ PERELMAN, Chaïm. *À propos de la règle de Droit-réflexions de méthode*. In: *La Règle de Droit*. Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 197, p. 322, apud PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 5.ed. Campinas: Millennium Editora, 2010. p. 16.

²⁰⁹ *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 91/92.

fundamento em lei expressa, vigente e cujo sentido se apresenta com inequívoca clareza²¹⁰.

O juiz como membro da multifacetária sociedade e responsável pela solução dos conflitos de interesses que em seu seio eclodem, não mais deve estar atrelado à ideia simplista de que deverá tão-somente aplicar a lei, no exercício da jurisdição. Essa sua concepção, em vigor durante muitas décadas, cede lugar à ideia de que, ao solucionar o litígio, está ele agindo com parcela de poder que lhe outorgou o Estado Democrático de Direito, que é riquíssimo de valores a serem descobertos, construídos e realizados.

A leniência do Poder Legislativo em enfrentar grandes questões sociais, políticas e jurídicas, assim como a negligência contumaz do Poder Executivo de ministrar à população serviços públicos de relativa qualidade, contribuíram, de forma decisiva, no Brasil, para o protagonismo do Poder Judiciário na realização de prerrogativas que, em um passado recente, apenas seriam satisfeitas a partir de atos dos dois primeiros Poderes.

Se Constituição Federal relaciona amplos direitos civis, sociais e políticos, não há porque condicionar sua efetivação a leis e atos administrativos infraconstitucionais. Por outro lado, se o Poder Legislativo e o Executivo se encarregassem de cumprir com mestria a missão para a qual existem, o Poder Judiciário não se veria mergulhado no mar de litigiosidade que eclode no Brasil. Não se está a defender que o Poder Judiciário é indene a problemas; pelo contrário, já que também se encontra em um processo de *reinvenção*.

Mas todos esses fatores exigem um *novo juiz*, ciente de seu novo papel na sociedade e na nova proposta de atuação trazida pelos novos rumos do direito.

O medo de perder a imparcialidade e o desconhecimento de seu protagonismo contribuíram, de maneira decisiva, para que os magistrados, no Brasil, em sua expressiva maioria, deixassem de utilizar dos poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo sistema processual. Infelizmente, criou-se uma tradição do juiz passivo, espectador, temeroso que qualquer iniciativa sua pudesse torná-lo parcial, ou seja, interessado diretamente na vitória de um dos litigantes.

²¹⁰ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial op. cit.* p. 17.

A escassez de iniciativas probatórias oficiais, mesmo quando manifesta asua conveniência e necessidade, quer encontrarem-se em lide interesses indisponíveis, quer interesses disponíveis, tem sido apontada como uma das complexas e excessivas causas do mau funcionamento do Poder Judiciário. Mas, é bom que se deixe registrado, embora este trabalho se preocupe com a base teórica do tema tratado, que há precedentes na jurisprudência brasileira que apontam, ainda, que indiretamente, para com a relevância do ativismo judicial em matéria probatória.

É por isso que, com urgência, essa mentalidade precisa ser alterada, a fim de que o magistrado assuma seu papel, que é de destaque, na relação processual, em prol da realização dos valores constitucionais que lhe estão reservados. Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos; é o juiz preocupado com o resultado justo do processo. Para manter sua imparcialidade, basta que o magistrado, agindo com prudência, se limite ao exame objetivo dos fatos, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas, a reivindicar-lhe sua participação proativa. Não importa quem as traga ou de quem é a iniciativa de sua vinda aos autos. Importa, sim, que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos, que não aqueles constantes dos autos²¹¹.

Vale a pena realçar a assertiva de que o contraditório constitui um importante limitador da atividade probatória do juiz, vista sob o viés da imparcialidade. Ao conceder a oportunidade para que as partes se manifestem sobre a prova vinda aos autos por iniciativa judicial, será afastada qualquer forma de arbitrariedade.

Também se afigura como importante elemento de inibição de poder ditatorial e dissonante da principiologia jurídico-processual, conforme já mencionado neste texto, a observância irrestrita do princípio da motivação das decisões, por meio qual, repisa-se, cabe ao julgador expor nas decisões e sentenças os motivos de sua convicção, dentro de critérios de racionalidade. Esses fundamentos deverão haurir fonte na razão, na lei (principalmente a Constituição) e nos fatos, aí se incluindo as provas, que emergem do processo.

²¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. Op. cit. p. 82/83.

Talvez, o dever de motivação das decisões seja um dos princípios basilares que autorizam o agir proativo do magistrado. Assegurado no art. 93, IX, da Constituição Federal, que enuncia que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, pode ser visualizado como a pedra de toque de todo o sistema de normas que garantem o ativismo judicial. Com efeito, o juiz pode e deve tomar decisões dinâmicas, voltadas à entrega da tutela adequada, mas, para tanto, deverá demonstrar o caminho jurídico e racional que o fez adotar a decisão que reputou como sendo a melhor e a que satisfaz, ao mesmo tempo, o ordenamento jurídico, o direito material e sua consciência.

Na nova mentalidade dos juízes, é preciso que esteja presente o empenho muito vivo pelo efetivo comando do processo, no qual se sobreleva a fase instrutória. Sua obcecada, mas disciplinada, preocupação pelo compromisso que tem com a justiça será o melhor fator para uma participação mais efetiva e dinâmica, dando cumprimento aos ditames do processo civil moderno, como instrumento do Estado, empregado na persecução de nobre objetivo. Tal é a postura publicista que se preconiza²¹².

Conforme antevisto, tudo exige a retomada de valores, a construção de um novo paradigma e, principalmente, a reunião, pelo magistrado, de importantes atributos que propiciarão a projeção de sua personalidade para o exercício proativo de sua atividade probatória, que é estudada com maior minudência no tópico subsequente.

3.1.2 Dos Predicativos Personalísticos do Juiz para o Exercício Proativo dos Poderes Instrutórios

Na verdade, o juiz, para exercer ativamente seus poderes instrutórios, em benefício da justiça, sua maior aspiração, assim como da sociedade e, em último grau, do próprio Estado, deve estar investido das mesmas virtudes que lhe são indispensáveis para o próprio desempenho de seu ofício. Além do cultivo de virtudes, deverá ter coragem para implementá-las no seu dia-a-dia, em reflexo aos anseios sociais em desempenho de sua missão constitucional.

²¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Op. cit. p. 333.

O juiz é humano e, nessa condição, é sujeito a erros e a fraquezas próprias do homem, muito embora dele se exija, com acerto, conduta exemplar. O juiz é sempre assediado, não só no exercício da magistratura, mas também em sua vida privada, pela tentação de satisfação de valores imediatos e efêmeros, o que advém de sua posição funcional de relevo, muitas vezes alimentadoras de orgulho e de vaidade. Sua atividade encerra significativamente parcela de poder estatal capaz de modificar, extinguir e tutelar preciosos bens titularizados pelos membros da sociedade, alguns dos quais não se negam a lançar mãos de meios, muitas vezes espúrios, para que seus interesses egoísticos prevaleçam em detrimento daqueles que deveriam efetivamente ser tutelados.

Do magistrado se exige um pouco mais do que o desempenho de sua atividade. Dele se exige, sempre, a prudência para decidir com justiça, atento aos valores que encerram o Estado Democrático de Direito. Além de encontrar-se sob constante vigilância da sociedade, da opinião pública e da imprensa, que nem sempre analisam os fatos com isenção e em todos os seus aspectos, o juiz fica de frente com sua consciência, que é sua julgadora implacável.

Para que o juiz exerça com desenvoltura seu ofício, proativamente, é indispensável que tenha boa formação jurídica e, principalmente, humanística, maturidade psicológica e ampla visão social, noção de universalidade e de individualidade dos fatos e dos problemas, ou seja, saber identificar os valores veiculados nas demandas e que devem ser protegidos, sempre, é claro, à luz daqueles albergados a partir do sistema jurídico-constitucional. Também lhe incumbe exibir conduta compatível pública e privada com os valores por ele eleitos, haurindo no Texto Constitucional e na evolução da sociedade os matizes exegéticos que fundamentarão suas decisões.

É muito pouco, é muito pobre para a função jurisdicional, querer limitar a função do juiz à mera aplicação da lei vigente, como tradicionalmente se entendia, principalmente a partir da criação do Estado moderno, por forte influência de Montesquieu, que o qualificou como ser *inanimado*, conforme referência feita neste texto. O seu universo é muito mais extenso, a sua missão muito mais séria. A lei é importante, mas não é tudo. Com o seu caráter abstrato e estático, nem sempre consegue acompanhar, como a mente humana em uma visão dinâmica, as constantes mutações sociais. As palavras e os conceitos empregados pelo legislador são tão só meios para levar a cumprimento os resultados que emanam daqueles

juízos de valor ou estimativas. O recurso à moral, na correta interpretação das normas jurídicas, é, hoje, indispensável para o exercício da magistratura.

A ótica dos valores é importante para o magistrado sob dois aspectos: (a) deve ele ser um indivíduo dotado de capacidade e sentimento para eleger para si valores mais elevados, que serão projetados através da sua conduta profissional e social; b) deve ter visão e sensibilidade para perceber os valores nas personalidades dos outros, ou, mais especificamente, das partes no processo. É importante a maturidade psicológica no juiz, representada pelos valores éticos em oposição, sob certo aspecto, aos valores com predominância do elemento subjetivo, manifestados por sentimentos como agrado, desagrado, simpatia, antipatia. O dever funcional exige maturidade, colocando-se o juiz no centro dos acontecimentos (imparcialidade) e acima das rivalidades das partes (isenção)²¹³.

A identificação desses valores pelo juiz passa por um processo íntimo de desenvolvimento da própria personalidade, decorrente do estudo e cultivo de algumas virtudes, que são atributos próprios, personalísticos e indispensáveis para o correto exercício de sua atividade e, porque mais importante para o presente estudo, de sua atividade probatória, cujos contornos exegéticos não de ser estendidos com as luzes da ideia de ativismo judicial.

As virtudes são qualidades próprias do ser humano, que lhe dignificam a existência e lhe afastam dos maus pendores. Talvez, o traço mais característico de uma virtude é o desinteresse pessoal em favor de outrem.

Dentro dessa noção, é possível citar algumas delas que servirão de suporte ao juiz, em sua formação humanística necessária ao exercício de sua função. O recurso a outros ramos do saber humano, que não o direito, é indispensável para o desenvolvimento das ideias que seguem.

A primeira delas, colocada aqui de forma proposital, é a humildade. O magistrado humilde é aquele que sabe de suas limitações, ao mesmo tempo em que se esforça por superá-las, sem que, para tanto, necessite humilhar uma outra pessoa. O juiz deve aceitar com respeito e igualdade as opiniões, ideias, pensamentos e convicções das partes, para que possa confrontá-las com as suas e, finalmente, alcançar a solução do litígio, após aferição dos princípios e regras regentes da espécie. O juiz, quando conduz uma audiência, deve ouvir com

²¹³ SILVA, Octacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 53.

paciência e atenção as partes e testemunhas, sem se deixar perturbar por possíveis e naturais desequilíbrios que ocorrem durante a realização desse ato. O juiz deve saber ouvir críticas, sem se deixar abater, isso porque, como homem público, é sempre suscetível de ter o trabalho fiscalizado por outrem. Deve sempre aproveitá-las no que se mostrarem de útil.

Ainda dentro do cultivo da humildade, o juiz deve evitar a projeção desmedida de sua personalidade na localidade onde exerce sua profissão, para não cair nas tentações da vaidade, que o faz ter sobre si mesmo noção equivocada e o afasta do equilíbrio necessário da missão de julgar. O juiz deve evitar qualquer forma de ostentação vazia de si mesmo, na expectativa de reconhecimento de seu trabalho. O seu, deve ser um trabalho contínuo e árduo, com obediência à consciência, onde estará certamente a recompensa que almeja, traduzida pela sensação de bem-estar produzida pela ideia íntima de um bom trabalho realizado.

O juiz deve ter a preocupação de evitar qualquer menosprezo às partes, aos servidores e a outros colegas, ou, ainda, a qualquer outra pessoa. Como representante do Estado, deve dispensar tratamento igualitário a todos que necessitam dos serviços judiciários. O juiz deve procurar sempre a verdade, não se iludindo ou se deixando conduzir por ardis muitas vezes empregados por aqueles que o cercam.

Ao lado da humildade, o juiz deve cultivar a sensatez. O exercício da sensatez impõe o agir com cautela e sabedoria. Pensar-se a magistratura sem a noção de cautela e de sabedoria, é simplesmente descaracterizá-la. A sensatez guiará o juiz quando da emissão de suas decisões. Nele incutirá a preocupação do impacto de seus pronunciamentos no seio social, quer em caráter reduzido, quer em caráter amplo, de acordo com a natureza do conflito. O juiz deve evitar externar comentários a respeito dos conflitos que são custodiados, ao mesmo tempo em que não pode se apresentar sob mutismo injustificável. Deve falar com sensatez, sem aconselhar as partes ou adiantar o mérito de suas decisões, sob pena de ofender sua própria imparcialidade, que é princípio caríssimo à sua função, ao Poder Judiciário e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Seus pensamentos e gestos devem ser sopesados, antes de serem externados, para que não provoquem desequilíbrio ou mesmo prejulgamentos. O juiz deve agir com discrição, em sua vida pública e privada, a fim de não se envolver com situações que lhe podem arranhar o comportamento, ainda que

involuntariamente. O juiz deve sempre perguntar-se se o seu modo de agir tem correspondido aos anseios sociais e ao próprio ordenamento jurídico, com olhos voltados aos valores por este último encampados.

Ao lado da humildade e da sensatez, deve ser lembrada a tolerância. O juiz, no dia-a-dia forense, encontra-se imerso em um mar de problemas. O juiz é o diretor de uma vara ou de uma comarca e, nesse mister, é responsável pelo direcionamento administrativo dos trabalhos forenses, função que é desenvolvida simultaneamente com a função jurisdicional, a qual, por si só, lhe requer quase que contínua atenção. No exercício administrativo e jurisdicional de suas obrigações, é muito comum se sucederem problemas de natureza vária, a requerer reações serenas. O juiz deve ter serenidade para ouvir não só as partes e testemunhas, mas, também, os servidores e os advogados. Tanto durante uma audiência, quanto em seu gabinete, o juiz ouve inúmeras pessoas, muitas das quais aflitas, a exigirem dele ponderação e equilíbrio.

Intimamente ligada à tolerância, está a brandura. A brandura impõe o agir com pacificação. A pacificação social é um dos escopos da jurisdição, mas também deve ser um dos traços da personalidade do magistrado, a revelar-lhe o agir com brandura. O fórum é local onde desatinos se acirram e aborrecimentos eclodem; cada parte busca o reconhecimento do direito que julga titularizar e, em muitos casos, estão dispostas a lançar mão de meios injustificáveis para conseguirlo. Esse clima de conflito deve contar com o agir brando e sóbrio do juiz, sem, contudo, deixar de ser firme em suas manifestações. Firmeza não se confunde com tirania, má educação e desrespeito. Firmeza afina-se com coragem para estabelecer prevalência de princípios morais; é demonstrada com atitudes equilibradas.

O juiz, mesmo imerso em contrariedades, deve guardar calma e buscar construir em seu íntimo o sentimento de paz. O juiz deve apaziguar os ânimos inflamados; somente deverá usar medidas mais austeras, previstas em lei, se a necessidade premente justificá-las.

Por exercer uma função que é constantemente igualada a um sacerdócio, ante as limitações que encerra e os deveres que lhe são ínsitos, o juiz deve sustentar o devotamento. O devotamento é um predicativo daquele que desempenha seu ofício sem medir esforços ou sacrifícios, porque sabe que são eles indispensáveis ao êxito da missão.

O juiz deve renovar seus conhecimentos por meio de leituras frequentes de obras ligadas não só ao direito, mas, também, à ética, à moral, à política, à sociologia, à psicologia, à pedagogia, à filosofia, além de outros, que lhe propiciarão contínuo progresso pessoal a refletir-lhe no regular desempenho de seu sacerdócio.

Eis um quadro bastante singelo das virtudes que devem ser cultivadas pelo magistrado e, fazendo-se uma conexão com objeto central do presente estudo, mais especificamente quanto à atividade probatória do juiz, em seu exercício, extensão e limites que exhibe, fácil é perceber que o conjunto dessas virtudes é que ditará o êxito do agir proativo do magistrado, preocupado com o resultado justo e efetivo do processo.

O juiz deve colocar à disposição da sociedade a que serve um trabalho de qualidade, como reflexo das virtudes que cultiva, contribuindo para com o progresso geral. Um novo perfil surge dentro dessa perspectiva, induzindo à construção de um novo paradigma, de um novo juiz.

CONCLUSÃO

Na introdução deste trabalho fez-se menção ao juiz dos primórdios do direito romano, considerado mais árbitro que propriamente juiz, isso porque sequer detinha jurisdição, porque era apenas um terceiro eleito pelas partes a partir de uma cláusula contratual.

Mas suas atribuições, ao longo de mais de dois milênios, foram paulatinamente crescendo e, não seria exagero afirmar, que modernamente têm se agigantado.

Do *juiz-teocrático* das sociedades antigas ao *juiz-árbitro* do direito romano; do *juiz-feudal* ao *juiz-monarca* e deste para o *juiz-boca-da-lei*, tem-se, hoje, o *juiz-protagonista*, o juiz inserido em uma complexa realidade social, com função criativa, corresponsável pelos valores assumidos pelo Estado Democrático de Direito.

O juspositivismo que vigorou durante muitas décadas não foi capaz de corresponder aos anseios da complexa sociedade que se sucedeu à Segunda Guerra Mundial. Dentro de seu arcabouço hermético, deixou de dialogar com outros ramos do conhecimento humano e, assim, pode-se afirmar, foi superado por outra forma de pensar o direito.

A concepção pós-positivista recoloca o direito mais próximo dos valores e, em consequência, da ética, mais preocupado na realização da pessoa humana, de sua dignidade. O direito reaparece como instrumento de legitimidade democrática e de justiça. Ao lado dos valores, o pós-positivismo tem dado importância aos princípios, ante seu caráter irradiador. Os princípios, antes tidos como postulados transcendentais, quando ainda vigoravam as concepções jusnaturalistas, foram tratados com subalternidade pelo positivismo jurídico, até que, enfim, foram elevados à categoria de norma jurídica fundante e apta a haurir em outras fontes, que não a jurídica, o necessário conteúdo para poderem ser eficazmente aplicados dentro do ordenamento jurídico.

Em meio ao realce dado à moral e aos princípios, as constituições, entre as quais a brasileira, preocupadas em dar à sociedade novas diretrizes, passaram a veicular grandes sistemas de princípios, que, como se sabe, são preceitos abertos, que, por isso, ao contrário das regras, facilmente subsumíveis aos fatos por elas regulados, passaram a demandar intensa atividade do Poder Judiciário, muitas vezes de natureza criativa, dirigida à materialização e efetivação dos valores neles

consagrados. E essa atuação judiciária, principalmente no Brasil, com a Constituição Federal promulgada em 1988, para que realmente refletisse os anseios que derivavam da nova principiologia constitucional, passou a demandar a adoção de novos métodos de interpretação e de uma nova postura do juiz.

Com a judicialização de muitas situações, provocada pela amplitude dos interesses e direitos assegurados pelo Texto Constitucional, desenvolveu-se a idéia de *ativismo judicial*, que é um novo agir do juiz no exercício da jurisdição, que está umbilicalmente ligada à ideia de efetivação.

Para que, realmente, o Estado Democrático de Direito fosse edificado, objetivo maior da Constituição, fez-se indispensável, ante a crescente judicialização das questões, um comportamento *proativo* do órgão julgador, que deve ter a coragem de interpretar e aplicar, quando cabível os preceitos constitucionais, tão logo seja instado a tanto. Assim agindo, não está transgredindo sua imparcialidade; estará, ao contrário, manifestando preocupação em desempenhar seu papel de agente construtor do modelo democrático trazido pela Constituição.

A Constituição tenta, com acerto, impor barreira a esse poder político dos juízes, subordinando-o a diretrizes jurídicas, tais como justiça, dignidade da pessoa humana, inexistência de discriminação de qualquer natureza; mas o campo político da decisão sempre estará aberto, porque aqueles são valores que se modificam com o evoluir da sociedade. Não obstante, o juiz está sempre circunscrito, em sua atividade, ao dever de fundamentar sua decisão dentro do ordenamento jurídico e dentro de critérios de racionalidade.

Dentro dessa ótica, afigura-se imprescindível, ao magistrado, a observação de algumas importantes diretrizes. A sua vontade, muito embora relevante, condiciona-se, para validade, ao sistema jurídico, cujo ápice está na Constituição. Deve respeitar, também, a legislação, ante a presunção de legitimidade que lhe é peculiar, somente a desprezando se inconstitucional, máxime porque o poder que exerce também advém do povo, nos termos do art. 2º da Constituição Federal, muito embora não o detenha de forma eletiva. O primado deve ser do direito; não dos juízes.

No mundo contemporâneo, o neoconstitucionalismo, influenciado pelo ideário pós-positivista também projetou luzes sobre a própria noção de jurisdição, que impõe ao juiz não só o dever de estabelecer a norma jurídica que regerá o caso concreto, observada a legislação e a Constituição, mas também estará ele

compelido a realizar *efetivamente* o direito que, agora, está resguardado por uma norma específica por ele mesmo criada.

Para alcançar essa norma concreta, deverá agir de forma ativa durante a fase instrutória. O seu protagonismo é, portanto, realçado pela atividade probatória que desenvolve na pesquisa da verdade a fim de atingir a solução justa.

Atualmente, a atividade probatória do juiz exercida dentro da noção de proatividade revela-se como importante mecanismo de *efetividade* do processo, pois, por meio deste, o Estado aplica a tutela jurisdicional a quem a requerer e, por isso, exibe claro interesse em vê-la concedida da forma mais eficiente possível, em plena realização dos escopos a que visa a jurisdição, ainda mais se tiver em mente que a busca da verdade real é um dever do magistrado comprometido com o resultado *justo* do processo, um dos fins do Estado Democrático de Direito.

Diversamente do que se sustentou no passado do direito processual civil, ainda quando impregnado cientificamente pelo direito civil, a produção de provas não é mais compreendida como monopólio das partes, a depender, com exclusividade de sua iniciativa. Os poderes do juiz, com o influxo do ideário pós-positivista e o próprio evoluir da sociedade, que impôs a mudança da forma de pensar o processo, foram ampliados, para incumbir-lhe, quando da condução do processo, advertir a parte sobre as consequências do exercício do ônus da prova e da ausência de manifestação quanto a um fato relevante e, sobretudo, quando necessário, determinar provas de ofício, sempre com a preocupação de tornar *efetiva* a tutela jurisdicional. A *intensidade* desse seu novo agir, no caso concreto, estará condicionada à existência de interesses disponíveis e indisponíveis. Mas, em ambos as hipóteses, deverá lançar mão de um agir proativo.

Indubitavelmente, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz tem por anelo ampliar as possibilidades de encontro com a *verdade real*, de modo a não se ver o juiz obrigado a julgar com base apenas no que provam as partes, podendo ele também, de ofício, ordenar a produção das que entender necessárias, sempre animado com o propósito de entregar à parte a adequada tutela jurisdicional.

E assim agindo, o juiz não comprometerá sua imparcialidade quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. O juiz deve exercer de forma saudável seu ativismo, sem se deixar exceder. O fato de algum juiz deixar-se conduzir por objetivos menos nobres, ainda que involuntariamente, não

pode se constituir em óbice para o desenvolvimento proativo dos poderes instrutórios.

O aumento do poder instrutório do julgador ou, antes, a nova interpretação a eles dada, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam eficazmente aplicadas, em prol da verdade real. Parece impróprio imaginar-se a postura passiva de um juiz que, tendo conhecimento que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão.

Portanto, como regra geral relativizada, extraída da adoção pelo nosso sistema do princípio dispositivo e da necessidade de preservação da imparcialidade, como princípio basilar do Poder Judiciário, o juiz não deve empregar desordenadamente seu poder de iniciativa probatória; deverá fazê-lo de forma comedida e equilibrada, muito embora, em alguns casos, de forma bastante ativa, visando à prestação de adequada tutela ao direito reivindicado pela parte. O tempo e a experiência ditarão as nuances do exercício regular da atividade probatória do juiz no processo civil, em atendimento àqueles indicativos.

A humildade, a serenidade, a brandura e o devotamento são virtudes que contribuirão para o eficaz exercício da atividade probatória do juiz, que deverá ter cautela durante esse seu proceder, para não parecer que está prestando auxílio às partes, sob pena de mostrar-se interessado e violar sua imparcialidade.

Enfim, esse novo juiz é aquele juiz inserido em seu meio social, conhecedor desse meio. É o juiz preocupado com a realização da justiça e com a efetividade do processo. É o juiz que exerce sua atividade probatória com equilíbrio, coragem e com imparcialidade, em prol da verdade real, dentro das limitações dessa função. É o juiz proativo, preocupado com o cultivo de virtudes, no sentido de que sua atuação sempre deverá ser benéfica a fim de traduzir-se nas expectativas geradas de seu protagonismo neste novo milênio, em contínua construção do ideário decorrente da adoção, pelo povo brasileiro, do Estado Democrático de Direito.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALVIM NETO. José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.2.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO. Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Forense*, v. 358.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_de-mocratica>. Acesso em: 30 nov. 2010;

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Forense*, v. 371.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA. *Ética Jurídica*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO. Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Ciência política*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad.: Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CALSAMIGLIA, Albert. *¿Por que es importante Dworkin? Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho*. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/Doxa/isonomia.shtml>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

_____. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. de Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *Como se faz um processo*. 2.ed. Campinas: Editora Minelli, 2004.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática; 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v.1.

COSTA, Lopes. *Direito processual civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v.3.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito. *Revista dos Tribunais*, n. 790/740.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Tomos I, II e III.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Antonio Carlos; MAJA, Antônio Cavalcanti. *Dicionário de filosofia do direito*. (coordenação: Vicente de Paulo Barreto). São Leopoldo: Editoras Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar;

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GABRICH, Frederico de Andrade, O caráter normativo dos princípios. *Revista Forense*, v.393.

GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Hermenêutica constitucional: um contributo à constituição do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. Ed.: RCS, 2006.

_____. Pós-modernismo, pós-positivismo e o direito como filosofia. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades [Org.]. *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

HERKENHOFF, João Baptista. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis/RJ: Vozes, 1994. Coleção "Clássicos do pensamento político."

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Novas linhas de processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A antecipação da tutela*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Forense, 1962.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *Do Espírito das Leis*. Introdução e notas de Gonzague Truc. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Coleção "Os Pensadores".

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 22.ed. com colaboração de Luiz Antonio Nunes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERES, Ney Prieto. *Manual prático do espírita: guia para a realização do autoaprimoramento com base na Doutrina dos Espíritos*. 21.ed. São Paulo: Pensamentos-Cultrix, 2007.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 5.ed. Campinas: Millennium Editora, 2010.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada. 6a ed. Coimbra/Portugal: Arménio Amado - Editor, Sucessor, 1997, apêndice II.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: antiguidade e idade Média*. 10.ed. São Paulo: Paulus, 2007. v.1.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Lições preliminares de direito*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social*. 9.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, coordenador Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA. Otacílio Paula Silva. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA. Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, tomo I.

SILVA. Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins, 2008.
TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. Definições e fins do direito. Os meios do direito.
Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3.ed. São Paulo: DPJ, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 4.ed. Rio de Janeiro:
Forense, 2007.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio, Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução
de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.