PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ANTÔNIO JOSÉ CARVALHO DA SILVA FILHO

PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL:
a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal.

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de DOUTOR em Direito, área de concentração Direitos Difusos e Coletivos, sob orientação do Prof. Doutor Nelson Nery Junior.

SÃO PAULO
2021

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Tese de Doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura _____

Data: 29/11/2021

e-mail: antoniocarvalho@triunfare.com.br

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

C331p Carvalho Filho, Antônio
Processo como direito fundamental: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal / Antônio Carvalho Filho. -- São Paulo: [s.n.], 2021.
504p. ; 29x21 cm.

Orientador: Nelson Nery Junior.
Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, -- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Processo. 2. Direito Fundamental. 3. Jurisdição. 4. Intervenção. I. Nery Junior, Nelson. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD 347.91

ANTÔNIO JOSÉ CARVALHO DA SILVA FILHO

PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL:
a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal.

Tese apresentada à Banca Examinadora de Qualificação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de DOUTOR em Direito, área de concentração Direitos Difusos e Coletivos.

Aprovado em _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

_____
Prof. Dr. Nelson Nery Junior – PUC/SP
Orientador e Presidente da Banca

_____
Prof. Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano – PUC/SP

_____
Prof. Dr. Georges Abboud – PUC/SP

_____
Prof. Dr. Henrique Garbellini Carnio – FADISP

_____
Prof. Dr. Eduardo José da Fonseca Costa – UNAERP

_____
Profa. Dra. Patrícia Miranda Pizzol (suplente) – PUC/SP

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva (suplente) - UFAL

DEDICATÓRIA

Para Luciana, Helô e Edu.

Com o meu mais sincero amor!

AGRADECIMENTOS

Um trabalho como este nunca é feito apenas pelo autor. Sem o apoio, o suporte, o incentivo, a colaboração, a troca e o relacionamento com inúmeras pessoas, ele jamais seria viável fisicamente. Seria, no máximo, uma ideia, envolvida nas inúmeras névoas do pensamento.

Em especial, a minha jornada pelo doutorado, de meados de 2017 ao final de 2021, foi especialmente agitada. Além das dificuldades já conhecidas e esperadas para alguém que se propõe a cursar um programa de pós-graduação tão exigente e gabaritado quanto ao da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, especialmente morando em outra cidade e conciliando o trabalho – como a maioria dos estudantes, diga-se –, enfrentei durante o percurso momentos de adversidade que ninguém espera encontrar. Em novembro de 2019, quando já finalizava as pesquisas para esta tese, fui diagnosticado com dois cânceres, um deles bastante agressivo e que exigia tratamento imediato. Pisei forte no freio para o resto da vida e, ao lado da minha família, dos meus médicos e enfermeiras e com apoio e suporte em Deus, dediquei o meu tempo de maneira integral em busca da cura. Após um tratamento altamente debilitante, rejuvenescido pelo amor dos meus e pelas bênçãos de Deus, logrei êxito nessa batalha e pude retornar para o curso da vida.

É preciso, portanto, agradecer àqueles que, de uma forma ou de outra, direta ou indiretamente, possibilitaram esta tese.

Primeiro, à minha esposa Luciana Benassi, que está ao meu lado em todos os momentos, bons ou ruins, parceira incondicional de primeira hora, apoiadora e correalizadora de todos os meus projetos – que não são poucos –, primeira leitora e revisora de todos os meus textos, mãe carinhosa e atenta, esposa fiel e amorosa. Nesse momento, não é possível agradecer tudo o que essa mulher maravilhosa fez na minha vida e no meu período de doutoramento. Uma

coisa é certa, sem ela, nenhuma linha desse trabalho seria possível, nenhuma reflexão, crítica ou proposição seria realizada. Por tudo e pela falta de argumentos racionais, fico com a expressão mais transparente de meus sentimentos por ela: Lu, eu te amo até o infinito e volta, uma infinidade de vezes.

Aos meus pais, Cida e Toninho, responsáveis pela minha criação e pela minha formação. Pais presentes, responsáveis, orientadores, meus primeiros professores. À minha mãe, por todos os cuidados a mim e à minha família, especialmente nos momentos mais delicados da minha vida. Ao meu pai, que partiu prematuramente em 2016 e deixou a saudade em nossos corações e, especialmente em mim, a marca indelével do amor pelo Direito e a busca incessante pelo protagonismo na minha vida.

Aos meus filhos, Heloísa e Eduardo, presentes de Deus, crianças incrivelmente felizes e filhos carinhosos e amáveis. Eu sequer lembro como era a vida sem eles ao meu lado. Estar com eles exige que eu busque, todos os dias, ser uma pessoa melhor e um pai responsável e presente. Agradeço pela compreensão pelo tempo furtado do nosso convívio, para a elaboração deste trabalho.

Aos meus sogros, Gilberto e Sandra, por todo o suporte, pelo amor, pela dedicação e por ajudarem a cuidar da minha família. Aos meus irmãos, Cacá e Marco Antonio, minhas cunhadas Andrea e Andréia, meu cunhado Gilberto, minha concunhada Ana, meus lindos sobrinhos Mariana, Isabela, Caio, Alice, Analu e Mafê, o meu especial agradecimento.

Aos meus primos, Lica e Adriano, pela ajuda e pelo carinho especial de sempre.

A Aurora e a Dani, por cuidarem bem da nossa casa e da minha família.

Ao meu orientador, Nelson Nery Junior, jurista completo, professor inigualável, doutrinador magnífico. Obrigado pela oportunidade, pela gentileza, pelas portas abertas e pela confiança em mim.

Ao Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, que deixou sua presença marcada em minha existência, pelo exemplo de professor e ser-humano cortês e sábio, humilde e categórico.

Aos professores Georges Abboud, conselheiro e guia permanente, e Pedro Serrano, pela dedicação e críticas para a versão de qualificação deste trabalho. Ainda, aos professores Eduardo Costa, Henrique Garbellini, Patrícia Pizzol e Beclaute Oliveira Silva, pelo aceite em integrarem a banca examinadora da defesa da tese e pelo tempo dispensado na análise do trabalho.

Ao grupo de estudos Direito da Saúde e Empresas Médicas, em especial ao Professor e Desembargador Miguel Kfouri Neto, pela recepção e acolhida, bem como pelas valiosas lições.

Aos meus amigos “garantistas processuais”, Diego Crevelin, Eduardo Costa, Glauco Gumerato Ramos, Igor Raatz, Júlio Rossi, Luciana Benassi, Lúcio Delfino, Mateus Pereira, Natascha Anchieta e William Dietrich e; ao brilhante constitucionalista Rafael Giorgio Dalla Barba, além do agradável convívio e da verdadeira amizade que nos unem como irmãos, muito obrigado por abrirem os meus olhos aos problemas da nossa doutrina, por trilharem o caminho ao meu lado, por nunca esmorecerem e permanecerem sempre vigilantes.

Aos amigos da ABDPro, responsáveis por minha reaproximação com o mundo acadêmico, em especial aos queridos Adriana Pegini, Alexandre Ávalo, Ana Beatriz Presgrave, André Luiz Maluf, Antonio de Moura, Antonio Souza Jr., Beclaute Oliveira Silva, Bheron Rocha, Bruno Fuga, Cláudio Rêgo, Daniel Colnago, Danilo Cruz, Evie Malafaia, Fábio Monnerat, Fernanda Gomes, Fernando Gama, Francisco Motta, Georges Abboud, Guilherme Carreira, Guilherme Lunelli, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Karol Mafra, Luis Gustavo Mundim, Marcelo Barbi, Marcelo Pereira, Marcelo Pichioli, Marco Di Spirito, Marcos Cavalcanti, Maurício Cunha, Murilo Gutier, Patrícia Henriques, Pedro Lube Sperandio, Radson Rangel, Renê Hellman, Renzo Cavani, Roberta Gresta, Roberto Campos Gouveia Filho, Rodrigo Melgaço, Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro, Silvio Silva, Thiago Caversan, Vinícius Abreu e Zulmar Duarte.

Aos amigos do doutorado, pelos debates e pela contribuição na minha formação, em especial aos inesquecíveis Aurélio Joaquim da Silva, Archavir Donelian, Bruno Paiva, Fábio Scaff, Maira Scavuzzi, Nuria López, Renato Tescari, Ricardo Yamin, Rodrigo D’Orio, Tatiana Monteiro, Thiago Mello Azevedo.

Aos meus amigos da faculdade de Direito da UFMT, minha *alma mater*, especialmente aos integrantes da CUP (Confraria Ultraje ao Pudor), por tornarem o dia a dia menos pesado e pelas discussões de sempre: Bruno Rocha, Fábio Campos, Gilberto Matos, Julian Cuadal, Juliano Baungarten, Nivaldo Reis, Paulo Roberto, Rafael Santos e Ramon Botelho.

Aos meus amigos da magistratura, que sempre me ensinam e me instigam a ser um profissional melhor, em especial para Ariel Nicolai Cesa Dias, Frederico Mendes Junior, Geraldo Dutra de Andrade Neto, Glauco Alessandro de Oliveira, Ricardo Campos Spessato de Alvarenga Campos e Rodrigo Simões Palma.

As minhas equipes das Varas e Gabinetes pelos quais passei durante o período do curso, que se desdobraram no auxílio para que a atividade jurisdicional não perdesse em qualidade e dedicação, em especial para Luiz Sérgio Lenart Leal, Tiago Fernando Schmidt Fraga, Daniela Deleuze de Lima Balloni, Tayane Martins França e José Nelson dos Santos Junior.

A todos que contribuíram para o trabalho.

A Deus, pela vida e por tudo!

EPÍGRAFE

"O fato de ser uma minoria, mesmo uma minoria de um, não significava que você fosse louco. Havia verdade e havia inverdade, e se você se agarrasse à verdade, mesmo que o mundo inteiro o contradissesse, não estaria louco."

ORWELL, George. 1984.

"Por ora, não queremos mudar o mundo; primeiro, devemos tornar as coisas mais robustas a falhas e erros de previsão, ou, até mesmo, tirar proveito desses erros, usando os limões para fazer uma limonada. (...) Não perceber a ocorrência de um tsunami ou não antever um evento econômico é desculpável; construir algo frágil diante deles não é."

TALEB, Nassim Nicholas. Antifrágil.

RESUMO

A tese está dividida em três partes. A primeira investiga a deturpação do conceito de processo, com sua mixagem com o exercício do poder jurisdicional, que culminou com a formação da teoria do "processo justo". Esse desenvolvimento ocorreu no seio do instrumentalismo processual e de suas correntes congêneres, formalismo-valorativo e neoprocessualismo, com grande influência da doutrina neoconstitucionalista. A segunda parte estabelece as bases dogmáticas para a análise dos direitos fundamentais, com especial pendor para a teoria liberal dos direitos fundamentais, nomeadamente a de matriz alemã. Busca-se, nesse ponto, o estabelecimento dos conceitos básicos e da estruturação do método de enfrentamento das intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Por fim, na terceira parte, desenvolve-se a dogmática dos direitos fundamentais do processo, com o estabelecimento de seus respectivos âmbitos de proteção e o enfrentamento das correlatas intervenções.

ABSTRACT

The thesis is divided into three parts. The first investigates the distortion of the (procedural) due process concept, with its mixture with the exercise of jurisdictional power, which culminated in the formation of the "fair process" (*giusto processo*, *proceso justo*, *processo justo*) theory. This development took place within "procedural instrumentalism" theory and its related movements, "evaluative formalism" and "neoprocessualism", with great influence from the neoconstitutionalist doctrine. The second part establishes the dogmatic bases for the analysis of basic rights, with a special tendency towards the liberal theory of basic rights, namely the German. At this point, the aim is to establish the basic concepts and structure the method of confronting interventions within the scope of protection of basic rights. Finally, in the third part, the dogmatics of the basic rights of due process are developed, with the establishment of their respective areas of protection and the confrontation of the respective interventions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....21

1. VISÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA SOBRE O PROCESSO.....25

1.1. Jurisdição e processo: o sufocamento do direito fundamental pelo Poder. 27

1.2. O processo como instrumento. 29

1.2.1. Os escopos processuais do instrumentalismo processual. 34

1.2.2. Teoria dos sistemas e o sistema do direito 46

1.2.3. Crítica ao juiz-antena.....56

1.3. O "acesso à ordem jurídica justa" e sua importância para o "processo justo". 63

1.4. A doutrina do "processo justo".....72

1.4.1. "Cultura", "valor" e "justiça" no conceito de "processo justo": a deturpação da doutrina de Miguel Reale. 78

1.5. A influência do neoconstitucionalismo na doutrina do "processo justo".....91

1.5.1. O neoconstitucionalismo não é pós-positivismo: é um anti-positivismo. 93

1.5.2. O "espantalho" do positivismo como suporte jurídico do nazismo.....95

1.5.3. Qual é o objetivo do neoconstitucionalismo?.....104

1.5.4. O "barateamento" da força normativa da Constituição. 113

1.5.5. A suposta expansão da Jurisdição Constitucional. 115

1.5.6. A nova interpretação constitucional: como operar na política estando fora dos seus domínios. 117

1.6. A "Constitucionalização do Direito Processual".....123

1.6.1. Constitucionalização como sobreinterpertação constitucional.....125

1.6.2. Constitucionalização pela Dignidade da pessoa humana 126
1.6.3. Constitucionalização pela centralidade da Constituição 130
1.6.4. Constitucionalização pela interpretação progressista ou reacionária 131
1.6.5. Constitucionalização por "democratização" 134
1.7. O "Ministério da Verdade" do direito: A relação siamesa entre o instrumentalismo e neoconstitucionalismo. 137
1.8. O modelo "dogmático" de direitos fundamentais adotado pela doutrina do "processo justo": direito à proteção a partir dos princípios. 141
1.8.1. Direitos à proteção: a deformação funcional dos direitos fundamentais 152
2. INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 159
2.1. Direitos fundamentais como direito de resistência (*Abwehrrecht*) 160
2.1.1. Princípio distributivo e ônus argumentativo na intervenção 161
2.1.2. Função dos direitos fundamentais no modelo de resistência 165
2.1.3. Conceitos dogmático-instrumentais do direito de resistência 166
2.2. Teoria dos *status* jurídicos 173
2.3. Liberdade e Direito Fundamental 179
2.3.1. Estrutura tridimensional da liberdade 179
2.3.2. Modelo complexo de liberdade 180
2.3.3. Liberdade negativa 181
2.3.4. Liberdade positiva 185
2.3.5. Liberdade real 189
2.3.6. Liberdade normativa e liberdade natural 192
2.3.7. Liberdade política 196
2.3.8. Liberdades reciprocamente consideradas 197
2.4. Dimensão objetiva do direito de resistência 198
2.4.1. Dever geral de abstenção (*Unterlassungspflichten*) e função de validade 200
2.4.2. Dever de tutela (*Schutzpflicht*) 206
2.5. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais 217

2.6. Intervenção na dogmática do direito de resistência 230
2.6.1. Reserva legal 241
2.7. Limites dos limites (*Schranken-Schranken*) 246
2.7.1. Direitos fundamentais especiais 248
2.7.2. Reserva de parlamento (reserva de lei) 248
2.7.3. Proporcionalidade 249
2.7.4. Garantia do conteúdo essencial 263
2.7.5. Proibição de lei restritiva de efeitos concretos 265
2.7.6. Dever de referência 265
2.7.7. Princípio da determinação 266
2.7.8. Proibição da retroatividade 267
3. DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO 269
3.1. O processo como unidade normativa de direitos fundamentais 275
3.2. Âmbito de proteção do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) 297
3.2.1. Imparcialidade 306
3.2.2. Independência 313
3.2.3. Duplo grau de jurisdição 323
3.2.4. Modelo complexo de liberdade aplicado ao direito fundamental do devido processo legal 336
3.3. Direitos fundamentais especiais do processo 341
3.3.1. Âmbito de proteção do contraditório (art. 5º, LV, da CF) 342
3.3.2. Âmbito de proteção do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF) 347
3.3.3. Âmbito de proteção da vedação de provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CF) 350
3.3.4. Âmbito de proteção da publicidade (art. 5º, LX, da CF) 357
3.3.5. Âmbito de proteção do direito fundamental à defesa técnica por advogado (art. 133, da CF) 362
3.3.6. Âmbitos de proteções das limitações à prisão (art. 5º, LXI a LXVI, da CF) . 366
3.3.7. Âmbito de proteção da vedação de prisão civil (art. 5º, LXVII, da CF) 369

3.3.8. Âmbito de proteção da pressuposição de inocência (art. 5º, LVII, da CF) 375
3.3.9. Âmbito de proteção da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF) 382
3.3.10. Âmbito de proteção da duração razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF) 383
3.4. Processo e procedimento: diferentes e inseparáveis 386
3.5. Processo (procedimento) e igualdade 393
3.6. A inexistência do direito fundamental do "devido processo substancial" 402
3.7. Processo e direitos de organização e procedimento 409
3.7.1. *Status activus processualis* de Peter Häberle 409
3.7.2. Desvirtuamento de Häberle pela doutrina neoconstitucionalista 415
3.7.3. Deveres de organização e direito ao procedimento. 420
3.8. Processo, efeito horizontal e dever de proteção do direito fundamental 426
3.9. Colisão entre os direitos fundamentais do processo e o acesso à jurisdição..... 427
3.9.1. Definição de parâmetros para a colisão 427
3.9.2. Âmbito de proteção do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF)..... 434
3.9.3. Flexibilização do procedimento como resultado da colisão – análise crítica 439
3.9.4. Flexibilização do procedimento pela instrumentalidade das formas 449
3.9.5. Flexibilização do procedimento pelo trânsito de técnicas especiais do procedimento..... 451
3.9.6. Déficit dogmático da flexibilização procedimental 457
3.9.7. Interpretação do art. 139, VI, do CPC..... 459
CONCLUSÃO 465
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 471

INTRODUÇÃO

Não é de hoje a crítica ao instrumentalismo processual e suas correntes congêneres, como o formalismo-valorativo e o neoprocessualismo, que deram origem aos movimentos da cooperação processual e da adequação processual.

Calmon de Passos, Aroldo Plínio Gonçalves, José Alfredo Baracho, Rosemiro Pereira Leal, André Cordeiro Leal, Nelson Nery Junior, Georges Abboud, dentre outros, protagonizaram duras avaliações ao método comum da utilização do processo como instrumento da jurisdição. A nota comum entre todos eles é a absoluta falta de debate e de diálogo por parte da doutrina criticada.[1]

O presente trabalho, pelo menos em sua primeira parte, alinha-se às críticas ao instrumentalismo e busca revelar novos contornos do fenômeno da hiperpublicização do processo, compreendida como sinônimo das diversas formas de utilização do processo como ferramenta do poder jurisdicional.

O primeiro capítulo, por conseguinte, é dedicado à crítica ao instrumentalismo processual, ao formalismo-valorativo e ao neoprocessualismo, movimentos que foram responsáveis pela mixagem entre a jurisdição e o processo.

Dessa junção, formou-se a teoria do "processo justo", cuja substância é deveras fluida e pouco clara, diante dos enormes desafios metaéticos até o momento não cumpridos pelos seus partidários. Ainda, revela-se em tal capítulo como estes movimentos processuais valeram-se da retórica do neoconstitucionalismo, que, em todos os seus contornos, serve para os mesmos propósitos que as doutrinas hiperpublicistas do processo.

---

[1] Neste sentido: CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **A resistência ao instrumentalismo**, *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3wZtx1X>, acesso realizado em 18/11/2021.

A tese pretende revelar, ainda, como a doutrina processual, utilizando-se do multifacetado neoconstitucionalismo, passou a adotar a teoria dos direitos fundamentais com a função de "direitos (ou deveres) à proteção", em especial nas concepções hauridas por Alexy e Canaris – nada obstante sejam observadas diversas distorções em sua aplicação. Seja como for, o problema central é que a dogmática do "direito à proteção" rompe com o modal tradicional de enfrentamento das intervenções estatais sobre os direitos fundamentais e passa a encarar a atuação do Estado, especialmente da jurisdição, como atos de tutela de direitos fundamentais, sempre a partir de uma dimensão objetiva, que esvazia a importância e a participação do indivíduo a ser protegido. Os problemas dessa concepção serão amplamente desenvolvidos a seguir, mas servem como luva ao discurso instrumentalista.

Importante registrar, desde já, que todas as críticas são dirigidas às ideias e às proposições e não têm qualquer relação pessoal com seus autores, muitos dos quais, inclusive, são referências doutrinárias e acadêmicas para este autor. O debate aberto no trabalho busca demonstrar as fragilidades e os problemas das concepções hegemônicas na doutrina processual, propondo estabelecer soluções de *constitutione lata*.

As outras duas partes do trabalho são compostas da apresentação introdutória da dogmática liberal alemã dos direitos fundamentais e seu temperamento e possibilidade de utilização de acordo com o direito posto no Brasil e; de uma proposta de dogmática do processo como direito fundamental, a partir das premissas da dogmática alemã do direito fundamental como direito de resistência (*Abewhrrecht*).

Dessa maneira, surgem os dois marcos teóricos, que servem como raízes para o desenvolvimento de todas as demais ramificações: (*i*) a teoria liberal dos direitos fundamentais a partir da dogmática alemã, que explica o que são os direitos fundamentais e para o que eles se destinam, servindo de base para o desenvolvimento de uma analítica dos direitos fundamentais investigados nesse trabalho[2] e; (*ii*) a adoção da premissa de que o processo é um direito fundamental – obviedade constitucional, pela prescrição dos direitos fundamentais do devido processo legal e demais direitos fundamentais processuais.

Contudo, nem todo óbvio é sensível aos olhos. Essa é a razão da existência da presente tese. Em grande parte, o desenvolvimento que se segue está inspirada na proposta de processo como "instituição de garantia de liberdade contrajurisdicional", de Eduardo José da Fonseca

[2] Importante salientar, contudo, que não se trata de uma tese sobre direitos fundamentais, de modo amplo, razão pela qual não serão objeto de pesquisa, as demais teorias dos direitos fundamentais, salvo em sua breve exposição, e tampouco será realizada uma proposta de teoria de direito fundamental

Costa, bem como do desenvolvimento dogmático realizado por um grupo de juristas, que se autoproclamam "garantistas processuais",[3] do qual o autor faz parte.

O debate do processo como direito fundamental é muito fragmentado no direito processual, nada obstante sua centralidade para a disciplina. Salvo raras exceções,[4] as abordagens, em regra, partem da premissa de que direitos fundamentais devem ser lidos a partir da dimensão objetiva e que sua função está alinhada com os "direitos à proteção", como exposto acima. Em geral, sequer há uma adesão clara a uma dogmática dos direitos fundamentais, a guiar o exame dos direitos fundamentais do processo.[5]

Por essa razão, o capítulo 2 tem a função de ser uma introdução à dogmática dos direitos fundamentais, a partir da construção clássica da teoria liberal dos direitos fundamentais, em especial de Pieroth e Schlink e de Ralf Poscher, que servem de marco teórico para este trabalho, os quais foram devidamente temperados com o direito brasileiro, em grande parte pelas contribuições de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Em linhas gerais, o capítulo é dedicado à apresentação dos direitos fundamentais como direito de resistência (*Abwehrrecht*), função dogmática que é vista no Brasil com grande relutância, nomeadamente pelo *slogan* neoconstitucional de que se trata de uma visão ultrapassada, sem, contudo, demonstrá-la. A estrutura tridimensional da liberdade e o modelo complexo de liberdade, desenvolvimentos de Poscher, ganham especial relevo na abordagem. Enfrentam-se, ainda, os temas delicados da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a partir do modelo do direito de resistência; a eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, que é totalmente diversa das propostas dos processualistas criticados; a intervenção nos direitos fundamentais e; a dogmática dos limites dos limites.

No capítulo 3, propõe-se a dogmática dos direitos fundamentais do processo, a partir das premissas dos direitos fundamentais como direitos de resistência, com a apresentação dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais do devido processo legal, do contraditório, do

---

[3] Cujos integrantes são, além deste autor, Eduardo Costa, Diego Crevelin de Sousa, Glauco Gumerato Ramos, Igor Raatz, Júlio César Rossi, Luciana Benassi Gomes Carvalho, Lúcio Delfino, Mateus Costa Pereira, Natascha Anchieta e William Galle Dietrich

[4] NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

[5] Neste sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, Revista de Processo, vol. 113/2004, pp. 9-21, Jan-Fev/2004, Revista eletrônica. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Direitos fundamentais processuais**, *in:* SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, 7.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2018, livro eletrônico, item 5.1.1 Introdução. MITIDIERO, Daniel. **Direito fundamental ao Processo Justo**, *in* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 45, Nov-Dez/2011. ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: do modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2.ed., São Paulo : Editora Atlas, 2014.

juiz natural, da vedação de provas ilícitas, da publicidade, da defesa técnica por advogado, das limitações à prisão, da vedação da prisão civil, da pressuposição de inocência, da coisa julgada e da duração razoável. A partir daí, passa-se a estabelecer as relações e diferenças visíveis entre processo e procedimento, bem como a relação entre os direitos fundamentais do processo e da igualdade. Examinam-se temas sensíveis como a existência de um direito fundamental do "devido processo substancial" no Brasil e, ainda, se o processo pode ser considerado uma espécie de "direitos de organização e procedimento". Analisa-se, ainda, a impossibilidade da construção de um modelo de colisão e ponderação entre os direitos fundamentais do acesso à jurisdição e do devido processo legal e demais direitos fundamentais especiais do processo. Por fim, analisam-se algumas intervenções nos direitos fundamentais do processo, em especial, pelas propostas de flexibilização do processo, defendidas pelas doutrinas cooperativistas e adequacionistas.

Uma advertência, desde já, se faz necessária. O presente trabalho pretende ser uma investigação dogmático-jurídica a respeito do processo, a partir de sua matriz constitucional, sobre a sua conformação legislativa em procedimento e sobre as intervenções estatais que o limitam.

Assim, a tese intenciona ser eminentemente descritiva, atrelada à legalidade constitucional ínsita ao processo e ao seu modo de ser. Todas as vezes nas quais se fizer manifestações de política-legislativa, tais como as propostas de *lege ferenda*, ou então sobre aquilo que seria "ideal" ou "mais adequado" para o arquétipo processual, o leitor será devidamente alertado.

Deste modo, o trabalho não promove mixagens entre o discurso jurídico, sobre o qual opera, e o discurso político, sobre o qual o legislador deve operar. Tampouco propicia misturas entre as soluções de *lege lata* e de *lege ferenda*. Neste ponto, o rigor metodológico visa prestigiar o leitor dedicado ao exame das ideias lançadas. Repise-se, trata-se de uma tese dogmática sobre o processo.

1. VISÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA SOBRE O PROCESSO

Salvo raríssimas exceções, o processo recebeu tratamento bastante problemático da doutrina nacional, nomeadamente pela dedicação à matéria de forma acrítica e repetitiva. Nada obstante a existência de críticas pontuais, o *establishment* acadêmico sempre atuou de modo fugidio ao debate crítico acerca de sua concepção de processo e nunca colocou em risco as frágeis premissas que sustentam os modelos que operam. Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira revelaram a "falta de cordialidade do Direito Processual para receber reflexões mais profundas sobre seus temas de interesse. Desse modo, toda reflexão que deite raízes numa camada fundante, possibilitadora do próprio discurso processual já é, antecipadamente, tratada como inócua; como uma espécie de diletantismo acadêmico de alguém não preocupado com a realidade do sistema processual."[6]

Os problemas são inúmeros e de catalogação bastante difícil, levando-se em consideração as várias deturpações dogmáticas.

Há muito, os processualistas tratam o processo como sinônimo da jurisdição, gerando uma grave polissemia que mais confunde do que explica.

Isso se deve, em grande parte, pelo tratamento histórico, desde Oskar von Bülow e Franz Klein, do processo como instrumento da jurisdição, que foi amplamente aceito pela doutrina nacional. Cândido Rangel Dinamarco é tido como o grande sistematizador do instrumentalismo processual entre nós, a partir de sua "A Instrumentalidade do Processo",[7] a

[6] ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual**, Revista de Processo, vol. 166/2008, Dez. 2008, pp. 27-70, *versão eletrônica*.

[7] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, *passim.* Repetida como premissa em todas as obras individuais ou coletivas de Dinamarco, das quais pode-se listar: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria geral do processo**, 16.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2000, pp. 41-42. DINAMARCO, Cândido

pretexto de apresentar o processo, trata amplamente da jurisdição, como foi revelado, inclusive, por seus seguidores.[8]

É praticamente natural no linguajar doutrinário, com reflexo direto para o discurso jurisdicional, o tratamento de questões atinentes à jurisdição, como se fossem relações do processo. Fala-se com muita frequência em uma "tutela processual"[9] ou em uma "finalidade do processo" voltada ao resultado, ou ainda, aos "escopos do processo", vinculados diretamente à atividade jurisdicional. A mistura do processo com a jurisdição acarretou o seu sufocamento através do movimento conhecido como publicismo processual – a partir do desenvolvimento do processualismo científico alemão e sua recepção italiana –, que influenciou muito a doutrina brasileira.

A primeira hipótese desse trabalho visa à demonstração de que a doutrina nacional em peso realiza grande confusão entre processo e jurisdição. A pergunta mais difícil que pode ser feita a um processualista é para diferenciar processo de jurisdição. Instrumentalistas, cooperativistas[10] e adequacionistas[11] não terão êxito nessa empreitada, operando com as premissas que trabalham atualmente.

Obviamente que os problemas não se encerram por aí. A mixagem teórica entre processo e jurisdição é apenas a ponta do *iceberg*. O processo passou a ser contaminado pela visão axiológica de uma jurisdição "ativa" e participativa nos rumos das soluções dos conflitos, que, mesmo antes da Constituição de 1988, tinha por objetivo central a realização de "justiça".

Com isso, nasce a teorização sobre o "processo justo", com grande influência do desenvolvimento do "*giusto processo*" italiano,[12] que ganha novos ares e fôlego com a tese de

---

Rangel, **Instituições de direito processual civil**, vol. I, 4.ed., São Paulo : Malheiros Editores, pp. 125-145. DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, **Teoria geral do novo processo civil**, 3.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2018, pp. 20-22.

[8] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 5.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 12-20. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2009, pp. 17 e 18. Com mais clareza ainda, NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de direito processual civil – volume único**, 8.ed. Salvador : Editoria JusPodivm, 2016, pp. 21-22.

[9] A expressão é amplamente utilizada pela doutrina: ZANETI JUNIOR, Hermes, **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XIV**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016, pp. 37, 50, 52, 83 118. ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo [livro eletrônico]**, 3.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 9.1. DOLMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura Novit Curia e Causa de Pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, item 3.2.

[10] Assim chamados os adeptos da cooperação processual, em suas mais diferentes vertentes.

[11] Partidários da flexibilização do procedimento como medida de *lege lata* no ordenamento jurídico brasileiro.

[12] Especialmente pela produção de Luigi Paolo Comoglio: COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie constituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)**, *in*: Revista de Processo, vol. 90/1998, pp. 95-150. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatística**, *in*: Revista de Processo, vol. 108/2002, pp. 133-183. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-**

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "Do Formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo".[13]

Todo esse movimento, voltado essencialmente para um "processo" (*rectius* jurisdição) de resultado, com vistas a uma decisão "justa", ganha o "reforço" teórico do movimento da "constitucionalização do direito", a partir do neoconstitucionalismo e da visão exclusiva de dimensão objetiva dos direitos fundamentais – em aparente sucessão teórica da dimensão subjetiva –, cuja grande função foi arraigar no âmago da cultura jurídica brasileira a noção de empoderamento judicial pelo processo, até chegarmos à construção de um "modelo cooperativo".

Esse é o caminho que será reconstruído criticamente, com a finalidade de alertar e advertir o leitor sobre seus perigos e a inexistência de base normativa para a defesa dessas ideias.

1.1. Jurisdição e processo: o sufocamento do direito fundamental pelo Poder.

Foge ao escopo do presente trabalho a investigação histórica acerca do desenvolvimento doutrinário processual desde sua autonomia científica a partir da produção de Bülow. No entanto, é necessário asseverar que a mixagem entre jurisdição (poder) e processo (garantia) deita raízes históricas. Ela remonta ao processualismo científico alemão e italiano, berços do hiperpublicismo processual, que tem por característica clássica o tratamento do processo como um instrumento do Estado, com a finalidade de realização dos seus interesses, que podem variar no tempo e no espaço. [14]

O hiperpublicismo processual – criado a partir do processualismo científico e ainda robusto nos dias de hoje pelo instrumentalismo processual e pelo cooperativismo processual –

---

latinoamericani, *in:* Revista de Processo, vol. 112/2003, pp. 159-176. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa**, *in:* Revista de Processo, vol. 116/2004, pp. 97-158.

[13] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, 4.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2010, *passim*.

[14] Recomenda-se o aprofundamento sobre este assunto a todos através de obras paradigmáticas a partir da perspectiva crítica ora adotada: RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo? A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, *passim*. PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo: fundamentos ao garantismo processual brasileiro**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2020, pp. 52-98. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes, **Medidas Executivas Atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 28-40. Indispensável a consulta, ainda, de outros dois estudos: CIPRIANI, Franco. **En el centenario del reglamento de Klein - El proceso civil entre libertad y autoridad**. Bari, Itália, 1995. Disponível em <https://bit.ly/2BqKVnT>, acesso realizado em 13/04/2021 e LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**, Belo Horizonte : Mandamentos, 2008.

tem no juiz a grande esperança para o atingimento da "justiça" e utiliza do processo como instrumento ou ferramenta à disposição do julgador para a realização dessa tarefa.

O primeiro código processual que bebeu diretamente desta fonte foi a ÖZPO austríaca de Franz Klein,[15] de 1875, que se voltava contra o antigo liberalismo processual – também chamado de privatismo processual –, no qual as partes tinham o controle absoluto sobre o procedimento, as oportunidades postulatórias e a produção probatória, sendo o juiz considerado um "convidado de pedra", devendo apenas observar a atuação das partes para decidir, heterocompositivamente, quando as partes não tivessem mais elementos a agregar aos autos. O processo era, assim, "coisa das partes".[16]

No hiperpublicismo, por outro lado, a solução dos conflitos passa a ser pensada a partir de uma perspectiva estatal que deve trazer a pacificação social, razão pela qual não interessa apenas aos litigantes, mas a toda a sociedade, motivo pelo qual ganha o *status* de interesse público. A principal estratégia do instrumentalismo é o aumento dos poderes do juiz, nomeadamente através de atribuição da direção formal e material do procedimento, estabelecendo o controle do procedimento à autoridade estatal. A estratégia em questão é a responsável pelo modo como o processo é visto pela doutrina. Todo o desenvolvimento teórico-dogmático do processo é realizado a partir de uma perspectiva estatal, voltado para o atingimento de determinado fim e para a maximização da "eficiência" da decisão estatal. Ele passa a ser "coisa do Estado". O hiperpublicismo é a gênese do instrumentalismo processual, da cooperação processual e da adequação processual, amplamente criticadas no presente trabalho.

Em certa dimensão, o hiperpublicismo pode ser considerado como uma conquista civilizatória voltada ao controle do procedimento pelo Estado, com a demarcação dos momentos postulatórios e oportunidades probatórias previamente conhecidas, que limitaram a liberdade das partes. No entanto, o seu desenvolvimento doutrinário teve por mote o

---

[15] A crítica ora realizada em nada afasta a grande realização política de Klein e tampouco sua genialidade em formar um sistema de resolução de conflitos eficiente para dar respostas aos conflitos existentes na sociedade. Não há dúvida de que, em grande medida, os sistemas de resolução de conflito de todo ocidente sofreram grande inspiração na ÖZPO austríaca, motivo pelo qual, em termos históricos, ela possui uma enorme dimensão de conquista civilizatória, malgrados os problemas que ora se examinam, os quais são expostos com o intuito de esclarecer o leitor e possibilitar o aperfeiçoamento do sistema brasileiro.

[16] A alegoria do processo como "coisa das partes", que exige um "juiz convidado de pedra" é bastante comum na doutrina processual como forma de crítica ao privatismo processual. Neste sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo**, *in* Revista Forense, vol. 370, *separata*, pp. 53-63. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **El neoprivatismo em el proceso civil**, *in* Proceso civil e ideologia, coordenador Juan Montero Aroca, Valencia : Tirant lo blanch, 2006, p. 200-215.

agigantamento dos poderes estatais, através da perspectiva *ex parte principis*,[17] realizando o sufocamento do conteúdo normativo do próprio processo.

Com razão, a doutrina demonstra que toda produção a partir destas bases gestou "uma teoria do processo sem processo".[18] É dizer, o processo passou a ser tratado como mera ferramenta ou simples instrumento à disposição do Estado, o que desnatura a sua vocação histórica de limite do poder em uma perspectiva *ex parte populi.*

Não é preciso ir muito longe para notar como o instituto do processo se mistura com a própria ontologia da jurisdição, sua função e seu modo de exercício. Jurisdição e processo passam a ser temas analisados na mesma dimensão e sempre a partir dos "olhos do juiz".

1.2. O processo como instrumento.

A visão do processo como instrumento da jurisdição hegemônico na doutrina do direito processual brasileiro.[19]

Em 1986, esse discurso ganhou forte contribuição de Dinamarco, por sua tese de titularidade na cadeira de Direito Processual Civil da USP, "A instrumentalidade do processo", tratada como a "bíblia"[20] do direito processual moderno.

Segundo o autor, o ideal da "instrumentalidade" surgiu após a verificação de que os institutos e princípios do direito processual estavam plenamente realizados, não se justificando

---

[17] RAMOS, Glauco Gumerato. **O deslegitimante ativismo judicial do juiz constitucional**, *in* Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), ano 22, n. 88, out./dez. 2014, pp. 251-254.

[18] RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo? A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 132-164.

[19] Nada obstante valorosa resistência ao pensamento em questão, tais como Nelson Nery Jr., Georges Abboud, J. J. Calmon de Passos, José Alfredo de Oliveira Baracho, Rosemiro Pereira Leal, André Cordeiro Leal, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Aroldo Plínio Gonçalves. Para aprofundamento: CARVALHO, Luciana Benassi Gomes, **Medidas Executivas Atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 115-121.

[20] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenônomeno processual?**, *in* Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo, José Roberto do Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra, Elie Pierre Eid (coords.), Brasília : Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz** [livro eletrônico], 1. ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, tópico 1.2. A instrumentalidade do processo. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**, 5. ed., São Paulo : Malheiros editores, 2009, p. 17-30. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 440-441. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil, vol. I**, São Paulo : Marcial Pons, 2014, p. 39-40. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de Direito Processual Civil: volume único**, 8. ed., Salvador : Editora JusPodivm, 2016, p. 21 e 22. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**, *in* Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fuz, Nelson Nery Jr, Teresa Arruda Alvim (coords.), p. 680-683. AQUINO. José Carlos Gonçalves Xavier; NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal [*livro eletrônico*]**, 1. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, tópico 1.1. O conceito de "justitia".

mais insistir na "autonomia do direito processual" ou mesmo nas investigações acerca na natureza jurídica da ação. Para ele, o "processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas" deve estar preocupado com a criação de um sistema jurisdicional apto para as respostas necessárias da sociedade, que possa conduzir aos resultados práticos desejados.[21]

É a partir daí que Dinamarco trata a instrumentalidade do processo como a terceira fase metodológica do direito processual,[22] sendo o momento adequado para o afastamento do formalismo processual, que passa a ser permeado por inúmeros valores axiológicos, que ditam os rumos pelos quais o direito processual passa a ser visto e aplicado.[23]

A "tutela constitucional do processo", pela previsão de garantias fundamentais processuais – mandado de segurança, *habeas corpus* etc –, exige do processualista a tomada de consciência de que o processo deve refletir as bases do regime democrático do Estado de direito, instalando-se um "microcosmo democrático" com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório) em clima de liberdade e responsabilidade (apoiado em Cappelleti), devendo-se agir segundo o direito e não segundo o arbítrio (apoiado em Trocker).[24] A jurisdição constitucional volta-se contra os atos da administração e "se caracteriza como conjunto de remédios processuais oferecidos pela Constituição, para a prevalência dos valores que ela própria abriga. Eis então, de modo visível, a relação de instrumentalidade desses remédios para com a Constituição."[25]

Quando da elaboração da tese de Dinamarco, estava em vigor no Brasil a Constituição de 1969, que não previa no rol dos direitos e garantias fundamentais, o devido processo legal, nada obstante ele já fosse muito debatido pela doutrina naquela altura.

Na passagem acima, revela-se a grande confusão entre jurisdição, remédios – que são ações – e processo, que ora é utilizado como adjetivo para função do poder jurisdicional, ora como adjetivo da ação constitucional.

---

[21] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, pp. 21-23.

[22] As duas anteriores podem ser identificadas pela autonomia do direito processual com relação ao direito material, operada, em especial, pela contribuição de Büllow (primeira fase) chamada de fase autonomista; a segunda fase foi a investigação dos institutos processuais (ação-jurisdição-processo), que foi referida como fase processualista. DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, pp. 19-20.

[23] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 11.

[24] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 27.

[25] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 29.

Além disso, Dinamarco enxerga que a jurisdição constitucional é responsável pela tutela das liberdades públicas, a partir do conhecimento das ações constitucionais. Isso se justifica, em grande medida, pelo momento histórico brasileiro, em plena ditadura militar. Contudo, esse sopro de democraticidade e de discurso de contenção do poder não passa de um mero verniz para a real intenção contida no instrumentalismo processual.

Dinamarco pretende que o juiz seja um agente de transformação social, a partir da revelação de seu papel político perante a sociedade[26], para a consecução dos fins amplos do Estado social, como forma de "chegar ao valor *homem* através do culto à *justiça* e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de 'justiça' um conteúdo substancial e efetivo. É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades. É preciso assegurar a fruição, por todos, dos bens materiais e imateriais que integram o patrimônio comum da nação. É preciso criar efetivas condições para a mobilidade sócio-econômica, inclusive mediante a liberdade de associação. E o Estado, entendo, pretendendo ser 'a providência do seu povo', sente que o bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população."[27]

O Estado e, obviamente o Juiz, devem atender à determinação declaradamente intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a "modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita". É ponto comum da instrumentalidade dinamarquiana, a menção a um juiz vigilante e participativo, inclusive com poderes de "assistência judicial às partes", cabendo a ele sugerir o requerimento de providências necessárias ou a melhor instrução da causa, sem que com isso vicie a sua imparcialidade.[28]

A construção da tese, neste ponto, ganha contornos de ciência política universalizante, na qual Dinamarco pretende apresentar o modelo, que, a seu ver, responderia melhor aos desafios existentes naquele momento histórico de mais de 20 (vinte) anos de ditadura militar e início do processo de redemocratização.

É uma proposta de *constitutione ferenda*, que muito animava a intelectualidade nos anos 80, mas que atualmente não poderia representar tendência e tampouco domínio hegemônico.

---

[26] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 36-39.
[27] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 31.
[28] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 33.

Como se verá no desenvolvimento deste trabalho, o discurso ora apresentado praticamente não se alterou em 40 (quarenta) anos da doutrina nacional. Ainda se defende um juiz interventivo e participativo, que seja a providência de seu povo, como forma de realizar, por si, os ideais constitucionais.[29]

Uma nota comum de todas as construções nesse sentido é a fuga do enquadramento dogmático deste modelo de juiz no ordenamento jurídico brasileiro. É praticamente inexistente a demonstração do modelo a partir da legalidade constitucional posta. Via de regra, os seus defensores apresentam o discurso justificando-o a partir de um paradigma de Estado – social ou constitucional em contraposição ao liberal – que satisfaça à implantação de suas premissas, sem que seja necessário qualquer aporte normativo para tanto. O juiz ganha poderes superiores em relação a qualquer outra autoridade estatal, pois é o censor, inclusive, das opções políticas tanto do executivo como do legislativo. O juiz pode tudo.[30]

A abertura política do juiz no modelo de Dinamarco fica cada vez mais clara, ao defender que o magistrado deve abandonar o seu estado de "indiferença inicial" e estar "iluminado" pela visão dos resultados socioeconômicos e políticos aos quais a sua decisão poderá conduzir. Inclusive, qualifica por "patética" a "recomendação" contida nos arts. 4º e 5º, Lei nº 9.099/95, "para que [o juiz] não se retraia, para que participe da instrução, para que só se satisfaça com o resultado da experiência probatória quando o senso de justiça estiver tranquilizado e para que dê aos textos legais a interpretação que seja capaz de fazer justiça ao caso concreto." Em arremate, insiste que essa é a "postura instrumentalista esperada por todos os juízes", como forma de libertação do "preconceito conservador". Os juízes que comungam das posições políticas mais "avançadas" propugnam posições menos legalistas e, portanto, mais criativas.[31]

Os problemas da instrução processual por iniciativa do juiz[32] e do julgamento segundo critérios de justiça serão objeto de abordagem mais à frente. Registre-se, por ora, que toda a

---

[29] Neste sentido: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil [livro eletrônico]: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, parte I, item 2.1.1. SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**, São Paulo : Almedina, 2018, pp. 205-214. FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional [livro eletrônico]**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017, parte II, item 4.3.3. MITIDIERO, Daniel. **Accountability e transparência da justiça civil [livro eletrônico]: uma perspectiva comparada**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, parte I, item 3.

[30] A crítica é comum ao desenvolvimento de ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual**, Revista de Processo, vol. 166/2008, Dez. 2008, pp. 27-70, *versão eletrônica*.

[31] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 36.

[32] Recomenda-se o aprofundamento no estudo realizado por SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutórios do juiz: a prova *ex officio* e a quebra da imparcialidade judicial**, Belo Horizonte : Editora Letramento – Casa do Direito, 2021, *passim*.

construção do instrumentalismo processual se pauta no empoderamento político do juiz através de seu ofício jurisdicional. Essa abertura política surge com uma alta carga axiológica, que passa a guiar a decisão e a consciência do juiz.

A inspiração culturalista de Miguel Reale[33] serve para Dinamarco promover uma releitura do magistrado e de seu papel estatal. Ele deixa de atuar como julgador do caso concreto, vinculado aos parâmetros da legalidade constitucional, e passa a ser o tutor social dos valores da nação. "[O] juiz é legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais."[34] Dinamarco, com apoio em Habscheid, qualifica esse juiz de "autêntico", que concorre para a melhoria da lei e, por essa forma, procede às escolhas desejadas pela população.

A metáfora do juiz-antena[35] é a síntese perfeita da construção instrumentalista. O juiz, capaz de receber e perceber os influxos da vontade na pluralidade social que grassa no povo, que ele mesmo representa e habita, deve possuir o poder de corrigir o direito posto, como forma de concretizar o "escopo-síntese do processo", ou seja, a "justiça", "expressão do próprio *bem comum*".[36] O juiz é o "gerente nato do bem-comum", o ungido para ser "a providência de seu povo".[37] A esperança depositada pela escola instrumentalista do processo é em um juiz onisciente, "magnânimo e preparado".[38] Nessa concepção, o juiz deve exercer a sua "rebeldia" sobre o direito posto.[39] Suas antenas, sensíveis e destemidas, estão permanentemente atentas às infelicidades, às angústias e ao sofrimento. Embora seja ciente da finitude dos seus poderes,

---

[33] Há clara deturpação do pensamento realiano, como se verá no item 1.4.1, *infra*.

[34] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 41.

[35] "Um poder que sempre levou muito a sério a harmonia, em detrimento da independência, é agora conclamado a atender com eficiência às demandas sociais. Da criatividade do juiz, de suas antenas sensíveis, voltadas à satisfação das pretensões dos destinatários da Justiça, dependerá a sobrevivência do sistema. Abandone-se a inércia, parta-se para a experimentação. Haverá erros? Com certeza. O erro maior, todavia, será persistir nesta imobilidade que necrosa e mata." NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**, 3. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, livro eletrônico, capítulo VIII, item 3.4.

[36] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 156.

[37] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 88.

[38] Conforme acentua em tom crítico LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**, Belo Horizonte : Mandamentos, 2008, p. 137.

[39] Dinamarco trata, de forma elogiosa e incentivadora sobre a "rebelião judiciária de Darmstadt", como uma atitude judicial de tomada de "consciência da integração do juiz na sociedade, vivendo os seus problemas. O processo atua, então, como instrumento das mudanças 'informais' da ordem jurídica." (DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, pp. 196-197). A rebeldia é, inclusive, o tema central da tese de doutorado de NALILI, José Renato. **A rebelião da toga**, 3. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, livro eletrônico.

"não ignora dispor de um arsenal de ferramentas para mitigar as dores de quem está faminto por justiça. É incomensurável o poder de um juiz consciente, forte e corajoso."[40]

Embora a construção tenha sido proposta originalmente antes da CF de 1988, a visão permanece viva e renovada para grande parte da doutrina nacional, inclusive pela jurisprudência.[41]

1.2.1. Os escopos processuais do instrumentalismo processual.

A tese de Dinamarco segue com a apresentação dos "escopos do processo", que operam em três níveis diferentes: (*a*) sociais; (*b*) políticos e (*c*) jurídicos.

Os (*a*) escopos sociais são os mais relevantes para a obra de Dinamarco, levando em consideração o seu propósito para o desenvolvimento do juiz-antena. Eles são divididos em dois subescopos: a (*a.1*) pacificação com justiça e a (*a.2*) educação pela jurisdição.

Chega a ser um clichê o primeiro escopo social, um verdadeiro *slogan*, que é disseminado em todos os cursos de graduação de direito, pelo menos desde a década de 90 até os dias atuais, como sendo a "pacificação social" a função magna do processo.

O argumento é que a atividade estatal apenas se justifica para responder às insatisfações sociais. Desse modo, cabe ao Estado, como forma de conferir legitimidade ao seu poder, evitar ou eliminar as decepções permanentes da vida social, sendo papel da legislação e da jurisdição esta tarefa.[42]

A "grande social valia do processo" é a pacificação das pessoas pela "eliminação dos conflitos com justiça".[43] É a "razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade".[44]

O problema da pacificação social é questão bastante complexa e que depende de um debate prévio acerca de qual é o modelo de Estado e de funções estatais assumidas constitucionalmente, para entender qual o seu alcance. De qualquer modo, não resta dúvida de

---

[40] NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**, 3. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, livro eletrônico, Capítulo X, item 1.

[41] Inclusive na "vanguarda iluminista" do STF liderada pelo Min. Luís Roberto Barroso, que flagrantemente adere e defende abertamente o modelo de juiz-antena, pela necessidade de interpretar a constituição em "sintonia com o sentimento social".

[42] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 160.

[43] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 161.

[44] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil, vol. I**, 4.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2004, p. 128.

que, em decorrência do monopólio da força pelo Estado, ele próprio, através do exercício do Poder Estatal, assumiu os deveres de estabilidade e de paz no âmbito social.

Assim, em suas variadas funções, o Poder Estatal deve desempenhar os seus atos para dirimir os conflitos que lhe são submetidos, nomeadamente aqueles que dizem respeito às disputas bipolares entre os particulares e às disputas multipolares entre particulares e o Estado.

A questão ganha contornos mais complexos quando se analisa como cada função deve atuar para a pacificação social, especificamente a jurisdição. Haveria alguma autorização para a jurisdição extrapolar as suas competências constitucionais para a busca da "paz social"? Poderia a jurisdição ultrapassar os limites constitucionalmente postos para isso? Essas questões sequer são consideradas pela doutrina de Dinamarco e daqueles que o seguem. Não são, porque os limites referidos são quebrados na própria proposição, com a autorização para que o juiz julgue os conflitos com "justiça". [45]

O *a priori* do instrumentalismo, por seu escopo-síntese de realizar justiça, impossibilita qualquer debate acerca da vinculação do juiz à legalidade constitucional (art. 5º, II, da CF). O juiz deve operar através de critérios metajurídicos, especialmente a moral, a economia, a política e a ideologia, para realizar a correção do direito posto, que é naturalmente

[45] A "pacificação social" através da "justiça" é verdadeiro "hit" da doutrina processual. Embora jamais tenha sido elaborado o método de revelação e de controle da justiça, a ideia foi abraçada amplamente: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 5.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 35 e 111. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 123-124. FARINELLI, Alisson. CAMBI, Eduardo. **Conciliação e mediação no Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010)**, *in* Revista de Processo, vol. 194, Abr/2011, p. 277-306 (versão eletrônica). FARIAS, Cristiano Chaves. **O Ministério Público Interveniente (custos legis) e a possibilidade de pleitear a antecipação dos efeitos da tutela: a busca da efetividade do processo**, *in* Revista de Processo, vol. 111, Jul-Set/2003, p. 38-52 (versão eletrônica). FARIAS, Cristiano Chaves. **Os Juizados Especiais Cíveis como Instrumento de Efetividade do Processo e a atuação do Ministério Público**, *in* Revista de Processo, vol. 117, Set-Out/2004, p. 135-160 (versão eletrônica). DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. **A Coisa Julgada sobre Questão como concreção do princípio da Boa-Fé**, *in* Revista de Processo Comparado, vol. 10, Jul-Dez/2019, p. 139 – 150 (versão eletrônica). CAMBI, Eduardo. OSIPE, Nathan Barros. **Colaboração no processo previdenciário**, *in* Revista de Processo, vol. 228, Fev/2014, p. 283-307 (versão eletrônica). LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Coisa julgada e justiça das decisões**, *in* Revista de Processo, vol. 116/2004, Jul-Ago/2004, p. 372-400 (versão eletrônica). CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. **Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil**, *in* Novo CPC doutrina selecionada, v. 1: parte geral, Salvador : Editora JusPodivm, 2015, pp. 511-512. CAMBI, Eduardo. HASS, Adriane. SCHMITZ, Nicole. **Princípio da cooperação processual e o novo CPC**, *in* Revista dos Tribunais, vol. 984, Out/2017, p. 345-384 (versão eletrônica). HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. JOBIM, Marco Félix. **A justificação como elemento da sentença**, *in* Revista de Processo, vol. 274/2017, Dez/2017, p. 99-157 (versão eletrônica). LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a fazenda pública (*ex vi* art. 741, parágrafo único, do CPC)**, *in* Revista de Processo, vol. 141, Nov/2006, p. 20-52 (versão eletrônica). AMARAL, Guilherme Rizzo. **Efetividade, Segurança, Massificação e a proposta de um "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas"**, *in* Revista de Processo, vol. 196, Jun/2011, p. 237-274 (versão eletrônica). CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Convenções em matéria processual**, *in* Revista de Processo, vol. 241, Mar/2015, p. 489-516 (versão eletrônica). JOBIM, Marco Félix. CARVALHO, Fabrício de Farias. **Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do código de processo civil de 2015**, *in* Revista de Processo, vol. 298, Dez/2019, p. 77-104 (versão eletrônica).

deficiente para fazer frente às necessidades do caso concreto. O juiz atua, a todo instante, com essa pretensão de correção do direito para realizar justiça. Para Dinamarco, só se pacifica a "lide" – na acepção de Carnellutti, ou seja, o conflito de interesses subjacente ao objeto litigioso e muitas vezes sequer revelado – através da imposição do "justo".[46]

Inúmeras já foram as críticas lançadas ao instrumentalismo neste ponto.[47]

Limitando-se ao objeto de investigação, pode-se dizer, em primeiro lugar, que o "escopo social" não trata do processo, mas apenas da jurisdição, ou seja, do poder estatal. Trata-se de verdadeira sujeição do indivíduo frente ao Estado, que se utiliza da possibilidade de participação da parte para a imunização de forma de expressão do poder.[48]

Ao contrário do que a pretende o instrumentalismo, a tarefa de pacificação do juiz é decorrência de sua atividade mesma de julgamento, que sofre as limitações próprias da função jurisdicional. Pacifica-se o conflito posto em Juízo. Não cabe ao juiz ultrapassar as barreiras da cognição judicial, limitada pelas postulações e pela instrução probatória, para interferir em assunto para o qual sequer foi chamado.

Juiz não é tutor da nação, juiz não atua como conselheiro e tampouco tem habilitação técnica para servir de psicólogo ou analista dos problemas pessoais das partes. Disso não decorre qualquer descompromisso do juiz com o seu ofício e com a sua função, pelo contrário. A tarefa do julgador, em particular, e do Poder Judiciário, em geral, já é bastante complexa nos

---

[46] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 161. No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 5.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 31-32.

[47] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do** processo, Rio de Janeiro : Aide editora, 1992, pp. 183-184. PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**, Revista de Processo [*versão eletrônica*], vol. 102/2001, Abr - Jun / 2001, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, p. 55 - 67. ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual**, Revista de Processo, vol. 166/2008, Dez. 2008, pp. 27-70, *versão eletrônica*. LEAL, André Cordeiro, Instrumentalidade do Processo em Crise, Belo Horizonte : Mandamentos, 2008, pp. 129-149. ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo**. Diálogos entre discricionariedade e democracia, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 242/2015, Abr / 2015, p. 21 – 47. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, 13.ed., Belo Horizonte : Forum, 2016, pp. 146-162. CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual**, *in:* Diálogos de Teoria do Direito e do Processo, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, pp. 325-336. CARVALHO FILHO, Antonio. SOUSA, Diego Crevelin de. PEREIRA, Mateus Costa. **Réquiem às medidas judiciais atípicas nas execuções pecuniárias**, Londrina : Thoth, 2020, pp. 21-46. PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro**, Belo Horizonte : Editora Letramento, Casa do Direito, 2020, pp. 89-100. SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 146-168. RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo? A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo** processual, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 149-164. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 105-152.

[48] Neste mesmo sentido, ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual**, Revista de Processo, vol. 166/2008, Dez. 2008, pp. 27-70, *versão eletrônica*.

limites constitucionais de suas competências, que nada mais exige a não ser o desempenho exemplar da condução do procedimento e do julgamento das causas.

O pacificar fora das balizas das competências jurisdicionais não é o único problema do instrumentalismo de Dinamarco. A questão agrava-se pelo modo proposto para a pacificação, ou seja, através da "justiça". É nesse ponto que a tese ganha a sua verdadeira expressão de libertação do juiz das amarras da legalidade, dotando-o, ao arrepio da Constituição, de poderes de correção do direito, em evidente autorização solipsista.[49]

A pacificação do conflito submetido à decisão jurisdicional ocorre em razão da obediência ao procedimento legalmente estabelecido, em respeito aos direitos fundamentais do processo, das quais os indivíduos são titulares. Ainda, a decisão tem a potencialidade de pacificar pela adesão que tem com o direito posto, em decorrência da expectativa legítima das partes em ver aplicada o primeiro nível de regulação social. Não bastasse, a decisão possui coercibilidade e executividade, vinculando as partes aos seus comandos. Por fim, a pacificação ocorre pela estabilização decisória, em regra através da coisa julgada.

Não se nega a possibilidade de o judiciário alcançar as nódoas do conflito através do sistema multiportas (art. 3º, do CPC), nomeadamente através da mediação e da conciliação e de mecanismos autocompositivos como a justiça restaurativa ou mesmo a constelação familiar, meios alternativos de solução do litígio, que devem ser opções das partes, jamais imposições judiciais. O que se coloca no momento, é que isso não representa função precípua do juiz.

A educação através da jurisdição, por sua vez, é outro modo de executar o escopo social através do "processo". Dinamarco sustenta que o brasileiro não era afeito a disputas judiciárias, sendo necessário estimular a cultura "de que ir ao processo é a solução de muitos problemas", o que foi realizado, em grande parte, pelas aberturas proporcionadas pela Lei do Juizados Especiais Lei nº 9.099/95 e o Código de Defesa do Consumidor.[50] A preocupação da época era com a "litigiosidade contida", que representava um "fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na panela de pressão social, que já está demonstrando sinais de deterioração do seu sistema de resistência."[51] A educação,

---

[49] ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo**. Diálogos entre discricionariedade e democracia, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 242/2015, Abr / 2015, p. 21 – 47.

[50] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 162.

[51] WATANABE, Kazuo. **Filosofia e características básicas dos Juizados Especiais de Pequenas Causas**. *in*: Juizados Especiais de Pequenas Causas. Lei n° 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 2.

através do exercício adequado da jurisdição, seria um chamado para que a população trouxesse suas insatisfações para serem remediadas pela jurisdição.[52]

O subescopo "educação" tem problemas de outra ordem. Não se nega que é extremamente aconselhável que a educação formal no Brasil prepare as crianças, adolescentes e os jovens para o exercício pleno da cidadania e, dotando-os de conhecimento básico sobre teoria política, nomeadamente a divisão e a dispersão dos poderes e, ainda, de instrução inicial a respeito de seus direitos fundamentais, direitos difusos e coletivos ordinários etc. Essa função, contudo, cabe ao legislativo, no controle das diretrizes básicas da educação, através de previsão em lei, e do executivo, em todas as suas esferas, na execução dos planos pedagógicos respectivos. Promover a educação jurídica mínima da população é, em grande medida, emancipá-la da dominação servil de projetos de poder.

Por outro lado, ao judiciário, através do exercício jurisdicional, não há qualquer objetivo de educação do jurisdicionado. Não cabe ao juiz, pela jurisdição, educar o advogado ou a parte sobre qualquer assunto. Cabe a ele, por outro lado, dirigir o procedimento nos estritos limites da lei e julgar o caso. Se o seu julgamento for instrutivo às partes, será exclusivamente um efeito colateral benéfico, mas que não deve ser perseguido como um objetivo constitucional da jurisdição.

Atualmente, soa anacrônico defender um escopo de educação para a jurisdição, como forma de "encorajar" o indivíduo a resolver as suas insatisfações judicialmente, levando em consideração a alta quantidade de demandas existentes no Poder Judiciário e pendentes de julgamento, configurando um estoque de 75,4 milhões de processos em trâmite.[53]

O (*b*) escopo político do processo volta-se à legitimação da própria jurisdição. Ele está baseado em três pilares (*b.1*) a capacidade de decisão imperativa do Estado, ou seja, o Poder; (*b.2*) "o culto ao valor liberdade", limitando o exercício do poder, para a dignificação dos indivíduos; (*b.3*) a garantia da participação dos indivíduos na tomada da decisão.[54]

O (*b.1*) exercício imperativo do poder do Estado não decorre do processo, mas sim da própria Jurisdição. Na verdade, a própria existência de um Poder Judiciário está radicada, classicamente, na vedação da autotutela. O (*b.2*) "culto ao valor liberdade" apresenta-se na teoria instrumentalista como uma retórica vazia de sua própria legitimação. Há, apenas, um

---

[52] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 163.
[53] Conselho Nacional da Justiça, **Justiça em Números 2021**, Brasília : CNJ, 2021, p. 102.
[54] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, pp. 168-171. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil, vol. I**, 4.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2004, pp.129-131.

verniz de liberdade. Importante notar que a liberdade não é tratada como um direito ou um conjunto de direitos (fundamentais), mas como um valor, um suposto objetivo que pode ser alcançado ou então limitado, de acordo com as circunstâncias. Mas toda estrutura teórica, de utilização do processo como instrumento do poder, para a obtenção de uma decisão justa, traz o pressuposto de que cabe ao juiz medir, caso a caso, a intensidade de liberdade que deve ser dada ou tirada das partes. Assim, jurisdição e processo são faces da mesma moeda que visa à submissão das partes ao juiz. Em momento nenhum, o processo é visto como uma liberdade em si. Repise-se, a liberdade é apenas um argumento para a legitimação do exercício do poder. A (*b.3*) garantia da participação dos indivíduos é vista como uma medida de legitimação para a "decisão justa" do juiz. Ou seja, o Estado é o único detentor do poder e as partes apenas participam do processo, sem possuírem qualquer poder contra o Estado. As partes são, portanto, meros objetos sobre os quais se exerce o poder. Não são reconhecidos como titulares de direito propriamente dito. [55]

Interessante notar que a participação, que, no processo – do ponto de vista relacional – é realizada através do contraditório, recebe o tratamento de legitimação política da decisão imperativa do Estado. Somente é considerada uma decisão justa, se houver contraditório. O contraditório deixa de ser visto como um direito fundamental e passa a integrar uma das razões de justificação política do exercício do poder estatal (dimensão objetiva). Ele é pensado e organizado a partir desse objetivo, passando a funcionar como um antídoto para a imunização do arbítrio judicial.

Novamente se nota a preocupação de Dinamarco em demarcar o espaço de ampliação para o exercício do poder (jurisdição) através da utilização do discurso do processo. Sua real intenção revela-se na abertura política que dá ao julgador.

O seu conceito de jurisdição está intimamente ligado a um papel politicamente ativo do juiz através de sua própria função, em suas palavras: "O próprio direito tem inegavelmente um 'fim político', ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei."[56]

---

[55] ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual**, Revista de Processo, vol. 166/2008, Dez. 2008, pp. 27-70, *versão eletrônica*.

[56] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 169.

O "juiz-cidadão"[57] age sempre de forma interessada para a consecução dos objetivos estatais – verificados exclusivamente por ele –, mesmo que contra a lei e os limites constitucionais. Aqui está mais uma razão instrumentalista para que o juiz exerça a pretensão de correção do direito. Esse argumento é mais um *a priori* da doutrina nacional nos últimos 40 (quarenta) anos.

No (*c*) escopo jurídico do processo, Dinamarco sustenta que a finalidade do processo não é a produção de uma decisão judicial, pois defender este escopo, ao menos para o processo de conhecimento, seria justificar o poder pelo próprio poder, e continuaria sem explicar para que servem, afinal, o processo e a própria decisão que o integra.[58] Esse escopo busca discutir o problema sobre a natureza jurídica da atividade jurisdicional decisória, se declaratória de direitos (teoria dualista) ou constitutiva (teoria unitária). A tese opta pela solução da teoria dualista, levando em consideração que a função jurisdicional é por finalidade a declaração da existência ou da inexistência dos direitos – decorrente do juízo autoritativo desempenhado pelo magistrado –, uma "função reveladora", equiparável à do vetusto "técnico de fotografia", que traz à vida a fotografia com banhos químicos e exposição à luz, provocando o surgimento de "retratos ou paisagens", que lá estavam, mas não eram visíveis.[59]

A curiosidade do ponto é que o argumento contrário à teoria unitária é de que a participação das partes, em "cooperação" com o juiz, é determinante à criação da sentença. Desse modo, a "participação ativa do juiz no procedimento", incluindo a produção probatória de ofício, e a "mecânica do contraditório efetivo" formam uma simbiose colaborativa entre juiz e partes, que retira qualquer justificativa para a existência de uma atividade criativa do juiz no provimento sentencial, diante da ampla concorrência das partes.[60]

---

[57] "Os tempos exigem uma figura de juiz que vivencie os dramas sociais sobre os quais é chamado a atuar no processo. A pesquisa que vem sendo referida neste estudo revela que 73,7% dos entrevistados, querem um juiz que não seja *mero aplicador das leis*, ou seja, entendem que ele *tem que ser sensível aos problemas sociais*. A esse propósito, no Estado do Rio Grande do Sul desenvolveu-se um grupo de juízes, ditos *alternativos*, cuja proposta substancial é a superação dos parâmetros de justiça contidos na lei posta e a adoção de critérios ditados pela consciência ética. A esse propósito, venho dizendo que 'o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo' e que 'para o adequado cumprimento da função jurisdicional é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas de sua sociedade'." DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno, tomo II**, 3.ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 753-754

[58] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, pp. 179-180.

[59] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, pp. 192-194.

[60] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 195.

O desenvolvimento real do escopo jurídico é a defesa intransigente de um modelo de "juiz ativo",[61] interessado na solução do litígio e voltado para a realização da justiça, liberado, assim, das amarras legais para fazer as melhores escolhas em nome e em representação da sociedade que integra.[62] Trata-se, por conseguinte, da essência do juiz-antena.

Pode-se resumir o escopo jurídico do juiz-antena pela necessidade de (*c.1*) sensibilidade judicial para as dores reais do jurisdicionados; (*c.2*) necessidade de descoberta da verdade, com sua participação ativa nesse intento; (*c.3*) determinação do preciso e atual conteúdo das leis, dando-lhe interpretação justa, de acordo com as exigências sociais.

O processo distancia-se de uma conotação individual, comumente chamada de privatista,[63] e passa a ser encarado como um fenômeno social voltado à realização da justiça (valor social) e, por conseguinte, deve servir à sociedade não menos do que os indivíduos. [64]

É através desses pilares, que Dinamarco defende a tarefa do juiz em sentenciar, através do exame das provas, da intuição do correto enquadramento jurídico e da interpretação correta dos textos legais "à luz dos princípios e das exigências sociais do tempo". Assim, entram em cena as "convicções socio-políticas do juiz, que hão de refletir as aspirações da própria sociedade".[65]

---

[61] Nota interessante neste ponto é que o instrumentalismo processual recebe essa nomenclatura apenas no Brasil. Nos países *hispanohablantes*, o movimento recebeu a alcunha de "*ativismo judicial*", justamente pela característica ativa do juiz na condução do procedimento e na substituição ou colaboração com as partes em suas funções específicas. Neste sentido: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **O garantismo processual**, *in*: Ativismo Judicial e Garantismo Processual, Salvador : Editora JusPodivm, 2013, pp. 30-34. Por influência do debate realizado pela doutrina latinoamericana do garantismo processual, nomeadamente pelas bases de Montero Aroca e Alvarado Velloso, a expressão "ativismo" foi tomada de empréstimo, no início dos anos 2010, por alguns doutrinadores brasileiros: COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo**, *in*: Ativismo Judicial e Garantismo Processual, Salvador : Editora JusPodivm, 2013, pp. 171-186. RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate**, *in*: Ativismo Judicial e Garantismo Processual, Salvador : Editora JusPodivm, 2013, pp. 273-286. Contudo, no Brasil, a expressão "ativismo judicial" possui outra conotação. Ela está ligada ao rompimento do limite imposto pelas competências constitucionais do juiz, com a invasão da esfera de poder legislativa e/ou administrativa. ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 1359-1408. Tanto Costa como Ramos, já passaram a encarar o fenômeno do ativismo judicial e do instrumentalismo processual de modo diverso e, por muitas vezes, complementar. Por vezes, a postura ativista depende da atuação instrumentalista e vice-versa. Neste trabalho, utilizaremos a expressão "ativismo judicial" do modo como consagrado em nossa doutrina pátria, no sentido acima. Instrumentalismo processual, portanto, possui características próprias, como as que estão sendo desenvolvidas no momento.

[62] ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo**. Diálogos entre discricionariedade e democracia, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 242/2015, Abr / 2015, p. 21 – 47.

[63] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**, *in:* Processo e Constituição: Estudo em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 674.

[64] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Dimensiones sociales del processo civil**, *in:* Temas de direito processual, quarta série, São Paulo : Editora Saraiva, 1989, pp. 26-27.

[65] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 196.

Não se aceita o juiz – visto de modo pejorativo – "que seja indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito." Por outro lado, exige-se do juiz "moderno" uma "imparcialidade" correspondente à "oferta de iguais oportunidades às partes", mas não se tolera a "indiferença".[66]

A proposta de Dinamarco não se relaciona em nada com o processo visto como direito fundamental. Sua tese, holisticamente, é voltada ao *redesign* da atividade jurisdicional em uma perspectiva de releitura política e de competências.

Não se pode dizer, sequer, que a pretensão dele era a criação de um modelo jurisdicional de *constitutione lata*, já que não se vê no trabalho qualquer movimento neste sentido. Na verdade, há um desprezo teórico completo sobre os limites constitucionais do juiz.

Verifica-se um rompimento absoluto com a garantia da imparcialidade judicial, especialmente sobre a sua dimensão objetivo-funcional, chamada entre nós de impartialidade,[67] que basicamente se estabelece pela vedação de o juiz atuar como parte.

A tese opera, na verdade, na órbita da teoria do direito e da ciência política, e não tem qualquer aplicação ao direito brasileiro, diante da evidente contrariedade com o direito posto, nada obstante seja essa sua intenção, notoriamente revelada por ele mesmo em outros escritos[68] e por seus seguidores.[69]

---

[66] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 196.

[67] Para aprofundamento: SOUSA, Diego Crevelin. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, coleção Devido Processo Legal, vol. 2, Belo Horizonte : Caso do Direito, 2021.

[68] Poder-se-ia catalogar toda a bibliografia de Dinamarco, porém, sua última publicação deixa clara e evidente a intenção ora revelada: "Das ideias que lancei no mundo jurídico brasileiro, as que maior repercussão tiveram foram aquelas desenvolvidas na tese *A instrumentalidade do processo*. Se nenhuma outra houvesse eu lançado, só essas bastariam para justificar minha passagem pelo processo civil brasileiro, tanta foi a alegria proporcionada por sua ampla repercussão entre os processualistas do país." DINAMARCO, Cândido Rangel. **Memórias de um processualista**, São Paulo : Malheiros, 2021, p. 76.

[69] A contracrítica recorrente que os seguidores de Dinamarco oferecem aos que enveredam ao exame da instrumentalidade é de que ela é uma "obra do seu tempo", que "não pode ser analisada com os olhos do presente". Neste sentido, CABRAL, Antonio do Passo. **Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual**, Civil Procedure Review, v. 12, n.2: maio-ago. 2021, p. 74. Com mais verve, as manifestações orais de Marco Félix Jobim retratam a indignação sobre a crítica do mestre das arcadas, daquilo que ele mesmo chama de "crítica anacrônica": Ver em <https://bit.ly/3z07esh>. Com o devido respeito aos professores que buscam defender o pensamento de Dinamarco desta forma, a crítica lançada neste trabalho, ou mesmo as diversas anteriores, não são nada anacrônicas, pois buscam combater um paradigma de pensamento existente ao tempo da crítica. A mentalidade instrumentalista é algo perene na vida acadêmica e jurisprudencial do País. Tanto a doutrina, quanto os magistrados pensam as soluções do "processo" (*rectius* procedimento) a partir do paradigma estatalista, de que o processo é coisa pública e que serve ao Estado. Dinamarco sustenta até hoje suas premissas e conclusões, tais como lançadas em 1986. Os seus seguidores também. Os ajustes, como salientado acima, são meras arestas aparadas, o cubo, contudo, continua exatamente o mesmo.

Busca-se, através do discurso, a criação de um juiz mítico, engajado, de sabedoria privilegiada, com compromissos éticos e morais de realização da justiça plena. A grande incongruência disso tudo é que nem Dinamarco, tampouco os seguidores, apresentaram até o momento uma teoria da justiça aplicável à tese da instrumentalidade ou mesmo uma dogmática da justiça que permita sua controlabilidade.

Justiça é signo plural, que necessita de abastecimento social e somente pode ser realizada a partir da atividade política, incompatível com a função jurisdicional, que está limitada por sua neutralidade política. A justiça realizada a partir do juiz, por seus parâmetros, mesmo que retoricamente justificados pelos "influxos sociais", representa exercício de poder sem controle, que não se conjuga com o modo de operação republicano-democrático. Quem se outorga o poder de julgar com justiça, sem mecanismos de *accountability* do "justo", pretende, na verdade, uma autocracia, ou, como já referido pela doutrina, uma juristocracia.[70]

Barbosa Moreira foi um dos grandes cultores da politização do juiz. Sustentava que "o processo é o canal pelo qual se exerce a jurisdição; esta, por sua vez, inclui-se entre as manifestações essenciais do poder estatal. Não pode o processo, por conseguinte, deixar de constituir fenômeno politicamente relevante. As decisões dos juízes são decisões de órgãos de Estado, como as dos legisladores e as dos administradores: concorrem com umas e outras para a definição dos rumos da sociedade politicamente organizada." Sustenta que, por essa razão, a ideia da neutralidade política do Judiciário "vai se recolhendo ao museu dos mitos", sem que isso signifique render tributo ao fenômeno da "Justiça" – enquanto instituição – como instrumento de dominação.[71-72] Prossegue, salientando que "permanece indubitável" a vinculação entre processo [*rectius* jurisdição] e poder político, que adquire especial relevo "em época como a nossa, na qual o juiz se vê chamado, com frequência cada vez maior, a 'suprir', em sua atividade, omissões do legisladores e do administrador".[73]

---

[70] HIRSCHL, Ran. **Toward juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalism**, Cambrigde : Harvard University Press, 2007, *passim*. ABBOUD, Georges. **Submissão e juristocracia**, Revista de Processo, vol. 258/2016, ago/2016, pp. 519-527. ABBOUD, Georges. **Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazida pelo ativismo judicial**, *in* Jurisdição e hermenêutica constitucional – em homenagem a Lenio Streck, Rio de Janeiro : GZ Editora, 2017, pp. 211-227. No mesmo sentido, mas utilizando a expressão "judiciocracia": COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, pp. 85-91.

[71] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo**, *in:* Temas de direito processual, quarta série, São Paulo : Editora Saraiva, 1989, p. 19.

[72] Barbosa Moreira apresenta uma contracrítica, de retórica vazia, ao combate então realizado por Calmon de Passos ao instrumentalismo processual.

[73] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo**, *in:* Temas de direito processual, quarta série, São Paulo : Editora Saraiva, 1989, p. 20.

A exigência de neutralidade política pelo juiz é uma das maiores conquistas civilizatórias de que se tem notícia. Ela decorre da vinculação do magistrado à legalidade constitucional, impondo a ele que opere em suas decisões através de critérios normativo-dogmáticos, sem que lhe seja possível promover correções sobre as opções políticas do legislador. O único controle possível sobre a lei é o controle constitucional.

Não há espaço, em termos de competência constitucional, para que o juiz se politize, retirando da lei ou dos "valores", como preferem alguns, o "melhor" sentido político, ou, ainda, proporcionando a sua correção política.

Isso não passa de um mero discurso vazio de sentido jurídico, para o empoderamento judicial para além de suas competências constitucionais.

Nada de novo no horizonte do direito, já que a história da teoria do direito e da filosofia do direito demonstra a existência de inúmeras tentativas de colonizar o direito pela política, pela moral ou pela economia.

Especialmente para o processo, o movimento do direito livre, que teve como um de seus adeptos Oskar von Bülow – responsável pela autonomia científica do processo e precursor do processualismo científico –,[74] os movimentos da jurisprudência dos interesses e da jurisprudência dos valores[75] e o fenômeno da Corte Warren[76] nos Estados Unidos foram tentativas – inclusive mais robustas – desse tipo de abordagem, muito antes do instrumentalismo. No entanto, todos esses movimentos foram suplantados política e juridicamente, em decorrência dos graves perigos que proporcionavam à estabilidade democrática, em vista da falta de legitimidade democrática direta dos juízes e em decorrência do amplo poder judicial, sem critérios objetivos de controle da respectiva decisão.

É inadmissível, em um ambiente de Estado de Direito, nomeadamente no Estado Constitucional, que o juiz possa decidir sem que existam critérios normativo-dogmáticos para a revisão de sua decisão, seja pelos tribunais, pelas partes ou pela sociedade.

---

[74] BÜLOW, Oskar von. **Gesetz und Richteramt**, Leipzig : Duncker und Humblot, 1885, disponível em <https://bit.ly/2LnGFH0>, acesso realizado em 03/09/2021. No mesmo sentido ora examinado: LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**, Belo Horizonte : Mandamentos, 2008, pp. 100-102. RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo? A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 61-62. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas executivas atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 30-31.

[75] Nada obstante as flagrantes diferenças entre jurisprudências dos interesses e jurisprudências dos valores, não há dúvida que ambas buscaram romper com os limites semântico-hermenêuticos do texto legal. Para aprofundamento: LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, vol. 2: o Século XX**, São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 135-184 e 243-268.

[76] Para uma leitura histórica do período: ACKERMAN, Bruce. **We the people, vol. 3: The civil rights revolutions**, Cambridge : The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, pp. 23-36 e 48-123.

A abertura política do judiciário, proposta na instrumentalidade, não passa de uma vulgata politóloga de dominação do direito por outros sistemas, sem qualquer mediação dos representantes do povo, em especial do legislador. Trata-se de uma verdadeira disputa de poder, travada fora da arena pública e que alimenta legiões de estudantes de direito em incontáveis gerações. A instrumentalidade hoje é tão robusta, que ela sequer é estudada nos bancos universitários – como sói com qualquer outra tese –, porém seu espírito orbita o imaginário dos professores universitários e dos estudantes já nos primeiros anos da faculdade. A premissa é a falsa percepção de que o direito é capaz de resolver todos os problemas do mundo. A deturpação é que o juiz, a partir de seu gabinete, pode dobrar o direito para atingir esse "bem" maior.

Os instrumentalistas sequer analisam o argumento. Dinamarco, em tom de teoria política, segue com seu discurso: o juiz deve ser o "autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico, cabendo-lhe a positivação do poder mediante decisões endereçadas a casos concretos." Como o legislador, o juiz também é um agente estatal e tem por missão decidir segundo as escolhas da própria sociedade.

Segundo ele, o "clima de legalidade" da constituição que impôs o Estado de Direito "repele a institucionalização de sentenças *contra legem*, ainda que 'a lei vigente conduza a resultados viciados ou injustos'." Não possui o julgador uma "livre invenção jurídica", pois o "governo das leis" decorre do "imperativo axiológico da segurança jurídica". Contudo, verificando-se um "valo entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ele em sua criação veio a ditar." Mas qual seria este "valo"? Dinamarco não é muito claro. Ele assevera que a necessidade de segurança jurídica exige do juiz o respeito "aos desígnios positivados pelo Estado através da via adequada", ou seja, a lei. Com efeito, embora não se admita o "juiz passivo e espectador", o "juiz ativo" deve ser contido através dos limites da lei.[77] Aqui se verifica o paradoxo de Dinamarco: como limitar o juiz pela lei, se ele próprio pode suspender a vigência legal, atendendo aos "reclamos da sociedade", sem que haja qualquer critério normativo para tanto? O paradoxo não foi respondido até o momento, seja por Dinamarco, seja por seus seguidores ou por aqueles que, embora o critiquem, "delicadamente" seguem em grande medida as suas lições.

A questão é fundamental para a validade teórica da instrumentalidade. Sem definir o "valo" ou a "teratologia" entre a lei e o sentimento da nação, o valor dogmático da lição é absolutamente nulo. Não passa de uma manifestação política daquilo que seu autor entende ser

[77] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, pp. 198-200.

o “melhor”, o mais “ético”, o “bom”, o “belo” e o “justo”. Apenas impressões pessoais, portanto.

O problema é mais grave ainda. É necessário compreender como o juiz se coloca em relação ao Estado e a sociedade e como o seu poder deve ser exercido. A fundamentação do juiz-antena passa diretamente por essa questão.

Para isso, é importante compreender como as relações sociais se estabelecem em perspectiva sistemática. É o que se passa a analisar a seguir.

1.2.2. Teoria dos sistemas e o sistema do direito

A sociologia apresenta valorosos estudos para compreender o modo como as relações sociais desenvolvem-se e como a própria sociedade lida com os problemas decorrentes dessas relações. Muitos estudos foram elaborados na tentativa de teorizar o modo como as relações sociais ocorrem e as estruturas das quais elas se utilizam para o seu funcionamento.

Utiliza-se como paradigma para a exposição a teoria dos sistemas de Luhmann, que, aplicada ao direito, explica os fenômenos relacionados à sua complexidade, autonomia e fronteiras. Passa-se a uma exposição sumária sobre a perspectiva luhmanniana, que peca, obviamente, pela brevidade e pela falta de aprofundamento. O objeto é municiar o leitor com as principais premissas operacionais da teoria, para avançarmos na análise do juiz-antena. Como se verá, a exposição tem alto grau de abstração, o que é típico da proposta do autor.

Para Luhmann, o conceito de sistema está relacionado ao conceito de forma (com apoio em Spencer Brown),[78] no sentido de que a forma representa um paradoxo, pois, para falar dela, é necessário estabelecer uma diferença sobre o seu entorno. Nesse sentido, a definição do sistema depende da diferença entre o sistema e o ambiente. Em suas próprias palavras: “o sistema é a *diferença* que resulta da *diferença* entre sistema e ambiente. O conceito de sistema aparece, na definição, duplicado no conceito de diferença.”[79] (destaques no original)

---

[78] “Para Spencer Brown la forma (por eso el título del libro *Laws of Form*) es forma de una distinción, por tanto de una separación, de una diferencia. Se opera una distinción trazando una marca que separa dos partes, que vuelve imposible el paso de uma parte a la otra sin atravesar la marca. La forma es, pues, una línea de frontera que marca una diferencia y obliga a clarificar qué parte se indica cuando se dice que se encuentra en una parte y dónde se debe comenzar si se quiere proceder a nuevas operaciones.” LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, p. 65.

[79] No original: “el sistema es la diferencia que resulta de la diferencia entre sistema y entorno. El concepto de sistema aparece, en la definición, duplicado en el concepto de diferencia.” LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, pp. 61-62.

O autor explica que, quando se realiza uma distinção, indica-se uma parte da forma (do sistema) e vice-versa. Ou seja, indicar é ao mesmo tempo distinguir e distinguir é ao mesmo tempo indicar.[80]

Definir sistema de um modo concreto e absoluto é, pois, impossível. Nas palavras de Luhmann:

> *Todo esto aplicado a la teoría de sistemas significa que un sistema es una forma de dos lados y que uno de esos lados (el del sistema) se puede definir mediante um único tipo de operador (como Spencer Brown lo intenta en el cálculo matemático).*
>
> *Por lo general en las definiciones que se encuentran a la disposición sobre el concepto de sistema, no se toma en cuenta esta unidad de operación. Se habla, por ejemplo, de reladonamiento entre los elementos, o de la relación entre estructura y proceso, o de un autoproceso estructural que se conduce a sí mismo. Pero en todo ello: relación, límite, estructura, proceso, la pregunta capital consiste en cuál es la unidad de operación que designa al sistema. Por lo general se recurre a responder que el sistema es indefinible, indeterminable; y que en último término en ese in se encuentra la sustancia de lo sistémico. Sin embargo, se puede ir más allá de esta carencia de definición, en la medida en que se toman como guía principios de teoría fundados en la operación. Es decir, en el cimiento de estas consideraciones está el principio de que un solo tipo de operación produce el sistema, siempre y cuando medie el factor tiempo (una operación sin tiempo no hace sistema, sino queda reducida a um mero acontecimiento). En la recursividad de un mismo tipo de operación tenemos como resultado un sistema. La operación debe tener capacidad de concatenar en el tiempo otras operaciones del mismo tipo, lo cual necesariamente lleva a un enlazamiento selectivo de las operaciones, en la medida en que deja que acontezcan em otro lugar otro tipo de operaciones distintas.*
>
> *Por tanto, la diferencia entre sistema y entorno resulta por el simple hecho de que la operación se enlaza a operaciones de su propio tipo y deja fuera a las demás*.[81]

Uma teoria da sociedade que se utiliza da distinção sistema/ambiente para se conceituar parte da noção de um "observador de segunda ordem". O conceito precisa ser compreendido. O observador não é um sujeito transcendental e tampouco uma representação de consciência. É um conceito estritamente formal. Ele se diferencia do "observar", que é a ação, a operação observatória, que é realizada de maneira instantânea, fugaz. Por outro lado, o observador é um sistema que utiliza as operações de observação de maneira recursiva como

[80] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, p. 65.
[81] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, p. 67.

forma de buscar as diferenças entre sistema e entorno.[82] É nesse sentido que o observador é uma observação sobre o observado.

O trabalho do observador é verificar o modo como a estrutura e os elementos do sistema são compostos. O esforço de análise da observação, a partir do princípio da diferenciação, busca não apenas estabelecer os elementos da unidade do sistema, mas essencialmente as suas diferenças. Isso somente é possível em decorrência do estabelecimento dos limites, que constituem a forma do sistema, que é realizado a partir do fechamento operacional. O fechamento operacional caracteriza-se por operações específicas e exclusivas do sistema, que não são repetidas no ambiente. Se a exclusividade não existisse e as operações fossem realizadas no ambiente, ocorreria o fenômeno da "trivialidade", que sabotaria a diferença entre sistema/ambiente e, de pronto, faria desaparecer o sistema. As operações são acontecimentos que apenas ocorrem no próprio sistema e não podem ser usados para "apreender" ou "atacar" o ambiente. Ao nível das operações do sistema, não existe contato com o ambiente.[83]

A tese do fechamento operacional possibilitou à teoria dos sistemas o estabelecimento da dicotomia entre os "sistemas técnicos", que são fechados para influxos externos – dentre eles o direito –, e os "sistemas abertos ao significado".[84] Os últimos possuem a particularidade de poderem se relacionar com o ambiente e reproduzir o ambiente dentro deles, sem produzir efeitos colaterais no ambiente.[85]

O fechamento operacional possibilita que seja possível lidar com o caos e a desordem do ambiente (entropia), ou com ambientes ordenados de modo fragmentado, sem qualquer sistematização unitária. Segundo Luhmann, a evolução leva necessariamente à formação de sistemas, o que contribui para o estabelecimento de uma espécie de organização geral a respeito da qual se confirma a eficácia do fechamento operacional.[86]

O fechamento estrutural leva a dois temas importantes na teoria do sistema: a auto-organização e a autopoiese. Auto-organização significa a construção de estruturas próprias dentro do sistema. Como os sistemas estão fechados em sua operação, eles não podem importar

---

[82] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, p. 116.
[83] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, p. 78.
[84] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, p. 81.
[85] Para aprofundamento: LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, pp. 169-183.
[86] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, pp. 84.

estruturas do ambiente. Portanto, elas devem ser produzidas dentro do sistema, através de operações próprias. A autopoiese, por sua vez, significa a determinação do estado seguinte do sistema, a partir da limitação anterior a que chegou à operação. Somente por meio de uma estruturação limitante, um sistema adquire a suficiente "direção interna", que possibilita a sua auto reprodução e autorreferenciamento.[87]

O conceito de autopoiese necessita de esclarecimento, em decorrência de sua importância para o direito. Um sistema autopoiético é aquele capaz de produzir suas operações a partir de sua rede operacional. A rede na qual as operações ocorrem é produzida por essas mesmas operações. Há uma operação de circularidade entre a operação e sua própria condição de operar. Tomando-se o fechamento operacional como ponto de partida, chega-se ao conceito de autopoiese como a capacidade de o sistema "produzir-se a si mesmo". Com efeito, a autopoiese possui papel de destaque na teoria dos sistemas de operação fechada, uma vez que ela é a responsável por sua autonomia, que significa que apenas a partir da operação do sistema se pode determinar aquilo que é relevante e principalmente o que é irrelevante para a própria operação. Os sistemas não podem importar operação do ambiente; com efeito, um sistema autopoiético produz operações necessárias para produzir mais operações, usando a rede de suas próprias operações.[88]

Algumas advertências sobre a autopoiese são relevantes. O produzir ou o fazer decorrente da *poiesis* não tem por pressuposto o controle total do processo de produção dos seus elementos. O controle ocorre apenas de parte do âmbito de sua causalidade. Como adverte Luhmann, a autopoiese não se trata de uma *creatio*, de uma invenção de todos os seus elementos, senão apenas da produção de um contexto, cujas condições elementares já se encontram postas.[89] Isso decorre da caracterização da autopoiese como uma "metateoria", que não deve servir de base metodológica para a pesquisa empírica, como forma de exigir previsões estruturais. Trata-se, contudo, de uma orientação geral de como o sistema se autorrealiza.[90]

No entanto, em sistemas fechados, o fechamento operacional decorrente de sua autopoiese e autorreferência não o torna completamente isolado do ambiente. Existem formas de comunicação entre o ambiente (outros sistemas) e o sistema, que devem ser realizadas a

---

[87] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, pp. 85.
[88] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, p. 90.
[89] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, pp. 91-92.
[90] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, p. 94.

partir do "acoplamento estrutural". Perceba-se que o ambiente não possui relações de causalidade direta com o sistema, pois, caso isso ocorresse, o próprio sistema se tornaria ambiente, perdendo a sua autonomia autopoiética. O acoplamento estrutural estabelece faixas de comunicação de "ruídos"[91] do ambiente com o sistema, que podem ser aproveitados pelo sistema, para a criação e elaboração de elementos próprios a partir dos mecanismos sistemáticos. Não se deve perder de vista a compatibilidade entre o acoplamento estrutural e a autopoiese, diante da possibilidade de influência específica que o ambiente pode ter sobre o sistema, a partir de um método ou forma específica. Isso quer dizer que as relações relevantes entre sistema e o ambiente são reduzidas a uma estreita faixa de influência. Apenas deste modo, o sistema pode transformar perturbações externas e ruídos em causalidade interna.[92]

A comunicação pelo acoplamento estrutural demonstra que o sistema é operacionalmente fechado, mas, respeitando-se determinadas condições, é cognitivamente aberto, conforme as próprias exigências do sistema diante das complexidades com que lida.

Por conta desse movimento comunicativo entre autopoiese e acoplamento estrutural, que exige do sistema a criação de novas estruturas ou elementos para lidar com as perturbações do ambiente, é que a complexidade se desenvolve internamente, como uma espécie de "efeito colateral".

O tema da complexidade é central na teoria dos sistemas. Mas o que é complexidade? Luhmann responde à questão da seguinte forma:

> Mas o que é complexidade? O que esse termo denota? Complexidade não é uma operação, algo que um sistema faz ou que acontece dentro dele. Em vez disso, é uma compreensão da observação e descrição (incluindo auto-observação e autodescrição). Devemos, portanto, perguntar qual é a forma desse entendimento, que distinção a constitui. Essa questão por si só produz uma cascata de considerações, pois o conceito de complexidade não é simples; ela mesma é constituída de maneira complexa, isto é, autologicamente.
>
> Costuma-se dizer que um sistema é complexo para um observador se não for nem completamente ordenado nem totalmente desordenado, mas uma mistura de redundância e variedade. Esse é particularmente o caso de sistemas com indeterminação autogerada. A questão de por quê um estado de coisas múltiplo precisa ser subsumido sob um conceito que pressupõe sua unidade é

[91] Os "ruídos" ou as "perturbações" do ambiente não determinam o estado do sistema, mas são sinalizações externas sobre o modo como os elementos do sistema estão a funcionar. Sempre que o sistema apresenta uma disfunção, o ambiente utiliza-se do acoplamento estrutural como mecanismo de irritação permanente do sistema. Luhmann demonstra que essas perturbações não existem para gerar um "equilíbrio" no sistema ou entre sistema e ambiente. É natural notar que existem sistemas que são "desequilibrados" para que possam funcionar adequadamente. A função do ruído, portanto, é provocar os mecanismos de autopiese para que o sistema busque a sua estabilidade. LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, pp. 103-104.

[92] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, pp. 98-100.

> mais profunda. A distinção que constitui a complexidade assume então a forma de um paradoxo: a complexidade é a unidade de um múltiplo. Um estado de coisas é expresso em duas versões, como unidade e como múltiplo, e o conceito nega que estejamos lidando com assuntos diferentes. Isso bloqueia a maneira mais fácil de tratar a complexidade agora como uma unidade, agora como um múltiplo. Mas isso nos leva apenas à próxima questão, a saber, como esse paradoxo pode ser implementado criativamente, ou "desdobrado".[93] (tradução livre)

Mais importante do que entender o conceito de complexidade é estabelecer como o sistema lida com o problema da maior complexidade do ambiente em relação a ele. Essa relação se resolve pela própria função do sistema em promover a redução da complexidade, ao "ignorar, rejeitar e ser indiferente" a estímulos "irrevelantes" exteriores, de acordo com os próprios elementos do sistema.[94]

Com essas premissas, pode-se avançar para a teoria dos sistemas sociais aplicada ao direito.

A teoria do direito como sistema social, essencialmente descritiva, decorrente de um esforço maior de Luhmann em apresentar uma teoria sobre a sociedade e seus vários sistemas (político, econômico, educacional, religioso etc), é uma tentativa de superação do eterno debate a respeito da validade do direito – oriundo da discussão entre jusnaturalismo, positivismo e antipositivismo.

Segundo Luhmann, a teoria dos sistemas pode elaborar em uma descrição muito mais rica e concreta da sociedade, além de explicar as formas de relação com os outros sistemas funcionais da sociedade. O sistema do direito está estabelecido em alto grau de complexidade interna, sendo que o próprio direito se remete a ele mesmo. Isso representa uma condição de existência do próprio sistema. É dizer, sua autonomia e as suas fronteiras e limites autodeterminados, estabelecidos através de um código linguístico próprio e com filtros

---

[93] LUHMANN, Niklas. **Theory of society, vol. 1**, Stanford : Stanford University Press, 2012, p. 78. Original: "*But what is complexity? What does this term denote? Complexity is not an operation, something that a system does or that happens within it. Rather, it is an understanding of observation and description (including self-observation and self-description). We must therefore ask what the form of this understanding is, what distinction constitutes it. This question alone produces a cascade of considerations, for the concept of complexity is not simple; it is itself complexly constituted, that is to say, autologically. It is often said that a system is complex for an observer if it is neither completely ordered nor completely unordered but a mixture of redundancy and variety. This is particularly the case for systems with self-generated indeterminacy. The question why a multiplex state of affairs needs to be subsumed under a concept that presupposes its unity is a more profound one. The distinction that constitutes complexity then takes the form of a paradox: complexity is the unity of a manifold. A state of affairs is expressed in two versions, as unity and as manifold, and the concept denies that we are dealing with different matters. This blocks the easy way out of treating complexity now as a unity, now as a manifold. But this takes us only to the next question, namely, how this paradox can be creatively implemented, or 'unfolded.'*"

[94] LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995, pp. 133-134.

altamente seletivos, não podem ser alargados sem representar um grave risco para a própria existência do sistema, podendo ocorrer o derretimento de suas estruturas determinantes.[95]

Para isso, a teoria do sistema deve produzir uma resposta adequada para aquilo que Hart chama de "regra de reconhecimento",[96] como forma de identificação do que é direito, dando concretude à relação sistema/ambiente. Para o autor, o reconhecimento do direito está diretamente relacionado às suas operações, ligadas ao código linguístico jurídico, em um movimento de autorreflexividade, no qual o próprio sistema estabelece aquilo que lhe pertence e o que não lhe pertence.

Isso decorre da autopoiese do sistema do direito, que deve ser compreendida como uma relação circular entre a lei e a decisão jurídica, nos seguintes termos:

> Os processos autopoiéticos são recursivos, *v.g.*, necessariamente estruturado simetricamente - e este é um aspecto desta abordagem teórica que tem implicações significativas e abrangentes para a teoria do direito. A qualidade norma de cada elemento é devida à qualidade norma de outros elementos, aos quais se aplica a mesma regra. Portanto, não pode haver hierarquias normativas.
>
> Em termos de normatividade, existe uma simetria estrita mesmo entre a lei e a decisão do juiz. As leis só são consideradas normas porque se destinam a ser utilizadas em decisões, assim como essas decisões só podem funcionar como normas porque isso está previsto nas leis. Em termos de normatividade, a relação entre a regra e sua aplicação é circular.[97] (tradução livre)

A circularidade autopoiética do sistema do direito coloca a decisão judicial e a lei lado a lado, como elementos normativos do sistema. Isso não corresponde a uma sujeição de um elemento sobre o outro, mas a uma relação simétrico-complementar, no sentido de que as leis são ajustadas como normas (de primeiro grau) para serem usadas em decisões; com efeito, decisões apenas podem se estruturar como normas, porque decorrem das leis. Há uma simbiose funcional entre lei e decisão, regulação abstrata e regulação concreta, que abastece reciprocamente uma e outra de normatividade, fundando a autorreferência do sistema e alimentando a sua autonomia em relação ao ambiente.

---

[95] LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, pp. 64-65.
[96] HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, 3.ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbekian, 2001, pp. 104-105.
[97] LUHMANN, Niklas. **The unity of the legal system**, *in* Autopoietic law – a new approach to law society, by Gunther Teubner, Berlin, New York : de Gruyter, 1987, p. 21. Original: "*Autopoietic processes are recursive, i.e., necessarily symmetrically structured – and this is an aspect of this theoretical approach which has significant and wide-ranging implications for legal theory. The norm quality of each element is owed to the norm quality of other elements, to which the same rule applies. There can therefore be no norm hierarchies. In terms of normativity a strict symmetry exists even between the law and the judge's decision. Laws are only regarded as norms because they are intended to be used in decisions, just as these decisions can only function as norms because this is provided for in laws. In terms of normativity, the relationship between the rule and its application is circular.*"

O funcionamento do sistema do direito realiza-se a partir de um programa e de uma codificação binária, voltados para a redução da sua complexidade interna e das perturbações do ambiente. O programa está vinculado à relação com as externalidades, sendo que o sistema analisa as perturbações a partir do esquema direito/não-direito. Para os problemas da complexidade interna, o sistema busca responder as questões a partir do esquema legal/ilegal (ou lícito/ilícito). O binarismo visa o estabelecimento de expectativas legítimas internamente e externamente, através da institucionalização de comportamentos sociais, que são generalizados a partir das normas jurídicas.[98]

Com isso, chega-se a um ponto interessante sobre a própria relação entre o direito e o ambiente e, ainda, a relação entre lei e justiça. Conflitos em geral podem ser resolvidos em bases não jurídicas, nomeadamente aqueles sobre os quais as partes possuem ampla possibilidade de autocomposição. Mesmo nessas operações, realizadas no ambiente e fora do sistema do direito, há a necessidade de respeitar-se alguns elementos do próprio direito, ainda que as bases da solução tenham sido obtidas por outro código. Importante notar, contudo, que o sistema do direito é indiferente sobre os elementos utilizados nessa decisão. Por outro lado, para decisões heterocompositivas, quaisquer considerações sobre justiça/injustiça de determinada lei, por exemplo, são encaradas como perturbações externas e vistas como não-direito. Deste modo, sequer são conhecidas.

A utilização da lei respeita a codificação própria do sistema, através do esquema legal-ilegal. Para o sistema do direito, o justo é aquilo que decorre da lei aplicada ao caso. É exatamente nesse sentido que sistema do direito é considerado operacionalmente fechado.[99] Na verdade, a avaliação entre o justo e o injusto é uma questão afeta ao observador externo ao sistema do direito, que, frente às soluções jurídicas existentes na sua estrutura e as comparando com os elementos e estruturas de outros sistemas sociais, pode avaliar se os critérios ou a decisão, em si considerada, correspondem, ou não, ao melhor possível, segundo aquilo que o ambiente oferece. O sistema do direito, em decorrência de sua operação normativa baseada no código legal/ilegal, deve promover as decisões a partir desta métrica, nada obstante, para o observador externo, isso signifique uma enorme injustiça.[100]

Para Luhmann, não há exceção para o "princípio" do fechamento do sistema do direito. Ele não é um princípio normativo, não há previsão de violação desse princípio no ordenamento

---

[98] LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 93.
[99] LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, pp. 103-104.
[100] No mesmo sentido: LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 105.

jurídico. Ele considera que uma comunicação que não se enquadre na codificação legal/ilegal é impossível para o sistema. Quer dizer, a comunicação simplesmente não é atribuída ao sistema do direito, trata-se, contudo, de um fato do ambiente (externo) e, por conta disso, deve ser resolvido dentro do respectivo sistema, conforme a sua codificação própria. Nesses casos, cabe ao sistema do direito a diferenciação entre direito e ambiente, sem qualquer reserva.[101]

A justiça não se relaciona com uma visão de valores ou princípios abstratos. Ela é para o direito aquilo que o princípio da limitação (pela via negativa) é para o sistema científico, a escassez é para o sistema econômico, o monoteísmo é para o sistema religioso, ou os ideais de habilidade de aprendizagem são para o sistema educacional.[102] Neste sentido, a justiça representa uma "fórmula para a contingência", que será encontrada pelo próprio código comunicativo do sistema e não a partir da perspectiva de um observador externo.

A "fórmula para a contingência" rompe com a noção de que justiça é baseada no direito natural, a partir de uma visão utilitarista. Luhmann mostra que a "natureza não é justa em qualquer sentido possível. Em outras palavras, não há inferência possível de 'natural' e 'justo', como implicitamente assumido pela tradição do direito natural."[103] (tradução livre) Por este modelo, a justiça deixa de ser uma norma como critério de seleção (um programa particular, na linguagem luhmanniana). Isso porque, como critério de seleção, a norma da justiça apareceria ao lado do código binário legal e ilegal e, com isso, perderia a sua própria função de paradigma. Isso significaria que a norma de justiça deveria ser aceita sem que se soubesse de antemão quais as decisões que dela decorrem e quais interesses ela apoiará. Como critério de seleção, a justiça é apresentada como uma virtude, representando uma expectativa legítima dos indivíduos em geral que sejam considerados virtuosos. O autor, então, arremata: "é óbvio que a escassez não é um critério para avaliar a racionalidade das decisões econômicas. E, finalmente, Deus (God), também, é um 'gerador de diversidade' (g.o.d – [acrónimo para Deus – God –, em inglês]) e não um fator de diversificação no mundo entre os outros – a menos que alguém esteja se referindo à reverência de Deus no mundo ou ao conselho sacerdotal para as pessoas liderarem uma vida que agrada a Deus (isto é, agir de uma maneira particular)."[104] (tradução livre)

---

[101] LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 120.
[102] LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 214.
[103] No original: "Nature itself is not just in any conceivable sense. In other words, there is no inference from 'natural' to 'just', as implicitly assumed by the tradition of natural law." LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 215.
[104] No original: "*it is obvious that scarcity is not a criterion for assessing the rationality of economic decisions. And, finally, God, also, is a 'generator of diversity' (G.o.d.) and not one factor of the diverse world amongst others - unless one is referring to the reverence of God in the world or to priestly advice to people to lead a life which is pleasing to God (that is, to act in a particular way)*." LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 217.

Neste sentido, a "fórmula para a contingência" não pode ser compreendida como "fórmula para o desenvolvimento" ou como uma indicação da direção desejada de um sistema, no sentido de "mais justiça", "mais educação", "menos escassez" etc. Luhmann sustenta que esses paradigmas podem ter sido plausíveis em determinados momentos históricos, sobretudo na segunda metade do século XVIII – momento histórico das revoluções americana e francesa –, contudo, tais visões somente podem ser aceitas caso esteja-se preparado para ignorar custos, efeitos negativos, disfunções, riscos e ampliações de desvios no sistema, que são consequências de todo "avanço forçado" para certas direções selecionadas.[105]

Em arremate, o autor propõe que a justiça como "fórmula para a contingência" está identificada com a "igualdade formal". Isso resolve o problema da justiça no sistema do direito, ao dotá-la de elemento dogmático próprio, que se legitima juridicamente. Como "fórmula para a contingência", a justiça não é uma declaração sobre a essência ou a natureza do direito, nem um princípio para fundamentar a validade do direito, nem um valor que poderia fazer o direito parecer a escolha preferida. Na formulação de Luhmann, a igualdade – como expressão da justiça – estabelece-se no âmbito do programa, possibilitando ao sistema do direito a busca pelas soluções de suas questões dentro do próprio sistema, mobilizando a sua recursividade. Com efeito, a igualdade (que é um direito fundamental no sistema brasileiro, diga-se) possui relevância para toda e qualquer decisão, abstrata ou concreta no sistema do direito, já que impõe o mesmo tratamento para o igual e tratamento distinto para o diferente. Ela encerra o que Luhmann chama de busca pela unidade do sistema expressada na diferença entre igual e diferente.[106]

Essa caracterização é frequentemente olvidada na teoria dos sistemas de Luhmann. A autopoiese do sistema do direito está diretamente relacionada ao estabelecimento de decisões jurídicas a partir do critério legal/ilegal. Não há na autopoiese, ao contrário do que visto por instrumentalistas e neoconstitucionalistas, uma licença para romper com os próprios limites do sistema, na busca de uma justiça (quase) divina.

Um outro detalhe importante para compreensão do direito na teoria dos sistemas é perceber que Luhmann inclui a lei e o ato decisório de sua aprovação e promulgação como pertencentes, simultaneamente, ao sistema da política e ao sistema do direito.[107] Essa constatação do observador externo não corresponde à unidade entre os sistemas político e jurídico. Nada obstante a atuação política do legislador seja a história da "discussão", do

[105] LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 217.
[106] LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, pp. 217-218.
[107] LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 377.

posicionamento estratégico, da operação sob o esquema governo-oposição, da negociação, das declarações públicas de intenções como forma de teste da opinião pública com segundas intenções, a relação do legislador com o sistema do direito está mediada pelo próprio sistema do direito, através do procedimento legislativo, que é uma estrutura do sistema do direito.[108] Isso demonstra uma das formas de acoplamento estrutural do direito.[109]

Uma das maiores aquisições civilizatórias do constitucionalismo ocidental é o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema do direito, estabelecido a partir da constituição, que promoveu o direito positivo à posição de resultado da escolha decorrente da organização política. Ao mesmo tempo, tornou o direito constitucional o método de disciplina jurídica da política.[110] O acoplamento estrutural direito-política é uma via de mão dupla, que garantiu o aumento dos níveis de liberdade e a limitação eficiente do poder do Estado.

Trocando em miúdos, a Constituição é responsável pelo acoplamento estrutural entre direito e política, que possibilita a própria autonomia do direito e, ainda, a sua comunicação com o ambiente.[111]

Essa rápida introdução à teoria dos sistemas e ao sistema do direito a partir das premissas de Niklas Luhmann fornece elementos fundamentais para a análise do "juiz-antena" de Dinamarco.

1.2.3. Crítica ao juiz-antena

A figura do juiz-antena representa uma verdadeira aberração no âmbito do sistema do direito, conforme as características apresentadas por Luhmann.

Somente um juiz com um grande privilégio cognitivo, sobre-humano, místico e dotado de capacidades próprias de um semideus grego, teria os atributos necessários para realizar a operação proposta por Dinamarco. Mesmo assim, restaria a dificuldade de justificação dos critérios objetivos para a verificação da correção da medida de suspensão de vigência da lei. A figura do juiz-antena, ora retratada, está muito mais próxima de uma personagem de uma distopia do que da humanidade imanente do magistrado.

A mitificação da figura do juiz-antena, como sujeito capaz de captar a justiça pelos impulsos morais da sociedade, representa um inarredável sofisma. Em primeiro lugar, porque

---

[108] LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 378.
[109] Para a análise do acoplamento estrutural entre direito e economia: LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, pp. 381-402.
[110] LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 404.
[111] LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 410.

é simplesmente impossível que alguém consiga reunir em si essa condição de síntese dos influxos de justiça a partir de uma sociedade tão plural quanto a nossa.[112]

No máximo, o juiz, como qualquer pessoa, pode, a partir de sua visão de mundo (*Weltanschauung*), passar a ler todos os demais acontecimentos por esta lente. Contudo, isso não corresponde ao próprio "*sentimento da sociedade*" e sua "lente sobre o mundo" será sempre parcial e tendenciosa a partir das suas convicções e ideologias apriorísticas. Isso corresponde a dizer que a atuação judicial-instrumentalista a partir da justiça para a pacificação é a porta aberta para o voluntarismo,[113] decisionismo[114] e o solipsismo,[115] todos esses fenômenos cada vez mais presentes no judiciário, principalmente nos tribunais superiores, e que, ao que parece, estão longe de extinção.

O juiz-antena guarda um problema grave de ordem normativa. Ele massacra o direito a partir da moral, em nome de uma "legitimidade" social, para a obtenção da paz. É dizer, estando o direito em confronto com a "justiça" (aquilo que o juiz pensa que seja justiça), que tombe o direito e seja realizada a "justiça". Isso subverte totalmente o sistema jurídico-constitucional brasileiro, que é baseado na supremacia da lei. A prevalecer a metáfora do juiz-antena, o direito se amoldaria àquilo que o intérprete quer que ele seja[116] e não ao que ele é.

O magistrado não é ser superior dotado de inteligência especial ou capacidades metafísicas de compreensão da sociedade e atuação volitiva para atendimento dos seus anseios. Qualquer alegoria que o messianize é, ao mesmo tempo, o próprio veneno da sua existência, porque jamais o juiz terá condições de atender a todas essas prescrições. Os próprios motivos para a criação do instrumentalismo são as razões para o seu calvário.

É necessário entender que o juiz opera na concretização do código binário legal/ilegal. As suas decisões, por força da autopoiese do direito, passam a conformar representações do direito positivo, em uma perspectiva concreta para a solução do conflito.

O juiz que passa a orientar a sua decisão a partir das perturbações do ambiente e força a abertura do sistema do direito, originalmente fechado, passando a responder às pretensões que lhe são submetidas a partir de outros códigos, promove o esfacelamento do próprio sistema, pela colonização do ambiente e de outros sistemas. O julgador não opera no sistema da política,

---

[112] Neste sentido: ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia**, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 242/2015, Abr / 2015, p. 21 – 47.
[113] No sentido de julgamento a partir da sua vontade.
[114] Correspondente às escolhas judiciais a partir de preferências pessoais.
[115] Com a conotação de julgamento a partir da verdade revelada por ente superior a partir de suas convicções ou o "absolutismo do saber solitário".
[116] SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 187.

não opera no sistema da economia e tampouco no sistema da religião. Ele não tem linguagem comunicativa suportada por critérios verificáveis para buscar princípios ou critérios baseados abstramente em justiça ou na moral para prescrever aquilo que o direito é ou deve ser. A atuação judicial deste modo, incrementa a complexidade do sistema, através de seu esgarçamento total. O efeito disso é que o sistema passa a ser, simplesmente, ambiente e como tal, perde completamente o seu sentido.

Dirão alguns: "a crítica busca apenas enfraquecer o juiz".

Pelo contrário, juiz hipertrofiado não caracteriza Estado-Juiz constitucionalmente forte. É necessário humanizar o juiz, não na dimensão ideal buscada pelo instrumentalismo, como de sua sensibilidade aos influxos sociais, mas para o resgate da condição própria da condição de falibilidade-humana.

É dizer, a pessoa que interpreta a personagem Estado-Juiz não possui autorização republico-democrática para se colocar no "Monte Sinai" e passar a julgar com base em "justiça" os conflitos que lhe são submetidos.[117] Os juízes erram, enviesam-se e equivocam-se como qualquer ser humano diante de uma decisão. Limitar o juiz ao direito posto e à legalidade constitucional é uma forma de controle objetivo de seus atos.

É necessário desmistificar a figura do juiz como um super-herói. É exatamente neste ponto que o alerta de André Del Negri é preciso:

> A imagem de um Judiciário que abriga figuras de autoridade (liga da justiça?) na forma de um Pai (Estado-provedor/Estado Moisés), acaba por transformar o que deveria ser apenas simbólico em concreto (defeiro de simbolização), criando formas embriagadas a partir de um dialeto estranho pronunciado por pessoas togadas que se colocam como conhecedoras profundas dos valores e comportamentos corretos de uma *sociedade órfã* como se fossem cavaleiros da moralidade. Não deixa de ser um "complexo de superman", que é algo grave. É claro, que, a toga, não é uma capa que voa. Por isto, desmistificar, desfetichizar, desconstruir, refletir criticamente, é um dos papéis das academias no campo do Direito.[118]

Necessário lembrar da função contramajoritária do próprio Poder Judiciário.[119] A contramajoritariedade se sustenta a partir do paradigma da vinculação do juiz aos enunciados normativos da Constituição e das leis. É, pois, o direito quem constrange e limita a todos, inclusive ao juiz. É com base nisso que a formação da norma através da interpretação, *grosso*

---

[117] As qualidades pessoais do julgador, mesmo as mundanas, não devem qualificar o seu agir institucional. Neste sentido: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e estado democrático de direito**. 2. ed. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2012, p. 128

[118] DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e direito constitucional**, 2.ed, Belo Horizonte : Del Rey, 2016, pp. 219-220.

[119] CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Juízes representam o povo?**, *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3wpQ2wJ>, acesso realizado em 08/11/2021.

modo, não pode passar pela via da moral. O seu trânsito deve ser pela via jurídico-normativa. O texto legal (*lato sensu*) é quem baliza a formação da norma e impede as inflexões morais de seu conteúdo. Fazer ceder o direito frente a moral em julgamentos judiciais é o mesmo que aniquilar a contramajoritariedade, garantia constitucional decorrente do devido processo legal. Portanto, deve o juiz estar blindado das pressões sociais, seja da maioria, seja da minoria, exercendo com altivez republicana a sua independência judicial para decidir com base no direito posto. A função contramajoritária é, *per se*, o contra-juiz-antena.[120]

Dito de outro modo, ao contrário dos outros poderes da República, o Poder Judiciário não possui compromisso político com a satisfação imediata da maioria[121] ou da minoria. A sua função competencial é de julgamento conforme a legalidade constitucional. Caso contrário, sucumbindo o direito, vencerá o arbítrio, triunfará a barbárie da suposta maioria e se exaltará a figura heroica do juiz, pronto para salvar o seu povo débil e carente.

Somente o Poder Legislativo ostenta legitimidade popular para, em presentação ao povo, realizar a mediação entre os subsistemas da moral, da política, da economia, da saúde etc e sua conexão com o direito. Em outras palavras, a sua competência constitucional para a elaboração das leis se dá por conexão direta com o verdadeiro detentor do poder.

O povo, mais precisamente a sociedade em sua pluralidade e rivalidade de interesses, a partir de seus grupos organizados ou não, deve realizar a pressão constante aos parlamentares através de critérios morais, de justiça e de ética,[122] para exigir a criação ou a modificação de leis que vão ao encontro de seus valores, passando a ter força cogente e coativa.

Criadas as leis, é defeso ao juiz interpretá-las a partir da moral ou de critérios de justiça. Possibilitar, em outras palavras, a participação da moral (ou da justiça) na análise do direito é reunir no mesmo titular as figuras do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, o que acarreta o exercício arbitrário do poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos. A fonte de legitimação do Estado-Juiz não é a político-representativa, mas a jurídico-representativa, que pressupõe sua sujeição à lei[123] e a operação decisória apenas nos quadrantes do direito.

---

[120] CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual**, *in:* Diálogos de Teoria do Direito e do Processo, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, pp. 330-331.

[121] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial**, Revista Brasileira de Direito Processual : RBDPro. – ano 21, n. 82, (abr./jun. 2013) – Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205.

[122] STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**, Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 7, 2010, disponível em https://goo.gl/gu8VJm, acesso em 03.10.17, p. 25.

[123] FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 70; CIPRIANI, Franco. **El proceso civil italiano entre revisionistas y negocionistas**, *in* Proceso civil e ideología, Juan Motero Aroca (coord), Valencia : Tirant lo blanch, 2006, p. 59.

A instrumentalidade do processo de Dinamarco representa um nível zero de dogmática. Por outro lado, a pretensão teórico-prescritiva, voltada para a busca de um "modelo ótimo" de processo, desvinculado dos limites constitucionais, é altíssima.

Dinamarco foi o grande revolucionário da mentalidade instrumentalista no Brasil. Ele foi o principal responsável por realizar a lavagem cerebral de gerações de "juristas" a partir dos *slogans* de que o "processo não é um fim em si mesmo", de que o "processo é um instrumento do Estado", de que o "juiz deve realizar a justiça do caso concreto", "que o juiz deve ouvir a voz das ruas", dentre outras.

A abertura promovida pelo instrumentalismo acarreta o total descontrole do exercício da jurisdição, por juízes que se julgam capazes de julgarem apesar da lei.

Em um mundo de criminalidade intensa, de "corrupção-sistêmica", de tensões e combates "a favor" e "contra" a "democracia", o juiz-instrumentalista se vê com a "missão" de fazer justiça, mesmo que não seja através do direito, mesmo que em violação à Constituição.

Formam-se, a partir deste paradigma, os "*pitjudges*", julgadores-totais, que passam a atuar em funções típicas de partes (violando a impartialidade), que produzem prova "na busca da verdade real", que instauram inquéritos de ofício, inclusive naqueles em que são vítimas, que decretam prisões de ofício, que subvertem o sistema de cautelares penais, que condenam mesmo com pedido de improcedência do Ministério Público, tudo ou para dar as respostas que a sociedade quer – *rectius* as respostas que o juiz pensa que a sociedade quer – e fiquem com a consciência tranquila ou para dar a "resposta adequada ao momento atual". São comportamentos tipicamente ativistas que se caracterizam como uma falha no "agir como judiciário" (*act "like a judiciary"*).[124]

A forma de atuação, que revela o empoderamento judicial em desrespeito à competência constitucional, foi rapidamente percebida na prática forense, nomeadamente pelos próprios juízes. Contudo, Dinamarco, mesmo quando criticado sobre este ponto, eximiu-se de qualquer responsabilidade: "Eventuais exageros dos operadores do sistema processual sejam debitados a eles e não ao instrumentalismo. E os raros desvios de que se tem notícia constituem, na soma geral, mal muito menor do que a esclerose interpretativa a que conduziria os temores

[124] Neste mesmo sentido: ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia**, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 242/2015, Abr / 2015, p. 21 – 47.

dos misoneístas."[125] Contudo, ideias têm consequências[126] e elas devem ser objeto de escrutínio sobre as próprias consequências que geram.

Sem qualquer misoneísmo, os argumentos instrumentalistas, desde sua apresentação, cheiram a mofo autoritário, mas que ainda hoje continuam sendo vendidos como "grandes novidades", pela doutrina majoritária nacional. É como servir vinho velho (e avinagrado) em taças novas.[127]

Os seguidores da instrumentalidade – e da cooperação e da adequação – ajustam premissas e conclusões, aqui e acolá, mas o conteúdo e a finalidade da teoria proposta são exatamente os mesmos da instrumentalidade dinamarquiana, que em quase nada se difere do movimento do direito livre.

A busca pela "decisão justa", inclusive com a pretensão de correção do direito posto; posturas ativas e cooperativas do juiz, principalmente na busca da "verdade"; a imposição de conteúdo ético ao comportamento das partes, sem previsão legal e; a crença de que uma ideia de "contraditório forte", que possibilite a participação das partes, e a "fundamentação exaustiva" são as condições necessárias para a imunização do arbítrio judicial, são construções que se perpetuaram na doutrina nacional e, atualmente, são tomadas por premissas inquestionáveis. Talvez essa seja a grande força da tese de Dinamarco. Nada obstante a maioria esmagadora dos advogados, promotores e juízes nunca a tenham sequer folheado, conhecem os seus pontos com perfeição.

---

[125] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 321.

[126] Weaver demonstrou, com inúmeros exemplos, como a cultura ocidental, em especial a norte-americana, sofreu alterações com ideias e discursos. WEAVER, Richard M. **Ideas have consequences**, Chicago : The University of Chicago Press, 2013. O mesmo fenômeno ocorreu com o instrumentalismo e suas correntes congêneres do cooperativismo e do adequacionismo.

[127] O sentido é o mesmo empregado por Reinhard Zimmermann, quando critica a doutrina que vê nas regras do *BGB* alemão uma "revolução jurisprudencial" ("*case law revolution*"), pois, nada obstante as novidades da codificação, muito do que se encontra ali é derivado da doutrina pandectista ou de interpretações como "*interpretatio contra eum qui clarius loqui debuisset*" ou as máximas gerais subjacentes ao código (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*). Os exemplos explorados por Zimmermann revelam o renascimento de regras e conceitos de um passado ostensivamente desatualizado, completamente anacrônico. ZIMMERMANN, Reinhard. **The new german law of obligations historical and comparative perspectives**, Oxford : Oxford University Press, 2005, p. 14 . A expressão ganhou notoriedade no direito brasileiro a partir do diálogo proposto por Rodrigues Jr. para analisar o fenômeno da "constitucionalização do direito civil". Tão importante como a própria ironia é aquilo que o autor chama de "trocadilho dentro do trocadilho": "Reinhard Zimmermann fez, com seu habitual refinamento, uma paráfrase irônica à 'parábola do vinho novo em odres velhos', referida nos Evangelhos de S. Mateus IX:14-17, S. Marcos II:18-22 e S. Lucas V:33-39. A mensagem bíblica possui interpretações diferentes, conforme a filiação teológica do intérprete. Uma delas, que este autor considera mais próxima de suas convicções, é a de que a boa nova de Jesus Cristo não seria adaptável aos preceitos do Antigo Testamento. Zimmermann ironiza ao afirmar que antigas doutrinas e teorias eram apresentadas como novidades pela jurisprudência ao interpretar o *BGB*." RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2. ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, pp. 147-148.

A instrumentalidade do processo serviu de trampolim e de fundamento teórico para uma "revolução silenciosa", ao arrepio da lei e da constituição, buscando realizar mudanças à fórceps a partir da cultura, introjetando os ideais revolucionários na superestrutura social (ideologia, sistema de ideias, doutrinas e crenças).

O instrumentalismo sobrevive em razão de sua hegemonia cultural, nomeadamente pelo desprezo absoluto pelo debate com sua crítica. O ideal instrumentalista busca o controle das instituições públicas, nomeadamente da jurisdição, para fazer valer a sua força. É, antes de tudo, uma disputa de poder com as demais funções do Poder Estatal.

A doutrina é construída a partir da perspectiva do poder e para o poder, como forma de perpetuá-lo, com ares de "modernidade" e de busca constante pelo "bom" e pelo "justo", em contraposição a uma suposta inoperância das funções legislativas e executivas, que são eleitas por um "povo incauto" e que precisa de um "juiz iluminado" para o libertar.

Dominando o sistema educacional, os instrumentalistas "educam" legiões de estudantes para que sustentem o sistema de dominação do poder jurisdicional imposto pelo modelo do juiz-antena como algo natural e conveniente. Não é por outro motivo que qualquer doutrina destoante da instrumentalidade é encarada com desconfiança e estranhamento.

Há uma ampliação da concepção de justiça estatal, empoderando o juiz como um ser politicamente ativo na sociedade, para ser um agente de transformação social, através de atos de rebeldia contra a lei, quando ela representar um fosso de vagueza e de distanciamento com a realidade social, que é apreciada e decidida a partir e pelo próprio juiz.

O magistrado é apresentado como um intelectual proveniente do povo, ou seja, um "intelectual orgânico", que deve fazer valer o seu poder como forma de reparar as angústias e o sofrimento da sociedade a que pertence. Ao contrário do que ocorre com o "intelectual tradicional", o "orgânico" não descreve a vida social por regras científicas, mas utilizando-se de experiências e sentimentos que as massas não conseguem exprimir. A organicidade se mede pela maior ou menor conexão que o intelectual mantém com o seu grupo social.

Tudo isso, do ponto de vista político, pode parecer muito belo e interessante. Contudo, há uma diferença tremenda entre o político-desejado e o normativamente-posto. Como já alertado, a teoria do instrumentalismo rompe por completo com a estrutura organizacional da Constituição Brasileira e esgarça os limites competenciais da jurisdição. Estimula o sentimento de desprezo pela política, nomeadamente sobre o exercício legítimo do poder legislativo e executivo, utilizando como ferramenta a abertura política do juiz. Ignora a lei sempre que, "no prudente arbítrio do juiz", ela perder sua legitimidade, sem apresentar qualquer critério ou

elementos mínimos de controle da atividade judicial a partir daí. As críticas poderiam continuar em escala enesimal, mas fogem ao escopo do presente trabalho.

Pretende-se demonstrar três pontos com essa apresentação: (*a*) que o instrumentalismo não é uma teoria sobre o processo, entendido como direito fundamental, mas sim uma teoria sobre o poder, especificamente sobre a jurisdição e o modo como ela deve ser revolucionária socialmente; (*b*) todas as teorias publicistas que se seguiram têm por base e por premissa o pensamento instrumentalista; (*c*) a formação e a sustentação do conceito de "processo justo", hegemônica na doutrina nacional, decorre do instrumentalismo processual e é, na verdade, uma teoria sobre o poder.

1.3. O "acesso à ordem jurídica justa" e sua importância para o "processo justo".

A teoria do "processo justo" realiza a mixagem das mixagens. Toma por ponto de partida a instrumentalidade do processo, uma teoria do poder (jurisdicional), e a maximiza com a produção teórica do "acesso à justiça".

O "acesso à justiça" é um dos temas preferidos do hiperpublicismo processual e teve grande desenvolvimento teórico nos anos 70 e 80, nomeadamente em resposta à baixa democraticidade existente nos países latinoamericanos, que viviam, em sua maioria, sob regimes totalitários.

Na verdade, o "acesso à justiça" se transformou em um grande movimento, liderado, em grande parte, por Mauro Cappelletti – eminente jurista italiano, discípulo de Piero Calamandrei –, [128] através do "Projeto Florença", que trabalhou intensamente na promoção e organização de obras coletivas e transnacionais sobre o tema,[129] sendo, inclusive, o autor, em parceria com Bryant Garth, da obra que sistematizou o pensamento mundial, "O acesso à justiça".[130]

Cappelletti teve um papel fundamental na difusão de uma visão de "efetividade dos direitos" a partir de uma perspectiva de "justiça" socialmente aceita, que deveria ser implementada pelo juiz.

---

[128] MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado**, *in*: *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 13, 2009, p. 270, disponível em <https://bit.ly/3uXYvFA>, acesso realizado em 17/04/2021.

[129] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do brasil, após 40 anos**, *in:* Quaestio Iuris, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, pp. 1827-1829, DOI: 10.12957/rqi.2015.1881.

[130] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, tradução do original de NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*. – Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1988.

Toda análise do direito por Cappelletti é essencialmente antidogmática. Sua pretensão era que o estudo do direito pudesse penetrar as ideologias e o espírito dos sistemas legais. Crítico do positivismo jurídico kelseniano, encarava a teoria do direito em uma perspectiva antipurista, universalista e contextualista entre "direito e sociedade"[131]. Sua produção radica-se no direito comparado como método investigativo, basicamente por quatro razões: (*a*) pelos "extraordinários intercâmbios econômicos, culturais e pessoais entre as nações e o incremento das relações transnacionais"; (*b*) pela natureza transnacional de fenômenos da vida, como a contaminação ambiental, as relações entre empresas multinacionais, desenvolvimento tecnológico comunicacional etc.; (*c*) pela afirmação de certos valores, em especial os direitos humanos, que gera uma abertura internacional e transnacional para o fenômeno; (*d*) pela criação de organizações políticas e econômicas transnacionais.[132]

Diante de sua visão universalista, Cappelletti defendia um elemento comum nos fenômenos da constitucionalização e internacionalização das nações ocidentais em geral. Todas elas abraçaram uma noção de "direito superior", que se encontra acima dos "caprichos da troca de legisladores".[133] Não se trata do retorno do direito natural, mas do desafio imposto ao sistema judicial de enfrentar o mundo moderno e as características culturais e econômicas de sua era. Seria tarefa do judiciário o rompimento do estado de alienação, pelo descontentamento com valores antigos. As novas necessidades dos indivíduos exigem do juiz a imposição de regras e valores novos e superiores, quais sejam, o controle das autoridades governamentais e de grupos de pressão; a participação individual na vida pública e social para impedir o seu sufocamento moral e material; a proteção das liberdades individuais fundamentais contra qualquer tipo de opressão.[134] As tendências da constitucionalização e da internacionalização somadas geram uma terceira tendência, a socialização, que exige atenção do magistrado para a perspectiva socioeconômica de suas decisões.[135]

---

[131] CASSESE, Sabino. **In praise of Mauro Cappelletti**, *in: International Journal of Constitutional Law*, Volume 14, Issue 2, April 2016, pp. 445-446, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mow029>, acesso realizado em 16/04/2021.

[132] MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado**, *in*: *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 13, 2009, p. 280, disponível em <https://bit.ly/3uXYvFA>, acesso realizado em 17/04/2021.

[133] CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental guarantees of parties in civil litigation: Comparative constitutional internacional, and social trends**, *in: Stanford Law Review*, vol. 25, nº 5, May, 1973, p. 712, disponível em < https://bit.ly/3gnuoTN >, acesso realizado em 17/04/2021.

[134] CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental guarantees of parties in civil litigation: Comparative constitutional internacional, and social trends**, *in: Stanford Law Review*, vol. 25, nº 5, May, 1973, p. 713, disponível em < https://bit.ly/3gnuoTN >, acesso realizado em 17/04/2021.

[135] CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental guarantees of parties in civil litigation: Comparative constitutional internacional, and social trends**, *in: Stanford Law Review*, vol. 25, nº 5, May, 1973, p. 713-714, disponível em < https://bit.ly/3gnuoTN >, acesso realizado em 17/04/2021.

Tudo isso exige o surgimento de uma "nova visão de justiça", que não deve ser confundida com uma "justiça natural" ou então com uma visão positivista de "*rule of law*". Essas duas visões foram transmutadas em formulações "positivas e superiores" de direito constitucional e internacional. Com efeito, essa nova justiça não possui uma visão teorética ou mística, sua visão é a efetividade dos direitos – em especial a efetividade dos direitos de ação e defesa, do efetivo acesso aos tribunais, da efetiva igualdade entre as partes –, englobando todos os problemas anteriormente negligenciados da assistência legal, da morosidade, dos custos da justiça e das pequenas causas, na busca persuasiva de que esta nova justiça alcance todos esses objetivos.[136]

Indispensável notar, para a boa compreensão da exposição, que, para Cappelletti, a constitucionalização, a internacionalização e a socialização representam os pilares fundantes de uma nova visão do Poder Judiciário e de sua missão, que ultrapassava por completo as barreiras nacionais e era guiado por um direito legal e moralmente superior, que vinculava o juiz para além da legalidade posta e de seus problemas.

É indubitável que Dinamarco foi muito influenciado pelas ideias retratadas por Cappelletti. O professor italiano, muito antes de Dinamarco, foi o grande responsável pela significativa expansão do instrumentalismo no mundo, nomeadamente na América Latina. A intenção cappelletiana radicava no ideal de libertação política do juiz sobre o "aprisionamento" legislativo.

Com apoio em Calamandrei, ele exigia uma "responsabilidade ética e política" do juiz, para a realização da correta interpretação da lei. Levando em consideração que "nenhuma lei é clara, completa e unívoca, o princípio da certeza da legalidade pode ser apenas um ideal que se pode aproximar, mas que não se pode atingir completamente."[137] A atividade legislativa, caracterizada por ser eminentemente autoritária, deveria ser controlada por um "direito superior", iluminado por "certos valores e direitos fundamentais", que vinculavam o próprio legislador.[138]

---

[136] CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental guarantees of parties in civil litigation: Comparative constitutional internacional, and social trends**, *in: Stanford Law Review*, vol. 25, nº 5, May, 1973, p. 715, disponível em < https://bit.ly/3gnuoTN >, acesso realizado em 17/04/2021.

[137] CAPPELLETTI, Mauro. **La "política del diritto" de Calamandrei: coerenza e attualita de um magistero**, *in*: *Estudios em homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo III – Derecho Procesal, México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 1777, disponível em < https://bit.ly/3gnuoTN >, acesso realizado em 17/04/2021.

[138] CAPPELLETTI, Mauro. **La "política del diritto" de Calamandrei: coerenza e attualita de um magistero**, *in*: *Estudios em homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo III – Derecho Procesal, México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 1778, disponível em < https://bit.ly/3gnuoTN >, acesso realizado em 17/04/2021.

O controle que o juiz deveria exercer não decorria apenas dos "limites negativos do poder", mas essencialmente dos "programas de ações sociais", decorrentes dos "princípios promocionais". Em outras palavras, não deveria o Estado realizar apenas a "defesa passiva" da liberdade como direito de defesa (ou de resistência), mas a "promoção ativa" dela, através da promoção do atingimento igualitário da liberdade, a partir dos direitos sociais.[139] Todo o desenvolvimento da obra de Cappelletti era voltado à expansão do papel do juiz, a partir de sua criatividade[140] ao encontro do "direito superior".

Embora ele estivesse alerta para o risco do ativismo judicial e, em alguma medida, do instrumentalismo, nomeadamente pelos problemas relacionados à legitimidade democrática do juiz, acreditava que isso poderia ser superado com um "modelo responsivo", que equilibrasse a independência judicial, a justificação (*accountability*) decisória e o "inevitável grau de politização e socialização" da função judicial,[141] nomeadamente aquela decorrente da interpretação constitucional, dotada de uma "discricionariedade considerável e inevitável".[142]

É a partir dessas bases que o desenvolvimento teórico do acesso à justiça deve ser compreendido.

Pois bem.

O ponto zero da sistematização de Cappelletti e Garth é a "superação" do Estado liberal (séculos XVIII e XIX), que apenas garantia o acesso à proteção jurisdicional formalmente, sem

---

[139] CAPPELLETTI, Mauro. **La "política del diritto" de Calamandrei: coerenza e attualita de um magistero**, *in*: *Estudios em homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo III – Derecho Procesal, México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 1779, disponível em < https://bit.ly/3gnuoTN >, acesso realizado em 17/04/2021.

[140] MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado**, *in*: *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 13, 2009, p. 278, disponível em <https://bit.ly/3uXYvFA>, acesso realizado em 17/04/2021.

[141] CASSESE, Sabino. **In praise of Mauro Cappelletti**, *in: International Journal of Constitutional Law*, Volume 14, Issue 2, April 2016, p. 446, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mow029>, acesso realizado em 16/04/2021.

[142] MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado**, *in*: *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 13, 2009, p. 301, disponível em <https://bit.ly/3uXYvFA>, acesso realizado em 17/04/2021. A criatividade judicial poderia se manifestar por "graus de suplência" (ou graus de substituição) de duas maneiras, a suplência "patológica" ou a suplência "fisiológica". Nas palavras de Mac-Gregor: "*La primera aparece cuando existe un desequilibrio entre los poderes públicos y opera la suplencia del juez como «misión de creación, evolución, transformación o modernización del derecho que, aunque se encuentre en el espíritu de la Constitución, no ha sido cumplida adecuada mente por el legislador o, más en general, por las ramas políticas del gobierno»; la segunda, cuando existe equilibrio de poderes (check and balances), «nos encontramos ante una situación fisiológica cuando los três poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, están marcados por el signo positivo de fuerza en el equilibrio». Si bien la creatividad se da con mayor intensidad en el campo de la suplencia «patológica», no quiere decir su inexistencia en el plano «fisiológico», ya que la «interpretación pura no existe; toda interpretación comporta un elemento de creatividad».Es por ello que en realidad la fuerza creadora de los jueces constitucionales no puede quedarse en la abstracción teórica e inmutable, sino essencialmente de los problemas concretos, políticos, que dependen de variados factores variables en el tiempo*." (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado**, *in*: *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 13, 2009, p. 302, disponível em <https://bit.ly/3uXYvFA>, acesso realizado em 17/04/2021).

se preocupar com o modo e a forma como esse acesso seria realizado, ou seja, com as dificuldades materiais e efetivas para o seu alcance. Com a ultrapassagem do paradigma do *laissez-faire* e o surgimento do Estado social, nomeadamente pela imposição de novos direitos humanos garantidos constitucionalmente, como direito ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação, tornou-se lugar comum observar a atuação positiva do Estado para assegurar o gozo desses direitos. Nessa ambiência, o "direito ao acesso efetivo à justiça" ganhou particular atenção nas reformas impostas pelo *welfare state*, armando os indivíduos com novos direitos substantivos em decorrência de sua qualidade de consumidores, locatários, empregadores e cidadãos, motivo pelo qual o "acesso à justiça" passa a ser o "requisito fundamental" de um "sistema jurídico moderno e igualitário" que pretenda garantir direitos para todos.[143]

O relatório Cappelletti-Garth baseou-se nos "obstáculos" para a obtenção da tutela jurisdicional.[144] A ultrapassagem desses obstáculos foi retratada nas "ondas renovatórias": (*a*) a primeira onda seria a assistência judiciária aos pobres, obstáculo material para o acesso; [145] (*b*) a segunda onda seria a necessidade de representação dos interesses difusos, tendo em vista a complexidade das sociedades plurais e a dificuldade de proteger, individualmente, direitos massificados[146] e; (*c*) a terceira onda seria o "novo enfoque do acesso à justiça", sobre a qual se dedica maior esclarecimento.

A terceira onda – complementar às duas anteriores – tem por função ultrapassar os obstáculos ainda existentes para a obtenção de "decisões justas". Não basta garantir aos indivíduos representação processual, seja por advogados gratuitamente, seja por legitimados extraordinariamente para a defesa de seus interesses, é necessário estabelecer um sistema formado pelo "conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados

---

[143] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, tradução do original de NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*. – Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1988, pp. 9-12.

[144] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, tradução do original de NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*. – Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1988, pp. 15-29.

[145] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, tradução do original de NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*. – Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1988, pp. 31-49.

[146] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, tradução do original de NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*. – Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1988, pp. 49-66.

para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas."[147] Em outras palavras, a terceira onda renovatória tem por finalidade última tornar os "novos direitos efetivos".

O grande intuito de Cappelletti e Garth era proporcionar a proteção jurídica aos litígios de pequena expressão econômica, na época chamados de pequenas causas, e a tutela material de grupos especiais, como os consumidores.[148] Sem a menor dúvida, o movimento logrou grande êxito nesse intento, inclusive no Brasil, tanto que influenciou diretamente a elaboração do CDC, da Lei nº 9.099/95 e das subsequentes leis dos juizados especializados.[149]

O que importa nesse momento não é propriamente aquilo que foi defendido formalmente pela terceira onda, mas o impacto que ela teve na doutrina nacional.

A terceira onda funda-se no ideal do direito processual de resultado, foi ela a base metodológica para diversas reformas procedimentais operadas no CPC/73 e, em grande medida, na elaboração do CPC/15.[150]

O impacto concreto da terceira onda foi o desenvolvimento teórico do "acesso à ordem jurídica justa". O "acesso à justiça" não se coloca apenas como um "direito social fundamental" – sobre o que se discorda, no presente trabalho; ele é o ponto central da "moderna processualística", que deve proporcionar o redimensionamento de toda ciência jurídica.[151]

O tratamento doutrinário do "acesso à justiça" tem um problema grave de saída. É a dificuldade polissêmica da expressão "justiça". Ela é tratada ora como a instituição do Poder Judiciário – órgão estatal –, ora como a tarefa de julgamento (decisão) pelo juiz, ora em sua acepção mais filosófica de atingimento de um fim moralmente elevado de "bem".

O grande problema é que a doutrina não distingue qual o sentido que aplica ao vocábulo e tampouco alerta o leitor acerca de tais cuidados. Assim, o "acesso à justiça" vai se esgueirando pelas frestas do discurso de ocasião, para, ao gosto do seu utilizador, servir para

---

[147] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, tradução do original de NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*. – Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1988, pp. 67-68.

[148] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, tradução do original de NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*. – Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1988, pp. 94-131.

[149] Destacam-se, ainda, a preocupação com a tutela ambiental e dos trabalhadores, e, ainda, o movimento para a simplificação da linguagem jurídica. (CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, tradução do original de NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*. – Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1988, pp. 133-159).

[150] A própria exposição de motivos do anteprojeto do CPC de 2015 deixa isso muito claro. Neste mesmo sentido, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do brasil, após 40 anos**, *in:* Quaestio Iuris, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, pp. 1846-1853, DOI: 10.12957/rqi.2015.1881.

[151] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, tradução do original de NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*. – Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1988, p. 13.

qualquer propósito que se deseje. Não se sabe, ao certo, quando se trata de um argumento político, ou de um argumento moral, ou mesmo de um argumento jurídico.

Antes de continuar a exposição, uma pequena reflexão se impõe. Tudo o que foi tratado até o momento sobre o "acesso à justiça" e o "acesso à ordem jurídica justa" foi elaborado a partir da perspectiva do Estado em realizar a prestação da sua função jurisdicional. Nada, ou quase nada, se refere ao processo, enquanto direito fundamental. Mais uma vez, verifica-se como a confusão entre jurisdição e processo é algo latente entre nós, a ponto de provocar a "cegueira deliberada"[152] da nossa doutrina.

Watanabe foi um dos precursores do desenvolvimento desse ideal político no Brasil. Em ensaio dedicado ao tema do "acesso à ordem jurídica justa", abre seus argumentos com a manifestação de que o direito substancial deve se preocupar com a relação social, devendo ser interpretado corretamente, pois "para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça."[153]

A decorrência da construção do "acesso à justiça" com as notas apresentadas e da instrumentalidade do processo foi o desenvolvimento teórico da "efetividade do processo", ou o processo de resultado, cujo ápice de elaboração ocorreu na década de 90.

A preocupação central doutrinária foi pela "simplificação e aceleração da atividade jurisdicional". A má organização judiciária, o déficit de estrutura e de pessoal e a necessidade de mudança da "mentalidade" de juízes, promotores, advogados e servidores, eram vistos como grandes elementos que dificultavam a implementação de um "processo efetivo".

Havia, ainda, uma preocupação sobre o "retardamento injustificável da prova pericial", vista a atuação de assistentes técnicos como "puro e simples desperdício de tempo" e acerca do "atoleiro tradicional" da execução pecuniária, advogando-se a necessidade de imposição de alternativas como "as medidas de coerção, ainda timidamente contempladas no *ius positum*" e "formas mais eficazes de tutela preventiva".[154-155]

---

[152] Alusão à teoria da "cegueira deliberada" do direito penal. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona : Atelier, 2007. BECK, Francis Rafael. **A Doutrina da Cegueira Deliberada e sua (In)aplicabilidade ao Crime de Lavagem de Dinheiro**, *in*: Lavagem de Dinheiro. São Leopoldo : Unisinos, 2011. pp. 123-141.

[153] WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**, *in:* Participação e processo, São Paulo : Editora Revita dos Tribunais, 1988, pp. 128-129.

[154] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os temas fundamentais do direito brasileiro nos autos 80: Direito processual civil**, *in:* Temas de direito processual, quarta série, São Paulo : Editora Saraiva, 1989, pp. 3-5.

[155] A passagem mostra que a ideia das medidas executivas atípicas para a execução de prestação pecuniária é muito mais antiga do que a atual doutrina imagina.

A efetividade passa a comandar os estudos teóricos a respeito do processo. Sua principal finalidade era a reaproximação – retórica – entre direito material e processo.[156] Na verdade, o que se buscava era uma autorização para que o juiz desempenhasse a sua função jurisdicional de proteção de pretensões dirigidas em juízo, a partir de critérios moralmente mais elevados – chamados de "justos" – sem que tivesse que observar os limites impostos pelo direito objetivo, seja substancial, seja processual. Em outras palavras, buscou-se uma reaproximação entre o "direito material" – não como aquele decorrente do ordenamento jurídico legislativamente posto pelos representantes do povo legitimamente eleitos e reunidos em assembleia, mas como o direito reconfigurado por "valores sociais" captados pelo juiz, ou seja, um direito corrigido por uma "pretensão justa" – e a tutela jurisdicional interessada na realização da "justiça material".

Construiu-se, nessa conjuntura, o conceito de acesso à ordem jurídica justa, que elenca 5 (cinco) elementos que o configuram: "(i) o ingresso em juízo; (ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; (iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); (iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); (v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos)."[157]

É nessa dimensão que o "acesso à ordem jurídica justa" se funde com a teoria do "processo justo", não sendo possível distingui-los claramente, uma vez que o "processo justo" integra o "acesso à ordem jurídica justa" e este somente acontece em um "processo justo".[158]

Segundo Eduardo Cambi, o direito fundamental ao "processo justo" compreende as principais garantias processuais – ação, defesa, igualdade, contraditório, juiz natural, publicidade dos atos processuais, independência e imparcialidade do juiz, motivação das decisões judiciais, controle recursal das decisões etc. – devendo ser considerado sinônimo do "direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada".[159]

---

[156] *Cf.* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, 3.ed, São Paulo : Malheiros Editores, 2010. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**, 5.ed, 2009. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**, 6.ed, São Paulo : Malheiros Editores, 2000, pp. 20-54. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, tomo I, 3.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2000, pp. 40-123. MELO, Gustavo de Medeiros. **O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo**, *in:* Processo e Constituição: Estudo em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 684.

[157] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**, *in:* Processo e Constituição: Estudo em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 674.

[158] Como com o paradoxo Tostines: vende mais por que é fresquinho ou é fresquinho por que vende mais?

[159] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**, *in:* Processo e Constituição: Estudo em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 674.

De pronto, dessume-se um grave baralhamento analítico entre jurisdição – ou seja, a função do poder estatal responsável pelos julgamentos dos casos –, o processo – visto apenas como instrumento a serviço da jurisdição – e o "acesso à ordem jurídica justa". Embora todos eles sejam sempre caracterizados pelos mesmos elementos, recebem, de acordo com a vontade do jurista de ocasião, nomes diferentes.

Parece que a doutrina não realizou isso deliberadamente. Sem qualquer apego semiótico ou linguístico e com um grande desprezo analítico, passaram a tratar o "processo justo" e o "acesso à ordem jurídica justa" como sinônimos, sendo que ambos estão à serviço da jurisdição para a realização de sua função de "realizar justiça".

Na caracterização acima, o "processo justo" passa a ser assemelhado, também, ao "direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada". Tudo isso mostra como a primeira premissa do presente trabalho está correta. Processo e jurisdição são tratados como sendo a mesma coisa pela doutrina, sem diferenças, sem contornos distintos, um se serve do outro e é servido em um movimento circular[160] de metamorfose impulsionada por uma visão política do próprio juiz, que tem a função "natural" de realizar a justiça, devendo, inclusive, corrigir o direito se necessário. Isso fica muito mais evidente a partir da caracterização de que o processo ("justo") é tutela jurisdicional ("efetiva célere e adequada").

Essa miscelânea conceitual, que grassa na doutrina e na prática jurídica, possibilitou a criação das expressões "efetividade processual", "tutela processual", "celeridade processual", dentre outras, que utilizam a expressão "processual" como adjetivo sinônimo de "jurisdicional". Todas elas possibilitam ao juiz uma plêiade de poderes de reconfiguração episódica do procedimento e de participação ativa, voltados para o alcance dos "objetivos" acima elencados.[161]

O réu, em geral (e o executado em particular), passa a ser visto como um pária ou um inimigo do "sistema de justiça", cujos obstáculos impostos por ele devem ser prontamente eliminados em favor do autor, do credor ou do exequente, tudo em nome da "cooperação processual", mais um *slogan* desenvolvido em prol da jurisdição.

O presente trabalho enfrenta essa concepção. Ao contrário do que defendido pela doutrina, não é o processo que deve ser "efetivo" em relação à tutela do direito material, mas a

---

[160] Que em grande parte corresponde à "teoria circular dos planos" apresentada por ZANETI JR., Hermes. Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual), *in* AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165 ss, 192.

[161] Neste sentido, diante da evidente mentalidade instrumentalista e de reforço dos poderes de direção do processo contra a postura "predatória" do requerido "sem razão": KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**, Salvador : Editora JusPodivm, 2013, pp. 211-296.

decisão judicial deve ter a potência eficacial necessária para fazer as mudanças imperiosas no mundo dos fatos;[162] tampouco deve-se falar em "tutela processual" para designar a proteção estatal em favor de um direito material deduzido em juízo, neste caso há "tutela jurisdicional", diante do amparo que o poder estatal deve proporcionar em favor daquele que teve direito lesado ou ameaçado;[163] ainda, a "celeridade" não deve ser propriamente do "processo" ou mais especificamente do procedimento desdobrado em lei e de seus prazos. Célere deve ser a atuação do aparato da burocracia estatal auxiliar do juízo, em especial dos cartórios e secretarias, que devem implementar rotinas de movimentação dos autos sem atrasos (*blackholes*) e criar mecanismos de conferência e eliminação de paralisações indevidas, respeitando-se, ao máximo, os prazos estabelecidos em lei. É por isso que a análise dos autos em gabinete, deve ocorrer de modo expedito, evitando adiamentos indevidos e dirigindo o procedimento, conforme previsto em lei, para o alcance da decisão final.

Neste sentido, o "gerencialismo processual" não pode ser visto como uma "gerência" do processo – diante da impossibilidade do magistrado alterar o procedimento e as oportunidades postulatórias e probatórias das partes – mas sim, como a administração dos recursos e ativos estatais para a realização de seu objetivo com o menor tempo possível.[164]

1.4. A doutrina do "processo justo"

A teoria do "processo justo" foi construída sob as mesmas premissas universalizantes de Cappelletti e pela abertura de uma dimensão "processual", consistente no estudo da "ordem processual a partir dos princípios, garantias e disposições de diversas naturezas que sobre ela se projeta a Constituição."[165]

A teoria do "processo justo" reivindica, por conseguinte, um "modelo de processo" supostamente constitucionalizado, muito embora o seu desenvolvimento tenha sido sempre universal e desvinculado da dogmática constitucional vigente.

Em outras palavras, o "modelo constitucional" do "processo justo" é somente aquele que seja aceito universalmente e de acordo com as premissas aceitas por determinado

---

[162] Neste sentido, FREITAS, Helena. **Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo**, Belo Horizonte : Editora D'Plácido, 2019.
[163] CARVALHO, Luciana Benassi Gomes, **Medidas Executivas Atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 161.
[164] Em sentido semelhante DELFINO, Lúcio. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Persiste a situação de desdém legislativo dos assessores judiciais**, *in:* Revista Consultor Jurídico, 2015, disponível em <https://bit.ly/32C64FF>, acesso em 20/04/2021.
[165] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. I, 4.ed, 2004, pp. 53 e 188-191.

movimento.[166] Ou seja, o "processo justo" passa a ser o novo *jus comune* do direito processual.[167]

Em linhas gerais, a noção de "processo justo" decorre do direito que o cidadão possui a uma "ordem jurídica justa", razão pela qual há necessidade de "superação do excesso de formalismo", a partir do controle jurisdicional realizado em função do "bloco de princípios e garantias fundamentais assegurados ao indivíduo e à coletividade, proclamados como desdobramento necessário para se obter uma justa composição da lide, um acesso adequado à justiça. O justo processo é o que se compõe de garantias fundamentais de justiça."[168]

O devido processo legal, previsto constitucionalmente no art. 5º, LIV, da CF, passa a ser visto como cláusula "antiquada e pouco expressiva" para o momento atual, razão pela qual deve ser substituído por um pretenso "direito fundamental ao processo justo", que seria sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, em razão do caráter publicista da constitucionalização do processo. "O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum".[169]

Os adeptos do "processo justo" propõem a "construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade processual)".[170] Destaca-se, em particular, o desenvolvimento de uma teoria a respeito da possibilidade de flexibilização procedimental pelo juiz, para possibilitar o ajuste do procedimento às necessidades específicas de cada caso, uma vez que "o art. 5º, LIV, da Constituição Federal não determina que o processo siga à risca as normas procedimentais estabelecidas em lei, mas sim que seja oportunizado às partes o direito a um processo justo, isto é, onde lhe seja assegurado o respeito às garantias constitucionais (contraditório, isonomia, juiz

---

[166] Isso fica claro pela pretensão internacionalista e universalista de COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatística**, *in*: Revista de Processo, vol. 108/2002, Out-Dez 2002, pp. 133-183.

[167] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Direitos fundamentais processuais**, *in:* SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, 7.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2018, livro eletrônico, item 5.1.1 Introdução. No mesmo sentido, *ipsis litteris*, MITIDIERO, Daniel. **Direito fundamental ao Processo Justo**, *in* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 45, Nov-Dez/2011, p. 23.

[168] MELO, Gustavo de Medeiros. **O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo**, *in* FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 684.

[169] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**, *in* FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 674.

[170] WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**, *in* GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e processo, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 135.

natural etc.) e às oportunidades previstas na norma processual, algo que pode ser perfeitamente alcançado ainda que com um procedimento que se adapte judicialmente à realidade".[171]

O processo deixa de ser pensado como "*ready-to-wear*" ou "*one-size-fits all*" para se tornar "*made-to-measure*". Consequentemente, para cada tipo de caso, é imprescindível o processo (*rectius*, procedimento) mais conveniente, chegando-se, assim, ao resultado "processo justo".[172] Por consequência, o procedimento deve ser "plástico" nas mãos do juiz.

Em grande medida, a teorização brasileira sobre o "processo justo" sofreu intenso impacto do desenvolvimento teórico do "*giusto processo*" italiano, nomeadamente pelas contribuições de Trocker,[173] Comoglio[174] e Chiarloni.[175]

De forma bastante resumida, o "*giusto processo*" parte de uma suposta aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, razão pela qual a cláusula do devido processo legal deveria ser lida a partir de sua dimensão material (*substantive due process*) a um processo équo, com o estabelecimento de um forte fundamento ético, que possibilite ao juiz o exercício do controle procedimental, inclusive com poderes de flexibilização, decorrente dos fenômenos da deformalização e da descodificação, tudo voltado para o alcance de uma decisão justa.[176]

---

[171] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**, São Paulo : Atlas, 2008, p. 102.

[172] ZANETI JR, Hermes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. XIV, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

[173] TROCKER, Nicolò. **Processo civile e constitutuzione: problemi di diritto tedesco e italiano**, Milão : A. Giuffrè, 1974. TROCKER, Nicolò. **Il nuovo articolo 111 della constituzione e il giusto processo in matéria civile: profili generali**, *in:* Rivist Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 2/387, anno LV, 2001.

[174] COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie constituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)**, *in:* Revista de Processo, vol. 90/1998, Abr-Jun de 1998, pp. 95-150. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatística**, *in*: Revista de Processo, vol. 108/2002, Out-Dez 2002, pp. 133-183. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti Ispano-Latinoamericani**, *in*: Revista de Processo, vol. 112/2003, Out-Dez 2003, pp. 159-176. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa**, *in*: Revista de Processo, vol. 116/2004, Jul-Ago 2004, pp. 97-158.

[175] CHIARLONI, Sergio. **Il nuovo art. 111 Const. e il processo civile**, *in:* Rivista di Diritto Processuale 4/1.010, Anno LV, 2000.

[176] Nas próprias palavras de Comoglio: "*Quest'ultima impone di considerare come dovuto (e cioè: come due, debido o devido) non già qualunque processo che si limiti ad essere estrinsecamente fair (vale a dire: corretto, leale o regolare, sul piano formale, secondo la law of the land), bensi un processo che sia intrinsecamente equo e giusto, secondo i parametri etico-morali accettati dal comune sentimento degli uomini liberi di qualsiasi epoca e paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione.37Da qui traggono origine le postulazioni teoriche, ormai quasi dovunque condivise, per la promulgazione e l'adozione di solenni atti legislativi (nazionali od internazionali) che riconoscano a tutti, in termini effettivi e senza irrazionali discriminazioni, il diritto fondamentale ad un processo equo e giusto,38 quale nucleo essenziale del più ampio diritto ad un ordinamento giuridico giusto*" COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie constituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)**, *in:* Revista de Processo, vol. 90/1998, Abr-Jun de 1998, pp. 95-150.

Tradução livre: Isso impõe a considerar como devido (ou seja: como *due* (inglês), *debido* (espanhol) o devido (português)) não qualquer processo que seja limitado a ser extrinsecamente justo (ou seja: correto, regular ou regular, no nível formal, de acordo com a "*law of the land*"), mas um processo que é intrinsecamente equitativo e

Embora não seja o objeto do presente estudo a análise da doutrina italiana e o desenvolvimento da dogmática peninsular, é interessante notar que o "*giusto processo*" está previsto no art. 111 da Constituição Italiana. O que se vê com enorme frequência, contudo, é apenas a citação axiomática da expressão, sem levar em consideração o próprio texto do dispositivo constitucional. A regra determina a submissão da jurisdição ao "*giusto processo regolato dalla legge*",[177] ou seja, a submissão da jurisdição ao "*giusto processo*" ocorre por regulação legal!

Nada obstante a contribuição da doutrina italiana para a própria deturpação do termo, quer parecer que a tradução da expressão para português, ao menos conforme sua disposição constitucional, não cuidou da necessária adequação linguística, seja pelo sentido plurívoco da palavra "*giusto*", seja pelos falsos cognatos existentes na língua portuguesa. Tal equívoco prega peças com efeitos práticos gravíssimos.

Em primeiro, é preciso entender que expressão "*giusto*" na língua italiana possui significado polissêmico, tal como ocorre com a expressão justo na língua portuguesa.[178] Como demonstra Nelson Nery Jr., a partir da lição de Vigoriti, o art. 111 da Constituição italiana

---

materialmente justo, de acordo com os parâmetros ético-morais aceitos pelo sentimento comum dos homens livres de qualquer idade e país, na medida em que se mostra capaz de alcançar uma justiça verdadeiramente imparcial, baseada na natureza e na razão. É aí que se originam os postulados teóricos, agora quase todos os lugares, para a promulgação e adoção de atos legislativos solenes (nacionais ou internacionais) que reconhecem a todos, em termos efetivos e sem discriminação irracional, o direito fundamental a um "processo justo", como o núcleo essencial do direito mais amplo a uma ordem jurídica justa.

[177] Segue o texto completo do art. 111 da Constituição da República Italiana:

Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

[178] A simples consulta aos principais dicionários da língua italiana demonstra com precisão o argumento. São diversos os sentidos atribuídos à expressão "*giusto*" utilizada como adjetivo, dentre as quais destacam-se, (*a*) rigorosamente como o senso de justiça; (*b*) verdadeiro; (*c*) legítimo, fundado; (*d*) regular, adequado; (*e*) preciso, exato. Neste sentido: <https://bit.ly/3nhhYhA>, <https://bit.ly/2S0n5HD>, <https://bit.ly/3dJgkSW>, acessos realizados em 22/04/2021.

inspirou-se diretamente na cláusula do *due process of law* anglossaxão, sendo que o termo "*due*" sugere as ideias de processo *regular* ou *correto,* razão pela qual deveria ser traduzido para o italiano como "*giusto*". Segue Nery Jr ensinando que a expressão "*giusto processo*" deve ser entendida no Brasil como "devido processo", sendo desnecessário lançar mão da expressão "processo justo", em respeito ao estabelecido no art. 5º, LIV, da CF.[179]

A expressão "processo justo", ao menos entre nós, traz muito mais problemas do que soluções,[180] levando em conta a enorme carga abstratamente axiológica que o "justo" – e sua relação com a justiça material – carrega em si.

No caso do Brasil, dentre outras razões, deve-se preferir a utilização da expressão "devido processo legal", prevista na própria Constituição (art. 5º, LIV, da CF), ou simplesmente processo, que é tomada como sinônimo nesse trabalho.

A expressão "processo justo" representa um fosso de vagueza dogmática, dentro dela tudo é possível, já que não existem limites para sua caracterização. Em nome da "justiça da decisão", da "efetividade processual", do "clamor popular" ou de qualquer outro ardil argumentativo, plasmam-se ao juiz poderes implícitos de flexibilização procedimental, para a tutela do interesse de uma das partes, dando perfeição ao ideal instrumentalista de utilização do processo como "ferramenta oficial do Estado para a consecução de finalidades extragarantísticas".[181]

O "processo justo" não passa de mero recurso linguístico para autorizar o despertar do vírus autoritário do juiz,[182] sem que haja a descrição precisa de seu conteúdo normativo, pois

---

[179] NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 115. E segue a explicação de Nery Jr.: "Vigoriti deu a seu precioso trabalho o subtítulo de *due processo f law*, reconhecendo que o que se denomina de *justo processo* nada mais é do que o aspecto processual do instituto do *devido processo legal*, tomado por empréstimo da doutrina e do direito anglo-saxônico. Saliente-se que o livro de Vigoriti, restrito ao exame da parte processual do *due process of law*, levou em conta a CF italiana 24, que trata da *garantia do direito de ação*, isto é, da *inafastabilidade do controle jurisdicional*, ao que a CF italiana 111, com a atual redação, trata do aspecto processual do princípio do devido processo legal." (destaques no original)

[180] Na doutrina espanhola, Lorca Navarrete utiliza a expressão "processo justo" como sinônimo ao devido processo legal, no entanto, traz um alerta sobre o ponto, que serve de crítica à doutrina brasileira do "processo justo". Afirma que o adjetivo "justo" representa a garantia de aplicação das garantias processuais, nada mais. Ou seja, está diretamente relacionada à lição acima, de regularidade e correção. Não é "justo" porque nele se estabeleça a "verdade" ou a "justiça". A função do "processo justo" é a aplicação, inexorável, das garantias processuais, que assegura o convencimento das partes sobre o desenvolvimento adequado do processo. (LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. **El denominado "processo justo"**, *in* Revista de Derecho *Ius et Ratio*, p. 14.) Ao menos no Brasil, não há qualquer motivo para a utilização de outra expressão, que não devido processo legal.

[181] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **ABDPro 15 – Breves meditações sobre o devido processo legal**. *In:* Revista Empório do Direito, <http://bit.ly/2KF9KAu>, acesso em 05/04/2018.

[182] MENDONÇA, Luis Correia. **Vírus autoritário e processo civil**, *in*: Julgar nº 01, 2007, pp. 67-98. CARVALHO FILHO, Antonio. **A pandemia do virus autoritário**, *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/31xFWyo>, acesso realizado em 08/11/2021.

se trata de um conceito altamente fluido, voltado para a satisfação de interesses político-morais da autoridade judicial de plantão.

Com apoio nas lições de J. L. Austin, pode-se dizer que o "processo justo" é um enunciado performativo,[183] pois não pode ser submetido a testes de validade, uma vez que não são verificáveis como verdadeiros ou falsos, diante da falta de descrição ou de registro de algo, ao contrário do que acontece com os enunciados constatativos. Sua função é simplesmente realizar algo, mesmo com conteúdo dogmático e linguístico "zero". Trata-se de uma velha estratégia daqueles que buscam conferir ares de juridicidade para aquilo que é simplesmente panfletário.[184]

O "processo justo" é completamente oco de sentido, representa uma tentativa da doutrina em transformar o processo naquilo que ela bem entende, naquilo que ela deseja e anseia, sem a mediação do constituinte ou do legislador.

A postura ora indicada fica clara não apenas pela subversão do sentido normativo do art. 5º, LIV, da CF (direito fundamental do devido processo legal), mas, principalmente, pela defesa explícita de que o texto da constituição deve ter os seus próprios termos alterados.[185] Marinoni e Mitidiero sustentam que a expressão "devido processo legal" é "criticável", "porque remete ao contexto cultural do *Estado de Direito* (*Rechtsstaat, État Légal*), em que o processo era concebido unicamente como *anteparo ao arbítrio estatal*, ao passo que hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstat, État de Droit*) tem por missão *colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo*".[186]

O salto entre um modelo "cultural" de Estado de Direito para um Estado Constitucional não é esclarecido, ao menos na passagem em tela. Há uma suspeita, contudo, de que a transposição se deva à aproximação de Marinoni e de Mitidiero com o movimento neoconstitucionalista. Tampouco se esclarece por que a expressão "devido processo legal" não

---

[183] AUSTIN, J. L., **How to do things with words**, Harvard University Press, 1975, p. 6.

[184] ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 1410-1419. Neste mesmo sentido: ABBOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque. **A relativização da coisa julgada material injusta: um estudo à luz da teoria dos enunciados performativos de Jonh L. Austin**, *in*: Revista de Processo vol. 284/2018, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, out. 2018, p. 77/113.

[185] O primeiro a defender essa ideia foi OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo-valorativo: proposta de um formalismo-valorativo**, 4.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2010, pp. 106-107.

[186] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Direitos fundamentais processuais**, *in:* SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, 7.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2018, livro eletrônico, item 5.1.1 Introdução. (Destaques no original) No mesmo sentido, *ipsis litteris*, MITIDIERO, Daniel. **Direito fundamental ao Processo Justo**, *in* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 45, Nov-Dez/2011, p. 23. (Destaques no original)

seria compatível com o tal "Estado constitucional colaborativo".[187] Como sói na doutrina, esses dados são ofertados como premissas constituídas e indene de dúvidas, dados de simples percepção em decorrência de sua "obviedade". O aprofundamento teórico, contudo, é um não-tema.

1.4.1. "Cultura", "valor" e "justiça" no conceito de "processo justo": a deturpação da doutrina de Miguel Reale.

Mitidiero defende, pelo menos desde sua tese de doutorado,[188] uma visão de que o processo é um fenômeno cultural, ponto que serve de "premissa filosófica" para o seu desenvolvimento da colaboração no processo.

Ao criticar a postura "tecnicista" do CPC de 1973 – nomeadamente a partir da visão apresentada por Alfredo Buzaid, autor do anteprojeto de lei –, fruto do "processualismo científico" germânico, austríaco e italiano, que pregava o "processo como um fenômeno técnico", defende que "a melhor compreensão do tema" seja a adoção de um "caráter cultural do próprio formalismo do processo", que "acaba condicionando a eleição deste ou daquele caminho a seguir na organização do tecido processual".[189]

Reconhecendo as dificuldades para a conceituação da "cultura", porém, com a finalidade de "outorgar-lhe contornos menos fluidos", Mitidiero reconhece dois conceitos básicos para a expressão: "o de *cultura animi* e o de civilidade". A "*cultura animi*" remonta à Antiguidade Grega, tomando a expressão cultura no sentido de "educação do indivíduo dentro das disciplinas superiores (por exemplo, a filosofia), o seu refinamento e o desenvolvimento

---

[187] A expressão foi desenvolvida por Peter Häberle no seu ensaio *Der Kooperative Verfassungsstaat* (Estado Constitucional Cooperativo), que tem como proposta central, o estabelecimento de um Teoria do Estado voltada à absorção do papel estatal no direito internacional, no entrelaçamento de suas relações internacionais e supranacionais, na perspectiva do final dos anos 70 e início dos anos 80, do século passado, com vistas à necessidade internacional de políticas de manutenção da paz entre os Estados. Não possui qualquer relação com a redefinição da teoria do Estado internamente e tampouco com uma releitura dos direitos fundamentais, como pretendem Marinoni e Mitidiero. Como sói, a utilização da expressão "Estado Constitucional Cooperativo" é flagrantemente axiomática e distorcida da real intenção häberliana. Para aprofundamento: HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo, Rio de Janeiro : Renovar, 2007.

[188] MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**, tese de doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, disponível em <https://bit.ly/3u2W6JL>, acesso realizado em 25/04/2021. A tese foi a base da versão comercial do MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[189] MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.p. 26-27. De igual modo, como fonte influenciadora do pensamento de Mitidiero, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, 4.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2010, p. 93. Chama a atenção a aproximação de Alvaro de Oliveira com as premissas culturalistas de Miguel Reale e de sua teoria tridimensional do direito, tomadas, de igual modo, por Mitidiero.

das suas capacidades intelectuais e morais". Muito embora o conceito esteja focado no indivíduo, reconhece que o exercício das virtudes ocorre na *polis* (*civitas* em latim), o que caracteriza, segundo o autor, o aspecto social do conceito. Já o conceito de "civilidade" exprime uma "ideia mais coletiva, social, transindividual, identificando-se com determinados estágios de evolução dessa ou daquela sociedade." Sustenta, embora sem explicar o motivo, que o aspecto social cobra destaque,[190] numa espécie de "espiritualização de valores comuns", fundante da cultura como a "chave da compreensão" para uma "espiritualidade socialmente considerada".[191]

A mesma afirmação se lê em Alvaro de Oliveira, fazendo referência e prestando loa à Franz Klein, por ocasião de conferência proferida em Dresden em 1901, "na qual chama a atenção para o fato de que o desolador, árido e despercebido fenômeno processual encontra-se na mais estreita relação com os grandes movimentos espirituais do povo, devendo suas diversas manifestações ser enquadradas entre os mais importantes documentos da cultura humana."[192]

O direito como cultura positiva representa a assertiva sobre comportamentos sociais esperados a partir de "valores aceitos". Esse paradigma, submetido ao direito em geral e ao processo em especial, faz eclodir "uma nova fase metodológica", que supera o instrumentalismo, qual seja, o formalismo-valorativo.[193-194]

A apresentação simplista, reducionista e sucinta da filosofia da cultura[195] por Mitidiero é um indicativo claro dos equívocos por ele elaborados. Houve, sem qualquer aprofundamento,

---

[190] MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.
[191] MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.
[192] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo-valorativo: proposta de um formalismo-valorativo**, 4.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2010, p. 95.
[193] MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.
[194] Nas edições posteriores ao CPC de 2015 e após o falecimento do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, principal expoente do formalismo-valorativo, Mitidiero abandona a ideia de que o "formalismo-valorativo" seja a "quarta fase metodológica" do processo e a substitui pelo "processo civil no Estado Constitucional", sem dar maiores pistas da razão da substituição ao leitor. O exame sistemático da obra nas edições posteriores, contudo, demonstra que em substância nada mudou, houve apenas uma "opção" do autor em deixar de fazer referência ao formalismo-valorativo e chamá-lo de "processo no Estado Constitucional". Alerta-se, contudo, que não há nada de novo entre a primeira edição e as subsequentes neste particular. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**, 2.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, *livro eletrônico*, Parte I Processo e cultura.
[195] Embora não seja objeto do presente trabalho a investigação e a apresentação da filosofia da cultura, é indispensável denunciar o absurdo reducionismo operado por Mitidiero, que ignorou anos de debate em torno do tema na filosofia geral, muito embora utilize, retoricamente, a própria filosofia como argumento de autoridade para sustentar a premissa de sua tese. Com o devido respeito, a simplificação operada equivale à ruína da própria obra, é como assentar uma casa na areia, sem qualquer fundação estruturante básica. Para um aprofundamento descritivo da filosofia da cultura: CASSIRER, Ernst. **An Essay on man: An introduction to a Philosophy of Human Culture**, Garden City : Doubleday Anchor Books, 1944. SANTOS, Mário Ferreira dos. **Filosofia e**

uma equivalência entre a "cultura" e um conceito de "valores sociais", evidentemente tendentes à eliminação de todo conteúdo individual de cultura.

A constatação fica mais evidente ao examinar o desenvolvimento teórico do formalismo-valorativo por Alvaro de Oliveira, que coloca os "fatores culturais" e a "cultura" como elementos determinantes da prática jurídica.

A vantagem de Alvaro de Oliveira para Mitidiero é que o primeiro é mais explícito ao leitor na associação entre os "fatores culturais", forjadores de toda criação humana, e os "valores". Dizia ele que o "mundo jurídico lida com *valores*, e o efeito (jurídico) da norma não é nem o simples valor nem o simples fato, mas o valor atribuído ao fato, conforme o enquadramento realizado pela norma. Nisso reside o *specificum* do fenômeno jurídico, constituído sempre de fato valorado pela regra jurídica."[196] (destaques no original)

Alvaro pretende estabelecer que a importância do valor na sua concepção de direito era decorrente da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, que concebia o direito como fato, valor e norma.[197] Em singela nota de rodapé, Mitidiero pretende a mesma coisa, ao indicar a leitura do "Lições preliminares de direito", para referir aprofundamento "acerca da clássica teoria tridimensional do direito, subjacente ao discurso."[198]

O presente trabalho não tem por escopo a análise crítica aprofundada sobre a obra realeana. No entanto, algumas notas são necessárias para demonstrar o uso equivocado das premissas de Reale pelos hiperpublicistas.

Miguel Reale é um dos principais juristas de todos os tempos no Direito brasileiro.[199] Sua obra é objeto de estudo e de referência mundial, embora ande esquecida em nosso país. A

---

história da cultura, vol. I, São Paulo : Livraria e Editora Logos, 1962. SANTOS, Mário Ferreira dos. **Filosofia e história da cultura**, vol. II, São Paulo : Livraria e Editora Logos, 1962. SANTOS, Mário Ferreira dos. **Filosofia e história da cultura**, vol. III, São Paulo : Livraria e Editora Logos, 1962. SUAREZ, Rosana. **Nota sobre o conceito de Bildung (Formação cultural)**. Kriterion, BH, nº 112, DEZ 2005, pp. 191-198. Disponível em <https://bit.ly/3sOJvbz>, Acesso em 25/04/2021. Há, ainda, no Brasil, vasta bibliografia sobre o movimento conhecido por "culturalismo", que no direito teve como principal expoente, Miguel Reale. Uma excelente revisão sobre o movimento, com valiosas indicações bibliográfica: CARVALHO, José Maurício de. **O tema da cultura na filosofia brasileira**, *in:* Utopia y Praxis Latinoamericana, año 7., nº 17, Junio, 2002, pp. 87/108, disponível em <https://bit.ly/3sJTxuw>, acesso em 25/04/2021. Sequer houve uma investigação ampla sobre a filosofia jurídica da cultura, sobre a qual não poderia faltar a análise ao pensamento de Windelband, Rickert, Munch, Lask, Mayer, Radbruch, Sauer e Ravà, sem contar Reale. REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, pp. 173-212.

[196] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo-valorativo: proposta de um formalismo-valorativo**, 4.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2010, pp. 92-93.

[197] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, pp. 275-320. REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994, *passim*.

[198] MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 55 .

[199] Na verdade, Miguel Reale é muito mais do que isso. Ele é um autor denso, profundo, de qualidade inegável. Extremamente culto e letrado em diversos idiomas, rompeu, ainda em meados do século passado, os limites

teoria tridimensional do direito foi originalmente proposta na segunda metade da década de 60 do século passado, nada obstante o primeiro esboço já tenha surgido no final início da década de 40, no célebre Fundamentos do Direito, versão comercial da tese de doutorado de Reale.[200]

A teoria tridimensional tem por objetivo estabelecer critérios de validade e de eficácia para as normas jurídicas e para o sistema jurídico como um todo. Sua formulação é complexa, tendo em vista a necessidade de conjugação da tríade fato-valor-norma de modo conjunto, em níveis de interpretação concretos, não podendo ser cindidos. Na verdade, a cisão desses elementos caracteriza objeto de ferrenha crítica por Reale, das posturas monistas sociológicas (fato), axiológicas (valor) e do normativismo abstrato (norma).[201]

O fundamento abstrato do Direito – ou seja, do sistema jurídico, do ordenamento posto de forma integral – está relacionado diretamente, segundo Reale, com a "atividade racional que, captando os valores nos fatos, isto é, tais como se revelam através da experiência, os considera e atualiza como a *fins*, convertendo-os em motivo racional de conduta."[202] Em outras palavras, e de forma bastante resumida, o fundamento do direito enquanto sistema, na teoria tridimensional, é a percepção racional da tensão havida entre valores e fatos sociais, que dão azo à criação das inúmeras normas formadoras do sistema, sempre pela atuação legislativa. Aqui reside uma das chaves do pensamento de Reale, adesão ao historicismo-axiológico,[203] ou

---

acadêmicos de um Brasil visto como muita desconfiança pelo mundo, para se tornar uma das principais forças da filosofia do direito no mundo. A abordagem ora empreendida, certamente, pecará pela singeleza, mas tratará o autor com a seriedade que ele merece e o respeito absoluto por sua obra.

[200] A menção a esse fato está em REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994, pp. 90-91.

[201] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, pp. 278-281.

[202] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 304.

[203] REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994, pp. 79-88. O objeto de análise do historicismo-axiológico é a observação da experiência jurídica a partir da *praxis* com a necessidade de exame ético a a respeito da experiência axiológica ou histórico-cultural. Nas palavras de Reale: "Assim como no plano gnoseológico, sujeito e objeto se implicam e se correlacionam, *ontognoseologicamente*, sem que um termo possa ser reduzido ao outro, e sem que, ao mesmo tempo, um deles seja pensável sem o outro (polaridade *gnoseológica* entre subjetividade e objetividade), da mesma forma o homem, na raiz de seu ser histórico, *é enquanto deve ser*, mas jamais a sua existência esgota as virtualidades de seu projetar-se temporal-axiológico, nem os valores são concebíveis extrapolados ou abstraídos do existir histórico (polaridade ética entre *ser* e *dever ser*). Por onde se vê, que 'processo histórico-cultural' e 'processo ontognoseológico' são dos momentos de uma única compreensão dialética, fundada no espírito como 'síntese *a priori*'." (pp. 79-80) Centralizando o leitor no debate, conceitua-se o que é Ontognoseologia Jurídica para Reale, com suas palavras: "A *Ontognoseologia Jurídica*, tendo por fim determinar a *função cognoscitiva* do Direito, em sua integralidade, indaga de sua consistência '*ôntica*' e da correlata estrutura 'lógica', isto é, dos pressupostos universais, ao mesmo tempo *subjetivos* e *objetivos da realidade jurídica*." REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à Epistemologia Jurídica**, São Paulo : Editora Saraiva, 1968, p. 85. A Ontognoseologia é a parte geral da filosofia do direito, que não só abrange a tarefa de determinar a natureza da realidade jurídica, em confronto com a experiência moral e as demais expressões da vida ética, como a de esclarecer os meios de compreensão aos diversos aspectos, em sentido de concreta complementariedade. E prossegue: "Na indagação ontognoseológica, em suma, procura-se receber o direito tal como êle é, no âmbito do processo cognoscitivo, ou da corelação sujeito-

seja, a percepção dos valores a partir da história, que muitas vezes é retratada como cultura, centrada na natureza racional do homem, enquanto animal político e pertencente a uma sociedade. O direito, por conseguinte, é um fenômeno histórico-cultural necessariamente quando valorado normativamente sobre certos valores.[204]

A análise histórica é, pois, o objetivar do homem enquanto pertencente a um ambiente social em um ambiente imerso de valores. A somatória dessas experiências revisitadas forma os bens culturais. "Cada um e todos os bens culturais (...) possuem uma natureza binada: *são* enquanto *devem ser* (*realidade impregnadas de valores*), e, por conseguinte, existem tão-somente na medida em que valem para algo. O valor peculiar a tais entes é, no entanto, um valor reflexo, visto pressuporem a intencionalidade axiológica do homem como agente da história."[205] A isso, Reale chama de "intencionalidades objetivadas". Objetivando-se no passado, o homem subjetiviza-se no presente, para comandar o seu futuro através do modo que entende devido.[206]

Toda apreensão do historicismo-axiológico, por conseguinte, tem o homem, a pessoa humana, por "*valor-fonte*" de todos os valores.[207] Mais uma chave ao pensamento realeano. Toda perspectiva histórica gira em torno de um núcleo fixo, que "é a idéia de pessoa, não entendida como substância dogmaticamente pressuposta à pesquisa filosófica, mas como imanente possibilidade de escolha constitutiva de valores".[208]

---

objeto, evitando-se apreciá-lo unilateralmente, seja como um 'dado natural', já perfeito e acabado, pronto para ser declarado pelo jurista; seja como 'dado ideal', pura expressão formal e adiáfora, capaz de conferir cunho de 'juridicidade' a conduta humana, que poderá ser de natureza econômica, religiosa, estética etc., mas nunca jurídica: o que marca a atitude ontognoseológica é o propósito de receber a experiência tal como ela se apresenta, sem quaisquer desvios ou mutilações resultantes da aceitação prévia e implícita de dada forma de compreensão do fenômeno social e humano." REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à Epistemologia Jurídica**, São Paulo : Editora Saraiva, 1968, p. 86. Em arremate: "A ontognoseologia Jurídica é, pois, o *estudo correlato da realidade jurídica e de sua compreensão conceitual*, na unidade integrante de seus elementos constitutivos (valor, norma e fato) implicando perspectivas prevalecentemente éticas, lógicas ou histórico-culturais." REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à Epistemologia Jurídica**, São Paulo : Editora Saraiva, 1968, p. 87.

[204] REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994, p. 80.

[205] REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994, p. 80.

[206] Nas palavras do autor: "Daí ser fundamental no historicismo axiológico a complementariedade dialética entre *subjetividade*, como fonte inexaurível de valores, e *objetividade*, como inexaurível possibilidade de determinações de experiência, cabendo ao Direito não só salvaguardar e tutelar os bens já adquiridos, como acima de tudo, preservar e garantir o homem mesmo como livre criador de novos bens, em quaisquer que possam ser os ordenamentos político-jurídicos da convivência social." E prossegue: "Como se vê, minha compreensão do direito situa-se não no *historicismo absoluto*, que reduz tudo às determinantes da história, encerrando o futuro na pré-modelagem dos fatos pretéritos, *mas de um historicismo aberto*, que leva em conta o fato decisivo do *ineditismo da liberdade*, como componente do futuro, para vivência do presente e diagnóstico do passado." (REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994, p. 83.)

[207] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 305. REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994, p. 81.

[208] REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994, p. 82.

Nesse ponto, surge a necessidade de decompor, de modo didático, os elementos tridimensionais do direito, lembrando, contudo, que sua operacionalização é sempre realizada em conjunto.

O conceito de "fato no direito" é fundamental para a teoria tridimensional. "[E]le envolve tanto *aquilo que acontece, independentemente da iniciativa humana, mas que adquire significado 'inter homines'* (o fato de alguém nascer, p. ex., sem que tenha havido o propósito de gerar)*, como aquilo que intencionalmente é feito e se refere 'ad alios'.* 'Fato' é, por conseguinte, uma palavra que corresponde tanto ao particípio passado *factum*, de *fieri* (acontecer), como de *facere* (fazer)." (*destaques no original*) Não existe o que Reale chama de "fato bruto" ou "fato puro", pois todo fato já é, em certa medida, teorizado, interpretado e valorado para que haja a compreensão intelectiva. Deste modo, o fato o é enquanto situado no "envolver da história", cujo significado é atribuído no contexto e na estrutura em que ele ocorreu.[209]

Embora o fato esteja "imantado a um valor", ele jamais pode ser confundido com esse último. "O fato, em suma, é valorado (recebe uma qualificação axiológica), mas jamais se converte em valor." Há, pois, diferença entre o valor e a valoração.[210]

O conceito de valor na teoria tridimensional deve ser bem compreendido, pois central na formulação. Reale rompe com a noção de valor como "qualidades ideais dos bens" (ou "qualidade do ser" ou, ainda, "objeto ideal"), para fundar o seu historicismo-axiológico, espécie de um gênero maior que ele qualifica de "historicismo-cultural de valores", cuja unificação decorre da convicção de impossibilidade de compreensão do problema do valor fora do âmbito da História, "compreendida esta como realização de valores ou como projeção do espírito sobre a natureza, visto dever-se procurar a universalidade do ideal ético com base na experiência histórica e não com abstração dela".[211]

Para ele, o "valor se distingue dos objetos ideais por algumas notas essenciais, que o vinculam ao processo histórico, quais sejam, a *realizabilidade* (valor que não se realiza é quimera, simples aparência de valor, enquanto um objeto ideal, como um círculo, não deixa de ser o que é, por jamais haver entes circulares perfeitos); a *inexauribilidade* (por mais, p. ex., que se realize justiça, há sempre justiça a realizar); a *transcendentalidade* (uma sentença justa não é toda justiça, pois todo valor supera suas realizações históricas particulares); a *polaridade* (só se compreende um valor pensando-o na complementaridade de seu contrário, ou seja,

---

[209] REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994, p. 95.
[210] REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994, p. 95.
[211] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 7.ed, 1º vol., São Paulo : Editora Saraiva, 1975, pp. 185-186.

positiva e negativamente, enquanto os objetos ideais são pensados independentemente de algo que necessariamente os negue etc.)."[212] É por isso que Reale defende que viver é atribuir valor a tudo.[213]

O conceito de norma, por sua vez, surge pela imanência concreta da relação fato-valor ("processo factual-axiológico"). É nesse ponto que Reale se distancia definitivamente do pensamento de Hans Kelsen, nomeadamente da sua concepção de teoria pura do direito.[214] A norma surge da nomogênese jurídica, momento conclusivo de um processo espiritual de natureza dialética, no qual o fato passa pelo crivo ou pelo critério das estimativas do Poder e se consubstancia nos esquemas de fins que devem ser atingidos, próprios da tensão entre fato-valor.[215] "Imagine-se um legislador diante de uma situação de fato a que deva atender com providências normativas: - o ato de legislar implica consciência especial dos problemas, uma característica 'atitude de dever ser', isto é, a certeza de que lhe cabe 'optar', eleger uma via, da qual resultará a tutela de um campo de interesses reputados legítimos. Não se trata de um sociólogo dedicado a descobrir conexões entre os fatos, nem de um psicólogo empenhado em seguir reflexos de um ato ou de uma deliberação do plano da vida interior: - o momento de legislar tem significado próprio enquanto alberga sempre um sentido de 'dever ser' ao qual é inerente uma *opção* entre diversas vias possíveis."[216]

Ainda nessa perspectiva, deve-se avançar para um ponto central na construção da teoria tridimensional. Ao diferenciar valor-fim e valor-meio[217], Reale enuncia que o valor-fim do Direito é a Justiça, não como virtude, mas "em sentido objetivo como *justo*, como ordem que a virtude justiça visa realizar."[218] Essa Justiça não se confunde com a justiça distributiva ou justiça comutativa. Sua construção é apresentada como "Justiça geral", "que é a ordem das relações dos homens para com a comunidade, no sentido do bem cultural, ou segundo uma expressão feliz do bem comum." A construção de Reale vincula a Justiça geral ao ideal de proporção e igualdade: "A justiça geral, que põe o homem a serviço da coletividade, é a Justiça por excelência, pois o bem comum não se realiza sem o bem de cada homem e o bem de cada

---

[212] REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994, p. 94.
[213] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 305.
[214] De forma bastante resumida, a principal objeção de Reale é que Kelsen defende uma teoria da norma que possua validade sem "indagar se ela tem eficácia real no seio da coletividade". REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 170. A crítica de Reale é mais profunda, sem qualquer dúvida, atingindo, inclusive, questionamentos relevantes sobre a *Grundnorm* e o *Grundakt*. Na referência acima, o leitor poderá buscar maior aprofundamento.
[215] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 19.ed, São Paulo : Editora Saraiva, p. 555.
[216] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 19.ed, São Paulo : Editora Saraiva, p. 552.
[217] O valor-fim, ou fim-último possui valor em si próprio, enquanto o valor-meio ou fim secundário recebe a valoração do valor-fim e visa o seu atingimento.
[218] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 306.

um não se realiza sem o bem comum; é a ordem social na proporcionalidade dos bens particulares e coletivos."[219]

No entanto, é importante entender a afirmação acima, na própria noção de Direito Positivo como elemento heterônomo em relação ao particular (homem), pois é exatamente essa condição de terceiro do Estado, que traz a ideia de coercibilidade ao Direito. É dizer, a decisão sobre o justo, no direito *in abstrato*, é tarefa do legislador, "que exige uma larga esfera de livre apreciação das oportunidades políticas, de cotejo de valores, de exame de situações e de contingências. Cada lei promulgada representa a negação de mil outras leis possíveis, é o termo de uma seleção e de um pronunciamento segundo critérios variáveis que só podem ser apreciados em concreto, em face de cada caso particular."[220]

Pelo exposto, entende-se que o pensamento de Miguel Reale, em especial a sua formulação da teoria tridimensional e, ainda, o seu historicismo-axiológico, não guarda qualquer relação com a construção de valor apresentada por Alvaro e por Mitidiero. Explica-se.

O valor do formalismo-valorativo está embebido de uma noção axiológica abstrata, de valores pré-determinados, com substância estabelecida de modo universalizante, que servem, inclusive, como base de correção do direito posto pelo juiz.

Aproximando-se da aporia dinamarquiana do juiz-antena, o valor para Alvaro não possui a função integrativo-interpretativa de fechamento do sistema, como pretende Reale, mas serve como mola propulsora de abertura do sistema jurídico para que o juiz julgue a partir de um "direito natural" superior ao positivado, verificável pelos "reclamos de justiça do povo", cuja atividade seria controlada pela fundamentação das decisões judiciais.[221] Na leitura luhmanniana, a proposta de Alvaro tem o mesmo sentido colonizador do sistema do direito pelo ambiente, que a tese de Dinamarco.

Ao que parece, a pretensão alvariana é de fundamentação de uma ordem de valores superiores, cuja normatividade vincula o legislador e o juiz. Em outras palavras, Alvaro admite uma atividade judicante "livre" do direito positivo, caso ele não reflita os ideais sociais.

O "valor justiça" passa a ser visto como a "finalidade" do processo "relacionado com a atuação concreta do direito material".[222] Mais uma vez, chamamos a atenção para a constante

---

[219] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, pp. 308-309.
[220] REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2000, p. 340.
[221] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo-valorativo: proposta de um formalismo-valorativo**, 4.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2010, p. 101.
[222] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo-valorativo: proposta de um formalismo-valorativo**, 4.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2010, p. 99.

confusão entre processo e jurisdição, também muito nítida na obra sob exame. Ao defender que o processo serve "para a realização do direito material", não se admite o procedimento que leve ao "aniquilamento do próprio direito ou para um retardamento irrazoável da solução do litígio, em vez de servir à realização do direito."[223] A justiça – na conotação do materialmente "justo", nomeadamente a decorrente do caráter substancial do *due process of law* – passa a ser parâmetro de controle de constitucionalidade das regras procedimentais (tal qual a *law of the land* do *common law*).

Defende-se, outrossim, que o juiz seja liberado de seus "grilhões formalísticos", outorgando-lhe papel ativo na direção do procedimento e na busca da "verdade fática", transformando, assim, o processo em um "valor da sociedade como um todo."

Prega-se, abertamente, a autorização de tarefas "integrativas" e "assistenciais" pelo juiz, evitando reduzir sua esfera de ação entre limites prefixados com minucioso rigor. Sem qualquer rubor, e uma submissão absoluta à práxis, assevera que "o ativismo e mesmo a postura cooperativa do juiz constituem hoje um fenômeno praticamente irreversível, e a história demonstrou não ser a passividade do órgão judicial a maneira mais eficiente de se obter os resultados próprios do processo, sem falar no cunho indiscutivelmente público deste, a rejeitar semelhante opção."[224]

Note-se que toda a operação teórica do formalismo-valorativo – realizada por Alvaro, no que é acompanhado por Mitidiero –, é no sentido de dotar o juiz de poderes extraconstitucionais, em nome do valor "justiça", tomado em abstrato. Em outras palavras, a partir do valor "justiça",[225] o formalismo-valorativo promove a releitura do direito fundamental do processo e de institutos correlatos, sugerindo, explicitamente, a substituição do texto constitucional, por enunciado não escrito, ou seja, devido processo legal por processo justo.

Uma tentativa de conceituação do "justo" no processo foi realizada por Alvaro, como se vê na seguinte passagem:

> Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do

[223] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo-valorativo: proposta de um formalismo-valorativo**, 4.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2010, p. 245.
[224] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo-valorativo: proposta de um formalismo-valorativo**, 4.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2010, pp. 247-249. Em sentido correlato: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 43-53.
[225] Que sequer é devidamente elaborado e explicitado de modo claro e coerente, não se sabendo exatamente sobre qual justiça está se falando.

> processo em prazo razoável, direito à prova). Por isso, a racionalidade do direito processual não há de ser a racionalidade tecnológica-estratégica, mas a orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material quanto a concordância dogmática da decisão.[226]

Duas observações: (*a*) O conceito apresentado sofre de inarredável petição de princípio, pois assevera que a justiça no processo é o atuar conforme o processo justo. O raciocínio é tautológico e não descreve absolutamente nada, serve apenas como *slogan* em seu potencial de enunciado performativo, mas que não pode ser colocado à prova; (*b*) a centralidade da Justiça no processo está calcada na atividade jurisdicional, mais uma vez, incidindo na confusão entre os domínios do processual e do jurisdicional. A garantia se esvazia nas mãos do exercente do poder.

Rafael Giorgio Dalla Barba, demonstra, com clareza solar, que o conceito de Justiça no Direito precisa se valer da construção da filosofia ética, especificamente no ramo da metaética:

> Na medida em que "justiça" – conceito central da Ética – é tomado como predicação do processo, o compartilhamento de conceitos entre Direito e Ética (ou Moralidade) recebe assim um novo componente. O "processo justo" se soma aos conceitos compartilhados entre essas áreas do conhecimento já previstos na legislação, destacando-se por sua suposta capacidade de determinar a interpretação e a aplicação de diversos institutos processuais. A prática de compartilhamento de conceitos entre Direito e Ética, tradicionalmente vinculada às áreas de direito material, passa a ser reforçada na esfera processual não apenas pelas disposições do Código de Processo Civil de 2015, mas agora fortemente pela doutrina do processo justo.
>
> Assim como o Direito se informa na Meteorologia sobre "neblina" e na Biologia sobre "peixe", não é diferente em relação à Ética sobre o conceito de "Justiça". Ou seja, o que qualifica o processo como justo exige uma investigação específica na área do conhecimento que tem como seu objeto o conceito de "justo", ou seja, conceitos éticos. Em Filosofia Moral, essa tarefa incumbe à Metaética.[227]

O autor, na sequência, mostra quais são os desafios metaéticos da doutrina do processo justo, que devem ser respondidos por seus adeptos. Em resumo são os seguintes: (*i*) desafio metafísico: por mais trivial que possa parecer, a propriedade moral e o conteúdo da justiça (ontologia moral) precisam ser demonstrados, para que a tese possa ser teórica e cientificamente válida. "Até agora não há nada nos textos da doutrina do processo justo que tenha indicado essa

---

[226] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Efetividade e processo de conhecimento**, Revista de Processo, vol. 96/1999, pp. 59-69, Out-Dez/1999, revista eletrônica.
[227] DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Desafios metaéticos à doutrina do processo justo**, *in* Revista de Processo, versão *online*, vol. 308, out./2020, pp. 17-31, item II.

ontologia moral; no entanto, sem essa explicação o processo justo simplesmente *não existe*" (destaque no original); (*ii*) desafio epistemológico: não basta a demonstração da ontologia moral, é indispensável que o conteúdo da justiça tenha uma explicação suficiente sobre a possibilidade de conhecimento de sua substância. Ou seja, ela precisa de uma epistemologia. Como Dalla Barba demonstra, não basta para tanto que os defensores do processo justo utilizam recursos de abstratos, ou *slogans* como o "bem comum", "espírito do direito", um "valor" ou um "princípio", pois eles não são verificáveis. "Sem uma epistemologia, uma ontologia seria ainda insuficiente para as pretensões da doutrina do processo justo"; (*iii*) desafio semântico: por fim, não basta uma ontologia e um epistemologia, é necessário que haja um acordo semântico entre o ente "justo" e a sua correspondência com referente no mundo (realidade), que estabeleça esta relação, um problema grave, pois não são referenciais, mas apenas expressivos. Eles não designam entidades objetivas no mundo, como é o caso do processo.[228]

Até hoje a doutrina não se desincumbiu desses desafios e dificilmente, como se sabe por experiência, desincumbir-se-á. A preferência, sem a menor dúvida, é prosseguir no uso performativo do termo.

O recurso para utilização da cultura, tanto na obra de Alvaro, como na de Mitidiero, é de retórica vazia, do mero *slogan*. É uma cultura que ignora a tradição, que abandona a experiência humana, que abomina o individual e o indivíduo. É uma cultura que confunde o fato com o valor, o valorado com a valoração. Essa mixagem faz com que o valor devore o fato e a norma. Existe apenas a fluidez subjetivada do valor verificada pela autoridade judicial. É, pois, a colonização do sistema do direito pelo ambiente, a partir dos códigos da moral, da política, da economia, da religião etc.

Este tipo de artifício não se encontra na obra de Miguel Reale. A tríade fato-valor-norma é conjugada em unidade, como acima apresentado. Reale sempre repudiou o axiologismo abstrato, que reduzisse o valor justiça à dedução lógica de dois ou três preceitos postos como expressões do justo, tais como "dever dar a cada um o que é seu" e "não dever causar prejuízo a ninguém".[229] Em suas próprias palavras, surge a advertência ignorada pelos autores ora revisados e seus seguidores: "Arriscam-se a repetir o erro do velho jusnaturalismo todos aqueles que pretendem identificar o *justo* e o *jurídico*, afirmando que o Direito só vale

[228] DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Desafios metaéticos à doutrina do processo justo**, *in* Revista de Processo, versão *online*, vol. 308, out./2020, pp. 17-31, item III. Sugere-se a leitura integral do artigo para aprofundamento.
[229] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, pp. 292-293.

quando justo, sem levarem em conta os elementos condicionantes e contingentes da realidade histórica e cultural."[230] (destaques no original)

O valor, por conseguinte, não pode ser o fator reinante na atividade interpretativa, como se fosse elemento alijado de uma realidade histórico-cultural, na qual o próprio direito positivo faz parte relevante, principalmente para a atuação do jurista. "Vendo-se, por outro lado, apenas o aspecto axiológico ou estimativo do Estado, cai-se no erro hegeliano de sua identificação com a *Idéia*, ou o Valor no seu processar-se dialético, ou então, volve-se a admitir a sua unidade apenas do ponto de vista teleológico, já que os *fins* sociais são os próprios *valores* enquanto racionalmente reconhecidos como motivos de conduta, e, por conseguinte, significam projeções racionais dos valores no plano da história."[231] (destaques no original)

A cisão completa entre o pensamento de cariz hiperpublicista-processual – seja do instrumentalismo processual, seja do formalismo-valorativo – e o pensamento de Miguel Reale fica muito clara na sua formulação de teoria do Direito e do Estado, especificamente ao tratar do poder de decidir sobre a positividade jurídica.

Nada obstante Reale defenda a existência de "um mínimo de atividade livre" na interpretação e aplicação da lei pelos aplicadores, vale dizer, administradores e juízes,[232] o autor deixa indene de dúvidas que "o poder de decidir não pode deixar de ser um poder exercido na forma da lei e, em regra, para a realização dos fins contidos no ordenamento jurídico em vigor. Daí dizermos que, do ponto de vista estritamente jurídico, *soberania é o poder que tem o Estado de decidir em última instância na forma da constituição e dos pactos internacionais, a que dou assentimento.*" (*destaques* no original) E prossegue, para deixar claro o ponto: "Está visto que, no nosso modo de entender, a decisão do Estado só interessa ao jurista enquanto se traduz no domínio do Direito e se atualiza sob forma jurídica. Esta não é, porém, matéria pacífica, havendo juristas que são de parecer que a soberania, mesmo do ponto de vista jurídico, é um poder de decidir em última instância inclusive *contra legem*, o que me parece inaceitável."[233-234]

---

[230] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 293.
[231] REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2000, p. 375.
[232] REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2000, p. 340.
[233] REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2000, p. 342.
[234] Em sentido semelhante: "Aqui fica evidente a idéia autoritária de se conferir o monopólio do poder ao Estado perante o qual os cidadãos estão apenas na condição de sujeitos, num Estado Democrático de Direito, o Estado apenas possui poder sobre o cidadão na medida em que o Direito lhe conferir esse poder." ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual**, Revista de Processo, vol. 166/2008, Dez. 2008, pp. 27-70, *versão eletrônica*.

É por isso que apenas a conformidade com a Justiça – a partir do ponto de vista abstrato, decodificada pela visão subjetiva do julgador – não é "suficiente para fundamentar o Direito *in concreto*." Se assim fosse, caso a racionalidade e a justiça de determinado preceito "tivesse força para obrigar à obediência, nós seríamos forçados a seguir, como se jurídicas fossem, todas as regras racionais e justas propostas por um particular."[235] Esse argumento, contudo, nunca foi desafiado pelos hiperpublicistas.

Os defensores do "processo justo", em verdade, utilizam-se de Miguel Reale como argumento de autoridade. O uso axiomático da teoria tridimensional do direito ou, mais precisamente, de um de seus elementos, o valor, busca dar verniz de cientificidade aos seus argumentos.

Necessário revelar que o "processo justo" decorrente do formalismo-valorativo é uma espécie de versão atualizada do instrumentalismo processual,[236] um instrumentalismo 4.0; nada obstante o esforço dos formalistas-valorativos em descolarem-se da visão de processo como instrumento da jurisdição,[237] autointitulando-se a quarta fase metodológica do processo.[238]

Bruno Silveira de Oliveira, instrumentalista convicto, apresenta crítica precisa sobre o insucesso da tentativa de separação do formalismo-valorativo e instrumentalismo processual:

> As críticas endereçadas à concepção instrumentalista do direito processual, com o devido respeito, não chegam sequer perto disso, não divisando fronteiras que aquela perspectiva ignore.
>
> Posto que bem-intencionadas, resultam ao fim e ao cabo em circunlóquios. Seu produto inconsciente é uma das melhores defesas que o instrumentalismo processual, com outro nome (formalismo-valorativo ou coisa que o valha), poderia obter.
>
> Seguem fielmente, com boa profundidade teórica, as pegadas da trilha há muito aberta por Cândido Rangel Dinamarco, confinando-se a contragosto nos domínios de sua obra e de seu legado, como projeções ou desdobramentos elogiáveis e dignos de sua melhor tradição.

---

[235] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 304.

[236] Em sentido correlato, embora fazendo defesa da posição instrumentalista: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **A Instrumentalidade do Processo e o Formalismo-Valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira)**. Revista dos Tribunais Online, Revista de Processo, vol. 293, p. 19-47, Jul./2019. Fazendo coro à crítica ora apresentada: PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro**, Belo Horizonte : Editora Letramento, Casa do Direito, 2020, pp. 161-163. SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz**, Belo Horizonte : Editora Letramento e Casa do Direito, 2021, pp. 48-51.

[237] ZANETI JR., Hermes. MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Formalismo-Valorativo e o Novo Processo Civil**. Revista dos Tribunais Online, Revista de Processo. vol. 272. Out. 2017. ZANETI JR., Hermes; GOMES, Camila de Magalhães. **O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo**. Revista de direitos difusos. São Paulo, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, v. 53, ano XI, mar. 2011, p. 13-32. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 38-41.

[238] MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.

> Não poderia ser diferente. Afinal, a explicação do caráter instrumental do processo sob o rótulo de um formalismo-valorativo nasceu de vitoriosa tese, defendida com garbo pelo saudoso Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*), no seio da Faculdade de Direito do Largo São Francisco e sob a orientação de ninguém menos que o próprio Professor Cândido Rangel Dinamarco.
>
> O novo carece de ser substancial, não meramente formal ou nominalmente novo. Há de ter, assim, valor de novidade. Ao formalismo-valorativo, com a ressalva dos méritos de desenvolvimento e de continuidade que possua, faltam o valor e a substância; abundam nele, porém, a prolixidade, a beleza do rótulo e a vagueza da fórmula.
>
> Desde sua concepção, é um filho da instrumentalidade do processo. Agora, adolescente, rebela-se! Manifesta as oscilações de humor próprias da idade. Para isso não há remédio, senão tempo de maturação. Com ele, estabilizam-se os hormônios, vão-se a negação dos pais e a acne.[239] (destaque no original)

A proposta metodológica do formalismo-valorativo é de encarar o processo como um instrumento nas mãos de um juiz ativo-cooperativo, que esteja predisposto ao diálogo em uma posição simétrica com relação às partes e se distancie no julgamento. Não deve o juiz, contudo, se esquecer de que a sua função precípua é a realização da justiça material, razão pela qual deverá lançar mão, mesmo que em sacrifício de sua posição simétrica, dos poderes instrutórios, de adaptação do procedimento e de assistência à parte mais fragilizada.

Ao se verificar a identidade entre o instrumentalismo processual e o formalismo-valorativo em suas bases operacionais, é necessário entender como a utilização de determinada teoria dos direitos fundamentais foi determinante para a formação do conceito de "processo justo".

1.5. A influência do neoconstitucionalismo na doutrina do "processo justo"

A construção da teoria do "processo justo", deita suas raízes na noção de que o processo possui função instrumental para a jurisdição. O processo, nessa concepção, é uma "ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social",[240] tal como se observa na instrumentalidade do processo de Dinamarco. A pretensa

---

[239] OLIVEIRA, Bruno Silveira. **A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira)**, *in* Revista de Processo, versão *online*, vol. 293, jul./2019, pp. 19-47, item VIII.

[240] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, Revista de Processo, vol. 113/2004, pp. 9-21, Jan-Fev/2004, Revista eletrônica. ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: do modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2.ed., São Paulo : Editora Atlas, 2014, p. 9.

inovação do formalismo-valorativo[241] e do neoprocessualismo[242] foi a utilização do processo para a realização de "valores constitucionais", concedendo ao juiz poderes de correção do direito, em busca do atingimento ideal de tais valores. A afirmação merece maior digressão.

As posições ora revisadas valeram-se, em grande medida, da produção teórica neoconstitucionalista, que visa consolidar "três marcos fundamentais" pelo qual passaram "doutrina e a jurisprudência" nas últimas décadas, "criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.", quais sejam: os marcos histórico, teórico e filosófico.[243]

Luís Roberto Barroso sugere que o marco histórico do neoconstitucionalismo ocorreu com a "reconstitucionalização da Europa" após a 2ª Guerra Mundial, "que redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas", fundando uma nova forma de organização política, que pode ser chamada de "Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático", sendo "mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria." Sustenta, pois, que a principal referência no desenvolvimento do "novo direito constitucional" é a Constituição alemã de 1949 (*Grundgesetz*), bem como o Tribunal Constitucional Federal em 1951. Narra que, a partir desse momento histórico, inúmeros outros países de tradição romano-germânica seguiram o modelo alemão.[244]

Está longe de ser unânime que a Constituição alemã e a fundação do Tribunal Constitucional Alemão serviram de bases históricas para o surgimento do movimento. Pelo contrário, na Alemanha, a posição neoconstitucionalista é flagrantemente minoritária, inclusive nos dias de hoje. Na verdade, as disputas teórico-dogmáticas no direito constitucional alemão, em especial sobre os direitos fundamentais, está muito longe de ser hegemônica, nada obstante a tentativa de obliteração da realidade por parcela significativa da doutrina brasileira.

---

[241] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, Revista de Processo, vol. 113/2004, pp. 9-21, Jan-Fev/2004, Revista eletrônica. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 50-53. ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: do modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2.ed., São Paulo : Editora Atlas, 2014, pp. 101-102. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil, volume I**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 79-82.

[242] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[243] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, 240, 2005, p. 2. https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

[244] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista De Direito Administrativo, 240, 2005, p. 3. https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

O marco filosófico é aquilo que Barroso chama de "pós-positivismo", que, na sua acepção, seria conformado pela superação dos modelos puros do jusnaturalismo e do positivismo, "por um conjunto difuso e abrangente de idéias". Em uma exposição, no mínimo questionável e descompassada com o desenvolvimento teórico sobre o tema, Barroso sugere que "o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX." E prossegue: "Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito."[245]

A crítica no ponto merece uma digressão um pouco mais elaborada.

1.5.1. O neoconstitucionalismo não é pós-positivismo: é um anti-positivismo.

O primeiro ponto que precisa ser esclarecido sobre o marco filosófico apresentado por Barroso é que a teoria do direito por trás do neoconstitucionalismo, se é que existe alguma, não é o pós-positivismo.

O pós-positivismo – expressão adotada por Friedrich Müller, em seu *Juristische Methodik*, de 1971 – tem por pretensão da análise do fenômeno jurídico a partir da perspectiva de sua concretização, sendo o direito um "conceito interpretativo."[246] A preocupação central, portanto, passa a ser da interpretação e aplicação do direito, sendo que o pós-positivismo reivindica métodos de controle da atuação judicial, rompendo com a construção de Kelsen de que a decisão judicial seria um ato de vontade.[247]

Abboud, Garbellini e Oliveira explicam com maior precisão o ponto:

> [A] aplicação propriamente dita, as teorias positivistas da primeira metade do século passado – conscientes da polissemia inerente a todo texto jurídico – passaram a afirmar uma espécie de espaço de discricionariedade daquele que aplica a norma à situação concreta da vida. Com efeito, como a aplicação sequer era pensada como um problema hermenêutico, este último se vinculava estritamente aos problemas interpretativos, as teorias positivistas, para afirmar a especificidade e autonomia do direito frente a política, passaram a realizar uma cisão entre interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade. Toda norma jurídica possui um espaço moldural que o

[245] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista De Direito Administrativo, 240, 2005, p. 4. https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

[246] ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito [livro eletrônico]: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**, 5.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, item 2.5.

[247] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6.ed., São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 248-251

> aplicador deve preencher com sua interpretação – e de acordo com sua *vontade* – no momento da aplicação da norma. Nessa medida, a interpretação do juiz pode ser *criticada* pela dogmática e pela ciência do direito, mas de maneira alguma poderá ser o órgão aplicador da norma *declarado desobediente*, uma vez que a interpretação do direito é um ato de vontade – portanto uma questão de filosofia prática – que não pode ser apreendida no nível teórico puro, onde se desempenha uma interpretação como ato de conhecimento.
>
> Diante deste quadro geral, as posturas teóricas *pós-positivistas* procuram enfrentar este elemento antropológico a partir do desenvolvimento de teorias interpretativas do jurídico que possuem, no momento da decisão – portanto, no momento aplicativo – o seu ponto de estofo. Pode-se dizer, portanto, que há uma espécie de radicalização hermenêutica por parte de diversas teorias que se desenvolvem no contexto cultural do pós-guerra e que atravessa toda segunda metade do século passado.[248]

Não o objetivo do presente trabalho o aprofundamento sobre as teorias pós-positivistas e tampouco acerca do positivismo jurídico. O intento visa extremar o neoconstitucionalismo das teorias pós-positivistas e como se dá a relação com o positivismo jurídico. Georges Abboud explica, com precisão, o ponto:

> Nessa perspectiva, o pós-positivismo, ora defendido, pretende abandonar apenas os aspectos teóricos e metodológicos do juspositivismo que se tornaram efetivamente ultrapassados, seja em virtude das revoluções havidas no campo da filosofia, seja em razão da complexidade contemporânea que as sociedades adquiriram em função de inovações tecnológicas e da globalização (afinal, não se pode perder de vista que o positivismo foi pensado para a ordem jurídica do Estado-nação concebido na modernidade).
>
> O pós-positivismo, enquanto teoria que aproveita aspectos importantes do positivismo jurídico e supera os inadequados à filosofia e à ordem política contemporâneas, abrange uma porção variada de autores, responsáveis pelo desenvolvimento de importantes teorias contemporâneas do direito.
>
> Dito de outro modo, o pós-positivismo, à semelhança do positivismo jurídico e do jusnaturalismo, é corrente filosófica multifacetada, que abarca a visão hermenêutica estruturante, de Friederich Müller; o interpretativismo, de Ronald Dworkin; o institucionalismo de Neil MacCormick, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, a proceduralização de Wiethölter, entre outros.[249]

O neoconstitucionalismo, por outro lado, não guarda qualquer relação com o pós-positivismo mülleriano. A proposta de Barroso, e de tantos outros que seguem essas premissas é, na verdade, uma negação do positivismo jurídico e da submissão do juiz à legalidade

---

[248] ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito [livro eletrônico]: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**, 5.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, item 2.5.

[249] ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 198.

constitucional. Melhor seria qualificá-lo de "antipositivismo",[250] seja como forma descritiva, seja como forma comparatista, para poupar qualquer necessidade de diferenciação com as teorias pós-positivistas.

1.5.2. O "espantalho" do positivismo como suporte jurídico do nazismo.

A proposta neoconstitucionalista, que já era bastante questionável em suas premissas, torna-se uma verdadeira caricatura, um espantalho ao relacionar o positivismo jurídico como o responsável pelo holocausto e os abusos nazistas da Segunda Guerra Mundial.

Grassa na doutrina nacional o mito de que "positivismo" serviu de justificação para o regime nazista.[251] A acusação é mais grave. Os partidários do neoconstitucionalismo querem etiquetar o positivismo ao direito nazista e, por conseguinte, imputar a ele a culpa pelos horrores do Holocausto.

O primeiro problema que se coloca aqui é saber sobre qual positivismo os neoconstitucionalistas estão falando.[252] A questão é totalmente lacunosa na produção investigada, seja daqueles que se dedicam ao direito constitucional propriamente dito, seja dos que se aplicam ao direito processual. A resposta, por conseguinte, deve ser investigada a partir das premissas dos respectivos autores. Ao que parece, o neoconstitucionalismo critica o

---

[250] Note-se que o próprio Friedrich Müller buscou frisar concretamente que o pós-positivismo por ele desenvolvido não se é um "antipositivismo", mas uma tentativa de eliminação dos problemas de concretização da interpretação jurídica pelos juízes, como forma de afastar a discricionariedade judicial: "Para avançar no objeto em questão, precisamos não do *anti*positivismo, mas de uma teoria pós-positivista do direito (esse termo está sendo empregado desde a 1.ª edição da *Juristische Methodik* em 1971). Ela foi concebida desde meados dos anos 1960 e publicada a partir de 1966 (*Normstruktur und Normativität*). Ela concebe o trabalho jurídico como um *processo* a ser realizado no tempo e os enunciados nas codificações como *textos de normas*, (no sentido da Linguística moderna (i.e. pragmática) como 'formulários de textos', no sentido da filosofia da linguagem de Charles Sanders Peirce como expressões com 'significância', mas ainda não com 'significado'), i. é, como *pré-formas* legislativas da norma jurídica, que por sua vez *está por ser produzida* no decurso temporal da decisão. Isso quer dizer que a norma jurídica não existe *ante casum:* o caso da decisão é coconstitutivo. O texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado "concretização". A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo 'programa da norma' e 'âmbito da norma'; ela é, portanto, um conceito composto que torna o problema tradicionalmente irresolvido de 'ser e dever ser' operacional e trabalhável. Com isso os dualismos irrealistas do passado do direito, tais como 'norma/caso', 'direito/realidade' podem ser aposentados assim como a ilusão da "aplicação" do direito enquanto subsunção puramente lógica ou silogismo ou enquanto a construção linguisticamente não realizável de um 'limite do teor literal' definível, coisificado na linguagem. Todos esses dualismos são representações centrais fracassadas do positivismo histórico." (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturante do direito**. São Paulo : Ed. RT, 2008. p. 11). Essa preocupação, nem de perto, passa pelos neoconstitucionalistas, muito pelo contrário. A proposta neoconstitucionalistas é de negação do positivismo e um retorno descontrolado a um arcaico jusnaturalismo.

[251] BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 31.

[252] A pergunta é muito pertinente, levando em consideração que um dos temas com maior disputa na teoria da norma jurídica (validade e interpretação) é o positivismo e seus diversos tipos. Para a apresentação extensa sobre as diversas teorias e suas divisões, apenas para ficar nos ramos mais conhecidos: positivismo legalista, positivismo normativista, positivismo inclusivista ou positivismo exclusivista.

positivismo, seja por sua postura fechada e neutra do direito e do exame da norma jurídica, seja porque impede a realização da interpretação do juiz. Não raro, o neoconstitucionalista critica a postura mecanicista do "juiz boca-da-lei", vinculando-a a uma postura positivista.

A mixagem teórica é flagrante e lamentável. O juiz boca-da-lei surge no contexto da Escola da Exegese, movimento originalmente francês, em meio ao Império Napoleônico no início do Século XIX, tendo com marco fundamental o Código Civil de 1804. Suas principais características, segundo Bobbio, com apoio em Bonnecase, são: (*a*) inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, razão pela qual o direito natural deixa de possuir normatividade, salvo se previsto no direito positivo, levando em consideração que a lei é completa (princípio da completude da lei); (*b*) o direito decorre do Estado, as normas jurídicas são aquelas postas pelo Estado, ou as reconhecidas por ele (princípio da onipotência do legislador); (*c*) interpretação da lei fundada na intenção do legislador. Levando em conta que a lei é completa e que o direito somente existe a partir da operação legislativa, a interpretação adequada para as leis é aquela decorrente da "vontade (real ou presumida) do legislador"; (*d*) culto ao texto da lei, segundo o qual o intérprete deve respeito e submissão as disposições do Código, tal como postas; (*e*) respeito ao princípio de autoridade, ou seja, a tentativa de demonstrar a justeza ou a verdade da proposição, apelando para a afirmação de um personagem cuja palavra não pode ser colocada em discussão (*Ipse dixit*).[253-254]

Ao que parece, a crítica neoconstitucionalista se volta contra esse positivismo exegético. É esse o paradigma, inclusive, para a crítica ao "formalismo" do processo. No mais das vezes, eles utilizam-se de simplificações grotescas de um positivismo legalista arcaico, para afastar, *tout court*, todo e qualquer positivismo jurídico. Em especial, a pretensão é permitir ao juiz ampla liberdade interpretativa.[255]

---

[253] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, São Paulo : Ícone, 1995, pp. 87-88.

[254] Para aprofundamento sobre o exegetismo ou o positivismo legalista, bem como sobre a jurisprudência dos conceitos e do pandectismo na Alemanha, movimento correspondente ao primeiro, o que foge ao objeto de estudo do presente trabalho: ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 80-84. ABBOUD, Georges. Introdução ao direito [Livro eletrônico]: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito, 5.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, item 10.1.1.1.1 Escola da exegese. Alertando que a visão normalmente utilizada para retratar o positivismo legalista é deturpada pela simplificação excessiva, especialmente pela teoria dos princípios de Robert Alexy: LADEUR, Karl Heinz. CAMPOS, Ricardo. **Entre teorias e espantalhos – deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens**, *in* Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, pp. 106-115.

[255] Ao que parece, os partidários do neoconstitucionalismo não conhecem o célebre capítulo 8 da teoria pura do direito de Hans Kelsen, tampouco a noção de que a interpretação do direito para ele é um ato de vontade. De igual modo, não compreenderam a separação entre Direito e Ciência do Direito operada por Kelsen, não sabendo identificar onde o juiz opera segundo a proposta kelseniana. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6.ed., São Paulo : Martins Fontes, 1998, pp. 245-251.

O segundo ponto é a vinculação do positivismo, em especial o de matriz kelseniana, à condição de fundamento jurídico do regime nazista. Essa versão, conhecida por "*reductio ad Hitlerum*", embora altamente propagada nas premissas neoconstitucionalistas, é flagrantemente falsa.

A elaboração mais conhecida sobre a aproximação do nazismo ao positivismo foi realizada por Gustav Radbruch no ensaio "*Fünf Minuten Rechtsphilosophie*", (Cinco Minutos de Filosofia do Direito), publicada originalmente no Rhein-Neckar-Zeitung (Heildelberg) em 12 de Setembro de 1945, poucos meses após o final da 2ª Guerra Mundial. Em um texto curto, de pouco mais de três páginas, Radbruch critica o positivismo, por retirar da validade da norma qualquer critério de justiça: "Essa visão de uma lei e de sua validade (nós a chamamos de teoria positivista) tornou os juristas e as pessoas igualmente indefesas contra leis arbitrárias, cruéis ou criminais, por mais extremas que sejam."[256] A crítica ora apresentada é muito mais "editorial" do que teórica, pela evidente falta de desenvolvimento do que é o positivismo e de sua vinculação ao regime nazista.

Muito embora Radbruch não tenha dirigido a sua crítica diretamente a Kelsen, sua produção na segunda metade dos anos 40 do século XX, até sua morte em 1949, era crítica da teoria pura do direito, a qual foi reduzida, simplisticamente, para o enunciado de que "a lei é a lei". Radbruch reposicionou a sua visão sobre a teoria da norma, para estabelecer a premissa de que quando uma regra atinja um nível de extrema injustiça, a contradição entre direito positivo e justiça torna-se intolerável, deixando a regra injusta de ser direito.[257] A premissa ficou conhecida como fórmula de Radbruch.[258-259]

Há um problema de largada na fórmula de Radbruch e em todas as formulações que a seguem: a tese da teoria pura do direito não corresponde ao enunciado "a lei é a lei". Na verdade,

---

[256] RADBRUCH, Gustav. **Five Minutes of Legal Philosophy (1945)**, *in* Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, nº. 1 (Spring, 2006), p. 13.

[257] HADELMANN, Frank. **Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi Law**, *in* Ratio Juris, vol. 18, nº 2, June 2005, p. 162.

[258] Na verdade, a fórmula é um pouco mais elaborada. Ela possui duas regras básicas: "1) o Direito Positivo, baseado na legislação e no poder estatal, tem aplicação preferencial, mesmo quando seu conteúdo for injusto e não for benéfico às pessoas; 2) a justiça prevalecerá sobre a lei se esta se revelar *insuportavelmente* (*rectius*, *extremamente*) *injusta*, a tal ponto que se mostre uma norma injusta, continente de um *direito injusto*." RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo**, *in* Revista Consultor Jurídico, 2012, disponível em <https://bit.ly/3yEjK1I>, acesso em 27/05/2021. Para Radbruch, a noção de justiça está diretamente ligada ao conceito de igualdade. Deste modo, sendo "deliberadamente rejeitada" (fórmula da rejeição) a igualdade, a regra perde a sua validade. HADELMANN, Frank. **Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi Law**, *in* Ratio Juris, vol. 18, nº 2, June 2005, p. 166.

[259] Os neoconstitucionalistas valeram-se da Fórmula de Radbruch como marco zero de suas produções. Inclusive, Robert Alexy utiliza-se da máxima para desenvolver a sua tese de pretensão de correção do direito. *Cf.* ALEXY, Robert. BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho: La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral**, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001, Edição *Kindle*, pos. 221.

Kelsen promove a mudança do enfoque do positivismo legalista da lei para a norma, tanto que uma das suas lições mais célebres, no tocante à ciência do direito, é o dever o jurista extrair todos os sentidos possíveis do texto legal, que passam a enquadrar a moldura normativa, sobre a qual o juiz, no caso concreto, deve promover a sua escolha.

Mesmo que o verniz crítico da fórmula de Radbruch seja a discordância sobre a teoria pura kelseniana, verifica-se, ao fim e ao cabo, que ela se volta contra um suposto enfoque legalista e à observância cega da lei.

Não é demais repetir que o *slogan* "a lei é a lei" nunca foi a posição defendida por Hans Kelsen, que, inclusive, foi um dos primeiros publicistas germânicos a dedicar estudos sobre o controle de constitucionalidade. Seu esforço se voltava, na década de 20 do século XX, ao combate das posições da Escola do Direito Livre e à Jurisprudência dos Interesses, que se utilizavam de argumentos ideológicos, psicológicos e políticos na discussão da Ciência do Direito.

Para Kelsen, a Ciência do Direito deveria estar alijada de tais argumentos metajurídicos, pois a interpretação que o jurista deve realizar exige a descrição das normas de modo objetivo e neutro, produzindo as proposições decorrentes do direito posto (interpretação como ato de conhecimento). No entanto, a interpretação como ato de vontade, que é a elaborada pelo juiz – segundo Kelsen –, realiza a fixação do sentido da norma, o que representa um ganho qualitativo em relação ao positivismo legalista.[260]

A dissociação do positivismo, em sentido *lato*, com o direito nazista é bem mais flagrante.

Dimoulis demonstra pela reconstrução histórica que um dos principiais ideólogos do nacional-socialismo, Carl Schmitt. acusou o positivismo, em 1933, de todos os males do mundo jurídico, afirmando que o ordenamento nacional-socialista se baseia no "axioma jurídico de que a lealdade, a disciplina e a honra não podem ser separadas da direção unitária (*Führung*)". Ora, o axioma schmittiano, baseado em "valores" da nação, era incompatível com o positivismo.[261] Fundou-se, a partir da proposição de Schmitt, o *Führerstaat*, ou o Estado de Direito alemão de Adolf Hitler, no qual se superaram as diferenças entre sociedade e Estado, razão pela qual os

[260] Neste sentido STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 5.ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 34-37. SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, pp. 63-69.
[261] DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito** – 2. ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018, p. 171.

direitos fundamentais e proteção jurídica contra o Estado eram supérfluos, pois a vontade da comunidade liderada (a vontade do *Führer)* era idêntica à verdadeira vontade do povo.[262]

Carl Schmitt sempre foi um opositor e crítico do pensamento positivista de Hans Kelsen.[263] A decisão e o julgamento, sempre tiveram uma posição central na concepção de direito para Schmitt, que, para ele, deveria ser vista como mais relevante do que a própria lei e a legalidade. Agamben sustenta que para Schmitt o direito é essencialmente a práxis e o julgamento, razão pela qual o direito não ser inteiramente compreendido pela norma legal.[264]

A clareza desta concepção vem das próprias palavras de Schmitt, em uma entrevista radiofônica, em 1º de Fevereiro de 1933, concedida logo no despertar do Terceiro Reich, revela com clareza o seu método de pensar e de resolver os problemas jurídicos:

> (...) sou um cientista, nada além de um estudioso. Mas não acredito que no conhecimento de que estou lidando seja possível separar ou mesmo contrastar teoria e prática, pensar e ser como sua pergunta parece pressupor. Na verdade, acredito que a separação entre teoria e prática deve ser contada entre as consequências daquele pensamento científico moderno que não tem mais um conceito de natureza. O objeto de minhas reflexões e pesquisas científicas é o direito concreto e vivo do povo a que pertenço. O modelo de direito e de lei com que estou lidando está sempre presente em um sentido primorosamente espiritual, e imediatamente pertence à vida de cada povo como sua linguagem, sua fé e seu destino político concreto.[265] (tradução livre)

A análise de Agamben é ainda mais precisa a partir dessa perspectiva. Se o direito é decisão, o jurista não pode ser um intérprete imparcial da norma, como sugeria Kelsen. Ao contrário, ele deve ser o veículo que contribui para a elaboração formal do novo direito concreto criado a partir da prática social. O jurista é, na verdade, o intérprete e o constante revelador do

---

[262] STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: uma introdução a sua História do Século XVI ao XXI**, São Paulo : Editora Saraiva Educação, 2018, p. 150.

[263] Stanley Paulson apresenta um debate muito interessante entre os autores, sob o pano de fundo do guardião da Constituição. PAULSON, Stanley L. **Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the "Guardian" Controversy of 1931**, *in* The Oxford Handbook of Carl Schmitt, edited by Jens Meierhenrich and Oliver Simons, New York : Oxford University Press, 2016, p. 510-546.

[264] AGAMBEN, Giorgio. **A Jurist Confronting Himself: Carl Schmitt's Jurisprudential Thought**, *in* The Oxford Handbook of Carl Schmitt, edited by Jens Meierhenrich and Oliver Simons, New York : Oxford University Press, 2016, p. 458.

[265] No original: "(...) *io faccio teoria, sono uno scienziato, nient'altro che uno studioso. Ma non credo che nel sapere di cui mi occupo sia possibile separare tra loro o addirittura contrapporre teoria e prassi, pensare ed essere come sembra presupporre la Sua domanda. Ritengo infatti che la separazione tra teoria e prassi vada annoverata tra le conseguenze di quel pensiero scientifico moderno che non ha più un concetto di natura. L'oggetto delle mie riflessioni e ricerche scientifiche è il diritto concreto e vivente del popolo cui appartengo. Il tipo di diritto e di legge con cui ho a che fare è in senso squisitamente spirituale sempre presente, e appartiene immediatamente alla vita di ogni popolo come la sua lingua, la sua fede e il suo concreto destino politico.*" SCHMITT, Carl. **Colloquio Radiofonico del 1º Febbraio de 1993**, *in* Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste a cura di Giorgio Agamben, 2.ed., Vicenza : Neri Pozza Editora, 2012, pp. 35-36.

poder constituinte permanente nas mãos do povo do qual ele faz parte.[266] Essa é a essência do conceito de *Nomos* no pensamento schmittiano, que significa a concepção do Direito (*Recht*), que abranja a ordem concreta da sociedade.[267]

A oposição de Schmitt quanto a submissão do direito à legalidade posta é, na verdade, uma disputa pelo poder, que foi muito cômoda e interessante no início do Terceiro Reich hitlerista. Para ele, a norma não pode ser vista como um instituto jurídico, como pretendem os positivismas normativos, em especial Kelsen, pois ela serve como forma de subjugar o povo ao poder. Como isso, sustenta que o "mestre da *Lex* subjuga o *Rex*" (o mestre da lei subjuga o rei). Note-se que a expressão *Rex* está utilizada para a idenficação do ente real que detém o poder, quem seja, o povo e sua comunidade (*Gemeinschaft*).[268] Assim, criaram-se *slogans*, que insuflavam mentalidade germânica ao encontro da ruptura do direto, sugerida por Schmitt. Nas Jornadas Alemanhas dos Juristas (*Deutsche Juristentag*) de 1933, em Leipzig, havia um enorme faixa com os dizeres: "O Direito Alemão a partir do nacional-socialismo é para o povo alemão" ("*Durch Nationalsozialismus dem deutschen Volk das deutsche Recht*")[269]

Como lembra Mario Losano, o movimento nacional-socialista, revolucionário em sua essência, "encontrou no direito preexistente um obstáculo à tomada do poder. Procurou, portanto, esvaziá-lo dos conteúdos não desejados, à espera de substituí-los com normas fundamentadas em sua própria ideologia."[270] O movimento de uma nova interpretação do direito, no sentido do nacional-socialismo, passa a ser a nova tendência do direito.[271]

Georges Abboud demonstra, que o Terceiro Reich buscou enfrentar os obstáculos do direito posto, sob a Constituição de Weimar, de modo inteligente: "em lugar de abolirem o direito e a teoria jurídica, os juristas do Terceiro Reich os instrumentalizaram para os seus fins, vinculando sua aplicação a determinados valores abstratos, como o sentimento popular e a vontade do *Führer*."[272]

---

[266] AGAMBEN, Giorgio. **A Jurist Confronting Himself: Carl Schmitt's Jurisprudential Thought**, *in* The Oxford Handbook of Carl Schmitt, edited by Jens Meierhenrich and Oliver Simons, New York : Oxford University Press, 2016, p. 458.
[267] SCHMITT, Carl. **On the Three Types of Juristic Thought**, translated from Über die drei Arten des rechtwissenschaftlichen Denkens (1993), London : Pareger, 2004, p. 50.
[268] SCHMITT, Carl. **On the Three Types of Juristic Thought**, translated from Über die drei Arten des rechtwissenschaftlichen Denkens (1993), London : Pareger, 2004, pp. 50-51.
[269] SCHENKEL, Silvan. **Der Deutsche Juristentag 1933 in Leipzig**, disponível em <https://bit.ly/3qnqAH2>, acesso realizado em 09/11/2021. A imagem com a faixa está disponível em <https://bit.ly/3C45GPs>, acesso realizado em 09/11/2021.
[270] LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, vol. 2: o Século XX**, São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 187.
[271] RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado. Teoría Jurídica y Juristas de Cámara en el Tercer Reich**, Madrid : Martial Pons, 2016, p. 63.
[272] ABBOUD, Georges. Direito Constitucional pós-moderno, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 109-110.

Esse movimento de "emancipação política do direito concreto", refletiu diretamente no modo como os juízes foram encorajados e incentivados a decidir. O julgador não estava "submetido à lei". Pelo contrário, ele integrava uma "ordem concreta", um sistema de ordem e autoridade,[273] que deve realizar os anseios de seu povo, a partir dos ideais do *Führer*,[274] mesmo que decida *contra legem*, pois sua função transcende a própria lei.[275] Assim, toda interpretação deve ser uma interpretação em sentido nacional-socialista.[276]

Abandonou-se o pensamento "normativo" e positivismo abstrato e lógico-formal. Com isso, Bernd Rüthers demonstra que a adesão à "comunidade real concreta", que orientou o pensamento de Schmitt e Maunz, converteria os direitos fundamentais e a liberdade em elementos supérfluos e caducos,[277] pois na perspectiva do Estado Total o *Führer* não tem como errar ou abusar. Toda ação estatal, em especial do poder executivo, é legítima, pois vai ao encontro dos anseios do povo. Tanto é assim, que segundo Rüthers, no *Deutsche Juristentag* de 1936, via-se na fachada do prédio, o *slogan*: "A vontade do *Führer* é a lei do povo".[278]

O movimento parece claro com o rompimento com a ordem jurídica posta. Georges Abboud mostra como isso foi necessário para liberar o poder dos grilhões legais:

> A própria concepção de uma ordem jurídica abstrata e formal é um empecilho *per se* a qualquer movimento totalitário, na medida em que a *abstração* de regras pr´r-estabelecidas impõe um critério normativo de verificação das decisões judiciais das condutas políticas. Ou seja, a ordem jurídica positiva gera expectativa de *accountability*.
>
> Essa é a razão primordial pela qual diversos autores antidemocráticos buscavam a todo momento descaracterizar o direito como sistema de regras

[273] Neste sentido, SCHMITT, Carl. **On the Three Types of Juristic Thought**, translated from Über die drei Arten des rechtwissenschaftlichen Denkens (1993), London : Pareger, 2004, p. 51.
[274] Garcia Amado demonstra como Theodor Maunz defencia a posição do indivíduo frente ao *Führer*: "'*El miembro de la comunidad ha de mantener y garantizar su estatuto. para ello dispone de medios especiales. pero a la esencia de la comu- nidad pertenece el que haya casos en que el estatuto debe ser aminorado o retirado. A menudo la consecución de los objetivos de la comunidad exige esa minoración o retirada del estatuto de algún miembro'. A veces ese cambio resulta de la aplicación de una norma y otras veces proviene de la voluntad del líder de la comunidad y de un acto del aparato co- munitario que está en manos del líder, como, por ejemplo, cuando a un miembro de la comunidad popular se le debe retirar la nacionalidad por un mal comportamiento comunitario. En esos casos es el propio sujeto el que con su conducta se ha excluido de la comunidad*." GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Introducción**, *in* Derecho degenerado. Teoría Jurídica y Juristas de Cámara en el Tercer Reich, de Bernd Rüthers, Madrid : Martial Pons, 2016, p. 26.
[275] KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**, *in* Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas, A. Kaufmann e W. Hassemer (orgs), Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 124.
[276] SCHMITT, Carl. **Nationalsozialismus und Rechtsstaat**, *in* Juristische Wochenschrift, p. 713, *apud* RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado. Teoría Jurídica y Juristas de Cámara en el Tercer Reich**, Madrid : Martial Pons, 2016, p. 70.
[277] RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado. Teoría Jurídica y Juristas de Cámara en el Tercer Reich**, Madrid : Martial Pons, 2016, p. 74.
[278] RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado. Teoría Jurídica y Juristas de Cámara en el Tercer Reich**, Madrid : Martial Pons, 2016, p. 77.

> abstratas, fundamento-o em conceitos ideológicos-políticos, como *ordem concreta*, *ordem vital*, *vontade da nação* e *homogeneidade do povo*.[279]

O rompimento completo com o direito como um sistema fechado, que opera a partir de determinados elementos pré-estabelecidos e um código próprio, sem possibilidade de análise através do ambiente, é completamente solapada pelo ideal jurídico do nazismo. O direito no regime nazista está muito mais próximo de um jusnaturalismo primitivo, do que de um positivismo normativo, ou mesmo de um positivismo legalista.

Ao invés de albergar o positivismo, o nazismo teve que erigir um edifício antipositivista, que se estabeleceu claramente pela liberdade na interpretação das leis e pela respectiva negativa de vigência a inúmeras delas, "segundo o espírito do *Führer*".[280] A dogmática jurídica do nacional-socialismo deveria operar em três bases: (*i*) a realidade e não princípios abstratos; (*ii*) realizar um direito dinâmico e não estático; (*iii*) ser comunitário e não individual.[281]

Há clara incompatibilidade teórica e prática entre o positivismo do século XX, nomeadamente aquele de matriz kelseniana, e o direito entabulado no regime totalitarista alemão. Seguir acusando o positivismo de cúmplice dos horrores daquela época demonstra desconhecimento da história ou simples maldade.[282]

Não é demais lembrar que inúmeros professores de direito público foram destituídos de seus postos nas Universidades Alemãs durante o regime nazista, dentre eles, o próprio Hans Kelsen – de ascendência judia – demitido ainda em 1933.[283]

Os horrores do nazismo e do fascismo, e ainda o tenebroso período da 2ª Guerra Mundial, não poderiam ser justificados ou mesmo causados exclusivamente pelo Direito.

O Direito não possui força suficiente para operar a revolução necessária para a derrocada completa das instituições, do Estado ou de uma sociedade. Os acontecimentos

---

[279] ABBOUD, Georges. Direito Constitucional pós-moderno, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 110.

[280] Em sentido semelhante: SARLET, Ingo Wolfgang. GODOY, Arnaldo Sampaio de Morais. **História Constitucional da Alemanha: Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental**, Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2021, pp. 224-225.

[281] ABBOUD, Georges. Direito Constitucional pós-moderno, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 116.

[282] Foge ao escopo do presente trabalho o aprofundamento histórico sobre o nazismo, sua origem e seu desenvolvimento. Não há como compreender bem o período, sem entender os seus antecedentes históricos, em especial o desenrolar da criação da República Federal Alemã após a Primeira Guerra Mundial e a controvertida Constituição de Weimar. Sugere-se a leitura do "Direito Público na Alemanha", de Michael Stolleis como forma de promover o desentulhamento de inúmeros *slogans* reinantes na doutrina nacional. STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: introdução a sua história do século XVI ao XXI** – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Para aprofundamento mais específico: RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado. Teoría Jurídica y Juristas de Cámara en el Tercer Reich**, Madrid : Martial Pons, 2016. ABBOUD, Georges. Direito Constitucional pós-moderno, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 104-197. STOLLEIS, Michael. **The law under Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany**, Chicago : The University of Chicago Press, 1998.

[283] KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**, 3.ed., Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2012, p. 95

históricos são produtos complexos de sociedades em crise, tomadas por populistas egocêntricos, com preconceitos perversos e ambições avassaladoras. Antes de qualquer coisa, o nazismo é obra de Poder, que, mesmo naquela época obscura, foi legitimado pela adesão do "povo",[284] sem pela vontade, seja pela pressão do medo.[285]

A estratégia de defesa dos nazistas julgados pelo Tribunal de Nuremberg, bem como do icônico julgamento de Eichmann em Jerusalém, que buscaram justificar os atos de horror contra os judeus, sob o signo do cumprimento de ordens e da lei (estrito cumprimento de um dever legal), não deve ser confundida com qualquer forma de positivismo. Como ensinam Sarlet e Godoy, foi necessária uma "plasticidade interpretativa" enorme para fazer tal caracterização, porém, ao fim e ao cabo, tratava-se apenas de uma opção política que "reverberassem positivamente na agenda então dominante."[286]

A aproximação do positivismo com o nazismo é um dos maiores fatores degradantes do ensino jurídico do Brasil,[287] que repercute decisivamente na atuação de juízes, promotores e

---

[284] Dietrich mostra em interessante artigo, como se estrutura o fundamento do Poder e que a sua legitimação seja em Deus, seja no Povo pode apenas servir aos interessados de plantão: "Aqui, o raciocínio é simples: como o Poder decorre da vontade geral da soberania do povo – e não mais do Direito divino – o Poder não pode errar, porque é o próprio povo em exercício. As amarras rígidas do Direito divino também desmoronam, porque a vontade geral não é mais perene por natureza, mas maleável e pueril.
Que avanço impressionante do Poder! Com isso, passava a agir de forma ilimitada, e sempre legítima, sem esbarrar nos entraves do Direito natural. A razão humana, consolidada na "soberania do povo" e na "vontade geral", foi capaz de impor, através de uma verdadeira cortina de fumaça, uma aceitação moribunda aos atos mais atrozes que o Poder pudesse cometer. Atuaram como agentes colaboradores dessa expansão questões mais periféricas que são corolários lógicos dessa inversão de fonte do Poder: a abstração não nos deixa mais saber quem é o verdadeiro Poder – agora não é mais o monarca X ou Y, agora são "eles"; o elevado relativismo moral faz com que decisões do Poder, por mais tacanhas que sejam, não encontrem um freio moral porque não existem mais verdades; a noção de "tecnocracia" e a consolidação do ideal "cientificista", do qual decorre uma elevação da ciência ao patamar do sacral.
Assim, na prática, houve uma troca no fundamento do Poder. Antes, o Direito divino, que exercia com excelência o freio ao Poder; agora, a fonte do Poder é a razão humana. Ou seja, os atos de Poder passam a ser ilimitados porque o seu agente é o seu próprio fiscal. Fica difícil de frear seus avanços quando age respaldado pela soberania popular. Mais ainda quando o Poder age cumprindo diretrizes científicas.
Isso explica por que o nazismo foi um sucesso sob a perspectiva do Poder. Nada pôde lhe deter, pois teve como seus aliados principais não a Itália e o Japão, mas a soberania popular e a ciência – que não se esqueça o '*Ein Volk, Ein Reich, Ein Führer'* e que o antissemitismo encontrou nos mais respeitados cientistas seus maiores defensores." DIETRICH, William Galle. **ABDPro #84 – O processo: a história natural do seu sufocamento**, *in* Revista Empório do Direito, 2019, disponível em <https://bit.ly/2SFVVpB>, acesso em 25/05/2021.

[285] Georges Abboud esclarece que "Não se pode entender o nazismo relegando-o à ilegalidade ou à anomia pura e simples. O nazismo não foi produto exclusivo de uma irracionalidade. Essa constatação é crucial para compreendermos os artifícios pensados e empregados no processo da degeneração. Assim, enxergar o nazismo como se ele apenas tivesse dimensão de exceção, esse fenômeno poderia parecer que foi acidente histórico irrefereável, que não poderia ter sido percebido e que teorias não foram elaboradas para seu sucesso." ABBOUD, Georges. Direito Constitucional pós-moderno, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 70.

[286] SARLET, Ingo Wolfgang. GODOY, Arnaldo Sampaio de Morais. **História Constitucional da Alemanha: Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental**, Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2021, p. 225.

[287] No mesmo sentido: TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um "pós-pós-positivismo" no Brasil**, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018, p. 87.

advogados. Para os defensores deste tipo de espantalho, o positivismo ainda é execrado, como se fosse uma corrente ultrapassada do pensamento jurídico por seu autoritarismo nazista.

Para utilizar uma expressão corrente, a vinculação do positivismo ao regime nazista é uma *fake news*, que busca retirar do debate todos os seus fundamentos e objeções que ele tem ao paradigma do neoconstitucionalismo. Agindo assim, neoconstitucionalistas tentam ganhar a adesão de neófitos pela propagação da ignorância, o que é totalmente lamentável no discurso científico.

1.5.3. Qual é o objetivo do neoconstitucionalismo?

Volta-se a atenção ao neoconstitucionalismo e pretende-se responder qual é a sua finalidade teórica.

Não existe propriamente uma "escola" neoconstitucional, o que torna inclusive particularmente difícil a sua sistematização.[288] O neoconstitucionalismo se caracteriza, por conseguinte, por um "conjunto de autores com diferentes fundamentos", que sustentam o surgimento de "um novo constitucionalismo" no Segundo Pós-Guerra. Otávio Luiz Rodrigues Jr., mostra que "[u]ma das marcas mais nítidas do neoconstitucionalismo é o número exponencial de profetas e um número ainda maior de credos. Essa plasticidade conceitual em torno do que seja neconstitucionalismo tem um duplo efeito: todos se sentem por ele representados, ainda que parcialmente, e não há como se estabelecer acordos semânticos em torno do que se está a discutir."[289] A concentração será, portanto, nos autores brasileiros e naquilo que eles fizeram para a degração do próprio sistema jurídico nacional.

Barroso propõe que o neoconstitucionalismo "busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo judiciais." A partir daí, defende que o paradigma neoconstitucionalista ainda está em construção, porém algumas balizas estão postas, tais como a "atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova

---

[288] SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**, *in* Neoconstitucionalismo, 1.ed., Rio de Janeiro : Forense, 2009, pp. 269-270.

[289] RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 161.

hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana."[290]

Paripassu, Daniel Sarmento sustenta que o neoconstitucionalismo envolve vários fenômenos, reciprocamente implicados, sintetizados nas seguintes propostas: "(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 aberto do raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com 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."[291]

Revela-se com clareza que o projeto neoconstitucionalistas está diretamente relação ao propósito do juiz-antena de Dinamarco. Há uma aposta no "bom senso" e no "prudente arbítrio" do juiz, dando-lhe todas as asas necessárias para que se liberte das amarras impostas pelo ordenamento jurídico, como forma de realizar justiça no caso concreto e "empurrar a história na direção certa", a partir de uma atividade "iluminista".[292]

É necessário estabelecer o alerta, desde já, que, no plano filosófico, o neoconstitucionalismo se caracteriza por ser uma teoria da norma que dota o juiz de ampla liberdade criativa, que utiliza retoricamente a superioridade da Constituição (força normativa da Constituição) para autorizar o juiz a realizar o afastamento *ad hoc* de regras jurídicas, em decorrência da "colisão" de direitos fundamentais, através do método da ponderação.

Não tardou para que o neoconstitucionalismo caísse nas graças da doutrina e dos tribunais. Na verdade, a doutrina partidária deste pensamento, foi ao encontro das opiniões de juízes, promotores e advogados, que pretendiam a "moralização do direito", adquirindo, com a

---

[290] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista De Direito Administrativo, 240, 2005, p. 5. https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

[291] SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**, *in* Neoconstitucionalismo, 1.ed., Rio de Janeiro : Forense, 2009, pp. 267-268.

[292] Luís Roberto Barroso apresentou essa visão em artigo ao Jornal Folha de São Paulo, em 23/02/2018: "Já o papel iluminista deve ser exercido com grande parcimônia e autocontenção, em conjunturas nas quais é preciso empurrar a história. Em alguns momentos cruciais do processo civilizatório, a razão humanista precisa impor-se sobre o senso comum majoritário." Disponível em <https://bit.ly/30eRXbQ>, acesso realizado em 09/11/2021.

produção doutrinária "ares de legitimidade" por "argumentos de autoridade", que aparentam sustentação científica ou filosófica.[293]

O discurso neoconstitucional está alinhado com o ideal de supremacia jurisdicional e com propostas, em versões mais *hard* ou *soft*, de ativismo judicial.

Embora o neoconstitucionalismo seja um movimento tipicamente latinoamericano, com pouquíssima adesão na Europa continental, é necessário frisar que o agigantamento do Poder Judiciário é um fenômeno mundial.

Ter o poder de operar no campo do direito, podendo realizar controle de constitucionalidade, acertamento de direitos, execução de créditos e, de quando em quando, operar no campo da política, realizando "medidas estruturantes", com a realização de políticas públicas "essenciais" e concretizando "direitos sociais", sem ter que passar pelo crivo do voto popular e estando imunizado pelas garantias jurisdicionais, é o sedutor canto da sereia neoconstitucional, para juízes e tribunais. Mark Tushnet, sustenta que não deveria assustar que juízes apoiem a supremacia judicial. Segundo o autor "isso torna seus trabalhos mais importantes e interessantes. Porém, há muito mais nesta posição do que simples interesse pessoal."[294] Tushnet está certo, há verdadeira disputa de poder.

O ativismo judicial é um problema muito debatido pela doutrina e com críticas,[295] irrespondidas, que fulminam qualquer possibilidade de sua sustentação jurídica, nada obstante ele continua a povoar as decisões em Varas e Tribunais e a ser amplamente encorajado pela doutrina.[296]

A relevância do tema reside no fato de que se vive mais uma crise entre os "Poderes", ou melhor, entre as funções do poder estatal estabelecidas no texto constitucional. O ativismo judicial vem sendo defendido como a solução para a "efetivação" dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição da República de 1988, sendo papel do Poder Judiciário a eliminação de lacunas normativas para o alcance dos fins (bem comum e sociais) delineados na carta magna. Todavia, ao que parece, aqueles que o festejam parecem ignorar que o ativismo judicial viola cláusula pétrea estabelecida no art. 60, § 4º, III, da CF/88, porquanto transfere ao

---

[293] TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um "pós-pós-positivismo" no Brasil**, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018, p. 88.

[294] TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**, Princetown : Princetown University Press, 1999, p. 7.

[295] Dentre elas, destacam-se: ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 1359-1511. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2.ed., São Paulo : Saraiva, 2015, *passim*. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2013. ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**, São Paulo : Editora Atlas, 2015.

[296] Em postura encorajadora: OLIVEIRA, Carlos A. Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 248-251.

Poder Judiciário tanto a função legislativa, quanto a administrativa, em hipóteses não autorizadas pelo texto constitucional.

Entende-se por ativismo judicial toda e qualquer decisão do Judiciário que pretende a correção do direito e utilize, para tanto, critérios metajurídicos (morais, culturais, religiosos, econômicos, de "justiça", todos eles com alta carga subjetiva), extrapolando os limites semânticos dos textos constitucional e legal,[297] substituindo assim a separação e a divisão de poderes.

Pelo ativismo judicial, chega-se a um estado de coisas em que a Constituição não é mais o que ela efetivamente é, mas sim o que o STF, seu "guardião", diz ser, tal como se passou no julgamento da ADI 3.367-1, na qual o Min. Eros Grau vociferou que "não existe a Constituição de 1988. O que há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte."

Não é demais dizer que na falta da Constituição de 1988, há apenas arbítrio sem limites[298]. Nas palavras de Abboud: "O que efetivamente pretendemos é evidenciar que o ativismo é, por excelência, o fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial, ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discricionariedade."[299]

E nessa aspiração de interpretar com o pretexto de efetivar direitos e garantias fundamentais, de corrigir o direito, de impor o justo, o bom, é possível deparar com várias decisões recentes da Corte nas quais se infringe o princípio da separação de poderes e da divisão de poderes, invadindo as esferas de atuação tanto do Legislativo, quanto do Executivo.

São exemplos notórios de atuação ativista o julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, que conferiram interpretação absolutamente questionável a dispositivo constitucional, isto é, ao art. 5º, LVII, numa clara "correção" do direito pela moral, pelo sentimento do justo e do bom, e pela "captação" dos anseios sociais, fugindo-se amplamente do limite semântico do texto constitucional em comento. Em tal julgamento, o Ministro Barroso assertou pela possibilidade do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado elencando como uma das justificativas de seu posicionamento o sentimento de justiça, critério sem

---

[297] "o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)". RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos, 2.ed., São Paulo : Saraiva, 2015, Edição do Kindle, pos. 1888.

[298] SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como guardião da Constituição : democracia ou guardiania?** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014, p. 107.

[299] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1370.

qualquer conteúdo de normatividade e pleno de subjetivismo sem controle. A Ministra Carmen Lúcia, no mesmo julgamento, também se referiu a questões metajurídicas para corrigir o direito e justificar o seu voto de indeferimento da medida cautelar, como necessidade de dar uma resposta à sociedade e prestar uma "jurisdição efetiva e eficaz". Embora o entendimento tenha sido alterado recentemente pela Corte, o exemplo mostra como é o método de agir neoconstitucional.

Há outros votos neste julgado invocando o sentimento social, o clamor da opinião pública, a descrença na "Justiça", a morosidade dos processos, a existência de inúmeros recursos e sua utilização para procrastinar a decisão definitiva, dentre outros argumentos desse jaez, no afã de dobrar o conceito de trânsito em julgado e, assim, viabilizar a execução da pena antes deste momento.

E seguindo essa mesma postura, há tantas outras decisões recentes do STF, das quais podem ser citadas como exemplos: RE 363.889 (relativização da coisa julgada em repropositura de ação de investigação de paternidade); HC 124.306 (que decidiu pela possibilidade do aborto até o 3º mês de gestação); MS 34.530 (projeto de lei de iniciativa popular sobre as medidas anticorrupção); HC 118.533 (tráfico privilegiado não configura crime hediondo); ADIN 4277 (casamento entre pessoas do mesmo sexo).

Nos mesmos passos segue o STJ, guardião constitucional da lei federal. O ativismo judicial vem se revelando em tal Corte, como se pode depreender de alguns julgados. Com o julgamento dos REsps 1.704.520 e 1.696.396, afetados pelo rito dos repetitivos (tema 988), o STJ debruçou-se sobre o tema da taxatividade do rol de cabimento do recurso de agravo de instrumento, previsto no art. 1.015 do CPC. No voto vencedor da relatora, em claro ativismo judicial, a Ministra Nancy Andrighi criou, inovando na ordem jurídica, a "taxatividade mitigada", por entender que o legislador foi "infeliz" ao estabelecer um rol taxativo de cabimento do agravo. Em seus fundamentos, ela reconhece que houve uma opção consciente e política do legislador, porém afastou a taxatividade do art. 1.015 porque seria "incapaz de tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos". É uma clara adesão à proposta de correção do direito posto quando o legislador "erra", conforme as lentes do julgador "superior e atento".

Em todos esses casos, o déficit da fundamentação decorre da dobra da lei frente aos impulsos metajurídicos do julgador. Trata-se, portanto, da substituição da legalidade vigente pelas convicções superiores do julgador[300].

[300] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 1375-1385.

Essa noção, tributária do instrumentalismo, do formalismo-valorativo e neoconstitucionalismo fundados no Brasil, acarreta o esgotamento da reciprocidade de legitimação entre o direito e a política, levando à ultrapolitização do direito e à ultrajudicialização da política. Com isso, ocorre o esgotamento da Constituição como ápice normativo do ordenamento jurídico, dando lugar ao voluntarismo-ativista do "poder de interpretar", liberado dos limites semânticos do texto. Com isso, percebe-se que no lugar do "*poder de decidir*" aparece uma "*decisão de poder*", quebra-se a premissa do "decido, porque posso (pois sou competente)", substituinda pelo pernicioso "posso (sou competente), porque decido"[301].

Quando o tribunal se volta contra a lei e a lança ao cadinho para promover o "derretimento do sólido", produz a subversão última do direito, tão comum nesta quadra da história. A liquefação da lei pelo tribunal é o prenúncio do fim da repartição republicana de poderes e a abertura das sendas para uma perversa juristocracia,[302] tudo isso em um ambiente de normatividade líquida,[303] na qual a lei passa a ser o próprio tribunal e a parcialidade positiva[304] dos "bons" a bússola de todas as decisões.

Rompe-se com um dos limites mínimos do republicanismo-democrático, que deveria governar a atuação da jurisdição, que é sua neutralidade política. Essa desnaturação acarreta o paradoxo de uma "politicidade judicial contramajoritária", o que é um conceito antidemocrático por natureza, pois nenhuma atuação política pode estar imune à pressão popular.

A desvinculação do juiz frente à lei, faz dele um ditador do "seu direito" e arruína, *a priori*, o seu dever de fundamentação que sempre se assenta no direito fundamental da legalidade e é decorrência do próprio devido processo legal.

É necessário alertar que setores da doutrina processual têm especial responsabilidade nesse estado de coisas, nomeadamente pelo estímulo dado às Cortes Superiores para a atuação fora do âmbito de sua competência e, ainda, em flagrante desrespeito à lei. Em especial, deve-se a Luiz Guilherme Marinoni[305] e Daniel Mitidiero[306] a deturpação do papel dos tribunais

---

[301] FERRAZ JR., Tércio Sampaio, **Palestra de abertura dos Seminários da Feiticeira 2018**, disponível em <https://bit.ly/2HXRhNs>, acesso em 18/02/2019.
[302] ABBOUD, Georges. **Submissão e juristocracia**, *in:* Revista de Processo, vol. 258, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 519-527.
[303] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**, Rio de Janeiro : Zahar, 2001, pp. 07-24.
[304] SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz**, São Paulo : Almedina, 2018, *passim*.
[305] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, *passim.* MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, *passim*.
[306] MITIDIERO, Daniel. **Corte superiores e cortes supremas : do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, *passim.*

superiores brasileiros na atribuição de funções não constantes do texto constitucional, ao pretexto da formação de um "sistema de precedentes" à fórceps.

Afirmam que o STF e o STJ não podem ser vistos como cortes reativas e de simples controle de juridicidade das decisões recorridas, dos casos concretos, pois. Se assim fosse, a atuação do tribunal tenderia a "estimular a atenção da corte sobre o caso recorrido", atuando no direito de forma "particular e pontual", perdendo-se a "dimensão geral e constante que deve pautar a interpretação do direito mediante a atuação desses tribunais." Como forma de evitar esse "particularismo" é que as "cortes de vértice" devem ser vistas como "proativas e de adequada interpretação" da Constituição e da legislação infraconstitucional federal, ou seja, "cortes, portanto, que tomam a decisão recorrida como ponto de partida para o desenvolvimento da sua função de outorga de unidade ao Direito, isto é de tutela do direito em uma dimensão geral."[307] Posto de outro modo, os autores defendes, em razão da complexidade do direito, que os tribunais superiores devem partir dos casos concretos e ir além de seus contornos para o estabelecimento da interpretação possível em casos futuros para os demais tribunais e para a sociedade. Passa-se do modelo constitucional de casos, para o modelo performativo[308] de teses. Não por acaso, a tese foi objeto de críticas irrespondíveis sobre sua base de fundação, pois se pauta na subversão da competência constitucional do STF e do STJ, no resgate do primitivo realismo jurídico genovês, como se o direito fosse aquilo que os tribunais superiores decidem e no desprezo de uma teoria da decisão que anteceda o recrudescimento e a ampliação da vinculatividade das decisões desses tribunais[309].

O mais grave é que o ativismo judicial, nesta perspectiva iluminista do neoconstitucionalismo, passa a ser a vedete do pensamento processual, com convocações explícitas a este tipo de protagonismo, como se vê da seguinte exortação, com ares de panfleto político, de Marinoni:

> Ao juiz, diante da ideia de que o texto é potencialmente equívoco, dele sendo possível extrair várias normas em princípio razoáveis, considera os elementos do texto com base em valores e então realiza opções racionalmente

[307] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas : do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 96 e 97.

[308] Adotamos o termo performáticos a partir da teoria dos atos da fala de J. L. Austin. Os enunciados performáticos não podem ser submetidos a testes de validade, pois não são verificáveis como verdadeiros ou falsos, diante da falta de descrição ou de registro de algo (ao contrário do que acontece com os enunciados constativos). Sua função é simplesmente realizar algo, mesmo com conteúdo zero. (AUSTIN, J. L. **How to do things with words**, Harvard University Press, 1975, p. 6).

[309] NERY JR., Nelson e ABBOUD, Georges. **O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto**, *in* Revista Brasileira de Direito Processual, ano 24, n. 93, Belo Horizonte : Editora Forum, pp. 245-252.

> justificadas. Isso é ainda mais evidente no caso de textos de caráter aberto ou de interpretação de acordo com a Constituição.
>
> Nessa dimensão, a Corte Suprema não se presta a estabelecer a correta interpretação da lei ou o sentido exato da lei, mas a definir o adequado sentido extraível do texto legal, argumentando mediante as "melhores razões" ou mediante as razões que evidenciem as opções do intérprete como racionalmente aceitáveis. Nesse sentido, ainda que se possa dizer que a decisão não escapa da ordem jurídica num sentido global, ela apresenta uma solução que constitui norma que se coloca fora ou ao lado da ordem legislativa. É exatamente aí que se encontra o pressuposto teórico da Corte cuja função é extrair um sentido da ordem legislada, tornando-o parte da ordem jurídica vinculante.[310]

O esfacelamento dos limites de submissão do juiz à lei e do caráter contramajoritário de sua atuação no exercício do poder tem por missão, apenas, o agigantamento do Judiciário frente aos demais poderes estatais, sufocando-os, de modo a usurpar as suas competências em completa degradação à engenharia constitucional.

Marinoni confunde o ato de interpretar com o ato de criar. *Grosso modo*, a interpretação é ato imanente ao próprio exercício cognitivo. A percepção da existência de determinado signo promove naquele que o conhece (o intérprete) a decifração de seu significado, utilidade e aplicabilidade a partir de pré-compreensões em dinâmica praticamente instantânea. Com efeito, o texto jurídico das leis representa um signo que deve ser necessariamente interpretado para sua aplicação. A interpretação parte do texto e submete-se aos limites dele. É, pois, a partir da conjugação das nuances do caso e da interpretação dos textos de direito objetivo que surge a norma a resolver a *quaestio iuris*. Não existe aqui qualquer criação de um novo direito, em perspectiva abstrata, ou de uma "ordem jurídica" que esteja "fora ou ao lado" da ordem legislativa. A positivação da norma concreta na resolução do caso, típica do modelo decisório judicial no sistema do direito, não autoriza ao juiz a criação, ao seu bel prazer, de "novos direitos". Isso representa o exercício pleno da função jurisdicional, devidamente limitada pela normatividade do próprio sistema do direito.

Aquilo que foi proposto por Marinoni, contudo, foge completamente ao exercício do círculo hermenêutico para a interpretação e a determinação da norma jurídica – apenas realizável no caso concreto. Ele propõe típica atividade criativa de elaboração de regras gerais e abstratas através da jurisdição, ampliando sobremaneira a doutrina do *judge make law*

---

[310] MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

norteamericano,[311] a partir das premissas do neoconstitucionalismo, desvinculada dos grilhões impostos pelo Poder Legislativo através das leis.

Tal criatividade é vedada ao Poder Judiciário, justamente porque não pode atuar politicamente na resolução de casos concretos, circunstância a fundamentar a sua atuação contramajoritária. É possível – e infelizmente comum –, que sob o fundamento do controle de constitucionalidade das leis, nomeadamente através da aplicação de "princípios constitucionais", "concretização de direitos fundamentais", aplicação da "ponderação" e do "sopesamento" de regras e princípios, o ativismo acabe por se manifestar, a partir da instrumentalização do *judicial review*, como retórica vazia para a criação de princípios inexistentes (panprincipiologia) para a solução de casos difíceis[312] e a tutela de "direitos fundamentais" elaborados sob medida para o argumento judicial sem base no texto constitucional (enunciados performativos).

A fenomenologia ativista manifesta-se também sem o controle de constitucionalidade, com o simples desprezo do texto legal ou constitucional em razão de seu "equívoco" ou "injustiça". Nestes casos, a lei é ignorada em pleno estado de vigência pela "vontade" do julgador, que se coloca na posição de "grande irmão" da própria política, já que ultrapassa os limites do direito.

Como sustenta Bruno Torrano – falando sobre a generalidade dos casos de ativismo, mas que se aplica como uma luva para essa situação –, os "magistrados rejeitam posturas que consideram formalistas justamente porque não querem ou não veem incentivos para aplicar a solução exigida pelo ponto de vista jurídico – seja porque, alheios a quaisquer discussões mais aprofundadas, simplesmente se sentem mais confortáveis fazendo o que pensam ser mais justo, seja porque (adivinhem!) algum 'pós-positivista' [*rectius*, neoconstitucionalista] incutiu-lhes por anos a ideia de que o direito é um sistema que tem como objetivo 'fazer justiça'."[313]

A filosofia por detrás do neoconstitucionalismo é do tipo "corda bamba", sobre a qual o seu operador deve equilibrar-se, sendo que em um momento está aqui e no outro está ali, seguindo em seu pensamento uma linha vertiginosamente sinuosa, embora para ele pareça um perfeito seguimento "reto".

O plano teórico indicado por Barroso, fruto do aporte histórico e filosófico, provocou três grandes transformações no direito constitucional, quais sejam: (*a*) a força normativa da

---

[311] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 85-97

[312] STRECK, Lenio Luiz. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito**, *in* Revista de Informação Legislativa, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012.

[313] TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no direito**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, pp. 92-93.

Constituição; (*b*) a expansão da jurisdição constitucional e; (*c*) a nova interpretação constitucional.

1.5.4. O "barateamento" da força normativa da Constituição.

A "força normativa da constituição" é o *slogan* neoconstitucionalista por excelência, não que a constituição não tenha força normativa, a sua normatividade é evidente. O grave problema é a utilização do argumento para dotar o Poder Judiciário de poderes de concretização positiva de direitos fundamentais, sem a intermediação do Poder Legislativo, e de políticas públicas, sem a mediação do Poder Executivo.

Como pano de fundo dessa caracterização, está a suposta reconfiguração jurídico-política do Estado. Os neoconstitucionalistas seguem, com grande entusiasmo, neste ponto a doutrina de Gustavo Zagrebleski, que sugere uma nova concepção do direito após a 2ª Guerra, realizada por uma "autêntica mudança genética" do direito, que, em decorrência do reconhecimento da normatividade constitucional (força normativa), marcada pela presença dos direitos fundamentais como limitação e vinculação do legislador – "em uma relação de adequação e subordinação" –, o que retrata a conversão do Estado de Direito (*Rechtstaat*) para o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*).[314]

Com isso, parte-se para uma noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, com eficácia horizontal direta sobre os particulares, caracterizando-as por normas que ditam condutas e comportamentos (normas de regulação de primeiro grau), que possibilitaria ao juiz aquilatar, casuísticas e diretamente dos direitos fundamentais, comandos para a regulação das relações entre os particulares.

Essa caracterização, em grande parte, já foi demonstrada acima. Faz-se necessário, no momento, entender a origem e o sentido da expressão "força normativa da Constituição" e como o neoconstitucionalismo vem aplicando-a.

O termo "Força normativa da Constituição"[315] foi pioneiramente utilizada por Konrad Hesse em 1959, em texto de 29 páginas, que serviu de base para a aula magna inaugural na Faculdade de Direito da Universidade de Friburgo. Conforme ensina Rodrigues Jr., a crítica central de Hesse na ocasião voltou-se contra Ferdinand Lassalle (1825-1864), "um líder de massas na Alemanha pré-unificação, defensor da socialdemocracia (o nome do socialismo no

---

[314] ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**, 10.ed, Madrid : Trotta, 2011, pp. 21-45.
[315] A conferência "*Die normative Kraft der Verfassung*" foi vertida ao vernáculo por Gilmar Ferreira Mendes. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

Oitocentos), agitador da classe trabalhadora, aliado oculto de Otto von Bismark". Como se sabe, Lassalle poferiu a conferência "Sobre a essência da Constituição",[316] em 1862, na qual lançou a fórmula de que a Constituição era "um pedaço de papel", um mero documento político, que nada poderia contra os "fatores reais de poder". Segundo Hesse, foi exatamente esse enfoque, absorvido pelo "positivismo jurídico" – em especial o adotado por Paul Laband e Georg Jellinek – e pelo "positivismo sociológico" de Carl Schmitt, que contribuíram de forma definitiva para a derrocada de Weimar.[317]

A proposta central de Hesse era demonstrar como a Constituição possui normatividade plena e deve, inclusive, condicionar as forças dominantes políticas e econômicas de uma sociedade (*Realpolitik*). O texto se volta a 5 (cinco) objetivos, suscintamente descritos por Rodrigues Jr.: "a) a Constituição não está isolada da realidade e é por ela influenciada, porém, com independência relativa entre ambas; b) a força normativa da Constituição depende de sua eficácia, mas isso só ocorrerá se houver, por parte dos ocupantes de cargos políticos, o respeito à 'vontade da Constituição´ e não apenas à 'vontade do poder'; c) a ordem jurídica está em permanente estado de legitimação, o que implica sua predisposição em se adaptar às mudanças do tempo; d) a Constituição deve-se limitar a estabelecer alguns poucos princípios constitucionais, do contrário, a revisão constitucional poderá enfraquece-la, por efeito de uma inevitável desvalorização de sua força normativa. Esse cenário é visualizável quando se dá a 'constitucionalização' de interesses particulares ou contingenciais; e) os órgãos do Estado submetem-se à Constituição, inclusive os partidos políticos, dado que a política interna foi juridicizada. Uma das formas de exercício dessa vinculação à Constituição é o controle de constitucionalidade."[318]

Em comparação à pretensão neoconstitucionalista, o objetivo de Hesse na aula em questão era muito mais "modesta".[319] Em miúdos, seu objetivo era a vinculação de agentes políticos e partidos diretamente à constituição e, ainda, a utilização do controle de constitucionalidade como limite à liberdade monogenética parlamentar.

---

[316] O título original da conferência era *Über das Verfassungswesen*. As ideias constam de um opúsculo muito difundido: LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo : Edições e Publicações Brasil, 1933.
[317] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 13-15. RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 323.
[318] RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 324.
[319] A "pretensão modesta" é indicada tanto por Otávio Luiz Rodrigues Jr. como por Virgílio Afonso da Silva. RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 324. SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação constituição e sincretismo metodológico**, *in* _____. Interpretação constitucional, São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 118.

No entanto, como se sabe, o texto publicado reifica-se e ganha o sentido dado pelo leitor. A recepção do texto em terras brasileiras veio com o esgarçamento do sentido que a doutrina neoconstitucionalista pretendeu. As pretensões político-jurídicas do movimento utilizaram a força normativa da constituição para promover a "dilatação de sentidos" jamais pretendida por Hesse.[320]

A força normativa da constituição para os neoconstitucionalistas visa criar uma vinculação direta dos particulares à constituição – vinculação horizontal direita – e, em especial, aos direitos fundamentais, permitindo ao Juiz a necessária liberdade para dar normatividade aos princípios e valores, mesmo não escritos, que sejam decorrentes da "ordem objetiva de valores" constantes da Constituição.[321]

Tudo ao contrário, contudo, ao que era pregado pelo próprio Hesse no decorrer de sua extensa obra. O mestre alemão defendia, alinhado à tradição dogmática dos direitos fundamentais alemã, que a concretização dos direitos fundamentais frente aos particulares dependeria de mediação do Poder Legislativo, pois os particulares são vinculados à lei. O juiz somente poderia realizar essa concretização "supletiva" dos direitos fundamentais quando autorizado por cláusulas gerais, compreendidas como portas de entrada dos direitos fundamentais, observando, ainda, o conteúdo normativo das regras em questão.[322] Não há dúvida, pois, de que, ao contrário do que sustentam os neoconstitucionalistas, o próprio autor da "força normativa" adere à tese da eficácia indireta dos direitos fundamentais em relação aos particulares.

Otávio Luiz Rodrigues Jr., com razão, alertou para o fato da utilização axiomática da "força normativa da constituição" pelo neoconstitucionalismo brasileiro, que afirma mais do que o próprio Hesse pretendeu. "O pior é que a 'força normativa' se tornou um aríete para a defesa de algumas construções teóricas ligadas ao neoconstitucionalismo, ao pós-positivismo e à constitucionalização. Provavelmente, se vivo estivesse, Hesse consideraria muito estranho ser qualificado como um teórico neoconstitucionalista."[323]

1.5.5. A suposta expansão da Jurisdição Constitucional.

---

[320] RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, pp. 325-326.

[321] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista De Direito Administrativo, 240, 2005, p. 6. https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

[322] RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 326.

[323] RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 327.

O segundo aporte teórico do argumento de Barroso, sobre a universalização da jurisdição constitucional e a possibilidade de realização da *judicial review* através de tribunais tipicamente constitucionais, é um fenômeno próprio do século XX, nomeadamente na Europa.

No Brasil, necessário dizer que o controle difuso e incidental já existe, expressamente, desde a Constituição de 1891, e o controle abstrato e concentrado pelo STF foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965[324] – em plena ditadura militar, após o decreto do Ato Institucional nº 2 (27/10/1945), que extinguia os partidos políticos –, que dotava o Procurador-Geral da República com a legitimidade ativa para a ação de inconstitucionalidade.

Barroso, contudo, afirma que a "expansão" da Jurisdição Constitucional no Brasil deu-se com a Constituição de 1988, nomeadamente pela ampliação da legitimação ativa, bem como pela criação de novos mecanismos de controle concentrado, tais como a ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.[325]

Duas questões importantes aparecem sobre o ponto. A primeira é que a simples ampliação de competência e o aumento do acesso ao controle de constitucionalidade concentrado e abstrato não alteram em absolutamente nada a normatividade de qualquer norma, tampouco dotam o Tribunal de poderes extrajurídicos. Pelo menos, é isso que se espera em um ambiente de constitucionalidade democrático-republicana.

A segunda questão é que o Supremo Tribunal Federal não pode ser considerado um Tribunal Constitucional nos moldes europeus, pela simples razão de que ele não possui a competência exclusiva para tanto. Os países que optaram pelo modelo de Tribunal Constitucional não permitem, em regra, o controle difuso de constitucionalidade, ao contrário do que se passa no Brasil. Ademais, o acesso a esses tribunais, no mais das vezes, não se faz através de recurso – que a forma mais comum para buscar o Supremo –, mas por ação ou reclamação.

O crescimento da jurisdição constitucional, seja de controle concentrado realizada pelo STF, seja a de controle difuso – realizada por todos os juízes, inclusive os do STF –, não pode ser confundido com a concessão de poderes políticos a membros do Poder Judiciário. A matéria-prima sobre a qual operam continua sendo a legalidade constitucional posta.

---

[324] Constituição de 1947 - Art. 101, I, k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

[325] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista De Direito Administrativo, 240, 2005, p. 7. https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

Essas considerações precisam estar muito claras, nomeadamente para os juristas que funcionarão com consultores dos legisladores na sistematização de um possível Código de Processo Constitucional, seja na comissão recentemente criada pela Câmara dos Deputados para estudo e avaliação da legislação existente, seja na futura e possível tramitação parlamentar de nova lei sobre o tema. Impulsos neoconstitucionalistas e instrumentalistas devem ser contidos e eliminados, como forma de possibilitar o efetivo controle e *accountability* da jurisdição constitucional.

1.5.6. A nova interpretação constitucional: como operar na política estando fora dos seus domínios.

O último marco teórico, segundo Barroso, é a "nova interpretação constitucional". Eis que se revela toda intenção política do neoconstitucionalismo.

Ao sustentar a ultrapassagem da interpretação jurídica tradicional, que resolvia os casos através da subsunção das regras, Barroso sustenta que o "avanço" do direito constitucional compreendeu que os problemas jurídicos nem sempre se encontram resolvidos no relato abstrato do texto normativo e que cabe ao julgador tornar-se o "co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis." Assim, surgem como válvulas de abertura para a criatividade judicial as cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.[326]

A aposta neoconstitucionalista é um flagrante "sincretismo metodológico",[327] buscando toda sorte de mixagem teórica desejável a trazer verniz de juridicização à flagrante pretensão de correção do direito através de atividade originalmente criativa do juiz. O ponto não passou imune à censura pela doutrina.[328]

Ao fim e ao cabo, a "nova interpretação constitucional" proposta pelo neoconstitucionalismo é uma abertura flagrante ao ativismo judicial. É um agir "racional" e

---

[326] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista De Direito Administrativo, 240, 2005, p. 9 https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

[327] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista De Direito Administrativo, 240, 2005, p. 8 https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

[328] *Cf.* por todos: SILVA, Virgilio Afonso. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**, *in*: Interpretação Constitucional, 1.ed, 3ª tiragem, São Paulo : Malheiros Editores, 2010, pp. 115-143.

politicamente consciente do juiz para enfrentar a "resistência política" contra os "avanços" necessários para o alcance de todos os "valores constitucionais."

Aposta-se no império criativo-normativo dos juízes, em especial dos juízes constitucionais. Pressupõe-se que os magistrados, por estarem "fora" do jogo político, possuem condições melhores de percepção da realidade e de tomada das decisões determinantes e estruturantes de uma nova sociedade. Somente o magistrado bom, cônscio de suas responsabilidades, humano e com um algo grau de senso de justiça poderá alcançar a "normatividade plena" da constituição.

Tal idealismo na figura do juiz denota a adesão a um modelo de estrutura político-organizacional, no qual o Poder Judiciário, mesmo não sendo eleito pelo povo, passa a ser o seu porta-voz oficial e primordial. No ambiente democrático e republicano, a opção sofre de um paradoxo intransponível. Sob o argumento de que a "nova interpretação" contribuirá para o atingimento pleno da democracia, aposta-se em agentes decisores que não passaram pelo sufrágio universal do próprio povo. Rompe-se com a tradicional submissão do Poder Judiciário ao Direito, para permitir que suas decisões possam estar baseadas em "aspirações sociais", "vontades das minorias", "interesses morais", "senso de justiça" e outras subjetividades.

A posição sequer enfrenta o argumento de que a legitimidade democrática dos juízes decorre de sua submissão à legalidade constitucional, demonstrada através da fundamentação decisória. É deste modo que se verifica a representação do povo pelos magistrados, ou seja, pelo cumprimento do próprio Direito posto.[329]

Permitir que juízes tenham atividade criativa do Direito para aportar novos enunciados gerais e abstratos não positivados, liberando-os da submissão ao direito posto, representa, em última análise, dotá-los de um superpoder, que se coloca em sobreposição frente às demais funções estatais. Cria-se, na prática, uma autocracia judicial,[330] fundada "em nome do povo", como já alertado alhures.

O que os neoconstitucionalistas querem é liberar o juiz das amarras da lei e da constituição para que possa construir criativamente o direito a partir dos valores e princípios que julga estarem previstos na Carta Magna, mesmo que para isso tenha que ultrapassar os

---

[329] FERREIRA, Daniel. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Divisão funcional do poder do Estado: entre o ativismo judicial e o garantismo processual**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 28, n. 109, jan./mar. 2020, pp. 69-91.

[330] Neste sentido: COSTA, Eduardo José da Fonseca. **As garantias arquifundamentais: não criatividade e imparcialidade**, *in* Revista Empório do Direito, disponível em <http://bit.ly/2YEit7T>, acesso realizado em 07/06/2021.

limites funcionais de Poder, invadindo as esferas legislativa e executiva. A construção é muito próxima da proposta do "juiz-antena" de Dinamarco, já amplamente criticada.

Não há propriamente uma "nova interpretação" da Constituição com o neoconstitucionalismo, há uma ruptura completa com a metodologia jurídica, para permitir ao juiz o acesso político para operar nas decisões do direito. Ela caracteriza-se pela autorização de válvulas de escapes judiciais para a correção do direito, em virtude de inúmeros vícios que podem ser observados pelo ambiente, para utilizar uma expressão de Luhmann.

Para além da doutrina instrumentalista, já tratada acima, Robert Alexy apresentou importante contribuição para a teoria da pretensão de correção do direito pelo juiz. O autor defende que a moral possui conexão com o direito, como forma de controle da validade desse último. Alexy[331] utiliza-se da fórmula de Radbruch como fundamento para afastar decisões ou sistemas jurídicos injustos. A fórmula está assim lançada:

> O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve ser resolvido de forma que o direito positivo garantido por estatutos e poder também tenha precedência quando for injusto e impróprio em termos de conteúdo, a menos que a contradição do direito positivo à justiça tenha atingido um nível insuportável, que a lei, como "lei incorreta", tem que dar lugar à justiça.[332]

A fórmula tem por objetivo a incorporação da moral como elemento do direito, o que é necessário para o jurista opor-se ao desafio de um Estado Injusto, daí a necessidade de uma teoria da lei injusta. Arthur Kaufmann, discípulo de Radbruch, estabelece as bases de seu pensamento: O conceito de direito em Radbruch está orientado aos valores culturais (sintonizado com o pensamento de Alvaro, no formalismo-valorativo), pois "ele é 'a realidade cuja razão de ser é servir a justiça'." Kaufmann sustenta que esse conceito não é positivista e nem jusnaturalista, nos seguintes termos:

> Este conceito de direito é notável de dois pontos de vista. Em primeiro lugar, ele é não positivista. O conceito positivista apenas prescreve que o direito é a soma de normas com um conteúdo arbitrário, emitidas de um modo formalmente correcto (o «direito em si» não existe, sendo apenas a designação atribuída ao conjunto das normas legais). Radbruch, contrariamente, acentua que apenas as normas dirigidas à justiça, orientadas por ela, têm qualidade jurídica. Em segundo lugar, o conceito de direito de Radbruch é não jusnaturalista porque o "direito correcto" não é equiparado ao valor jurídico

---

[331] ALEXY, Robert. **A defense of Radbruch's Formula**, *in* Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order, edited by David Dyzenhaus, Portland : hart Publishing, 1999, p. 13-39.

[332] No original: "*Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat*." RADBRUCH, Gustav. **Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht**, *in Süddeutsche Juristen-Zeitung,* Jahrg. 1, Nr. 5 (August 1946), p. 107.

> absoluto, a justiça; segundo a concepção da teoria dos valores de Radbruch, os valores em si pertencem apenas ao mundo ideal, não ao mundo real.[333-334]

Não há como aprofundar o debate com Radbruch no momento,[335] o que se quer demonstrar, é que Alexy parte desta premissa para formular sua "pretensão de correção" do direito, como elemento de calibragem e validade do direito. Em suas palavras:

> "Sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos. Nesse sentido, a pretensão à correção tem uma relevância classificadora, com poucas relevâncias práticas. Sistemas jurídicos efetivamente existentes costuma formular uma pretensão à correção, por menos justificada que seja. Mais importante sob o aspecto prático é a relevância qualificadora da pretensão à correção. Ela consiste no fato de que o mero não cumprimento da pretensão à correção, embora não prive sistemas jurídicos ou normas jurídicas individuais do caráter jurídico ou da validade, torna-os juridicamente defeituosos. Isso é a expressão do fato de que o direito possui uma dimensão ideal necessária."[336]

A pretensão de correção, portanto, estabelece uma conexão necessária entre direito e moral. Sobre tais conexões, Alexy sustenta que existem dois tipos específicos de conexão: (*i*) a classificadora e; (*ii*) a qualificadora. A conexão classificadora decorre da ausência de validade de normas jurídicas, pela ausência de satisfação de determinado critério moral. A conexão qualificadora apenas representa um defeito da norma jurídica que não satisfaz plenamente um critério moral, sem a perda, contudo, de sua validade.

A construção, contudo, apresenta fragilidade lógica observada por Eugenio Bulygin:

> *De allí parece resultar que Alexy entiende por una conexión clasificatoria una conexión conceptual, es decir, una conexión de significados. Por el contrario, la conexión cualificatoria parece ser meramente fáctica. Esto se sigue del hecho de que en una conexión clasificatoria la satisfacción del correspondiente criterio moral es necesaria: una norma o un sistema normativo que no lo satisfacen no son jurídicos. Por el contrario, tal satisfacción no es necesaria en el caso de conexiones cualificatorias. Hasta aquí todo está en orden: sólo son necesarias las conexiones conceptuales. Si*

---

[333] KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**, *in* Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas, A. Kaufmann e W. Hassemer (orgs), Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 138.

[334] Nesta linha, para a completude da teoria, Kaufmann assevera que Radbruch necessitava da elaboração de uma teoria dos conteúdos da justiça. Ela tem três bases: (*i*) a igualdade, como justiça em sentido estrito, que se concretiza com a proibição de arbitrariedades e a generalidade do direito, ou seja, estabelece-se o conceito de forma; (*ii*) a finalidade, que regula o conteúdo daquilo que será regulado pela justiça (interesses, expectativas, necessidades, ética dos bens etc.); (*iii*) a segurança jurídica, como forma de estabilização social, que regula os meios pelos quais as exigências, as pretensões e as proibições serão reguladas. KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**, *in* Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas, A. Kaufmann e W. Hassemer (orgs), Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 138-141.

[335] Para uma excelente crítica: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **A fórmula Radbruch e o risco do subjetivismo**, *in* Revista Consultor Jurídico, disponível em < https://bit.ly/3wMFHLH>, acesso realizado em 09/11/2021.

[336] ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 152.

> *la satisfacción del criterio moral no es necesaria, entonces la conexión no es analítica sino sintética, es decir, fáctica.*
>
> *Si esta interpretación es correcta, entonces creo que se puede constatar en Alexy una contradicción. Por un lado, Alexy afirma que tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas, como también los sistemas jurídicos formulan necesariamente una pretensión de corrección. Por consiguiente, la conexión entre el carácter jurídico de una norma y la pretensión de corrección es analítica, o -como lo formula Alexy- es una conexión clasificatoria. Por otro lado, Alexy afirma que la pretensión de corrección en el caso de normas jurídicas y decisiones judiciales aisladas tiene "una relevancia exclusivamente cualificatoria". Pero si se trata de una conexión meramente cualificatoria, entonces la pretensión de corrección no es necesaria en el caso de normas jurídicas aisladas; ellas son normas jurídicas, aún cuando no formulen tal pretensión. La discusión precedente acerca de la tesis alexyana puede resumirse de la siguiente manera: la pretensión de corrección es una característica definitoria (y por consiguiente necesaria) de los sistemas jurídicos, pero no es una característica definitoria de normas jurídicas y decisiones judiciales aisladas y, por tanto, no es necesaria. Un sistema normativo que no formule una pretensión de esta naturaleza, no es un sistema jurídico; por el contrario, una norma o una decisión judicial pueden ser consideradas jurídicas, aunque no formulen ninguna pretensión de corrección. Tampoco la satisfacción de esta pretensión de corrección es una característica definitoria de la expresión "sistema jurídico": un sistema normativo que formule esta pretensión pero que no la satisfaga es, sin embargo, un sistema jurídico aún cuando jurídicamente deficiente.*[337]

O argumento é robusto. A pretensão de correção de Alexy, valendo-se de um critério classificatório e, por conseguinte, definidor de que uma norma tem validade no sistema, não pode ser utilizado como critério norteador de decisões judiciais concretamente consideradas, em uma perspectiva qualificadora.

A verdadeira intenção de Alexy é estabelecer poderes e justificação para que o juiz passe a operar na perspectiva de "participante do sistema" do direito, que sempre deve perguntar se a sua decisão é "certa", "correta", "moral", "digna", "ótima".[338] Os critérios morais surgem como possibilidades para o rompimento da autonomia do direito, operações de qualificação pelo juiz da sua própria operação dentro do sistema. Ele é, portanto, o participante e o revisor do próprio direito. A proposta de Alexy antagoniza-se com a proposta da teoria dos sistemas de Luhmann, já analisada.

Alexy quer dotar o juiz, com a sua pretensão de correção, poderes descritivos de moralidade sobre a interpretação justas ou injustas, para possibilitar a prescritivos de normas concretas que sejam justas. A tarefa do juiz ao julgar determinado caso, contudo, não é de

---

[337] BULIGYN, Eugenio. **Alexy y el argumento de la Corrección**, *in* ALEXY, Robert. BULYGIN, Eugenio. La pretensión de corrección del derecho: La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001, Edição *Kindle*, pos. 328.

[338] ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 30.

descrição do justo. Sua função é normativa de aplicação do direito. A proposta de Alexy, para que o juiz possa descrever o direito como justo ou injusto em sua sentença, retira o julgador de sua própria investidura jurisdicional, pois deixa de se comportar como aquele que opera no direito e passa a pronunciar apenas a sua opinião privada, através de atos estatais.[339]

O hiperpublicismo processual mais recente, em especial o produzido posteriormente à influência de Robert Alexy, prega uma abertura do sistema jurídico para outros sistemas e o encorajamento ao ativismo judicial ideologicamente ajustado com os "valores" constitucionais, sempre em uma perspectiva moralizante. A proposta de Hermes Zaneti Jr. é a mais clara nesse sentido. O autor defende abertamente a "pretensão de correção" pelo juiz, como mecanismo ideal para a obtenção da justiça material. Em suas palavras:

> A pretensão de correção significaria, nesse quadro, o comprometimento com a aporia fundamental do direito: a justiça. Contudo, é bom salientar de princípio que a pretensão de correção não se confunde com a moral, a uma porque está vinculada à ideia de justiça como distribuição e equilíbrio; a duas, porque uma vez que se vincula à ideia de justiça, propõe uma proposição performativa, atingir o equilíbrio e a distribuição equitativa. Assim, a não realização passa a ser uma deficiência moral, mas, sendo uma falha no atingimento da pretensão de correção do direito, é também uma falha jurídica. Daí a afirmação de que 'a pretensão de correção não é nenhuma maneira idêntica de correção moral, porém inclui a pretensão de correção moral'. Um ordenamento que não formule a pretensão de correção não pode se considerar um ordenamento jurídico.[340]

Fica claro que, para Zaneti Jr., a pretensão de correção do direito posto pelo juiz, atendendo, inclusive, a critérios morais que ele retira a partir dos valores constitucionais – sem maiores controles ou objetividades – é a razão fundante do ordenamento jurídico.

Certamente, a tese em questão, da qual se discorda amplamente no presente trabalho, seria digna de desenvolvimento na área de teoria do direito ou na ciência política, mas que não pode ser aceita em termos de dogmática jurídica. A intenção não passa de "autopoiese doxográfica", exposição de uma opinião pessoal sem qualquer comprovação na realidade, imprestável para qualquer elaboração dogmática.

Trocando em miúdos, a nova interpretação constitucional proposta pelo neoconstitucionalismo e a suposta pretensão de correção, de matriz alexyana, representam apenas aberturas episódicas do juiz para a política. É dizer, quando for conveniente ao julgador, ele pode passear pelos campos da política, trazendo para a decisão judicial suas opiniões

---

[339] No mesmo sentido: BULIGYN, Eugenio. **Alexy y el argumento de la Corrección**, *in* ALEXY, Robert. BULYGIN, Eugenio. La pretensión de corrección del derecho: La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001, Edição *Kindle*, pos. 386.

[340] ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: do modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2.ed., São Paulo : Editora Atlas, 2014, p. 100.

pessoais e corretivas das normas que considera injusta. Quando o campo da política se apresenta como uma ameaça para ele, o juiz pode regressar para o campo do direito e se proteger em suas garantias funcionais constitucionalmente previstas.

A proposta, valendo-se do sedutor argumento da justiça, pretende exclusivamente empoderar o juiz fora dos critérios do direito. Se o direito se comunica com a moral através da operação judicial, como pretende Alexy e Zaneti Jr., é curial notar que os seus critérios de julgamento não são mais restritos ao sistema do Direito, mas a todo o ambiente e social e à sua complexidade inerente. A partir daí, tudo apenas se justifica pela autoridade estatal do juiz e na confiança do homem bom e probo que ele representa. A decisão, contudo, não precisa de controle, já que o juiz não pode errar. A formulação é flagrantemente equivocada.

1.6. A "Constitucionalização do Direito Processual"

A força do neoconstitucionalismo está na potência retórica da "constitucionalização dos direitos", iniciada a partir da última década do século XX e início do século XXI, que passou a ser utilizada no repertório argumentativo para justificar as inúmeras aberturas interpretativas do Poder Judiciário.

Sob a escusa de realizar uma leitura conforme a constituição, o fenômeno da constitucionalização passou a colonizar inúmeras áreas do Direito, rasgando completamente o rigor dogmático com que institutos foram tradicionalmente analisados e esgarçando os limites epistemológicos existentes. Mais do que isso, o movimento da "constitucionalização" passou a reler inúmeros institutos jurídicos e, inclusive, direitos subjetivos e o ordenamento como um todo, a partir de determinados "valores constitucionais", mesmo que não expressos, lançados de forma *ad hoc* pela doutrina, com a deliberada intenção de proporcionar ao julgador poderes de correção do direito.[341]

Não tardou para que a retórica da constitucionalização dos direitos aportasse no direito processual. Na verdade, a empreitada foi tão bem-sucedida, que o CPC de 2015 prevê em seu artigo 1º a seguinte regra: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código."

[341] Importante salientar que a "constitucionalização dos direitos" é vendida pelo neoconstitucionalismo como sendo algo novo, uma alteração de paradigma, um rompimento com o legalismo estrito, dentre outras mudanças novidadeiras ao direito, nada obstante seja estratégia bastante comum na história do direito, como demonstrado acima.

Como se vê, o dispositivo em questão promove uma abertura de normatividade a "valores" constitucionais, sem que haja qualquer critério para essa aferição. Ignora, ainda, a acirrada disputa que existe na teoria do direito, em especial, na teoria da norma, acerca da existência de normatividade direta, ou não, dos valores. Tampouco, se sabe sobre quais valores o dispositivo se refere. Seriam os valores expressos no preâmbulo da Constituição, "direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça", mesmo sem correspondência direta a direitos fundamentais previstos no texto constitucional, ou seriam os valores "implícitos" estabelecidos de modo *ad hoc* pelo intérprete ou julgador de ocasião?

Além disso, a regra fala em "normas fundamentais" da Constituição. A expressão é nova e ambígua, pois não há qualquer correspondente exato no texto constitucional. A Constituição fala em direitos e garantias fundamentais. Após o giro ontológico-linguístico, tornou-se lugar comum dizer que a norma é obtida a partir da interpretação do texto (enunciado). Então, seriam as "normas fundamentais" a interpretação sobre as disposições de direitos fundamentais? Outros enunciados constitucionais que disponham sobre a organização do poder, por exemplo, não vinculariam a interpretação do CPC, pois não se configurariam como normas fundamentais? Poder-se-ia apresentar inúmeras questões problematizadoras sobre o ponto, as quais não encontrariam resposta adequada na doutrina majoritária.

A regra do art. 1º, do CPC, cria muito mais problemas do que soluções, como se pode ver nesta breve análise. O maior problema, dentre todos, é a falta de acordo semântico para a proposta de "constitucionalização dos direitos", principalmente a partir do multiforme neoconstitucionalismo. Essa flacidez semântica promove inúmeros problemas e transforma as abordagens teóricas e dogmáticas naquilo que o seu autor bem entende, nomeadamente pela ausência completa de método. Em regra, a "constitucionalização do direito processual" passa a ser aquilo que o seu defensor bem quer.[342] Ao fim e ao cabo, "se tudo é constitucionalização, nada terminará por sê-lo."[343]

No Brasil, a produção crítica a respeito do movimento de constitucionalização dos direitos é bastante tímida até o momento. Destacam-se, no entanto, dois renomados autores,

[342] Tal acepção fica muito clara na obra de ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: do modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2.ed., São Paulo : Editora Atlas, 2014, p. 51. "Todo direito hoje ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é direito".
[343] RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 172

que buscaram sistematizar o enfrentamento do tema e proporcionar maior clareza no exame da questão, quem sejam, Virgílio Afonso da Silva[344] e Otávio Luiz Rodrigues Jr.[345]

O objetivo desse tópico é analisar, dentre as inúmeras proposições doutrinárias sobre a constitucionalização do direito processual, aquilo que não pode ser considerado constitucionalização.

1.6.1. Constitucionalização como sobreinterpertação constitucional

Um dos sentidos mais comuns para a constitucionalização é a "sobreinterpretação" ou a "reinterpretação das normas" a partir da Constituição. Esse sentido estabelece que todo ordenamento jurídico deve ser interpretado a partir da Constituição. Segundo Guastini, "A sobreinterpretação permite extrair do texto constitucional normas idôneas para disciplinar qualquer aspecto da vida social e política". A partir daí, não restam mais "espaços vazios" de constitucionalidade, com efeito, tudo está submetido ao controle de constitucionalidade.[346]

Uma das variantes da sobreinterpretação é a "supremacia do direito fundamental", sustentada por Alvaro de Oliveira, com apoio em Jorge Miranda, no sentido de que "não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais".[347]

Sem entrar nos detalhes das premissas de Guastini e de Alvaro, a "sobreinterpretação" não passa do bom e velho princípio da supremacia hierárquica da Constituição, que, ao menos no Brasil, é indiscutível desde a primeira Constituição da República.[348] A doutrina brasileira, bem antes do movimento neoconstitucionalista, é praticamente unânime sobre a necessidade de interpretação da lei conforme a constituição.

Ainda na década de 1960, José Frederico Marques defendia: "A Constituição como lei das leis, é a fonte suprema da ordem jurídica, e, assim, se situa no cimo e culminância de todas

---

[344] SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1.ed., 3ª tiragem, São Paulo : Malheiros Editores, 2011.
[345] RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019.
[346] GUASTINI, Ricardo. **A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana**, *in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel (Orgs.). A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, pp. 271-293. A citação foi também realçada por RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 173.
[347] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, *in* Revista de Processo, vol. 113/2004, p. 9 – 21, Jan - Fev / 2004, edição eletrônica.
[348] RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 173.

as fontes normativas. Pela posição que ocupa na hierarquia das fontes formais do Direito, a ela se subordinam todo o direito positivo e a legislação ordinária."[349]

No mesmo sentido, em seus Comentários à Constituição de 1967, Pontes de Miranda já salientava a inconstitucionalidade da lei por violação a "princípio da Constituição", que deve reger a interpretação da lei.[350]

Nery Jr. foi um dos primeiros a dedicar monografia sobre o tema da relação do direito processual e a Constituição no Brasil. Ainda no início da década de 90, chamou a atenção para a necessidade de se interpretar as leis de acordo com a Constituição, sendo dever do aplicador buscar o alicerce, em primeiro, na Constituição, para somente depois consultar a legislação infraconstitucional sobre o tema. "Caso a lei infraconstitucional esteja em desacordo com o texto constitucional, não deve, por óbvio, ser aplicada... Esta é a razão pela qual todos devem conhecer e aplicar o Direito Constitucional em toda a sua extensão, independentemente do ramo do direito infraconstitucional que se esteja examinando."[351]

A lista poderia ser muito mais extensa. Basta revisitar a ampla bibliografia produzida no direito processual para se demonstrar que, mesmo antes do movimento da "constitucionalização do direito processual", o expediente de (re)interpretação do direito infraconstitucional pela Constituição já era bastante propalado pela doutrina.

Entende-se que essa acepção não pode ser considerada como um dado decorrente do movimento da "constitucionalização do direito processual".[352]

1.6.2. Constitucionalização pela Dignidade da pessoa humana

É muito comum a utilização da "valorização" da dignidade da pessoa humana como elemento funcionalizante do direito processual. Ela é utilizada pelos neoconstitucionalistas processuais de modo bastante profuso, normalmente como um ataque retórico para afastar determinada regra procedimental tida por inconveniente. A funcionalização visa, diretamente, à atribuição de direitos, mesmo que não positivados, como revela Alvaro: "No contexto antes delineado ressalta a importância dos direitos fundamentais, visto que criam os pressupostos

---

[349] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, vol. I, Rio de Janeiro : Forense, 1965, p. 29.

[350] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, tomo IV, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 141.

[351] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição brasileira**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 26.

[352] Em sentido semelhante, tratando do direito civil: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 177.

básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana. Cuida-se, portanto, dos direitos inerentes à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade. Claro que não se trata apenas dos direitos estatuídos pelo legislador constituinte, mas também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de direito, do sentimento jurídico coletivo."[353]

Mais do que isso, Mitidiero entende que a dignidade da pessoa humana define a 'tutela dos direitos como fim do processo'. Em suas próprias palavras: 'A dignidade da pessoa humana constitui "qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana' e funciona ao mesmo tempo como 'valor-fonte do ordenamento jurídico', fundamento e medida do Estado de Direito e de inúmeros direitos fundamentais. No que agora interessa, a colocação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Constitucional impõe como 'tarefa' para a doutrina a *realização de uma teorização do direito a partir da pessoa humana* e não a partir do Estado. Dito de outro modo, o reconhecimento da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica revela que o Estado 'é uma organização política que serve o homem' e que, portanto, 'não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios'. Daí que, 'consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1.º, III, da CF/1988), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal'. Vale dizer: constitui a 'pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado'."[354]

O mesmo autor, em coautoria com Marinoni, arremata: "o legislador procura igualmente traçar postulados interpretativos e aplicativos para o processo civil. Esses postulados obviamente não são específicos do processo civil. No entanto, ganham um significado especial no contexto do Código de 2015, na medida em que permitem outorgar uma interpretação constitucionalmente adequada à legislação como um todo. Por exemplo: a previsão da dignidade da pessoa humana como cânone interpretativo (art. 8.º, CPC) significa

[353] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, *in* Revista de Processo, vol. 113/2004, p. 9 – 21, Jan - Fev / 2004, edição eletrônica.
[354] MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas [livro eletrônico]**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017, Parte I A função do processo civil no Estado Constitucional e a necessidade de adequada organização das Cortes Judiciárias, 1. A dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica como fundamentos do Estado Constitucional.

que o processo civil deve ser pensado em uma perspectiva que privilegie a tutela dos direitos – os consumidores de justiça – e não em um plano que justifique soluções unicamente inspiradas na eficiência do aparato estatal."[355]

Em nenhum outro diploma legal, os arroubos neoconstitucionalistas foram tão bem-sucedidos como no CPC de 2015. O art. 8º, do CPC estabelece como um dos "cânones interpretativos" pelo juiz, o resguarde e o atendimento à "dignidade da pessoa humana". Não bastasse a flagrante mixagem teórica constante no dispositivo em análise, que utiliza inúmeros *slogans* neoconstitucionalitas, de plasticidade dogmática sem precedentes – como é o caso da utilização da proporcionalidade e da razoabilidade, sem definição de seu conteúdo, nada obstante a intensa disputa teórico-dogmática a respeito das respectivas definições e (im)possibilidade de utilização –, ainda há utilização a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo judicial.

O problema aqui é de gravidade ímpar.

Não há qualquer dúvida de que a dignidade da pessoa humana está estampada na Constituição como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da CF). Nada obstante o conceito seja muito abstrato, não se admite qualquer limitação a respeito de sua normatividade.[356] Ela encerra uma barreira instransponível em garantir a qualquer pessoa natural a sua condição de ser humano. Atenha-se a essa premissa fundamental para o revelar do equívoco de postura neoconstitucionalista.

O sistema constitucional brasileiro se baseia na possibilidade de mitigação dos direitos fundamentais, deste que observados os "limites dos limites" e a existência de justificação constitucional interventiva. Funcionalizar a dignidade da pessoa humana para potencializar o argumento é promover a abertura do caminho para "irreversíveis moralizações" e a "imposições de visão de mundo totalmente incompatíveis com o princípio da neutralidade ética do Estado implícito em dispositivos constitucionais como o art. 1º, V CF."[357]

A dignidade da pessoa humana não é uma invenção constitucional e tampouco funciona como um imunizante contra atrocidades próprias de regimes totalitários, uma vez que eles próprios podem utilizá-la como fundamento, sem que isso afaste a barbárie e o arbítrio.[358]

---

[355] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1º ao 69**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

[356] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 96-97.

[357] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 98-99.

[358] Rodrigues Jr. demonstra como isso, inclusive, foi utilizado discursivamente por ditadores: "'Para nós, o respeito aos direitos humanos não nasce somente do mandamento da lei ou das declarações internacionais, mas é resultante

Tampouco a ausência de sua previsão constitucional é óbice para sua normatividade, já que Estados de longa tradição democrática, como o Estados Unidos, França e Reino Unido, não possuem a dignidade da pessoa humana em suas cartas constitucionais e nem por isso há déficit de proteção de seus cidadãos.[359]

A dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, potente em sua normatividade e singela em sua função. Explica-se. A função da dignidade da pessoa humana é evitar que o ser humano seja tratado como objeto, que seja desumanizado. Sua normatividade é absoluta e ilimitada. Uma norma tão poderosa não pode ser utilizada de modo banal ou indiscriminado, caso contrário será utilizada retoricamente como forma de dominação política, inclusive a partir da doutrina.

A banalização é promovida através da argumentação que utiliza a dignidade da pessoa humana como um "supertrunfo", com o propósito de "torcer e superar os limites normativo-semânticos de textos legais válidos", bem como de regras constitucionais explícitas, "para atingir significados ao sabor da própria subjetividade" do intérprete, o que leva a posturas autoritárias e antirrepublicanas.[360]

As abordagens banalizadoras, que aos montes se verificam na doutrina processual, utilizam a dignidade como critério funcionalizante de empoderamento estatal de intervenção ilimitada na esfera individual. O principal problema, como bem demonstrado por Lúcio Delfino, é que tudo passa a ceder frente à dignidade humana, porém, em prestígio da subjetividade do intérprete de ocasião.[361]

Por certo, a dignidade da pessoa humana foi "constitucionalizada" expressamente na Constituição em 1988, porém, mesmo que não fosse, teria força normativa correspondente, já que sua potência está diretamente ligada ao impedimento da reificação humana. Como bem adverte Rodrigues Jr., ela "não precisa dessa constitucionalização para ser o que é."[362]

---

da nossa cristã e profunda convicção de que a dignidade do homem representa um valor fundamental'. O autor desse hino à dignidade humana chamava-se Jorge Rafael Videla (1925-2013), ditador argentino de 1976 a 1987 e responsável por centenas de crimes hediondos." RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 181.

[359] Como bem ensina RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, pp. 179-180.

[360] DELFINO, Lúcio. **Código de Processo Civil Comentado**, Belo Horizonte : Fórum, 2020, pp. 83-84.

[361] DELFINO, Lúcio. **Código de Processo Civil Comentado**, Belo Horizonte : Fórum, 2020, pp. 83-84.

[362] RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 181.

1.6.3. Constitucionalização pela centralidade da Constituição

O argumento da centralidade da constituição é outro que merece atenção. Em uma primeira análise, o argumento da centralidade da constituição é "trivial e genérico demais" para explicar a relação da constituição em relação aos demais ramos do direito.[363]

Ao menos desde meados do século passado, não há qualquer questionamento a respeito da posição central e hierarquicamente superior da constituição no ordenamento jurídico.[364]

No entanto, a concepção foi apropriada pelo neoconstitucionalismo, como retórica argumentativa para autorizar o julgador a promover a correção do ordenamento jurídico posto, desde que estivesse a realizar "os valores constitucionais."

Mesmo que há anos ninguém afirme que o CPC ou o CPP ocupam a posição central no sistema de fontes procedimentais, os neoconstitucionalistas utilizam-se da retórica para permitir ao juiz a correção do procedimento, a superação do "excesso de formalismo", a superação de fases procedimentais "inúteis", em nome de um "processo justo".

Mais do que isso, o argumento da centralidade passou a ser utilizado para a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Mais à frente será realizada a análise sobre o efeito horizontal dos direitos fundamentais. Basta para o momento salientar que tal perspectiva nada tem de constitucional em si. Quase não existem proibições expressas para os indivíduos na Constituição. Seu comportamento é amplamente controlado por propósitos interpessoais e emocionais, que devem permanecer alheios à racionalidade regulatória estatal. A Constituição, portanto, não trata da raiva, ganância, alegria e vaidade do indivíduo.[365]

A pretensão real do neoconstitucionalismo é a superação da necessidade de mediação legislativa para a regulação da relação particular-particular ou sobre o estabelecimento de deveres específicos, para autorizar ao próprio juiz, caso a caso, esta tarefa.

Imaginar que foi o neoconstitucionalismo que promoveu a centralidade da constituição no ordenamento jurídico é ignorar séculos de história do constitucionalismo. Imaginar que no Brasil a centralidade surgiu apenas depois de 1988 é ultrajar a nossa tradição constitucional.

A razão está com Rodrigues Jr.: "O mais provável é que esses autores tenham sido contaminados pela empolgação de um discurso que, por sua ductibilidade e plasticidade, parece

---

[363] SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1.ed., 3ª tiragem, São Paulo : Malheiros Editores, 2011, p. 122.
[364] Neste sentido, RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 182.
[365] *Cf.* POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 225.

inibir a formação de juízos críticos sobre seu conteúdo. Mais, ainda, por veicularem elementos metajurídicos extremamente simpáticos a qualquer ser humano, são de difícil combate, salvo se o antagonista assumir o risco de ser (indevidamente) acusado de insensível, antissocial, individualista e outros adjetivos semelhantes."[366]

Duas confusões aqui precisam ser desfeitas: (*a*) não se pode confundir a constitucionalização do processo de cariz neoconstitucional com a supremacia da constituição. Esta é inquestionável doutrinariamente há mais de um século e não é produto do movimento neoconstitucional; (*b*) a supremacia da constituição não se confunde com a supremacia dos valores. Em específico, a constituição não corresponde a uma "ordem objetiva de valores", com normatividade supraconstitucional, inclusive, como pretendem alguns.

Por conseguinte, não se pode entender que a "centralidade da Constituição" signifique a constitucionalização dos direitos.

1.6.4. Constitucionalização pela interpretação progressista ou reacionária

Um dos principais males da mixagem teórica entre direito e política da doutrina processual reside nesse ponto. É certo que ela, a mixagem, é anterior ao neoconstitucionalismo, pois a confusão permanente entre prescrição e descrição aflige todos os ramos do direito.

Embora seja praticamente impossível despir-se completamente de suas convicções político-ideológicas para qualquer ato da vida, o exame teórico e dogmático do direito exige dos intérpretes, em geral, e nomeadamente do julgador, o esforço por uma neutralidade política, para que a sua vontade ou a sua convicção sobre o "conveniente" ou o "inconveniente" e sobre o "certo" e o "errado", não invada o subsistema do direito.

Contudo, não é o que se vê.

Artur César de Souza propôs uma tese no mínimo inusitada. Defende que, pela impossibilidade de o juiz ser naturalmente imparcial, ele deve ser positivamente parcial. A positividade estaria na adoção de uma postura protetiva do juiz em relação à parte mais fraca, mais pobre, mais vulnerável etc. Desse modo, o juiz deve ser um "instrumento para a superação das desigualdades sociais, culturais e econômicas", tanto no processo penal como no processo civil, na busca de uma "igualdade real". Sua justificativa, em grande medida, é de base sociológica, que tem como pano de fundo as desigualdades sociais e o desiquilíbrio entre pobres e ricos. Afirma que não se pretende estabelecer uma justiça dos pobres em contraposição aos

[366] RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 183.

ricos, mas de proporcionar um acesso em igualdade de condições e estrutura a todos. Assim, deve-se redefinir o papel do juiz, protagonista das atividades que ele coordena e orienta, através do esforço e colaboração das partes e dos advogados, sem temer as projeções efetivas, é dizer, sem apego à rotina.[367]

O modelo de Souza não tem absolutamente nada de novo. É uma versão, em pleno século XXI, do modelo de juiz de Anton Menger (1841-1906), do final do século XIX, no qual se propunha um juiz ativo, com poderes para a neutralização de desigualdades sociais e proteção dos menos favorecidos.[368]

O assistencialismo judicial representa grave violação aos limites constitucionais estabelecidos ao Poder Judiciário. A garantia constitucional da imparcialidade exige do julgador ao menos o esforço para a imparcialidade possível.[369] Não pode ele adotar comportamentos protetivos de uma das partes, visando igualar o debate ou mesmo o resultado da demanda.[370] Isso, por certo, representa uma grande inconstitucionalidade ao devido processo legal.

Não é por acaso que o Estado é organizado em outros órgãos para presentar esse tipo de assistência, como é o caso da Defensoria Pública ou do Ministério Público em sua falta. O vício na prestação de serviço de qualidade por essas instituições não pode ser remediado, diretamente, pelo juiz, sob pena de deixar de ser o terceiro imparcial.

A tese está alinhada à opção político-ideológica de seu autor, que pretende realizar uma alteração de competência constitucional do atuar do poder judiciário. Com o devido respeito, a proposta é de *constitutione ferenda* e não representa qualquer forma de "constitucionalização do processo". Ao contrário, a proposta rompe com os limites impostos pelo devido processo legal e pelo contraditório, este último como critério definidor de funções entre juízes e partes.[371]

Não é apenas a interpretação política progressista que pode ser utilizada neste sentido, nada obstante seja a mais comum. Rompantes autoritários de ruptura do direito pela política podem ganhar cores de ideologia de direita, de igual modo.

---

[367] SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**, São Paulo : Almedina, 2018, pp. 205-214.
[368] MENGER, Anton. **Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich**, Tübingen : H. Laupp'schen Buchhandlung, 1890, *passim*.
[369] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, pp. 233-249.
[370] ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **La imparcialidade judicial y el debido processo**, *in* Revista Ratio Juris, vol. 9, nº 18, pp. 207-235.
[371] Neste sentido, SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, *passim*.

A doutrina, ao enxergar o processo como um meio de prestação dos serviços judiciários, em perspectiva gerencial, pretende "constitucionalizar o processo" através da adaptação procedimental, por iniciativa judicial, conforme o direito material tutelado.[372] Argumenta-se que isso gera a constitucionalização do processo, por garantir a tutela processual "justa, adequada e tempestiva". A centralidade da análise passa a ser a "legitimidade da decisão", que tem por critério fundamental a sua "justiça" – embora não se saiba exatamente o seu conteúdo –, que vai trazer a reboque a legitimidade do próprio processo. "Um processo que termine em decisão ilegítima, ou que não se estruture de modo a propiciar uma decisão legítima, não constitui instrumento idôneo ao Estado Constitucional."[373]

Os problemas jurídico-constitucionais da flexibilização procedimental pelo juiz serão objeto de análise no item 3.9 deste trabalho. Interessa revelar, nesse momento, que, sob a retórica de proporcionar a constitucionalização do processo, os autores acima revelam opções políticas de tutela do direito do autor, mesmo que através de restrições dos direitos do réu no debate processual, tudo visando a uma decisão que qualificam por "justa". A estratégia aqui é muito semelhante à utilizada por Artur César de Souza – apresentada acima –, apenas em sentido ideológico distinto. Ambos os autores politizam o debate para a correção do direito sem qualquer mediação legislativa.

Chama a atenção o fato de que Marinoni e Souza utilizam muito o argumento da "legitimidade" da correção da legalidade pela jurisdição em suas abordagens. No entanto, nenhum deles desafia o problema da falta de legitimidade direta dos juízes para a correção do direito, pelo simples fato de que eles não são eleitos para a função que exercem. A legitimação democrática dos juízes ocorre através do cumprimento da legalidade constitucional posta.[374]

A doutrina processual é pródiga em propostas de politização do juiz para o afastamento de limites procedimentais, sem que haja qualquer uniformidade do objetivo buscado.[375] Como se disse, a interpretação política de pretensão de correção do direito pode ser utilizada para qualquer sentido, ao gosto do intérprete, não pode ser de qualquer modo controlada de modo objetivo e não representa, por isso, qualquer caso de "constitucionalização".

---

[372] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, *passim*.
[373] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, vol. 1**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 435.
[374] FERREIRA, Daniel. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Divisão funcional do poder do Estado: entre o ativismo judicial e o garantismo processual**, *in:* Revista Brasileira de Direito Processual, pp. 85-88.
[375] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, pp. 83-84. ZANETI JR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2.ed., São Paulo : Atlas, 2014, p. 100.

Obviamente que por mais que o intérprete se esforce para que sua interpretação não seja contaminada por suas opções político-ideológicas, não se atingirá uma assepsia absoluta. No entanto, o esforço para tanto é fundamental, nomeadamente na atuação jurisdicional, na qual a autocontenção subjetiva deve dar lugar à sistematicidade decisória.

É por isso que Rodrigues Jr, mais uma vez, está certo em sua análise sobre o ponto: "(a) o progressismo ou o conservadorismo não se confundem com o processo de *constitucionalização*; (b) a sociedade define seus valores e 'consensos sobrepostos' conforme critérios raramente sindicáveis por padrões de racionalidade; (c) o Poder Judiciário, quando muito, expressa tais valores por meio de suas decisões; (d) a única esfera pública na qual esses valores poderia ser legitimamente exteriorizados e convertidos em normas é o Parlamento, por meio da luta política, cabendo aos tribunais o controle *ex post* dos excessos e dos desvios da fase deliberativa."[376]

1.6.5. Constitucionalização por "democratização"

Outro argumento utilizado para "constitucionalizar o processo" é a sua democratização. O sentido de democratização é bastante plurívoco, por ora não se tratará das acepções democráticas propostas por José Alfredo de Oliveira Baracho, Rosemiro Pereira Leal ou Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, as quais se encontram em certa sintonia com a noção de processo constitucionalizado, como se verá.

O objeto de investigação se volta ao argumento da democratização como forma de neoconstitucionalização do processo, que pode ser vista de alguns modos específicos.

A primeira acepção é a da democratização como forma de empoderamento judicial. Zaneti Jr. propõe tal tese, nos seguintes termos:

> "Para ultrapassar a barreira das resistências opostas, buscando uma alternativa, a contraposição conhecida entre direito-liberal/processo-garantista e direito-comunitário/processo-social, que ao fim e ao cabo é contraposição sociedade e indivíduo, propõe-se um modelo normativo de democracia baseado na institucionalização de procedimentos democráticos: condições de comunicação lastreadas na pretensão de correção, ou seja, na garantia de processos de formação das decisões que permitam identificar uma solução passível de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade pelos participantes do discurso, que possa ser compreendida como justa."[377]

---

[376] RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 209.
[377] ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: do modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2.ed., São Paulo : Editora Atlas, 2014, p. 56.

Novamente, nota-se o retorno à retórica do justo e da pretensão de correção do direito pelo juiz, como sendo uma solução de democratização e, por conseguinte, de constitucionalização do processo. Tal acepção coloca o juiz como um "profeta científico",[378] uma vez que teria plenas condições de captar e compreender as tendências evolutivas à luz da valoração de dados empíricos de acordo com a eficiência da solução dos problemas.

A proposta, contudo, está muito próxima da construção acima desfeita, acerca da interpretação política como forma de constitucionalização.

Outra acepção de democratização, muito comum, é a ênfase na importância da participação das partes como forma de "legitimação" da decisão jurisdicional.

Não há qualquer dúvida de que a participação das partes possui fundamental importância para a legitimação política da decisão judicial. Contudo, esse exame deve ser tratado a partir de uma perspectiva de teoria política da jurisdição.

Como bem asseverou Diego Crevelin de Sousa, a ideia de participação pelo processo como fator de legitimação do procedimento jurisdicional é ponto comum na doutrina, entre autores das mais variadas matizes, mesmo entre autores que adotam referenciais teóricos totalmente distintos.[379]

Ao se realizar o câmbio do exame para uma perspectiva dogmática, a participação é garantida pelo direito fundamental do contraditório (art. 5º, LV, da CF), já devidamente constitucionalizado por expressa previsão legal. Não se despreza que a ambiência democrática conforma o conteúdo normativo do direito fundamental, como o faz com todos os outros direitos fundamentais, já que eles estão imersos no Estado Democrático de Direito. Assim, as noções de contraditório como direito de influência e dever de consideração realmente são frutos da vivência democrática.

No entanto, não foi a democratização, em si, que promoveu a tal constitucionalização. O conteúdo normativo do contraditório já existia, mesmo que em potência, pela própria previsão constitucional analisada sistematicamente. O modelo constitucional de processo, de matriz acusatório-adversarial, é a fonte desta mudança.

O argumento da participação das partes como legitimação democrática da decisão ou como a democratização do processo também guarda os seus perigos. O principal deles é a utilização funcionalizante do contraditório como suposto imunizante do autoritarismo judicial,

---

[378] MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado**, *in*: *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 13, 2009, p. 281, disponível em <https://bit.ly/3uXYvFA>, acesso realizado em 17/04/2021.

[379] SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 65.

juntamente com a fundamentação. É comum na doutrina processual o *slogan* de que, se o juiz observou o contraditório e realizou a fundamentação "exaustiva", não há como atuar em autoritarismo processual.

Essa caracterização somente faz sentido para os defensores de uma noção instrumental do processo, que permitem ao juiz a correção do direito a partir de critérios sociais ou metajurídicos.

Para uma perspectiva de processo como direito fundamental, a impor limites à atuação judicial, tal acepção não faz qualquer sentido, pois o juiz não está imunizado do autoritarismo se observou o contraditório e fundamentou a sua decisão. A decisão, mesmo assim, pode estar recheada de inúmeros critérios que fogem ao controle objetivo do direito posto, a caracterizar, no caso, a existência de uma decisão concretamente autoritária.

A concepção ora combatida traz a reboque uma premissa que analisa o processo a partir da jurisdição. Entender que o processo se encontra constitucionalizado através da abertura democratizante da participação como forma de legitimação da jurisdição faz com que a participação em si, garantida normativamente pelo contraditório, seja a autorização política para a decisão, seja ela qual for.

Contudo, assim não pode ser. O contraditório, como direito fundamental, representa apenas um dos limites para a atuação do juiz na decisão da causa que lhe é submetida. De um modo geral, sua decisão somente será considerada legítima, do ponto de vista político, se observar, para além do contraditório, as outras normas jurídicas aplicáveis ao caso.

A constitucionalização pela democratização ocorre ou pelas mãos do constituinte originário ou pelo constituinte derivado. É possível, outrossim, que haja a concretização de valores democráticos fundantes do Estado, através da legislação ordinária. Ao juiz, a atitude democraticamente legítima é a submissão à legalidade constitucional.

A análise, até o momento, se voltou essencialmente para demonstrar como a instrumentalidade ou as correntes congêneres do formalismo-valorativo e do neoprocessualismo desprestigiam e agridem, sobremaneira, o direito fundamental do processo.

A seguir, a pesquisa voltar-se-á para a delimitação das bases necessárias de uma dogmática dos direitos fundamentais consentânea com o Estado Democrático de Direito e o respeito ao indivíduo, sua própria razão fundante. A empreitada serve de alicerce para o exame do processo como direito fundamental e seu desdobramento normativo.

1.7. O "Ministério da Verdade" do direito: A relação siamesa entre o instrumentalismo e neoconstitucionalismo.

A análise realizada até o momento, mostra que o instrumentalismo – e suas correntes congêneres (formalismo-valorativo e neoprocessualismo) – e o neoconstitucionalismo partem de premissas muito parecidas.

As características que colocam o instrumentalismo e o neoconstitucionalismo lado a lado são as seguintes: (*i*) juiz como providência de seu povo: a defesa de ambos os movimentos pretende um juiz ligado à realidade e aos anseios sociais. Os paradigmas do juiz-antena e do juiz-cidadão demonstram isso com bastante clareza. O judiciário, por conseguinte, ganha uma projeção maior do que os demais poderes do Estado, hipertrofiando-se, em razão dessa conexão direta, que não foi contaminada pelo jogo político. A partir daí, constrói-se uma visão juristocrática do direito; (*ii*) abertura do sistema do direito para o juiz: tanto o instrumentalismo como o neoconstitucionalismo defendem que o juiz não está preso aos critérios estritamente jurídicos para julgar. Assim, ele pode se valer de critérios metajurídicos, como os políticos, morais e, por vezes, econômicos, para realizar o julgamento adequado, para a tutela do direito material; (*iii*) utilização da justiça como critério de validade do direito: o critério moral (metaético) da justiça passa a ser critério definidor da validade do direito, na aplicação concreta da fórmula de Radbruch. Mais do que isso, o juiz passa a ter poderes de prescrição normativa a partir da descrição do injusto. Ele pode, frente a uma injustiça, inovar no direito para criar regra de conduta ou de comportamento, completamente nova, pois sua autoridade devore diretamente de sua conexão social. Daí decorrem as noções de processo justo e de julgamento com justiça; (*iv*) diferença entre legitimidade e legalidade: a possibilidade do juiz realizar a correção do direito aparece na característica marcante de separação entre a legalidade e a legitimidade. Assim, o direito é apenas aquilo que, sob a lente do julgador, passa a ser considerado legítimo a partir do seu controle de justiça. O legal, por conseguinte, pode ter sua aplicação barrada pela injustiça concreta;[380] (*v*) exame dos direitos fundamentais pela perspectiva estatal: embora os instrumentalistas, em sentido estrito, pouco tenha se dedicado ao exame dos direitos fundamentais, os formalistas-valorativos e os neoprocessualistas, demonstraram como o pensar instrumental está alinhado com as premissas neoconstitucionalistas de análise dos direitos fundamentais a partir de uma dimensão exclusivamente objetiva, com a reformulação de sua função clássica de defesa e resistência,

[380] BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 8.

para uma função de "proteção", a partir da análise do próprio julgador. Isso revela o desprezo sobre a posição individual e de exercício do próprio direito pelo indivíduo; (*vi*) desprezo aos avanços dogmáticos do positivismo: para eles o positivismo deve ser afastado por completo, já que não responde adequadamente aos problemas e, ainda, "foi responsável pelo nazismo", em flagrante *reductio ad Hitlerum*.

É nesse caldo cultural dos irmãos siameses neoconstitucionalismo e instrumentalismo, que nasce a ideia do "processo justo", da "pretensão de correção" e da solução de colisões por "ponderação". O que torna a questão bastante curiosa, é que muitos constitucionalistas não se dão conta da relação íntima com o instrumentalismo e, por sua vez, muitos processualistas, ignoram a relação íntima do instrumentalismo com o neoconstitucionalismo. Cada um, ao seu modo, serve de "cavaleiro invisível" para o outro, sempre auxiliando nos objetivos que buscam alcançar.

Uma constatação, embora polêmica, mas interessante, deve ser feita no momento. Embora o neoconstitucionalismo tenha acusado, equivocadamente, o positivismo de ter sido responsável pelo nazismo, é imperioso notar que a metodologia aplicada por eles, e pelos instrumentalistas, é muito parecida com aquela realizada pelos juristas do Terceiro Reich. Não se quer aqui dizer que a doutrina neoconstitucional seja nazista, longe disso. Não se está a tratar aqui sobre a substância da "justiça" ou do pensamento do neoconstitucionalismo. A observação ocorre, apenas, sobre o método empregado.

O rompimento com o direito posto, a separação entre legitimidade e legalidade, a necessidade de um arauto social para realizar a decisão, dentre outras semelhanças, mostram que o neoconstitucionalismo e o instrumentalismo, visam combater a vilania do totalitarismo, com métodos tão arbitrários quanto os utilizados por àqueles que eles visam combater.

Confiar apenas no "bom-mocismo" da doutrina ou do juiz, representa uma linha muito tênue em termos pragmáticos, ainda mais com mecanismos que não oferecem *accountability* do indivíduo frente a expressão máxima do poder.

É preciso ficar claro, que a operação linguística realizada pelo instrumentalismo e o neoconstitucionalismo (também realizada pelo Nazismo, por exemplo), vale-se de dobras de sentido, ressignificações e criações, que desafiam a compreensão semiótica, através da utilização de significantes, que não possuem significado correspondente à realidade ou ao uso técnico do próprio direito.

As críticas aqui apresentadas permitem uma analogia interessante com a distopia do clássico "1984" de George Orwell.

A expressão "processo justo" tomada pelo hiperpublicismo e pela quase unanimidade da doutrina representa, um exemplo típico de "novilíngua", um idioma fictício, criado com o objetivo de restringir o escopo do pensamento através do controle da linguagem.

Utilizando os termos da própria "novilíngua", o "processo justo" é, em si, um "duplipensar", ou seja, um pensamento duplo antagônico e coordenado, um paradoxo apenas possível na imersão dessa ficção, representa um "saber-se que está errado" e um "convencer-se que está certo". Nesse duplipensar, o processo é uma garantia (no sentido de limitar) que desserve a parte, sua normatividade garante (no sentido de assegurar) apenas a força do Estado, a potência ilimitada do Poder, sob o argumento retórico de uma inalcançável justiça material, satisfazendo o julgo do magistrado "bem-intencionado" contra a suposta astúcia da parte.

O instrumentalismo e o neoconstitucionalismo têm por premissa uma forma de "polícia do pensamento", que tem por inimigo todo agir indesejado, a partir da perspectiva judicial. A sua atuação visa combater o "crimideia", ou seja, todo e qualquer pensamento ilegal ou perigoso existente na mente do indivíduo ou da própria doutrina, que lhe antagoniza.

O juiz e a doutrina hiperpublicista, passa a atuar com o poder-dever de "crimideter", ou seja, paralisar por instinto qualquer pensamento perigoso, que fuja ao escopo da "justiça" e, por consequência, do "processo justo". Na própria noção de "crimideter" está a incapacidade da autoridade (judicial ou doutrinária) em verificar os seus erros de lógica, de não compreender os argumentos mais simples e contundentes contra a concepção instrumentalista e neoconstitucionalistas. Com isso, alimenta-se no seio jurídico, o nojo e o aborrecimento, *a priori*, com qualquer "trem de pensamento", que tome rumo herético, ou seja, que pratique a blasfêmia de criticar.

Esse agir, fica evidente em passagem da obra de Cândido Rangel Dinamarco, ferrenho defensor do instrumentalismo, que embora reconheça o caráter garantístico do processo na CF, acentua a existência de "severos ditames preordenados ao processo justo e equo", como forma de assegurar a justiça no caso concreto[381], para alargar os poderes do juiz, com a pretensão de correção do direito pelo critério do justo. Eis o "duplipensar" aplicado ao processo, que na mixagem sugerida pelo instrumentalismo e neoconstitucionalismo, encripta o devido processo legal, e esvazia o seu conteúdo e função de direito fundamental.

Por isso é preciso alertar ao leitor, que o neoconstitucionalismo e o instrumentalismo, são irmãos siameses ligados pelo cérebro, com o mesmo modo de agir e de pensar. A doutrina partidária desta visão, funciona como um "Ministério da Verdade", encarregada de apagar a

[381] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, 4. ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2004, pp. 180-183.

história ou desvirtuá-la, de modo a deixá-la de acordo com a vontade expressada por eles próprios. É exatamente isso, como se verá, que se passa com o conteúdo do devido processo legal.

Os adeptos do "processo justo", por exemplo, apagaram a garantia historicamente forjada pelo devido processo legal e substituíram o significante por outro que traz em si um poço de vagueza ímpar, cuja função é auxiliar na modelagem do processo para aquilo que eles desejam que ele seja, mesmo contra as disposições legais ou constitucionais.

No entanto, a juristocracia buscada pelos siameses guarda diversos paradoxos. Dois deles são flagrantemente sensíveis e podem ser revelados aqui.

O rompimento com o direito e com a vinculação legal e o mecanismo de operação a partir de valores, percebidos na sociedade, colonizam o direito pela política. O direito deixa de ser aquilo que é e converte-se em ambiente político. Esse é o primeiro paradoxo, já demonstrado por Luhmann. O segundo paradoxo, por sua vez, é que a razão para o rompimento com o direito ocorre em razão da apatia do Congresso Nacional, ou seu espírito "conservador", ou ainda, porque a legislador opera apenas no nível egoístico de seus próprios interesses. O neoconstitucionalistas/instrumentalista pensa que a "constitucionalização dos direitos", possibilita a ele o acesso de elementos políticos dentro do direito, sem qualquer degeneração sistemática – o que é flagrantemente falso –, visando seus objetivos, que podem ser mais ou menos nobres (justiça social, universalização de direitos, realização de políticas públicas etc.). Sua impressão é, portanto, de que ele, jurista, está realizando algo, provocando a mudança do mundo.[382] Contudo, como bem analisa Ran Hirschl, o empoderamento judicial por meio de uma suposta e "constitucionalização", no sentido neoconstitucional, representa um pacto silencioso entre as elites políticas hegemônicas, que procuram isolar suas preferências políticas das vicissitudes da disputa plural e democrática do parlamento; de elites econômicas, que compartilham, antipáticas com o governo e com as leis; e Tribunais Supremos que buscam valorizar o seu poder simbólico e posição institucional. Na verdade, a motivação é a manutenção mesma do *status quo* e o bloqueio das mudanças sérias e permanentes através do processo democrático.[383]

---

[382] Essa noção é muito perceptível na construção de Barroso e Barcellos: BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

[383] HIRSCHL, Ran. **Toward juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalism**, Cambrigde : Harvard University Press, 2007, pp. 213-214.

1.8. O modelo "dogmático" de direitos fundamentais adotado pela doutrina do "processo justo": direito à proteção a partir dos princípios.

A dogmática dos direitos fundamentais teve grande profusão na Alemanha, principalmente no pós-guerra, destacando-se ao menos seis correntes dignas de nota, quais sejam: (a) teoria liberal; (b) teoria social-democrática; (c) teoria axiológica; (d) teoria institucionalista; (e) teoria funcional-democrática[384] e; (f) teoria principiológica[385].

Esse grupo pode ser dividido em dois grandes conjuntos: (*i*) as teorias subjetivistas dos direitos fundamentais, nas quais se encontram a (a) teoria liberal e (b) teoria social-democrática, que explicam os direitos fundamentais a partir das pretensões jurídico-subjetivas dos titulares dos direitos, ou seja, a partir do estudo de suas liberdades constituídas e garantidas pelo Estado Constitucional[386] e; (*ii*) as teorias objetivistas dos direitos fundamentais, nas quais se podem incluir a (c) teoria axiológica, (d) teoria institucionalista, (e) teoria funcional-democrática e (f) teoria principiológica, que visam explicar os direitos fundamentais a partir de suas dimensões jurídico-objetivas, nomeadamente sob a perspectiva dos destinatários dessas normas.[387]

O presente trabalho não tem por objetivo a apresentação e tampouco o debate empreendido entre as correntes em questão, haja vista que o seu desenvolvimento já foi suficientemente realizado.[388] O objetivo é simplesmente demonstrar a adesão da doutrina brasileira à teoria dos princípios de Robert Alexy, e como as propostas do autor não podem ser aplicadas frente ao direito posto brasileiro.

Necessário frisar, outrossim, que a disputa dogmática sobre os direitos fundamentais é muito intensa na Alemanha. Lá, a doutrina alexyana está longe de ter o protagonismo que possui no Brasil, nomeadamente pela difusão de outras correntes de pensamento, em especial, da teoria liberal, marco teórico que será utilizado neste trabalho, a partir do próximo capítulo.

---

[384] O arrolamento dessas cinco primeiras teorias foi realizado por BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation**, *in* Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 27. Jahrgang, heft 35, Frankfurt am Main : C. H. Beck August 1974, pp. 1529-1538.

[385] A complementação do rol coube a MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012, p. 7.

[386] MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012, p. 9.

[387] MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012, p. 9.

[388] Para um aprofundamento sobre a apresentação das teorias listadas: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation**, *in* Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 27. Jahrgang, heft 35, Frankfurt am Main : C. H. Beck August 1974, pp. 1529-1538. MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012, pp. 10-28.

Ponto comum entre os neoconstitucionalistas é a abordagem teórica dos direitos fundamentais como válvulas de abertura para a análise de decisões políticas, fenômeno que ficou amplamente conhecido no Brasil como judicialização da política.

A referência a uma ordem concreta de valores éticos, de bens jurídicos superiores ou a um sistema cultural moralizante, formada essencialmente por direitos fundamentais, tem por objetivo colocar em disputa jurídica as opções políticas em determinado momento histórico. Daí decorre o que se cunhou de "terceiro turno" legislativo.

A teoria e/ou a dogmática construída a partir dessa noção passa a ser politicamente instrumentalizada, contaminando-se ideologicamente para a satisfação de fins intensamente desejados por determinada visão política, como se a liberdade do indivíduo, ou mesmo a proteção de seu direito fundamental, não fosse possível sem a atuação direta e preventiva do Estado.

A retórica da substituição do Estado Liberal para o Estado Social, e mais recentemente deste para o Estado Constitucional, a conversão da visão do indivíduo autônomo da sociedade burguesa e o estabelecimento de um ideal de indivíduo socialmente responsável constituem o fundamento da visão politizada dos direitos fundamentais. Com isso, os direitos fundamentais são convertidos de posições jurídicas subjetivas de resistência a pretensões de proteção estatal, sempre a partir da noção jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, pela qual a relação entre Estado e indivíduo é compreendida a partir do suposto dever de proteção do Estado (*ex parte principi*) e não pela perspectiva do cidadão que tem a sua liberdade ameada (*ex parte populi*).

Os direitos fundamentais passam a representar máximas jurídico-subjetivas e objetivas para que procedimentos e instituições sejam estabelecidos pelo Estado, para possibilitar ao indivíduo o gozo de sua liberdade e da convivência pacífica e segura no seio social.[389]

No entanto, tal desenvolvimento permite a instrumentalização dos direitos fundamentais como forma de empoderamento do Estado, pois viabiliza a atuação do Estado não apenas nos direitos fundamentais que necessitam de estrutura para o gozo, mas em todo e qualquer direito fundamental que o Estado entenda – geralmente, através da atuação jurisdicional – a necessidade de proteção para o alcance de uma situação "ótima", a partir, logicamente, do horizonte do decisor de momento.

---

[389] SCHLINK, Bernhard. MARTINS, Leonardo. **Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais**, *in* Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 11/2017, pp. 261-297, versão eletrônica.

Não é de assustar que tais construções foram incorporadas pelo neoconstitucionalismo, que visa dotar o Poder Judiciário como o superego da sociedade e injetar competências constitucionalmente inexistentes incentivando e aplaudindo o ativismo judicial.

Uma das disputas acadêmicas mais interessantes na dogmática dos direitos fundamentais diz respeito ao modelo funcional-dogmático dos direitos fundamentais. Por trás do modelo, estão as escolhas acerca da função primordial dos direitos fundamentais, a conformação teórica da organização estatal e das competências das funções dos poderes e a adoção de um conceito de validade do direito.

Interessa, no momento, do modelo de "direito à proteção" – de matriz alexyana –, que será colocado em cheque a partir das propostas apresentadas no próximo capítulo.

Muito se fala a respeito da teoria dos princípios de Robert Alexy e de sua proposta de enfrentamento daquilo que ficou conhecido como "colisão dos direitos fundamentais", que são resolvidas através da ponderação.

Para a compreensão do modelo do direito à proteção, é fundamental entender as premissas acima.

Em primeiro lugar, é necessário lembrar a advertência apresentada por Dalla Barba a respeito do já clássico *Theorie der Grundrechte* (Teoria dos Direitos Fundamentais), lançado originalmente em 1986 na Alemanha, por Robert Alexy, cuja proposta inicial era de "elaboração de uma teoria jurídica que ofereça uma fundamentação racional para a aplicação dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Pretende o autor, em vista disto, apresentar uma adequada dogmática dos direitos fundamentais considerando uma teoria dos princípios e dos valores, a fim de alcançar resultados capazes de expor argumentos racionais para a sua correta aplicação."[390]

O pano de fundo da construção é o seu conceito de validade do direito, que em muito serviu de propulsão para a difusão das produções neoconstitucionalistas examinadas no capítulo anterior. Alexy acredita que o fundamento de validade do direito está nos elementos valorativos do texto constitucional alemão, que podem ser racionalmente fundamentados. A pretensão alexyana no estabelecimento de uma teoria integrativa visa dotar a dogmática dos direitos fundamentais, como disciplina prática, das ferramentas necessárias para "uma fundamentação racional de juízos concretos do dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais."[391]Assim, se

[390] DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**, 2.ed, Salvador : JusPodivm, 2018, p. 55.
[391] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 43.

houver uma forma de comprovar a racionalidade da fundamentação, mesmo de valores não expressos e positivados, haverá legitimidade para sua aceitação como direito e, inclusive, para correção daquilo que está positivado.

Como analisado no item 1.5.6, *supra*, Alexy sustenta que a relação com a moral representa um critério importante de validade do direito. Deste modo, conclui sua tese com a definição do conceito de direito a partir da perspectiva do participante do sistema:

> O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como a totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.

Com efeito, direito é "correção", "combate às injustiças" e "princípios".[392]

Com base nisso, pode-se avançar para a teoria dos princípios de Alexy. Possui papel central para a teoria alexyana a diferenciação entre regras e princípios, como espécies de normas.

Leonardo Martins explica que a diferenciação entre regras e princípios tem por elementos a consideração de que regras são "deveres definitivos", que seriam aplicados através do método lógico-dedutivo da subsunção. Princípios, ao contrário, conteriam deveres *prima facie*, "entendidos como tais aqueles deveres cuja definição final necessita da presença de uma condição específica, qual seja, o sopesamento ou ponderação com um princípio colidente."[393]

As regras são "mandamentos de determinação, que expressam exatamente aquilo que elas devem ser", assim, ou elas são plenamente satisfeitas, ou não são. A solução para o conflito de regras exige a adoção de uma exceção à uma das regras, ou então a declaração de invalidade de uma delas.[394] Assim, ou há uma excepcionalidade entre regras, para que uma prevaleça, ou a solução ocorre no plano da validade, podendo ela ser controlada, inclusive, por sua injustiça. O conceito de otimização é a relativização das consequências jurídica da norma em decorrência das possibilidades fáticas e jurídicas.

---

[392] No mesmo sentido, DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**, 2.ed, Salvador : JusPodivm, 2018, pp. 53-54.
[393] A complementação do rol coube a MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012, pp. 68-69.
[394] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 92.

Os princípios, categoria normativa dos direitos fundamentais, são "mandamentos de otimização, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"[395], cuja dinâmica é estabelecida a partir da permissão de algo por um dos princípios e pela vedação desse mesmo algo por outro. Neste caso, um dos princípios sempre deverá ceder, ao menos parcialmente.

Dalla Barba demonstra que, no pensamento alexyano, os "princípios são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, assim como pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas determinadas pelos princípios colidentes no caso em questão."[396]

O conceito de princípio em Alexy possui uma característica importante, revelada por Rafael Tomaz de Oliveira:

> O conceito de Alexy provem da atividade judicialista do tribunal alemão no período que ficou conhecido como *jurisprudência da valoração*. É no interior deste movimento que o tribunal, vendo-se diante da necessidade de justificar suas decisões em critérios que fugiam à estrita legalidade abstrata – atributo de certeza e segurança do modelo de direito anterior – passa a recorrer a instrumentos que lhe possibilitassem justificações até mesmo *extra legem*, como se deu nos casos da não aplicação das leis nazistas no regime pós-1949 para casos concretos constituídos sob a sua égide.[397]

A função do princípio para Alexy é dotar o direito fundamental de um conteúdo específico, que obriga o Estado a atuar de modo tal e qual determinado pela mesma norma. Um grave problema desta consideração é como normas de tão baixa densidade normativa podem conter em si o preenchimento completo da proteção referida, o que ainda não foi respondido. A única saída para Alexy é admitir que o preenchimento se dá a partir da valoração abstrata do intérprete.[398-399]

---

[395] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, pp. 90-91.

[396] DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**, 2.ed., Salvador : Editora JusPodivm, 2018, p. 65.

[397] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 191.

[398] Para aprofundamento: DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**, 2.ed., Salvador : Editora JusPodivm, 2018, pp. 81-84.

[399] Embora Alexy afirme que baseia sua teoria na construção teórica de Ronald Dworkin, é imperioso notar que há diferenças flagrantes entre as construções. No máximo, Dworkin serviu de *insight* para a noção de princípio em Alexy, mas que teve nesse doutrinador uma relação muito mais intensa com a moral, do que com aquele. Para aprofundamento: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2008, pp. 163-217. POSCHER, Ralf. **Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**, *in* Ratio Juris, vol. 22, n. 4, Dec./2009, pp. 430-432.

O método de solução das colisões entre os princípios – ao contrário do que ocorre com as regras – não exige que um deles seja considerado inválido e tampouco que haja nele uma "cláusula de exceção." Há, segundo Alexy, a análise fático-jurídica de precedência de um princípio sobre o outro, sob determinadas condições. No entanto, alterando-se as condições, a solução pode ser diversa.

É exatamente no método proposto por ele para a solução da colisão que a tese de Alexy ganhou mais atenção de seus adeptos. Segundo ele, nos casos concretos, os princípios aparecem com pesos diferentes, sendo que os princípios com maior peso têm precedência sobre os demais.[400] Esse é o esboço da lei do sopesamento, que realiza a ponderação entre princípios. Enquanto os conflitos entre regras são resolvidos no plano da validade, a colisão entre princípios é resolvida pela "dimensão de peso."

De pronto, Ralf Poscher já apresenta uma crítica epistemológica para a teoria dos princípios de Alexy, pois, ao pretexto de fazer dogmática, realiza, na verdade, um aporte teórico-abstrato:

> De acordo com a teoria dos princípios, os direitos fundamentais são princípios. Mas se os direitos fundamentais são princípios, então o tratamento dogmático dos direitos fundamentais já decorre dessa visão jurídico-teórica, que não pode ser contestada com argumentos dogmáticos. Argumentos dogmáticos não podem influenciar o caráter teórico-jurídico de seu assunto.[401] (tradução livre)

Assim, tudo pode ser descrito em termos de princípios e ser diretamente submetido a ponderação e sopesamento. Princípios tornam-se argumentos e, por conta disso, podem derrotar qualquer outro argumento ou norma que o contrarie. "Nada é estranho ao pensamento baseado em princípios."[402] Com razão, Leonardo Martins sustenta que "o papel de uma dogmática jurídica, que parta dessa teoria, é de criar figuras que nasçam junto a uma casuística ilimitada. Metodologicamente falando, despede-se do método lógico-dedutivo de marca continental europeia e aproxima-se muito do método indutivo próprio da tradição jurídica da *common law*."[403]

---

[400] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 93-94.

[401] No original: "*Nach der Prinzipientheorie sind Grundrechte Prinzipien. Wenn Grundrechte aber Prinzipien sind, dann folgt der dogmatische Umgang mit den Grundrechten schon aus dieser rechtstheoretischen Einsicht, der mit dogmatischen Argumenten nicht begegnet werden kann. Dogmatische Argumente können den rechtstheoretischen Charakter ihres Gegenstands nicht beeinflussen*." POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 75.

[402] No original: "Dem prinzipientheoretischen Denken ist nichts fremd." POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 76.

[403] MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012, p. 73.

As críticas de Ralf Poscher são mais contundentes. Na verdade, o autor ficou conhecido como o maior crítico e opositor das ideias de Robert Alexy. Ele demonstra que as "idiossincrasias teóricas" da teoria dos princípios não afetam sistemas jurídicos com uma dogmática forte sobre direitos fundamentais, já enraizadas em seus juízes e tribunais. Ao contrário, Estados com bases dogmáticas mais débeis em termos de direitos fundamentais, como é o caso do Brasil, segundo Poscher, são vulneráveis às armadilhas de enxergar direitos fundamentais como princípios, revelando dois problemas: (*i*) a teoria dos princípios propõe uma interpretação doutrinária tão flexível, que possibilita qualquer projeção política como jurídica e; (*ii*) a adoção de proposições não-ontológicas, que parecem se apoiar em razões invencíveis de teoria do direito, criando a ilusão de se tratar de uma teoria sólida, quando, na realidade, não o é.[404]

Poscher relata, por conseguinte, que o acesso hermenêutico da teoria dos princípios, que utiliza a interpretação dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização, promove a disfunção de todo sistema do direito, ao permitir ao juiz o abandono do esforço em interpretar dogmaticamente a regulação legislativa complexa existente no próprio sistema, e passar diretamente para o balanceamento ponderativo de suas própria vontades ou caprichos.[405]

Um dos capítulos mais interessantes sobre as discussões a respeito da teoria dos princípios – em grande parte ignorada na doutrina brasileira –, é o debate Poscher-Alexy, decorrente de seis textos, três de cada autor,[406] no qual eles debatem as bases teóricas da proposição alexyana.

Foge ao objeto do presente trabalho a análise pormenorizada sobre o rico e respeitoso debate entre os autores. Interessa, contudo, revelar as mudanças que o debate promoveu na própria teoria alexyana, que não podem permanecer ignoradas pela doutrina brasileira.

---

[404] POSCHER, Ralf. **Palestra "Resuscitation of a Phantom?"**, <https://bit.ly/3oqfb6K>, acesso realizado em 11/11/2021.

[405] POSCHER, Ralf. **Palestra "Resuscitation of a Phantom?"**, <https://bit.ly/3oqfb6K>, acesso realizado em 11/11/2021.

[406] O debate pode ser encadeado da seguinte forma, para a sistematização e sua compreensão: 1) ALEXY, Robert. **Sobre la estructura de los princípios jurídicos**, *in* Ensayos sobre la teoria de los princípios y el juicio de proporcionalidade, Lima : Palestra Editores, 2019, pp. 57-78. 2) POSCHER, Ralf. **Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**, *in* Ratio Juris, vol. 22, nº 04, Dec. 2009, pp. 425-454. 3) ALEXY, Robert. **El deber ser ideal**, *in* Ensayos sobre la teoria de los princípios y el juicio de proporcionalidade, Lima : Palestra Editores, 2019, pp. 193-212. 4) POSCHER, Ralf. **Teoria de um fantasma – A malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, pp. 63-96. 5) ALEXY, Robert. **El deber ser ideal y la optimización**, *in* Ensayos sobre la teoria de los princípios y el juicio de proporcionalidade, Lima : Palestra Editores, 2019, pp. 317-335. 6) POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle**, *in* Ratio Juris, vol. 33, n. 2, Jun. 2020, pp. 134-149.

Primeiramente, é necessário estabelecer que as críticas de Poscher, bem como as realizadas neste trabalho, não se referem à existência ou inexistência de princípios legais, nas palavras do autor: "Meu argumento não é dirigido contra a ideia de princípios jurídicos, mas apenas contra a maneira equivocada – na minha opinião – com que a teoria dos princípios tenta hipostasiar princípios com um conteúdo específico, mas teoricamente contingente, em um tipo ontologicamente distinto de norma."[407]

Poscher endereça sua crítica para a categorização dos princípios como mandamentos de otimização e sobre as consequências daí decorrentes:

> O motivo pelo qual me preocupo em questionar a peculiar dicotomia de princípios e regras de Robert Alexy deriva da conexão específica que ele e seus alunos e seguidores tentam estabelecer entre sua suposta dicotomia teórica de normas jurídicas e a interpretação dos direitos fundamentais como otimização requisitos. A conexão não decorre apenas de seu conceito de princípio, mas de sua oposição dicotômica aos seus conceitos de regras e da distinção metodológica que acompanha essa oposição.[408]

A questão também não se refere à existência de normas como mandamentos de otimização. Existem regras que podem exigir otimizações,[409] como é o caso, por exemplo, do peso de botijões de gás para a verificação de gás residual.[410] Essa constatação promove grave abalo à suposta dicotomia entre regras e princípios na teoria alexyana, já que mandamentos de otimização "exibem os mesmos traços característicos de validade estrita, ou seja, satisfação definitiva, das regras em sentido estrito."[411]

---

[407] No original: "*My argument is not directed against the idea of legal principles but only against the – in my view – misguided way in which the principles theory tries to hypostatize principles with a specific but theoretically contingent content into an ontologically distinct type of norm*." POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle**, *in* Ratio Juris, vol. 33, n. 2, Jun. 2020, pp. 135.

[408] No original: "*The reason that I bother to take issue with Robert Alexy's peculiar dichotomy of principles and rules at all stems from the specific connection that he and his students and followers try to establish between their purported theoretical dichotomy of legal norms and the interpretation of fundamental rights as optimization requirements. The connection does not stem from their concept of principle alone, but from its dichotomic opposition to their concepts of rules and the methodological distinction that goes along with this opposition*." POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle**, *in* Ratio Juris, vol. 33, n. 2, Jun. 2020, pp. 136.

[409] Poscher demonstrou a existência de normas que servem para a otimização. POSCHER, Ralf. **Teoria de um fantasma – A malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, p. 67.

[410] A questão foi analisada na ADI 855-2, pelo STF. O ponto que deve ficar claro, é que a suposta intervenção no direito fundamental de liberdade profissional (art. 5, XIII, da CF) não deve ser examinada por ponderação ou colisão de direitos. O ponto central é que a lei que determina a pesagem do gás residual e o abatimento do preço do novo botijão ao consumidor, realiza uma otimização fática, na forma de regra.

[411] SIECKMANN, Jan-Reinard, **regelmodelle und principienmodelle des rechtssystems**, Baden-Baden : Nomos, 1990, *apud* POSCHER, Ralf. **Teoria de um fantasma – A malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, p. 67.

O próprio Alexy, em 2000, reconheceu a procedência do argumento, mas, ao invés de resolver a dicotomia regra-princípio por inteiro, ele simplesmente "transformou" o princípio como mandamento de otimização para um mandamento a ser otimizado, que corresponde a um "dever-ser ideal" ou, simplesmente, "ideais". Nas próprias palavras do autor:

> *El deber ser ideal es aquello que deve optimizarse y que por médio de la optimización deve transformarse en um deber ser real. Em cuanto objeto de la optimización, este deber ser se encuentra en el nível de los objetos. En contraste, los mandatos de optimización se sitúan en un metanivel. En este tnetanivel, ellos determinan aquello que debe hacerse con lo que se encuentra en el nível de los objetos. Estos mandatos ordenan que sus objetos, es decir, los mandatos a ser optimizados, se realicen en la mayor medida posible. Em tanto mandatos de optimización, ellos no deben optimizarse sino cumplirse, acción que consiste en llevar a cabo la optimización.*
>
> *Los principios, entanto objetos de la ponderación, no son entonces mandatos de optimización, sino mandatos a ser optimizados. Como tales, ellos contienen un deber ser ideal, ellos no contienen aún un deber ser relativo a las possibilidades fácticas y jurídicas.*[412]

A "transformação" – que sequer está devidamente incorporada nas posteriores edições do Teoria dos Direitos Fundamentais – foi objeto de crítica de Poscher. O autor sustenta que o dever ser ideal de Alexy é extremamente nebuloso e não possui qualquer função adicional com relação aos próprios mandados de otimização.[413] Assim, o dever ser ideal (ou o mandamento a ser otimizado) é uma tentativa, frustrada, para Alexy salvar a sua própria teoria.[414]

Poscher ainda percebe que essa mudança realizou uma grande guinada na teoria dos princípios, não percebida pelos partidários. Antes, havia uma dicotomia entre regras e princípios, agora, contudo, Alexy constrói, ontologicamente, apenas dois tipos de regras diferentes: (*i*) a regra que sempre foi tratada como regra e; (*ii*) a regra que possui um conteúdo especial, ou seja, um dever ser ideal, que também corresponde a um princípio, mas que não afeta o caráter da regra em si mesma. A dicotomia regra-princípio, que pelo menos era mais simples de ser percebida, didaticamente, passa a ser muito mais difícil de ser compreendida,

---

[412] ALEXY, Robert. **Sobre la estructura de los princípios jurídicos**, *in* Ensayos sobre la teoria de los princípios y el juicio de proporcionalidade, Lima : Palestra Editores, 2019, p. 62.
[413] POSCHER, Ralf. **Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**, *in* Ratio Juris, vol. 22, nº 04, Dec. 2009, pp. 436-438. POSCHER, Ralf. **Teoria de um fantasma – A malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, pp. 70-90.
[414] POSCHER, Ralf. **Teoria de um fantasma – A malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, pp. 70-90. POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle**, *in* Ratio Juris, vol. 33, n. 2, Jun. 2020, pp. 139.

pois há regras e regras que possuem princípios, cujo conteúdo é formado por um dever ser ideal, que deve ser otimizado.[415]

O próprio Alexy reconheceu que as críticas poscherianas ao "dever ser ideal" estavam corretas e propôs uma nova conformação a ele. O autor sustenta que deve haver um "modelo de índices para um dever ser ideal" e, por consequência, um "modelo de índices para os princípios", construído a partir de novos elementos de lógica deôntica e da necessidade de se otimizar nos casos de colisão.[416]

A partir dessa nova construção, Poscher suspeita que a construção de Alexy baseie-se na seguinte premissa, embora isso não esteja contido em qualquer texto: o mandamento para otimizar não indica a direção da otimização. Apenas o conhecimento do objeto de otimização não permite estabelecer a direção da otimização ou mesmo o seu grau. Com efeito, seria necessário um dever ser ideal, que possa nos guiar no sentido de minimizar ou maximizar a otimização, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Por exemplo: eficiência de combustível, saúde e vida está conectada com o ideal de que devem ser maximizados.[417]

Poscher, contudo, demole a premissa, com razões irrefutáveis:

> Isso não pode ser verdade, no entanto, uma vez que podemos facilmente pensar em normas – eticamente pervertidas, mas teoricamente possíveis – com os mesmos objetos, mas na direção oposta da otimização. A Marinha dos Estados Unidos celebra suas novas armas à laser empregadas em navios de guerra, não apenas por sua precisão e taxa de disparo, mas também por sua eficiência de custo, que às vezes é calculado em "custo por morte". Provavelmente não é muito improvável imaginar uma norma das forças armadas dos EUA para seus contratantes de armas que os obrigue a otimizar o custo por morte. Os contratantes compreenderão que devem procurar maneiras de minimizar os sobreviventes e, portanto, a vida humana e os custos ao mesmo tempo.
>
> A direção dos requisitos de otimização não é transmitida por seus objetos, mas pelo contexto da norma, que revela sua finalidade e, portanto, a direção apropriada. A direção da otimização é independente de seu objeto. É uma qualificação não do objeto de otimização, mas do comando para otimizar. Os requisitos de otimização são ambíguos em relação à minimização ou maximização em relação às possibilidades legais e factuais e - como a maioria das ambiguidades – podem ser eliminados por meio de seu contexto. Os mandamentos de otimização também podem tornar sua direção explícita,

[415] POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle**, *in* Ratio Juris, vol. 33, n. 2, Jun. 2020, pp. 140.
[416] Para aprofundamento: ALEXY, Robert. **El deber ser ideal y la optimización**, *in* Ensayos sobre la teoria de los princípios y el juicio de proporcionalidade, Lima : Palestra Editores, 2019, pp. 319-320.
[417] POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle**, *in* Ratio Juris, vol. 33, n. 2, Jun. 2020, pp. 144.

> exigindo minimização ou maximização em relação às possibilidades jurídicas e fáticas.[418] (tradução livre)

Em outras palavras, nenhuma norma possui um dever ser ideal, absoluto e pré-compreendido, que garanta o mesmo resultado para aplicadores diversos.

Segundo Poscher, "mandamento de otimização [ou mesmo mandamento para otimizar] é uma norma como qualquer outra, que não se distingue por algum tipo de *status* normativo-ontológico dentro de uma suposta dicotomia de regras e princípios, mas por seu conteúdo."[419] (tradução livre). Com efeito, a definição de uma norma como um mandamento de otimização está vinculada ao seu conteúdo, que é descoberto através da operação interpretativa e não por uma categorização teórica.[420] Direitos fundamentais, por serem normas altamente abstratas, não são mandamentos de otimização por razões teóricas,[421] nomeadamente porque no seu conteúdo não há qualquer elemento que estabeleça o sentido e o grau da otimização.

Seria incrível o sucesso da teoria dos princípios de Alexy no Brasil, com tantos problemas lógicos e teóricos, se não fosse a doutrina hiperpublicista e juristocrática amplamente criticada neste trabalho. Com essa premissa, contudo, fica muito simples perceber a ampla aceitação dos "fantasmas" alexyanos.

Mas o problema teórico não está apenas na definição de princípios como mandamentos de otimização, mas na função mesma dos direitos fundamentais para Alexy, como se verá a seguir.

---

[418] No original: "*That cannot be true, however, since we can easily think of – ethically perverted but theoretically possible – norms with the same objects but the opposite direction of optimization. The US Navy celebrates its new laser weapons employed on warships not only for their precision and firing rate but also for their cost efficiency, which is sometimes calculated in "cost per kill." It is probably not too farfetched to imagine a norm of the US military for their arms contractors that obliges them to optimize the cost-per-kill ratio. The contractors will understand that they must look for ways to minimize survivors, and thus human life, and costs at the same time.*
The direction of optimization requirements is not conveyed by their objects but by the context of the norm, which reveals its purpose and thus the appropriate direction. The direction of the optimization is independent of its object. It is a qualification not of the object of optimization but of the command to optimize. Optimization requirements are ambiguous concerning minimization or maximization relative to the legal and factual possibilities and—like most ambiguities—can be disambiguated through their context. Optimization requirements could also make their direction explicit by demanding either minimization or maximization relative to the legal and factual possibilities." POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle**, *in* Ratio Juris, vol. 33, n. 2, Jun. 2020, p. 144.
[419] POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle**, *in* Ratio Juris, vol. 33, n. 2, Jun. 2020, p. 144.
[420] POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle**, *in* Ratio Juris, vol. 33, n. 2, Jun. 2020, p. 144.
[421] POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle**, *in* Ratio Juris, vol. 33, n. 2, Jun. 2020, p. 144.

1.8.1. Direitos à proteção: a deformação funcional dos direitos fundamentais

Deve-se prosseguir no exame das premissas teóricas de Alexy para compreender o modo de pensar dos neoconstitucionalistas. Os direitos fundamentais são identificados por direitos de *status positivus*, segundo a classificação clássica proposta por Jellinek. Dessa maneira, eles caracterizam-se pelo direito a ações esperadas pelo Estado, ou seja, são espécies de direito à prestação.

Uma das suas espécies é, por conseguinte, o direito à proteção, no qual estão incluídos os direitos de organização e procedimento, do qual o processo faz parte. O direito à proteção é conceituado como os "direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si."[422]

O movimento realizado por Alexy é de substituição de toda e qualquer dogmática de direitos fundamentais como direitos de resistência (itens 2.1 e ss., *infra*) por uma suposta dogmática do direito à proteção.

A dobra dos sentidos clássicos do *status negativus* e do *status positivus* fica clara na passagem a seguir:

> Direitos a proteção e direitos de defesa foram contrapostos porque os primeiros são direitos a ações positivas, e os segundos, a ações negativas. A correção dessa contraposição pode ser colocada em dúvida. Nesse sentido, Dürig salienta 'que também a ação positiva de '*proteção*' é ação estatal *defensiva* e não uma *configuração* positiva'. Nessa afirmação é correto que o direito a proteção diz respeito a uma defesa.[423]

O jogo dos sentidos das palavras é uma artimanha semiótica de dominação pelo discurso. É necessário entender que Dürig fez o comentário ao analisar o Art. 1 (1) da Constituição Alemã, que estabelece a dignidade da pessoa humana como direito fundamental: "A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público".

Dürig é, sem qualquer favor, um dos maiores juristas do pós-guerra alemão. Nada obstante tenha combatido ao lado dos nazistas, sua formação jurídica ocorreu após o período, operando uma verdadeira conversão de suas convicções. Sua mais famosa contribuição doutrinária é a compreensão dogmática do próprio artigo acima referido, estabelecendo a partir

---

[422] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 451.
[423] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 451.

da primeira edição do seu *Grundgesetz*, em 1958, que a dignidade da pessoa humana importa em não tornar o homem um objeto, um mero instrumento a serviço de um Estado, de uma ideologia, de um grupo, coisificado e sem dimensão humana.[424]

A passagem referida por Alexy não está voltada à análise da comparação entre o direito de defesa (ou resistência) enquanto *status negativus* e o direito a proteção enquanto *status positivus*. Na verdade, em 1958 a questão sequer se colocava sob debate. A utilização, portanto, da citação foi totalmente subvertida, para encaixar em sua argumentação.

A tese de Alexy pode ser resumida na seguinte proposição: "Por 'direitos à proteção' devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros."[425] Em apenas uma frase, Alexy subverte toda a construção dogmática elaborada pelas correntes subjetivistas (liberal e social-democrática) dos direitos fundamentais. Ele propõe que o seu direito à proteção impõe ao Estado a proteção antecipada, imediata e eficaz contra qualquer interferência privada no âmbito de proteção do direito fundamental.

Não há dúvida de que a "simples" positivação do direito fundamental vincula o Estado à sua proteção. Isso é um lugar comum e não diz nada, a não ser que o Estado é o destinatário do direito fundamental. Para a teoria liberal dos direitos fundamentais, por exemplo, o dever de tutela é decorrência lógica da simples existência do direito fundamental. O que muda, e essa é a reviravolta de Alexy, é a forma de acionamento do mecanismo de proteção e o modo como a proteção é realizada.

Alexy passa a analisar os direitos fundamentais a partir do "direito à proteção", asseverando que eles são "direitos subjetivos a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito da mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação."[426]

O pano de fundo do "direito à proteção" de Alexy é a pretensão de vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais e, ainda, o deslocamento do exame dogmático das intervenções para a análise das possíveis proteções que devem ser realizadas pelo Estado. É uma alteração completa no modo de compreensão e estudo dos direitos fundamentais. A pretexto de analisar a interferência realizada pelo particular contra o particular, ele elabora uma

---

[424] Neste sentido, LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Prefácio**, *in* Günter Dürig, Escritos reunidos, 1952-1983, São Paulo : Saraiva, 2016, p. 11.
[425] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 450.
[426] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, pp. 450-451.

proposta teórica para o alcance da solução jurídica ideal, a partir de situações abstratas, com a finalidade de atingimento do grau máximo de alcance de determinado valor.

Toda proposta está diretamente vinculada à necessidade de "justiciabilidade" dos direitos. A expressão ficou bastante conhecida na doutrina brasileira, sendo amplamente utilizada, sem ter seu sentido revelado. Essa é uma das chaves do pensamento de Alexy e de seus seguidores. O direito fundamental somente pode ser assim considerado se for protegido por uma norma vinculante,[427] que possibilite que a sua lesão seja conhecida pelos tribunais e reparada. A justiciabilidade, portanto, é a exigibilidade de determinado direito fundamental em Juízo.[428]

Basicamente, o que se pretende com o conceito de justiciabilidade é redimensionar a vinculação estatal dos direitos fundamentais – também presente na Constituição Brasileira no art. 5, § 1º, da CF – mixando-a com a visão do direito à proteção.

Assim, partindo-se de uma "lógica neoconstitucional", se todas as funções estatais estão vinculadas ao cumprimento dos direitos fundamentais e que eles são mandamentos de otimização baseados em princípios, que devem ser realizados em um grau ótimo e, ainda, que todos os indivíduos têm o direito à proteção dos direitos fundamentais neste grau, é curial notar que a sua implementação cabe a qualquer autoridade estatal, inclusive ao judiciário, que receberá as reclamações específicas dos "lesados".

O raciocínio pode ser condensado na seguinte asserção: Se o Poder Judiciário está vinculado aos direitos fundamentais e; se direitos fundamentais são princípios e; se princípios são mandamentos de otimização que exigem a realização máxima de determinado valor na prática; e a função última dos direitos fundamentais é ser direito à proteção contra agressões; então, cabe ao Poder Judiciário realizar a proteção, vinculando os particulares aos direitos fundamentais.

A tríade "vinculação estatal – direito à proteção – justiciabilidade" institui a equação de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

---

[427] Fala-se aqui na dicotomia entre normas vinculantes e não-vinculantes. As normas não vinculantes seriam apenas enunciados programáticos, enquanto as normas vinculantes permitiriam a análise do Tribunal (Constitucional Alemão). ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, pp. 499-501.

[428] BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 147-148. A justiciabilidade é, portanto, um conceito adotado por parte da doutrina alemã ao interpretar o art. 1, (3), da Lei Fundamental nos seguintes termos: "Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário." Neste sentido: LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais**: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva, Revista de Informação Legislativa, n. 182, abr./jun. 2009, pp. 52 e 53.

No entanto, a justiciabilidade de Alexy não é utilizada como um argumento jurídico, mas como uma solução política para a satisfação de "necessidade" de concretização de direitos fundamentais ainda não realizados pelo Poder Legislativo, na forma de lei, ou pelo Poder Executivo, em termos de políticas públicas. Em última análise, é um argumento pragmático, para encontrar a solução desejada por ele para um problema dos limites da ordem jurídica.

Alexy afirma que a justiciabilidade do modelo de direito à proteção é "melhor" do que a justiciabilidade do modelo de direito de resistência.[429] Pode-se concordar com a posição, desde que "melhor" signifique a atribuição de competências não previstas na Constituição ao Poder Judiciário e o rompimento com a autonomia do sistema do Direito. Se isso for verdade – sobre que se discorda totalmente –, não há qualquer dúvida de que o modelo do direito à proteção responde de forma mais satisfatória à justiciabilidade.

No entanto, o conceito de justiciabilidade de Alexy abre um enorme fosso na normatividade da organização das competências estatais, própria do constitucionalismo moderno, e nas premissas da Teoria do Estado adotadas pelo direito brasileiro. Explica-se.

O constitucionalismo em países democráticos é um fenômeno bastante plural, inclusive nos países ocidentais. A não ser por recurso didático, não se pode tratar o "constitucionalismo" como um "movimento" contínuo ou mesmo integrado entre diversos Estados para a formação dos "Estados Constitucionais". Qualquer exame com essa tendência macroscópica incorrerá em generalizações e graves equívocos frente ao exame microscópico do constitucionalismo em determinado Estado. Como um movimento de fluxos e contrafluxos, de avanços e retrocessos, o constitucionalismo somente pode ser examinado a partir dos eventos históricos de determinada sociedade.

É possível entender o constitucionalismo como uma ideologia das democracias liberais adotadas, formal ou materialmente, em quase todos os Países Ocidentais, o que conforma a noção de democracia constitucional. Essa ideologia gravita em torno de um núcleo substancial, que pode ser observado no processo civilizatório de muitas nações, dividido nos seguintes ideais: (*a*) a contenção e a racionalização do poder estatal através do direito; (*b*) a normatividade da constituição; (*c*) a consolidação da forma de governo democrática.[430]

Sem dúvida, a característica mais antiga e mais comum do constitucionalismo, mesmo antes da própria noção de democracia liberal, diga-se, é a contenção e a racionalização do poder.

---

[429] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 470.
[430] ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**, 3. ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 93-100.

Muito antes da formação do Estado Moderno, os indivíduos considerados minimamente livres (excluídos os escravos, portanto), que estivessem sob o poder de outrem, buscaram através de inúmeras lutas, geralmente sangrentas, a domesticação desse poder a critérios objetivos e gerais. É comum a referência à experiência inglesa, por exemplo, que não possui constituição escrita, mas que apresenta o constitucionalismo mais antigo entre os Estados modernos. Pelo menos desde 1215, com a *Magna Charta Libertatum*, os barões ingleses buscaram estabelecer normas jurídicas que limitassem e objetivassem o poder real.

Um dos mecanismos de organização estatal mais bem sucedidos na história moderna dos Estados ocidentes é a separação de poderes em funções tripartites. Contudo, como lembra Jeremy Waldron – cuja análise mirava a experiência americana, que no caso pode ser importada para nossa realidade – a separação de poderes não deve ser entendida como um "princípio canônico" de nosso constitucionalismo. Na verdade, ela encerra apenas um dos pilares do constitucionalismo. Juntamente com outras fundações, a separação de poderes forma um conjunto coeso de outros princípios que funcionam simultaneamente de forma independente e/ou congregada como pedra angular da legitimidade política do Estado. São eles: (1) Separação de poderes – como divisão de funções estatais; (2) dispersão de poderes – que evita a concentração de poder político-estatal nas mãos de uma pessoa, um grupo ou um órgão; (3) freios e contrapesos (*check and balances*) – que requer uma concorrência entre a atuação de um ente estatal nas ações do outro, permitindo, inclusive, o veto de tal ação; (4) o bicameralismo – que exige a atuação coordenada de duas casas legislativas; (5) federalismo – distinção entre os poderes e as competências atribuídos para a esfera federal e àqueles reservados para os estados-membros e municípios.[431]

Em especial, a dispersão dos poderes é um elemento fundamental para refrear tentativa alexyana de justiciabilidade do seu modelo de direito à proteção. Pois, ao fim e ao cabo, ela possibilita ao judiciário assumir para si competências próprias e exclusivas do legislativo e do executivo, sempre que entender que eles não realizaram a contento e em tempo adequado aquilo que se esperava, à luz dos direitos fundamentais.[432]

---

[431] WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**, Cambridge & London : Harvard University Press, 2016, p. 49

[432] O modelo de direito à proteção alexyano não guarda qualquer relação com a dogmática do dever de tutela, que foi originalmente desenvolvida a partir dos paradigmas decisórios do Tribunal Constitucional Alemão.
Toda construção foi realizada a partir de casos concretos com vistas na garantia à segurança e prevenção de riscos em atividades potencialmente danosas. A dogmática do dever de proteção não se estabelece sob a premissa da justiciabilidade ou tampouco da eficácia direta dos direitos fundamentais. Para aprofundamento sobre a jurisprudência do TCF ver DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 154-160.

A tese de Alexy, em última análise, representa uma defesa flagrante do ativismo judicial. O rompimento completo da divisão competencial entre funções estatais é a abertura para que o julgador atue em substituição ao legislador e ao administrador. Os problemas para isso já foram amplamente examinados e denunciados pela doutrina especializada,[433] que até o momento permanece sem resposta.

Não há qualquer dúvida de que atividades particulares podem ser potencialmente danosas a outros particulares e à sociedade. O estudo, inclusive, dos direitos difusos demonstra claramente isso. A necessidade de preservação do meio-ambiente equilibrado, a proteção de dados, a exploração de energia nuclear, as relações jurídicas entre particulares em posição de desigualdade, em especial na relação de trabalho e na relação de consumo, bem como nas relações concorrenciais e de antitruste, representam exemplos claros de necessidade de regulação estatal diante da potencialidade de violação constante no âmbito de proteção de direitos fundamentais. Ainda, mais recentemente, intensificou-se o debate a respeito dos deveres decorrentes da atividade de comunicação e informação, que anteriormente era restrito ao exame dos órgãos de radiodifusão e da imprensa, mas que hoje, em razão do desenvolvimento de plataformas sociais de difusão de conteúdo (YouTube, Instagram, Facebook, Twitter, TikTok, WhatsApp, Telegram etc.), passa a integrar uma gama de pessoas anteriormente não vinculadas a este tipo de exame. Atualmente, os influenciadores digitais e a chamada "nova mídia", veículos de comunicação independentes e, não raro, aderentes de posições político-ideológicas, partidárias ou não, representam um potencial risco ao direito fundamental de liberdade de comunicação, nomeadamente em decorrência das *fake news*,[434] cada vez mais frequentes como elementos condutores de narrativas (ou opiniões) como se fossem fatos.

A forma primordial de exercício do direito de proteção dessas situações jurídicas e tantas outras é realizada através da mediação legislativa. Recorde-se que os particulares, em regra, estão diretamente vinculados e submetidos ao direito legislado posto. É a lei, por

---

[433] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 1359-1408. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2.ed., São Paulo : Saraiva, 2015. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2013. SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como guardião da Constituição: democracia ou guardiania?** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014.

[434] Para aprofundamento sobre os problemas das *fake news*, inclusive com uma proposta interessante de proceduralização dos conflitos: ABBOUD, Georges. CAMPOS, Ricardo. **A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado**, *in* Fake News e regulação [livro eletrônico], São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. Ainda, sobre o modelo de autorregulação regulada e sua constitucionalidade, com paradigma na experiência alemã: MARANHÃO, Juliano. CAMPOS, Ricardo. **Fake news e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamento constitucionais**, *in* Fake News e regulação [livro eletrônico], São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

conseguinte, que densifica os elementos de proteção de situações jurídicas, a partir da concretização de determinado valor ou conjunto de valores e as tensões respectivas existentes entre eles. Ademais, como já salientado acima, um dos limites dos limites sobre os direitos fundamentais é a "reserva de parlamento" (*Parlamentsvorbehalt*), que impede ao legislativo a delegação de decisões políticas essenciais ao executivo e ao judiciário, tendo em vista ser a autoridade com legitimação democrática para tanto.[435]

O instrumentalismo e o neoconstitucionalismo aderiram à ruptura que Alexy promoveu com essa estrutura e passaram a utilizar da construção dos "direitos à proteção" como molas propulsoras dos poderes judiciais. Os problemas já foram amplamente apresentados neste primeiro capítulo.

É necessário, por conseguinte, reposicionar a dogmática dos direitos fundamentais em seu local devido, ou seja, como limite para a atuação do Estado e, na sequência, apresentar como o processo deve ser compreendido como um direito fundamental.

[435] Rodrigues Jr., com a clareza habitual, dá rumo certo para a discussão: "Não há uma concorrência por espaços entre a Constituição e o legislador ordinário. Este último tem uma função de grande relevo para a democracia: ao reduzir o grau de abstração constitucional, restringe a esfera de discricionariedade de outros agentes públicos (o administrador e o juiz), impondo-lhes uma valoração prévia, democrática e representativa das pautas axiológicas escolhidas pelo povo em sua regular e periódica substituição de seus *procuradores* ao Parlamento. Trata-se, por conseguinte, de um problema de legitimidade democrática para a transposição de valores à linguagem normativa. Nem sempre é preferível que o legislador seja o responsável por servir de ponte para essa normatização. Até hoje, entretanto, não se concebeu um ato mais adequado para esse fim: o legislador presta contas regularmente por meio de eleições livres; é substituível de tempos em tempos; precisa exercer sua persuasão junto a seus pares e a seus eleitores; seus erros na interpretação da vontade popular podem privá-lo de continuar no Parlamento; e, em *ultima ratio,* seus erros ao legislar (ou ao não legislar) encontrarão a vigilante custódia do tribunal constitucional." RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 338.

2. INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Especialmente no Brasil, o estudo dos direitos fundamentais é diretamente relacionado à teoria dos princípios de Robert Alexy e de seu modelo de direitos à proteção, com grande aceitação para os autores neoconstitucionalistas, como se viu (item 1.8, *supra*), inclusive os que se dedicam à análise do direito infraconstitucional civil, penal, trabalhista, processual, administrativo etc.

Nada obstante os temas jurídicos tenham altíssima disputa acadêmica, em regra, a visão dos diretos fundamentais como princípios é apresentada como hegemônica. Valendo-se do *slogan* de que colisões de princípios e, portanto, de direitos fundamentais, são inevitáveis, a teoria dos princípios se vale da retórica argumentativa da ponderação de valores para a análise sobre a prevalência dos direitos fundamentais em eventual disputa.

Neste capítulo, por outro lado, apresenta-se outra abordagem. Nada obstante a dogmática dos direitos fundamentais ora examinada seja de matriz alemã, levando em consideração o seu respeito ao direito posto e à função clássica desses direitos, ela pode ser tranquilamente aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro, respeitados os ajustes próprios da nossa Constituição e das leis aplicáveis.

Os direitos fundamentais como direito de resistência – também chamado de direito de defesa pela doutrina brasileira[436] (*Grundrechte als Abwehrrecht*) – é a abordagem que servirá de base para o desenvolvimento dogmático do direito fundamental do processo neste trabalho.

[436] No presente trabalho, adota-se a expressão cunhada por Dimoulis e Martins, qual seja, "direito de resistência" como a tradução do termo alemão *Abwehrrecht*. Muito embora há quem entenda que a melhor tradução para o termo seja "direito de defesa", sendo inclusive a tradução mais corrente, entende-se que sua utilização pode acarretar grande confusão ao leitor menos habituado com os debates acerca dos direitos fundamentais, nomeadamente na dogmática alemã. Ademais, levando em consideração que o presente trabalho trata de temas relacionados diretamente com o direito processual, a expressão "direito de defesa" é correntemente aplicada para designar ou o direito fundamental ao contraditório ou a oportunidade de resposta do requerido em geral nos

Desde já, esclarece-se que o adjetivo "resistência", que compõe a expressão acima, não significa o direito de insurreição contra o Estado. Na Alemanha, o direito de insurreição (*Recht zum Widerstand* [muitas vezes traduzido como direito de resistência]) é constitucionalmente previsto no art. 20, (4), da Lei Fundamental, possibilitando o uso da força pelo particular contra aqueles que busquem subverter a organização e as regras mínimas do Estado[437] pós-Nazista. Foge ao objeto do presente estudo a existência de tal direito fundamental no Brasil. De qualquer modo, o adendo é necessário para afastar, desde já, quaisquer dúvidas acerca do alcance da expressão-base "direito de resistência".

2.1. Direitos fundamentais como direito de resistência (*Abwehrrecht*)

O conceito e a função dos direitos fundamentais estão diretamente atrelados à teoria que se adota para sua compreensão, tendo por base o desenvolvimento dogmático a partir de determinado direito vigente. A sistematização de institutos, instituições e conceitos jurídicos é o objeto dessa empreitada.[438]

Como já referido, a determinação dos postulados e formulações dogmáticas visa à explicação e sistematização do direito posto em determinado momento histórico e espacial. Não

processos judiciais e disciplinares. Nada obstante, a expressão "direito de defesa" na dogmática dos direitos fundamentais seja tomada em sua acepção jurídico-material, para evitar qualquer ambiguidade, adotaremos a expressão "direito de resistência" doravante. Toma-se de empréstimo a lição de Dimoulis e Martins sobre o significado etimológico da expressão alemã equivalente: "No verbo *ab*wehren o prefixo *ab* traz a conotação de 'tirar', 'repelir' ou 'impedir' a entrada ou a investida de elemento indesejado. Como se vê, não se trata da possibilidade de arrolar argumentos de defesa, mas de se valer de um 'verdadeiro escudo' contra a investida estatal na liberdade, qual seja, o *Abwehrrecht* ou direito de resistência. É claro que esse escudo poderá ser sobrepujado pelo Estado como se verá abaixo sem que haja violação ao direito." (DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos direitos fundamentais, 7. ed. – São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 67) É exatamente nessa conotação, de escudo, de campo de força, de proteção do indivíduo frente ao Estado e suas arbitrariedades, que o *Abwehrrecht* deve ser compreendido. Assim, antes de apenas se defender contra a ofensa estatal, o indivíduo tem ao seu dispor o anteparo normativo fundamental em sua proteção, impondo resistência à atividade estatal.

[437] Artigo 20
[Princípios constitucionais – Direito de resistência]
(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.
(2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.
(3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.
(4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.
Tradução do texto da Lei Fundamental Alemã realizada por Assis Mendonça e revisão de Urbano Carvelli. Disponível em <https://bit.ly/3fbzKRl>, acesso realizado em 23 de março de 2021. Notem quem os responsáveis por verter o texto em português utilizaram-se da expressão "direto de resistência" ao invés da expressão "direito de insurreição".

[438] MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012, p. 7.

existem soluções dogmáticas universais e racionalmente perfeitas. Assim, partindo-se da noção de que os direitos fundamentais funcionam como posições jurídicas para a proteção de liberdades em sentido amplo, entende-se que as teorias que melhor explicam o fenômeno são as que partem do paradigma subjetivista.

2.1.1. Princípio distributivo e ônus argumentativo na intervenção

A teoria liberal[439] dos direitos fundamentais é a que melhor responde à organização estatal e social brasileira. A noção de liberdade individual é o conceito central da teoria. A dogmática desenvolvida a partir dela visa impedir a imposição de decisões políticas ou decisões jurídicas arbitrárias e/ou moralistas, que interfiram diretamente na liberdade individual sem justificação constitucional.[440] O adjetivo liberal baseia-se na acepção de que os direitos fundamentais são liberdades dos indivíduos em relação ao Estado. A dogmática desenvolvida a partir da teoria liberal não é um *laissez-faire* do indivíduo, que permitiria a prevalência do mais forte sobre o mais fraco, tal qual em uma selva. Tampouco está ancorada numa visão de Estado "não-intervencionista". Os direitos fundamentais se destinam a proteger importantes áreas de liberdades individuais e sociais, que, segundo a experiência histórica, estão particularmente expostas à ameaça do poder estatal.[441]

Compreende-se que as conquistas do Estado de Direito burguês correspondem ao ideal de valorização do indivíduo, que tem por propósito a quebra da ordem feudal e estatal de governo e da sociedade. O indivíduo passa a titularizar direitos e assume o poder de rechaçar toda e qualquer investida de autoridade distinta da Lei do Estado, que passa a ser o ente com o monopólio do *imperium* e da capacidade normativa e coativa.[442] Liberdades burguesas, tais como a liberdade pessoal, propriedade privada, liberdade contratual, liberdade comercial e profissional, passam a ser reconhecidas como antecedentes ao próprio Estado, que, em razão

---

[439] De pronto, é necessário desfazer uma falsa impressão sobre tal teoria, que, não raro, provoca o viés da representatividade. A sua adoção não implica necessariamente a opção político-ideológica de cariz liberal ou neoliberal. A sua análise parte do direito posto, neutralizado politicamente, e tem por principal objetivo a contenção do poder estatal. Parte-se do ideal da separação entre sociedade e Estado, contudo, não propõe um modelo de "Estado mínimo" e tampouco de sociedade. MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012, p. 28.

[440] No mesmo sentido, DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 40.

[441] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation**, *in* Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 27. Jahrgang, heft 35, Frankfurt am Main : C. H. Beck August 1974, pp. 1529-1530.

[442] FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**, 6. ed. – Madrid : Editorial Trotta, p. 35-37.

da soberania popular, não pode limitá-las *a priori*. As constituições que seguem esse modelo têm como objetivo primário não o estabelecimento e a organização do poder, mas sim o reconhecimento da liberdade (*liberté*), a proteção do cidadão contra os abusos do poder estatal.[443]

Deve-se a Carl Schmitt – por mais contraditório que isso possa parecer – o desenvolvimento teórico primitivo a respeito da antecedência dos direitos fundamentais em relação ao Estado. Em princípio, a esfera de liberdade individual é ilimitada, enquanto o poder estatal é limitado. A liberdade civil (burguesa), construída a partir das revoluções Americana e Francesa, acarretou duas consequências, que constituem os princípios estruturais do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) de todas as constituições modernas: (*a*) o primeiro é o princípio distributivo (*Verteilungsprinzip*): a esfera individual de liberdade é "anterior" ao Estado (organizado). Nesse exato sentido que se afirma que a liberdade é "a princípio ilimitada", enquanto a autoridade do Estado para intervenção nessa esfera é "a princípio limitada". Com efeito, o princípio distributivo encontra sua expressão normativa em uma série de direitos fundamentais (de liberdade) que constituem os limites, ônus, competências e papéis entre os indivíduos e o Estado. A liberdade individual e o princípio distributivo são, portanto, a fonte para a concessão de poder ao Estado; (*b*) o segundo é o princípio organizacional (*Organisationsprinzip*), que promove a aplicação do princípio distributivo em relação ao Estado. O Poder Estatal, por essência limitado, é compreendido e distribuído em um sistema de competências previamente definidas. O princípio organizacional está contido na teoria da separação de poderes, mais especificamente na repartição das diferentes funções para o exercício do poder estatal, ou seja, legislação (elaboração das leis), administração (governo executivo) e jurisdição (aplicação imparcial da lei). A divisão e a separação atendem ao interesse da regulação e limitação recíproca desses "poderes".[444 -445]

---

[443] SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**, Durham and London : Duke University Press, 2008, pp. 169 e 170.
[444] SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**, Durham and London : Duke University Press, 2008, p. 170.
[445] Com apoio em Jeremy Waldron – cuja análise mirava a experiência americana, que no caso pode ser importada para nossa realidade – entende-se que a separação de poderes não deve ser entendida como um "princípio canônico" de nosso constitucionalismo. Ele integra um conjunto coeso de outros princípios que funcionam simultaneamente de forma independente e/ou congregada como pedra angular da legitimidade política do Estado. São eles: (1) Separação de poderes – como divisão de funções estatais; (2) dispersão de poderes – que evita a concentração de poder político-estatal nas mãos de uma pessoa, um grupo ou um órgão; (3) freios e contrapesos (*check and balances*) – que requer uma concorrência entre a atuação de um ente estatal nas ações do outro, permitindo, inclusive, o veto de tal ação; (4) o bicameralismo – que exige a atuação coordenada de duas casas legislativas; (5) federalismo – distinção entre os poderes e as competências atribuídos para a esfera federal e àqueles reservados para os estados-membros e municípios. WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**, Cambridge & London : Harvard University Press, 2016, pp. 49.

Essa construção trouxe a noção da "anterioridade" dos direitos fundamentais em relação ao Estado, que até o momento é objeto de grande disputa entre os adeptos da teoria liberal.[446]

A ideia de que a liberdade e a igualdade entre as pessoas são anteriores ao Estado injeta a legitimação política do próprio Estado. Retenha-se o ponto, é a "anterioridade" dos direitos fundamentais dos indivíduos, entendida como a prevalência da liberdade e da igualdade sobre o poder, que dota o Estado do dever de justificar as intervenções nas liberdades individuais, ao contrário do que se passa com o indivíduo, que não tem qualquer obrigação de justificar o exercício da sua liberdade.[447] É neste sentido, que a estatalidade, a democracia, os direitos fundamentais e as normas de competência são entes cooriginários, sendo que a precedência de um sobre o outro ocorre nos próprios termos de sua fundação.

Importante verificar que essa conclusão não decorre de uma análise metafísica da precedência da liberdade sobre o Estado. É, na verdade, uma constatação decorrente da própria legalidade constitucional. A liberdade geral de qualquer pessoa não pode sofrer interferência, senão com fundamento na lei (art. 5º, II, da CF); a inviolabilidade de correspondência e de dados telemáticos e digitais somente pode ser limitada por decisão judicial, na forma da lei (art. 5º, XII, da CF); a liberdade profissional somente pode ser restringida por qualificações profissionais exigidas em lei (art. 5º, XIII, da CF); protege-se a liberdade de ir e vir nos tempos

---

[446] Parte da doutrina sustenta que os direitos fundamentais são dotados de uma condição pré-estatal, razão pela qual o Estado seria obrigado a reconhecer os "direitos naturais" de liberdade e igualdade dos indivíduos. Assim, os direitos fundamentais seriam condições essenciais de legitimação do próprio Estado. Sem o seu reconhecimento, não seria possível sequer a sua criação e a sua organização. Fundamenta-se este argumento na inalienabilidade dos direitos fundamentais, motivo a ensejar a sua condição de pré-estatais.
Outra corrente aduz que o argumento não possui sustentação em decorrência da inexistência de "regra universal" e vinculante. A simples constatação de Estados com róis diversos de direitos fundamentais demonstra o equívoco da tese. O que dizer sobre Estados que sequer ostentam reconhecimento de direitos fundamentais, nomeadamente aqueles de regimes totalitaristas ou mesmo nos quais o "estado de exceção" é situação permanente. Tais Estados não existiriam juridicamente? Não haveria organização institucional ou mesmo direito a regular as suas relações internas? A indagação apresentada por Dimoulis e Martins deve ser levada a sério nesse debate: "o que ocorre juridicamente se um ordenamento jurídico não garantir o direito que certo autor considera como 'natural'?" (DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 59). Para outros, a resposta estará na adoção do "ativismo judicial", caindo-se definitivamente na falácia entre o bom e o mau ativismo. Com efeito, Dimoulis e Martins asseveram que a afirmação da pré-estatalidade dos direitos fundamentais necessita de um fundamento mitológico ou metafísico. Não existe direito ou obrigação, ou regra de conduta social, que possa ser reduzida à natureza humana. Nomeadamente em países do sistema jurídico romano-germânico (*civil law*), como é o caso do Brasil, "[u]m direito existe juridicamente apenas a partir da sua positivação, que estabelece seu exato alcance. Sem esse reconhecimento, tem-se simplesmente uma *reivindicação política*, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas que, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico." (DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 61).

[447] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 1051. MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012, p. 29.

de paz, contra toda e qualquer limitação não prevista em lei (art. 5º XV, da CF); garante-se a desnecessidade de identificação criminal ao civilmente identificado, salvo nas hipóteses legalmente estabelecidas (art. 5º, LVIII, da CF); alberga-se o direito à propriedade (art. 5º, XXII, da CF), que somente poderá ser limitada na medida da lei (art. 5º, XXIII, XXIV e XXV, da CF). A própria constituição concebe a liberdade individual como pressuposta ao Estado e encarrega os direitos fundamentais da especial função normativa de proteção dessas liberdades contra as intervenções estatais. Simultaneamente, ela mesma reconhece que a imposição de limites aos direitos fundamentais (intervenção) é decorrência natural da vida em sociedade, mas deve o Estado observar certos parâmetros para tanto. Daí decorre a necessidade do desenvolvimento de uma dogmática das intervenções e dos limites das intervenções estatais.[448]

A partir dessa reconstrução, despida de fundamentos metafísicos, se constata que a anterioridade dos direitos fundamentais sobre o Poder estatal não é decorrente de uma ordem cronológica de reconhecimento, mas sim um pressuposto de legitimação política do próprio Estado. As liberdades protegidas pelos direitos fundamentais somente serão licitamente limitadas pela intervenção estatal com justificação constitucional.

Ao contrário de enxergá-lo como uma "anterioridade cronológica" dos direitos fundamentais em relação ao Estado, ele deve ser encarado sob o ponto de vista do ônus argumentativo para a intervenção nos direitos fundamentais. Há, por conseguinte, uma "anterioridade lógica" do direito fundamental sobre o Poder Estatal, estabelecido a partir da própria normatividade constitucional.

Desse modo, o indivíduo passa a ser visto como o titular (sujeito ativo) dos direitos fundamentais, razão pela qual o exercício ou a abstenção de um direito fundamental não necessita de qualquer justificação por parte dele. Por outro lado, o Estado é visto como destinatário (sujeito passivo) dos direitos fundamentais. Toda intervenção que o Estado realize sobre o direito fundamental, por melhor ou mais nobre que possa parecer a partir da perspectiva política ou moral, deve ser justificada. É nesse sentido que a noção de "princípio distributivo" (*Verteilungsprinzip*) deve ser recepcionada dogmaticamente.

---

[448] SCHLINK, Bernhard. MARTINS, Leonardo. **Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais**, *in* Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 11/2017, pp. 261-297, versão eletrônica.

2.1.2. Função dos direitos fundamentais no modelo de resistência

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas naturais ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade a contenção do poder estatal em face da liberdade individual.[449] Aqui reside, em última análise, função nuclear e primária de todo e qualquer direito fundamental. Ao invés de ser mola propulsora do poder estatal, ele sempre funciona como limitação do poder, independentemente da liberdade que seja por ele garantida.

O desenvolvimento dogmático dos direitos fundamentais a partir de sua função de resistência (*Abwehrrechte*), que exige do Estado a justificação de toda e qualquer intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.[450-451] O comportamento arbitrário do Estado abre ao titular do direito fundamental a pretensão de "resistir à intervenção" (*Eingriffe abzuwehren*),[452] através dos meios legitimamente previstos no ordenamento jurídico. É por essa razão que a melhor metáfora para essa categoria de direitos é a de escudo,[453] de campo de força ou blindagem contra o exercício arbitrário do poder pelo Estado.

Repise-se, a função de direito de resistência não impõe ao Estado a abstenção de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e na liberdade individual correspondente, pelo contrário, a intervenção é compreendida como evento ínsito à convivência social. A funcionalidade dessa caracterização é o desenvolvimento dogmático para a aferição da constitucionalidade da intervenção realizada.

A dogmática dos direitos fundamentais como direitos de resistência tem por premissa operacional a criação de categorias técnico-jurídicas que permitam o exame do âmbito de

---

[449] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 56.

[450] SCHLINK, Bernhard. MARTINS, Leonardo. **Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais**, *in* Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 11/2017, pp. 261-297, versão eletrônica. POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2020.

[451] O debate teórico a respeito dos direitos fundamentais e de sua função intensificou-se na Alemanha a partir dos anos 60, tendo grande profusão nos anos 70 (para um desenvolvimento histórico do debate: POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 52-71.) Naquela altura, o desenvolvimento teórico do direito de resistência sofria grandes críticas acerca de sua abordagem dogmática. As principais propostas divergentes propunham a relativização das reservas legais e a necessidade de ponderação de interesses, valores e direitos não controláveis metodologicamente.

[452] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos direitos fundamentais, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 68.

[453] A expressão "*shield*" (escudo em inglês) é amplamente utilizada por Frederick Schauer: SCHAUER, Frederick. **Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effec**t, *in* Boston University Law Review, vol. 58, no. 5, November 1978, p. 717. SCHAUER, Frederick. **The Generality of Law**, *in* West Virginia Law Review, vol. 107, no. 1, Fall 2004, p. 234.

proteção dos direitos fundamentais e possibilite a análise das intervenções estatais por critérios normativos, no esforço da demarcação clara entre o direito e a política.[454]

O modelo centrado no direito de resistência não descarta, em absoluto, a existência de outras funções dos direitos fundamentais. A abordagem, por outro lado, é subsidiária, ou seja, somente na medida em que os direitos de resistência não fornecerem respostas constitucionalmente adequadas para a proteção da liberdade individual é que a questão acerca de outras funções dos direitos fundamentais surge.[455]

2.1.3. Conceitos dogmático-instrumentais do direito de resistência

A exploração dogmática necessita de um instrumental de operação com forma de garantir que a empreitada seja exitosa. É indispensável que, no nível da linguagem, não haja dúvidas a respeito do alcance e do significado de determinadas expressões, como forma de possibilitar o alcance preciso a respeito do significado que se quer empregar.

Para tanto, é necessário estabelecer alguns marcos linguísticos e conceitos comuns, que serão utilizados de modo uniforme de agora em diante. Na dogmática dos direitos fundamentais, isso não é diferente.

Os conceitos de âmbito de proteção, possibilidade de exercício do direito, titular e destinatário do direito, intervenção e reflexividade são essenciais e serão utilizados com grande profusão doravante.

Todo direito fundamental tem por finalidade regulamentar determinada situação real, que toca, de algum modo, a esfera de liberdade (*lato sensu*) individual. O tema tratado em cada norma de direito fundamental é chamado de área de regulamentação (*Regelungsbereich*), ou seja, é o "recorte da complexa realidade social sobre a qual incide a norma jusfundamental".[456] Por exemplo, o âmbito de regulamentação do art. 5º, XVI, da CF, é a reunião de pessoas, enquanto a do art. 5º, XXII, da CF, trata do aspecto econômico mais comum da vida em sociedade, a propriedade.

---

[454] SCHLINK, Bernhard. MARTINS, Leonardo. **Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais**, *in* Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 11/2017, pp. 261-297, versão eletrônica. POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 64-65.

[455] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 97.

[456] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 170.

O âmbito de regulamentação não correspondente ao âmbito de proteção. Este último está contido naquele, sendo, por vezes, mais restrito por previsão constitucional.[457]

Retomando o exemplo da liberdade de reunião (art. 5º, XVI, da CF), o constituinte decidiu proteger apenas determinadas reuniões, quais sejam, as liberdades pacíficas, nas quais os seus participantes não portem armas. No dispositivo em comento, há uma condicionante de proteção destinada ao titular do direito fundamental: "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas." Assim, não haverá pretensão de resistência contra as intervenções estatais em favor daqueles que estejam reunidos para fins violentos ou então portando armas. Em outras palavras, não haverá direito fundamental a socorrê-los neste caso.[458] O âmbito de proteção (*Schutzbereich*) é a delimitação normativa da liberdade protegida pelo direito fundamental.

O âmbito de proteção (ou a área de proteção) é o domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais, nas palavras de Pieroth e Schlink.[459] Assim, o âmbito de proteção descreve o objeto de liberdade que é assegurado por norma constitucional de direito fundamental. Essa norma dota os indivíduos de direitos subjetivos. Estes direitos subjetivos geram efeitos imediatos na esfera de liberdade do sujeito, através de um complexo de garantias de proteção dos direitos fundamentais. A garantia comum a todos os direitos fundamentais é a decorrente da própria noção de direito de resistência, qual seja, a proibição de intervenções injustificadas (violações) nos direitos fundamentais pelo Estado.

Uma dogmática dos direitos fundamentais se presta para a solução dos casos práticos, nomeadamente os casos nos quais se alega a ocorrência de uma violação ao direito fundamental. A resolução de casos práticos parte, necessariamente, da definição correta do âmbito de proteção do direito fundamental em exame.[460] No exercício do controle de constitucionalidade, isso corresponde à definição do parâmetro de controle.

O segundo passo para a análise de uma violação é o exame acerca da limitação ao exercício do direito garantido. Uma limitação pode ser efetiva ou potencial e analisada de modo concreto ou abstrato, a depender do modo como a questão foi posta.

---

[457] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2539.

[458] MARTINS, Leonardo. **Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do direito administrativo**, *in* Espaço Jurídico, vol. 18. n. 2 – Joaçaba : Ed. Unoesc, mai/ago 2017, p. 446, https://doi.org/10.18593/ejjl.13301

[459] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2525.

[460] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2586.

A intervenção desperta a pretensão de resistência decorrente do direito fundamental. Com isso, é plenamente possível ao titular o exercício da respectiva pretensão de resistência, tanto de modo repressivo, como de modo preventivo, sob o ponto de vista da frustração fática do gozo do direito fundamental.

O próprio direito fundamental do acesso à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) garante a proteção jurisdicional seja contra a lesão (controle repressivo), seja contra a ameaça (controle preventivo) de qualquer direito, inclusive o direito fundamental.

O titular do direito fundamental não está obrigado ao seu exercício, podendo abster-se quando preferir, sem ter que prestar contas a ninguém. Ao contrário, o Estado, destinatário do direito fundamental, sempre está obrigado a justificar as suas ações comissivas e omissivas de limitação do âmbito de proteção do direito fundamental e da respectiva liberdade prevista, por força do princípio distributivo.[461]

Questão tormentosa sobre esse ponto é a possibilidade de renúncia episódica de um direito fundamental pelo indivíduo. Ao compreender o direito fundamental do modo como exposto, é indispensável entender que o seu exercício está no âmbito de disposição do indivíduo que o titulariza. Sendo assim, a renúncia não se opera sobre o direito em si considerado, mas sobre a possibilidade de seu exercício. Portanto, o indivíduo pode se abster de exercer o seu direito frente ao Estado ou comprometer-se com outro particular a não o exercer. No plano analítico, a disposição é da pretensão decorrente de potencial intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental.

A exposição até o momento explorou os conceitos de titularidade e vinculação dos direitos, porém sem expressá-los de modo adequado.

A titularidade[462] é uma posição jurídico-ativa decorrente de um direito subjetivo, na qual o seu detentor tem o poder de exigir contra outrem o anteparo constante no âmbito de proteção do direito fundamental.[463] A Constituição garante os direitos fundamentais para determinadas categorias de pessoas. Isso quer dizer que apenas o grupo acolhido pela Constituição pode ser considerado titular dos direitos fundamentais.

Partindo-se da premissa de que os incisos do art. 5º são direitos fundamentais especiais decorrentes do desdobramento do respectivo *caput*, a questão da titularidade deve ser

---

[461] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 175.

[462] Para um exame mais completo DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 89-117. PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 1762-2203.

[463] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 1762.

respondida a partir deste enunciado normativo: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

O primeiro direito enunciado é o da igualdade formal perante a lei, que será aplicada a “todos” submetidos à autoridade brasileira. Com efeito, o titular desse direito é qualquer pessoa que esteja, mesmo que transitoriamente, sujeita à aplicação da lei por órgão estatal brasileiro, sem que haja qualquer discriminação, quer por critério de sexo, cor, nacionalidade, idade ou condição social, por exemplo.

Por outro lado, os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade (formal e material), à segurança e à propriedade são garantidos a um grupo mais restrito, qual seja, aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Os brasileiros[464] são as pessoas que gozam de nacionalidade brasileira, seja pelo critério originário ou derivado. Distinções entre brasileiros necessitam de expressa previsão constitucional, como é o caso do art. 5º, LI, da CF, que garante a proteção contra a extradição apenas ao brasileiro nato.[465]

Com relação ao estrangeiro residente, a titularidade dos direitos fundamentais ganha contornos hermenêuticos mais turvos. A aquisição da qualidade de “residente” exige análise adequada. “A expressão designa pessoas que, sem possuir a nacionalidade brasileira, encontram-se, pelo menos temporariamente, no País, tendo já vínculo de certa duração. O vínculo pode ser criado de várias formas. As mais comuns são o fato de o estrangeiro trabalhar no Brasil, encontrar-se instalado com os membros de sua família ou possuir visto de residente de duração que supere aquela de uma estadia turística (em geral, limitada a 90 dias).”[466]

As pessoas jurídicas são equiparadas às pessoas naturais para efeitos de titularidade de direitos fundamentais. Obviamente que isso decorre da adequação entre a condição da pessoa jurídica, como uma ficção criada pela reunião, em regra, de pessoas naturais para uma finalidade específica e o respectivo direito. Não é possível, pois, à pessoa jurídica reclamar proteções que amparem a condição física, biológica ou mental da pessoa natural.

---

[464] Dispensa-se aqui, como no resto do trabalho, a menção de que as “brasileiras” também estão albergadas pela proteção constitucional. Seguir-se-á o padrão da norma culta do vernáculo português, no sentido de que os plurais masculinos englobam os membros femininos do respectivo conjunto. Do mesmo modo, DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 90.

[465] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 89-90.

[466] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 91.

Embora em um âmbito muito mais restrito, é possível defender a possibilidade de titularidade dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público. A liberdade de comunicação, no sentido amplo do art. 5º, IX, da CF, deve ser garantida a diversas pessoas jurídicas de direito público, como as universidades públicas e as empresas de comunicação social integrantes do Estado. Outros direitos decorrem da necessidade do estabelecimento da igualdade formal entre as pessoas, como é o caso do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) e dos demais direitos fundamentais ligados ao processo perante a jurisdição.[467]

A vinculação dos direitos fundamentais, por outro lado, marca os seus destinatários, ou seja, aqueles que estão na posição jurídico-passiva do direito fundamental, obrigados a realizar o resguardo do âmbito de proteção respectivo em favor do seu titular. O efeito vinculante dos direitos fundamentais decorre da previsão do art. 5º, § 1º, da CF. Diz o texto: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

A primeira constatação do dispositivo é que direitos fundamentais não são meras declarações políticas ou programas de ação do poder público. Eles não devem ser vistos como normas de eficácia "limitada" ou "contida".[468] Com apoio em Dimoulis e Martins, entende-se que todas as normas que estabeleçam direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata.[469-470]

Os direitos fundamentais são concebidos historicamente como limites ao poder estatal em favor dos indivíduos. Sendo os indivíduos os titulares dos direitos fundamentais, é curial notar a vinculação direta e imediatamente do Estado na sua acepção mais ampla possível, ou seja, "toda e qualquer autoridade ou órgão que exerça competências estatais, mesmo por intermédio de concessão de serviço público ou permissão especial."[471] De forma patente, portanto, a vinculação dos direitos fundamentais engloba todas as funções do poder estatal,

---

[467] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 115-117.

[468] SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 3.ed., 2ª tiragem, São Paulo : Malheiros, 1999, pp. 88-134.

[469] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 125-126.

[470] É certo, contudo, que determinados direitos dependem da indispensável mediação do poder legislativo para a definição de seus suportes fáticos delimitadores do efetivo gozo dos direitos, bem como dos meios para seus fornecimento e obtenção, como é o caso de vários direitos prestacionais, como por exemplo, o direito ao seguro-desemprego do art. 7º, II, da CF. O mesmo pode ser dito com relação à proteção de direitos difusos e coletivos, como a proteção do consumidor do art. 5º, XXXII, da CF, que depende da lei concretizadora desta proteção (DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 126). Mais a frente, quando do exame da liberdade normativa, será demonstrado como diversos direitos fundamentais dependem de concretização de padrões normativos para serem exercidos. Antes desta concretização, contudo, eles vinculam o Legislador, porém não podem ser exercidos por falta absoluta de condições mínimas para isso.

[471] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 132.

quais sejam, a legislativa, a executiva e a judiciária,[472] seja da administração direta ou indireta, inclusive na atividade de permissão, concessão ou de parceria.

Ao vincularem o Estado, deixa-se revelada a outra face da moeda dos direitos fundamentais, qual seja, o dever estatal de respeito às posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos. Desse modo, a resposta à pergunta "quem é o destinatário dos direitos fundamentais?" só pode ser respondida de uma maneira: O Estado. Nessa perspectiva, fala-se em efeito vertical dos direitos fundamentais.

A pergunta que se segue é: "E os particulares? Eles não estão vinculados aos direitos fundamentais?" A resposta a essa questão merece uma digressão dogmática. É possível que os particulares pratiquem atos potencialmente agressores ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, nomeadamente as condutas de agressão física e fática a determinado indivíduo. Particulares não podem invadir domicílios, ceifar vidas, violar correspondências, calar manifestações e por aí segue uma infinidade de condutas. Evidentemente que tais comportamentos não estão albergados pelo direito e tampouco poderiam ser objeto de proteção pelo Estado. Essa constatação faz com que grande parte da doutrina advogue uma vinculação direta e imediata dos direitos fundamentais aos particulares. Contudo, essa não parece ser a melhor resposta em termos dogmáticos.

A vinculação direta do Estado aos direitos fundamentais irradia efeitos (*Ausstrahlungswirkung*) aos particulares, fazendo com que haja uma eficácia horizontal indireta ou mediata dos direitos fundamentais nos conflitos entre particulares. Por conseguinte, há um dever do Estado em proteger as liberdades decorrentes dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios particulares.

Quando o indivíduo pede ao Estado a proteção do respectivo direito fundamental contra a agressão do particular, ativa-se o dever estatal de abstenção de interferência injustificada contra o próprio Estado. Essa é a manifestação básica das constelações tripolares de direito fundamental: uma relação jurídica entre pelo menos dois indivíduos mediada pelo Estado. Com efeito, a ausência de proteção, no caso, acarreta a violação do direito fundamental pelo próprio Estado. A dogmática do efeito horizontal baseia-se nessa construção.[473]

Há um outro limite de ordem lógico-jurídica sobre o efeito horizontal direto e imediato dos particulares. Uma vinculação de todos em face de todos inverteria a finalidade dos direitos

---

[472] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2216.
[473] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1432.

fundamentais de limitação do poder estatal. Uma construção como tal serve para empoderar o Estado sem barreiras dogmaticamente sólidas, sob o "nobre" fundamento da necessidade de proteção objetiva de um particular contra o outro com base, exclusivamente, nas normas de direitos fundamentais. O resultado, como se pode perceber, seria uma ampla limitação da liberdade.[474]

É necessário constatar, ainda, que os direitos fundamentais nascem em uma ambiência jurídica em vigor. Salvo nos casos extremos em que uma constituição revoga por completo todas as leis em vigor antes dela, a Constituição e os direitos fundamentais nela constantes nascem em uma ambiência normativa posta. Assim, inúmeras lesões e agressões a direitos fundamentais constituem no Brasil atos ilícitos, tanto na esfera cível quanto na penal. Por essa razão é que se diz, com acerto, que a vinculação direta dos particulares decorre da lei, em outras palavras, da mediação dos direitos fundamentais pelo legislador. Não há necessidade de recorrer à Constituição para a proteção do direito à vida ou à inviolabilidade domiciliar, nos casos de ofensas praticadas por particulares. [475]

Importante entender que a dogmática do direito de resistência não está alheia à existência do efeito horizontal indireto. Na verdade, a sua formação jurisprudencial, decorrente da decisão do caso *Lüth-Urteil*[476] pelo Tribunal Constitucional Alemão, que foi ao encontro da noção ora defendida.

Assim, é indispensável notar que o direito de resistência encara os direitos fundamentais a partir da sua dimensão reflexiva, ou melhor, a partir de uma "dupla reflexividade": (*a*) a primeira porque é o Estado o criador e o destinatário dos direitos fundamentais. Eles funcionam como um espelho para o Estado, pois servem de autolimitação estatal para a regulamentação de um conflito de interesses constitucionais. (*b*) a outra dimensão de reflexividade é em relação aos terceiros. A constitucionalidade da intervenção estatal (comissiva ou omissiva) sobre determinado conflito entre indivíduos acerca de direitos fundamentais repercute, diretamente, no efeito horizontal dos direitos fundamentais. A

[474] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2308.
[475] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 133.
[476] BVerfGe 7, 198. Para um exame do caso Lüth-Urteil com transcrições traduzidas da decisão: MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais.** Volume 2: Liberdade de consciência e crença, liberdades de expressão e de comunicação social, liberdades artísticas e científica – São Paulo : Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, 2018, p. 95-104.

satisfação da pretensão de uma parte impede, de forma reflexa, a satisfação da pretensão de outra.[477]

A vinculação do Estado aos direitos fundamentais exige que toda e qualquer intervenção realizada por quaisquer das funções do Poder Estatal goze da respectiva justificação constitucional. Assim, não existem espaços em branco, que não sejam tocados pelos direitos fundamentais e que permitam ao Estado o livre exercício do poder. Toda intervenção, por conseguinte, necessita da respectiva justificação constitucional. A falta de tal justificação acarreta a violação do direito fundamental e, por consequência, a inconstitucionalidade do ato interventivo.

Feitas essas considerações, é possível prosseguir na construção dogmática dos direitos fundamentais como direitos de resistência. A seguir, por conseguinte, será realizado o exame da dimensão tridimensional da liberdade, bem como do modelo complexo de liberdade, que é fundamental para a compreensão de quais liberdades estão em jogo tanto nos direitos fundamentais, como nas intervenções sofridas por ele, elemento fundamental para o desenvolvimento adequado do desenho dogmático do âmbito de proteção respectivo.

2.2. Teoria dos *status* jurídicos

Como se sabe, a construção do direito de resistência (*Abwehrrechte*) é normalmente associada com o conceito negativo de liberdade, visto como uma liberdade ínsita ao "estado de natureza", que se define negativamente pela ausência de coerção estatal,[478] o que é fonte, inclusive, para muitas críticas à sua adoção.

A visão reducionista do direito de resistência decorre da leitura descontextualizada da teoria dos *status* apresentada originalmente por Georg Jellinek, em 1892, no célebre *System der subjektiven öffentlichen Rechte*[479] (Sistema de direitos públicos subjetivos), predecessor do célebre *Allgemeine Staatslehre* (Teoria Geral do Estado), de 1900.[480]

O publicista alemão, voltando os olhos à sua realidade político-jurídica, produziu um retrato dogmático sobre a posição jurídica dos indivíduos frente ao Império Alemão, formado após a Unificação, em 1º de Janeiro de 1871. Assim, a teoria jellinekiana, como qualquer outra

---

[477] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 180.
[478] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 109.
[479] JELLINEK, George. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892.
[480] JELLINEK, George. **Teoria General del Estado** – Mexico : FCE, 2000.

análise histórica, como adverte Stolleis, precisa ser analisada a partir de seu contexto, que pressupõe a análise das relações de poder, das guerras e acordos de paz, das instituições e das pessoas existentes na época.[481]

Ao contrário do que acontecia no período do Absolutismo, o imperador (*Kaiser*) alemão funcionava como um "órgão" da pessoa jurídica "Estado". O monarca não governava diretamente, seu papel era de representação do Estado. Assim, o governo (executivo) era conduzido por uma espécie de primeiro-ministro, o "Chanceler" (*Kanzler*), de livre escolha e demissão do *Kaiser*. O governo, ainda, era formado por ministros de pastas específicas, responsáveis por seus atos, o que exonerava o monarca de responsabilidade política.

O parlamento (*Reichstag*) foi gradativamente adquirindo maior representatividade popular, levando em consideração que, na Confederação da Alemanha do Norte (1867) e no Império Alemão, o voto censitário dos estados confederados foi extinto, passando ao sufrágio universal masculino, embora os eleitores estivessem segmentados em três classes.

Foi a partir desta época que o parlamento adquiriu a iniciativa em matéria legislativa e o exercício de controle sobre os atos de governo e de estado, inclusive sobre o orçamento, impostos e despesas públicas. O parlamento passou a ser visto como o órgão representativo do povo, destinado à proteção dos direitos fundamentais.

A influência popular sobre o parlamento ainda era muito tímida, razão pela qual o poder judiciário ganhou especial relevo na contenção dos atos estatais frente aos indivíduos, fato bastante raro no contexto político europeu do período. Durante o período absolutista, os juízes, vistos como servidores públicos vinculados à vontade do monarca, passaram a se distanciar desta figura, concretizando os contornos da teoria da separação dos poderes.

Dentre as principais reivindicações para a formação de um "Estado de Direito" (*Rechtstaat*), realizadas a partir de 1800, estavam a independência pessoal dos juízes e material do judiciário.[482] Fundou-se uma monarquia constitucional com estruturas ainda rudimentares, muito embora não pudesse ser qualificada como uma democracia parlamentar, diante do papel central, mesmo que indireto, do *Kaiser*.

O estudo do direito, especialmente do direito público, não passou incólume às mudanças políticas da época. Aos poucos, as análises políticas e filosófico-naturalistas sobre o Estado deram lugar a análises técnico-jurídicas "ancorando-se na solidez da lei singela ou, no

---

[481] Para aprofundamento sobre a história do direito público alemão: STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: introdução a sua história do século XVI ao XXI** – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
[482] STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: introdução a sua história do século XVI ao XXI** – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, pp. 81 e 82.

plano filosófico, em um positivismo científico mais exigente, que considerava estar mais assegurada a essencialidade de um conceito quando este estivesse latente em algo material".[483]

Esse movimento, que ficou conhecido como "jurisprudência dos conceitos" (*Begriffsjurisprudenz*), teve por premissa a noção de que o direito decorre de fonte formal de imposição do homem sobre o homem, que não decorre de um direito natural ou de fontes metafísicas. As suas principais características são o formalismo, a coerência lógica das figuras dogmáticas, a busca do direito na lei escrita, a sistematização e a justificação da norma específica na norma geral, que deveriam ser canalizadas pelos juristas.[484]

Foi nessa ambiência que os juspublicistas alemães passaram a analisar o direito público através "do elemento puramente jurídico". O Estado passou a ser visto a partir de seu "esqueleto nu e sólido", ou seja, "o poder monopolizado pelo Estado, os órgãos estatais, as funções estatais, a proteção jurídica."[485]

Segundo Stolleis, a Constituição do Império não dava muita atenção aos direitos fundamentais, mas eles figuravam nas Constituições das unidades federadas (*Landesverfassungen*).

No plano teórico, contudo, diante da separação entre Estado e sociedade, a doutrina do direito público passou analisar a relação fenomênica entre Estado e indivíduo de modo a revelar a existência de um equivalente do "direito subjetivo" do direito privado, bastante difundido nesta época, nomeadamente pelos trabalhos realizados pelos pandectistas. Tratava-se do "direito público subjetivo", na prática semelhante a um direito fundamental, juridicamente exigível, desde que existisse base legal para tanto.[486]

Como se vê, a formação do pensamento jurídico de direito público do Estado Moderno, ao menos na Alemanha, é contemporânea a esses acontecimentos. O livro *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht* (Características básicas do Sistema alemão de direito do Estado), de Carl Friedrich von Gerber, lançado em 1865 (2ª edição de 1869 e 3ª edição de 1880), propôs uma nova sistematização do direito do Estado, derivada do poder estatal entendido como "poder de vontade"[487], em uma evidente tendência estatólatra. Pouco depois,

---

[483] STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: introdução a sua história do século XVI ao XXI** – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 93.
[484] *Cf.* STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte : Letramento, 2017, pp. 103-108. KELLY, J. M. **a short history of western legal theory**, Oxford : Clarendon Press, 1992, pp. 320-325.
[485] STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: introdução a sua história do século XVI ao XXI** – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, pp. 93 e 94.
[486] STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: introdução a sua história do século XVI ao XXI** – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, pp. 98.
[487] STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: introdução a sua história do século XVI ao XXI** – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 93.

Paul Laband desenvolveu o trabalho mais significativo da época, um monumento jurídico intitulado *Staatsrecht des Deutschen Reichs* (O Direito do Estado do Império Alemão), dividido em três volumes (volume I, de 1876; volume II, de 1878, volume III, tomo 1 de 1880 e tomo 2 de 1882). A partir do direito constitucional positivo do Império Alemão, Laband propôs a formação de conceitos e institutos jurídicos, bem como o preenchimento de lacunas através de raciocínios *a contrario sensu* e analogias, sempre visando soluções lógicas e despidas de contradições internas. Tal como Gerber, Laband partia da "unidade da vontade jurídica" do poder estatal. Construiu-se, a partir daí, uma produção doutrinária claramente organizada, cuja coerência era incontestável, estabelecendo-se no seio do Direito do Estado o chamado "método jurídico".[488]

A obra de Laband, nada obstante sua relevância metodológica e sistemática, caminhava no mesmo sentido da de Gerber, ao ser contrária aos direitos fundamentais e ao estabelecer o Estado como Senhor Soberano do povo.

A proposta de Jellinek no *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Sistema de direitos públicos subjetivos) – com evidente inspiração na doutrina de Rudolf von Jhering sobre o direito subjetivo – é uma resposta à visão central do Estado do pensamento Gerber-Laband e da restrição da figura dos direitos públicos subjetivos do indivíduo, buscando uma leitura juridicamente adequada sobre os deveres estatais do indivíduo, bem como de seus direitos.[489-490]

Jellinek defendeu que o Estado é formado pela união proposital de indivíduos, que formam uma outra pessoa, abstrata em relação aos seus membros, apta à formação de uma própria ordem jurídica.[491] O reconhecimento do Estado como uma pessoa (jurídica) – que até aquele momento era objeto de discussão na doutrina – acarretou uma grande mudança na relação entre indivíduo e Estado. Partindo da premissa de que todo direito está em uma relação de sujeitos de direito,[492] torna-se intuitivo que entre o Estado e o indivíduo desenvolve-se um plexo de relações jurídicas de permissão e sujeição.

Tendo o poder natureza jurídica pública, tanto as limitações diretamente impostas a ele, como as permissões aos indivíduos, devem possuir, também, o mesmo caráter jurídico.[493]

---

[488] STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: introdução a sua história do século XVI ao XXI** – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, pp. 94 e 95.
[489] JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892, p. 5.
[490] COSTA, Moacir Lobo da. **O direito público subjetivo e a doutrina de Duguit**, *in* Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, n.º *47*, 1952, disponível em http://bit.ly/3qJI6mj, acesso realizado em 21/02/2021.
[491] JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892, p. 31.
[492] JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892, p. 47.
[493] JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892, p. 55.

Combatendo a tese dos "direitos reflexos" (*Reflexrecht*)[494], Jellinek demonstra a existência de direitos públicos formais e subjetivos, cujas normas jurídicas têm por finalidade a proteção dos interesses individuais. Esses direitos subjetivos públicos dotam o indivíduo, e apenas ele, da pretensão de exigir o seu cumprimento, sendo que o Estado somente está autorizado a agir, desde que instado pelo interessado.[495] Assim, o indivíduo é visto na qualidade de titular do direito subjetivo público, enquanto o Estado é o seu destinatário.[496]

Defendeu-se, por conseguinte, que o Estado Moderno realiza o governo de pessoas livres. Com efeito, na medida em que o Estado reconhece a personalidade jurídica dos indivíduos, ele próprio é restringido. A limitação é dupla: o Estado traça uma linha de fronteira entre ele e a "personalidade" (esfera jurídica) do indivíduo, reconhecendo-o como pessoa livre do Estado (*Staatsfreie*), que se encontra, em princípio, afastada de seu domínio. Contudo, o Estado não promoveu a delimitação de seu domínio apenas de forma negativa. Determinando-se a agir positivamente no interesse do indivíduo, ele criou a capacidade jurídica para o indivíduo exercer pretensões (*Anspruch*) contra ele, visando à concessão de direitos de dar, fazer e prestar.[497]

O indivíduo passa a ser visto como membro pertencente do Estado, razão pela qual sua relação com o ente é qualificada em diversas direções. Segundo Jellinek, as pretensões decorrentes dessa condição são denominadas de direitos públicos subjetivos, ou seja, são pretensões baseadas diretamente em normas jurídicas. Analiticamente, as posições jurídicas que o indivíduo guarda em relação ao Estado (e vice-versa) podem ser buriladas a partir de seu *status*, ou seja, sua condição jurídica frente ao Estado.[498] Temos, por conseguinte, (*a*) o *status* passivo (ou *status subiectionis*), (*b*) o *status* negativo (ou *status libertatis*), (*c*) o *status* positivo (ou *status civitatis*) e (*d*) o *status* ativo.

De forma bastante resumida, apenas para fins de apresentação preliminar da classificação jellinekiana, pode-se dizer que o (*a*) *status* passivo corresponde à situação de sujeição do indivíduo frente ao Estado, na qual a sua autodeterminação e sua personalidade jurídica tendem a ser anuladas. Assim, toda personalidade jurídica e toda liberdade são relativas e limitadas. A dominação estatal, contudo, realiza-se de forma objetiva em vistas do interesse comum. No entanto, existem assuntos que tocam a esfera de liberdade do indivíduo, nos quais

---

[494] A tese do *Reflexrecht* defendia que as posições jurídicas dos indivíduos frente ao Estado eram decorrência reflexa da aplicação do direito objetivo, derivadas diretamente do interesse comum.
[495] JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892, p. 74.
[496] JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892, p. 75.
[497] JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892, p. 80.
[498] JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892, p. 81.

ele é o senhor absoluto e se nega o império estatal, nisso é que repousa a relação de (b) *status* negativo, em que os propósitos estritamente pessoais encontram no indivíduo sua plena satisfação. Toda atividade do Estado deve ser dirigida ao interesse dos governados. Assim, ao conceder ao indivíduo a capacidade jurídica para a utilização das instituições estatais e o poder para exigir prestações positivas do próprio Estado, reconhece-se o seu (*c*) *status* positivo. Por fim, a expressão dos atos e do poder do Estado é realizada por meio das ações individuais de pessoas investidas de poder e competência para tanto. Ao conceder ao indivíduo a capacidade de agir em nome do Estado, como verdadeiro presentante estatal, coloca-se-o em um estado de atividade intensificada, qualificada e ativa. É o (*d*) *status* ativo, em que a pessoa detém a capacidade de exercer os direitos políticos.[499]

Relacionar os direitos de resistência em sua leitura dogmática atual, nomeadamente a realizada por Poscher, como direitos de *status negativus*, como faz grande parte da doutrina,[500] é diminuir em demasia a função primordial que ele exerce na limitação do poder estatal e na concretização dos próprios direitos fundamentais.

O direito de resistência não se limita ao desenvolvimento teórico de apenas uma função aplicável a determinado tipo de direito fundamental, normalmente designado como direito de primeira dimensão. Em grande parte, o equívoco decorre de uma má intermediação entre os conceitos de liberdade na teoria política[501] e a correspondente formação da dogmática dos direitos fundamentais. Pelo contrário, o conceito amplia sua noção para abarcar todos os direitos fundamentais previstos na Constituição, ou seja, os direitos ativos de cidadania, os direitos sociais e os direitos coletivos.

Todos os direitos fundamentais, em última análise, visam à limitação do poder estatal. É nesse sentido que se afirma que os direitos fundamentais outorgam esfera de liberdade para o seu titular e, por via de consequência, acarretam a desistência pelo Estado de parcela de seu poder. Ao Estado é vedado o uso arbitrário, excessivo e injustificado de suas competências e

---

[499] JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892, pp. 81 e 82.

[500] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, pp. 193-201. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6.ed., Coimbra : Almedina, 2002, p. 407. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2004, pp. 2-4. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 29.ed., São Paulo : Malheiros Editores, pp. 576-578. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12. ed. – Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015, edição Kindle, pos. 4034-4082. MARINONI. Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil : teoria do processo civil, vol. 1** – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 79.

[501] A acepção de liberdade como ausência de interferência é a descrição apresentada por HOBBES, Thomas. **Leviatã**., parte II, capítulo XXI. No entanto, o tema é alvo de intensa disputa teórica, como se vê pela descrição apresentada em BERLIN, Isaiah. Liberty, Oxford : Oxford University Press, 2002, pp. 169-178.

funções legislativa, executiva e jurisdicional. Assim, o poder estatal deve respeito e submissão aos direitos fundamentais.[502]

2.3. Liberdade e Direito Fundamental

É necessário que uma teoria e dogmática dos direitos fundamentais como direitos de resistência dialogue com a teoria da liberdade, para explicar como ela se relaciona com as demais formas de liberdade, para além da liberdade negativa (em sua perspectiva clássica).

Com base nessas respostas, deve-se estabelecer o arsenal dogmático dos direitos fundamentais, diante da grande variedade de liberdades protegidas. Além disso, o direito de resistência deve ser capaz de responder aos problemas de conflitos jurídicos multipolares, em especial ao efeito horizontal indireto dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), a partir da noção de reflexividade dos direitos fundamentais, visando à solução jurídica de tais disputas.

A recepção inadequada da teoria dos *status* jurídicos de Jellinek limitou sobremaneira a função de resistência do direito fundamental e como a relação entre direito fundamental e teoria da liberdade deve ser encarada para proporcionar a proteção contra os abusos do Poder Estatal.

2.3.1. Estrutura tridimensional da liberdade

Muito já se produziu em termos de teoria da liberdade e, não sem razão, a disputa filosófica a respeito desse predicado continua em aberto. Há inúmeros assuntos que podem ser debatidos a respeito, contudo, para a finalidade do presente trabalho, ater-se-á à dimensão estrutural da liberdade, com vistas a demonstrar que se trata de um fenômeno complexo, tecido conjuntamente, em níveis intercambiantes.

Quando se quer qualificar alguém como livre, descreve-se, normalmente, o titular da liberdade e o objeto da própria liberdade. É assim, via de regra, que se expressam as liberdades em geral: Eu (titular) sou livre para expressar a minha opinião (objeto). No entanto, tal afirmação encontra-se incompleta se não for adicionado um terceiro elemento, qual seja, de qual obstáculo ele está livre. Assim, para cada liberdade, três informações devem ser fornecidas: (*a*) uma sobre o titular da liberdade; (*b*) sobre o objeto da liberdade e; (*c*) a indicação

[502] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 1485. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 65.

do obstáculo, limite ou restrição de que o titular da liberdade está isento em relação ao objeto da liberdade.[503] Essa é a estrutura tridimensional da liberdade.

Muitas vezes, os três elementos estruturais não estão manifestados expressamente, mas decorrem do contexto. Por conseguinte, a afirmação "Eu sou livre para expressar a minha opinião", deixa clara a designação do titular da liberdade ("Eu") e do objeto da liberdade ("expressão da opinião"), como também que o obstáculo da liberdade seria a censura prévia da opinião expressada.

Ralf Poscher ensina que a análise estrutural da liberdade a partir de sua acepção tridimensional permite a compreensão dos diferentes conceitos de liberdade de modo mais apropriado, seja no estabelecimento das diferenças entre eles, seja para a definição das relações existentes entre si. Assim, o exame tridimensional promove mais clareza na análise dos diferentes conceitos de liberdade relacionados aos direitos fundamentais.[504] É importante compreender que não existe apenas um conceito único e exclusivo de liberdade na ordem jurídica, tampouco no painel de direitos fundamentais, mas um sistema normativo complexo no qual distintos tipos de liberdade estão interligados.[505]

2.3.2. Modelo complexo de liberdade

Em razão dessa complexidade, a utilização individual dos conceitos de liberdade causa grande confusão na compreensão normativa dos direitos fundamentais. Entendê-los de modo isolado é o primeiro passo para a incompreensão da sua funcionalidade. Isso se deve pelo simples fato de que o mesmo direito fundamental pode possuir – o que é muito comum, diga-se – mais de um conceito de liberdade diretamente atrelado ao seu âmbito de proteção.

Com efeito, é muito importante compreender, analiticamente, os conceitos de liberdade de forma isolada, para possibilitar a operação complexa e coordenada de suas vinculações ao direito fundamental.[506]

---

[503] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 110.
[504] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 111.
[505] DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **#46 – Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa**. *in* Revista Empório do Direito, coluna Garantismo Processual, disponível em <bit.ly/3bHxMF2>, acesso realizado em 14/03/2021.
[506] Como já salientado alhures, embora o tema seja próprio da teoria política, a abordagem ora realizada visa entender como estes conceitos devem ser relacionados na dogmática do direito de resistência, afastando-se simplificações e incompreensões de outras teorias dos direitos fundamentais.

Examinam-se os 5 (cinco) conceitos mais difundidos de liberdade, a partir da matriz tridimensional, quais sejam: (*a*) liberdade negativa; (*b*) liberdade positiva; (*c*) liberdade real; (*d*) liberdade normativa e liberdade natural; (*e*) liberdade política.

2.3.3. Liberdade negativa

Nada obstante o intenso debate acerca da liberdade negativa no desenvolvimento da filosofia da moral, há ali um lugar comum: a liberdade e o seu reconhecimento, nomeadamente pelos Estados Modernos, decorrem da conquista política de inúmeros movimentos sociais.[507]

Pelo menos no mundo ocidental, depois da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), de 1789, e do *Bill of Rights*, de 1791 da Constituição Americana, praticamente todas as Constituições do mundo ocidental enumeram um catálogo de direitos fundamentais. A partir desses marcantes eventos históricos, estabeleceu-se uma linha divisória clara entre a esfera de liberdade dos indivíduos e do Poder Estatal. Decorre daí o fenômeno peculiar de que a maioria das cartas constitucionais a partir de então estabeleça os direitos fundamentais antes das disposições de organização do Estado.[508]

O propósito para a salvaguarda das liberdades individuais negativas no catálogo de direitos fundamentais era a imposição de limites claros contra o Estado. Em outras palavras, essa categoria de direitos fundamentais visa à restrição do poder estatal, vinculando todas as funções dele decorrentes.[509]

No entanto, a vida em sociedade impôs ao Estado Moderno a imprescindibilidade de harmonizar altos valores e outros objetivos em conjunto com a liberdade individual. Valores como justiça, felicidade, cultura, segurança, níveis variados de igualdade etc., impuseram a necessidade da limitação da liberdade natural do indivíduo frente ao Estado, pois o direito deve impor limites às alternativas de ações das pessoas.

---

[507] Não é o objeto do presente trabalho se ocupar dos eventos históricos que contribuíram para tanto, contudo, não é demais lembrar os enormes contributos decorrentes da Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de Junho de 1776, pouco antes da Declaração de Independência dos Estados Unidos (disponível em https://bit.ly/3ulfNNl), do *Bill of Rights* de 1791, que incorporou as 10 (dez) primeiras emendas da Constituição Americana e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em decorrência da Revolução Francesa, de 1789.

[508] JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892, p. 90.

[509] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 151. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6. ed. – Coimbra : Almedina, 2002, p. 407.

Contudo, há uma zona intocável de liberdades pessoais, que não pode ser violada.[510] Trata-se de um conceito de matriz estritamente liberal, que dota essa liberdade de ausência de coerção externa,[511] liberdade como não-interferência.

Essa área corresponde ao domínio da vida privada, que deve ser alheia aos domínios das autoridades públicas. Em outras palavras, a liberdade negativa é uma liberdade "de" (*liberty "from"*)[512] algo ou alguma coisa, ou seja, uma liberdade decorrente de possibilidades.

A função do direito era de garantir ao indivíduo o gozo dessa esfera de liberdade, visto que a "justiça" exigia que todos os indivíduos tivessem o direito a este espaço mínimo de liberdade. Trata-se da liberdade de escolha sem impedimento externo. Com efeito, todos os indivíduos deveriam ser impedidos, se necessário pela força, de privar alguém dela. O Estado seria reduzido à minarquia descrita por Lassalle com a função de "guarda noturno" (*Nachtwächterstaat*).[513]

A apresentação da liberdade negativa acima está diretamente relacionada com o conceito clássico do direito de resistência (*Abwehrrechte*) como sinônimo de *status negativus*. Não é demais lembrar que esse pensamento está associado ao desenho teórico-político do Estado liberal, em especial àquele decorrente das declarações de direito que se seguiram à Revolução Americana e à Revolução Francesa.

Isso teve grande impacto na teoria dos direitos fundamentais, como era de se esperar.

Robert Alexy propõe seu conceito de liberdade negativa como espécie de liberdade jurídica, sendo esta última a decorrente da "permissão jurídica". Afirma que a liberdade negativa é caracterizada pela alternativa que se dá a uma pessoa, pela inexistência de vedação de alternativas de condutas.[514] Assim, liberdade negativa seria as permissões acerca das possibilidades de fazer algo.[515] Adota-se o conceito de liberdade negativa como liberdade "de"

---

[510] BERLIN, Isaiah. Liberty, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 171.
[511] NEUMANN, Franz. **A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa**, *in* Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 9, jul./dez. 2014, Belo Horizonte : Editora Fórum, p. 27-28.
[512] BERLIN, Isaiah. Liberty, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 174.
[513] BERLIN, Isaiah. Liberty, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 174.
[514] Proposição muito próxima da metáfora das "portas abertas" de Isaiah Berlin: "*The extent of a man's negative freedom is, as it were, a function of what doors, and how many, are open to him; upon what prospects they open; and how open they are.*" Em tradução livre: "A extensão da liberdade negativa de um homem é, por assim dizer, uma função de quais e quantas portas estão abertas para ele; sobre quais perspectivas elas abrem; e como elas são abertas." BERLIN, Isaiah. Liberty, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 41.
[515] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 218-222.

algo,[516] a partir de uma perspectiva de escolha de comportamento comissivo ou omissivo do próprio indivíduo.

Contudo, tal definição compreende a liberdade negativa apenas em uma perspectiva, com o foco no objeto da liberdade e, por consequência, cria um problema em termos de teoria da norma para a definição dos direitos fundamentais, o que torna o seu aproveitamento dogmático questionável.

Obviamente, os sentidos e os caráteres jurídicos dos direitos fundamentais no contexto atual não são iguais àqueles experimentados no século XIX ou mesmo quando do surgimento das primeiras declarações de direitos de liberdade do século XVIII.

Grande parte da doutrina qualifica os direitos de resistência, mais precisamente os direitos de liberdade, como "direitos de primeira geração",[517] que, com o desenvolvimento político e jurídico, foram cedendo espaço para os direitos das novas gerações, chegando-se a se falar, inclusive, em 5ª geração de direitos fundamentais.[518-519] A exposição ora realizada, contudo, afasta-se de tal paradigma.

Atualmente, a liberdade negativa não se define pela impossibilidade de imposição de obstáculos ou restrições ao objeto da liberdade. Na verdade, todas as liberdades têm esse objetivo,[520] em maior ou menor medida.

Dogmaticamente, a qualificação da liberdade como negativa não está associada à impossibilidade de limitação do objeto de liberdade, mas ao fato de que a remoção do obstáculo

---

[516] Vê-se essa construção também em BOROWSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales**, *in* Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, n.º 59, mayo-agosto 2000, pp. 33 e 34. Embora não comunguem com as premissas alexyanas, utilizam também a fórmula de liberdade "de" algo: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 151.

[517] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 23. ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2014, pp. 576 a 578.

[518] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 23. ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2014, pp. 594 e ss.

[519] Não é o objetivo deste trabalho analisar com tal detalhamento as teorias sobre os direitos fundamentais e tampouco o acerto dogmático da classificação dos direitos fundamentais em gerações. No entanto, entende-se que tal classificação tem a finalidade exclusivamente didática de informar sobre a conquista política de direitos fundamentais cronologicamente em determinada sociedade, ou em determinado contexto histórico de um Estado. A classificação não pode ser tomada como se houvesse uma sucessão de gerações ou de sobreposição de uma em relação à outra. É inadmissível qualquer defesa dogmática a respeito da prevalência de um direito fundamental sobre o outro, por pertencer a uma geração específica. Os direitos classificados como de "segunda geração" não são superiores aos de "primeira geração" e assim sucessivamente. Como estabelecido acima, os direitos fundamentais somente são qualificados de tal forma a partir de sua positivação em determinado tempo (momento histórico) e espaço (ordenamento jurídico). Antes disso, são reivindicações políticas, que no âmbito dos domínios da política, da moral ou da ética podem ser "bons" ou "desejáveis". Uma vez incorporados em determinado sistema jurídico (domínio do direito), eles passam a desenvolver um papel próprio, dotando o seu titular de poder em relação ao destinatário.

[520] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 111. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, 219.

da liberdade é realizada com o comportamento negativo do Estado, isto é, com uma abstenção (*Unterlassungsgebot*).[521-522]

A principal objeção da definição alexyana, vista acima, foi pressupor que toda liberdade negativa é uma liberdade jurídica. Compreendida a liberdade negativa como abstenção sobre o obstáculo da liberdade, é possível verificar que não só as proibições são capazes de impor restrições à realização da liberdade. O estabelecimento de tributos e diversas limitações de fato praticadas pelo executivo ou pelo judiciário, por exemplo, podem restringir o objeto da liberdade negativa.

Com efeito, a liberdade negativa não pode ser definida pela negação de uma proibição legal, que encerre uma norma de permissão. Outros obstáculos podem surgir ao objeto da liberdade, seja normativamente, seja faticamente.

A liberdade negativa vista a partir do direito de resistência não é um impedimento ao Estado para a imposição de obstáculos a ela. A simples existência de reserva legal demonstra que tal modelo não seria capaz de responder às questões dogmáticas de qualquer ordenamento jurídico ocidental. A admissão do conceito de liberdade negativa vem conjugada com a possibilidade de restrições impostas pelo Estado desde que haja a respectiva justificação constitucional.

Dito de outro modo, não existe uma garantia naturalística a uma situação utópica e permanente de liberação do Estado. O conceito não corresponde a uma noção de liberdade empírica, portanto.

A liberdade negativa deve ser compreendida dogmaticamente a partir das proposições dogmáticas de âmbito de proteção e intervenção, passando a ser um conceito técnico-jurídico. A função da liberdade negativa, por conseguinte, é sensibilizar o direito de resistência a todas as medidas estatais que afetem o respectivo objeto de liberdade. Ela é, portanto, o corolário do dever de abstenção (*Unterlassungspflicht*) do Estado,[523] ao colocar todas as suas ações e medidas interventivas sob suspeita, as quais podem ser refutadas e afastadas pela respectiva justificação constitucional. É essa a conquista dogmática que demarca a liberdade negativa.[524]

---

[521] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 111. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 67.

[522] Por esta razão, que o direito fundamental visto a partir da perspectiva objetiva acarreta a atribuição de uma competência negativa ao Estado. Ver DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 152.

[523] Neste sentido POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 112-113.

[524] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 122-123.

Com efeito, o direito de resistência não garante a liberdade negativa classicamente descrita na teoria política, compreendida como não-interferência do Estado. Ele garante, contudo, uma liberdade de interferência injustificada do Estado, que surge em um sistema jurídico estatal atento aos requisitos de legitimação dogmática de intervenção estatal.[525] Assim, a liberdade a partir do direito de resistência sempre significa liberdade em um ordenamento jurídico.[526]

2.3.4. Liberdade positiva

O desenvolvimento do conceito de liberdade positiva deriva do desejo do indivíduo de ser o senhor de si (*own master*). Ela decorre da aspiração de que a vida e as decisões dependam do próprio indivíduo, não de forças externas de qualquer modo. Ela é contemporânea à tomada de consciência do sujeito, que se afasta da noção de objeto. O indivíduo quer ser um "alguém", ao invés de um "ninguém". Com isso, o indivíduo anseia ser guiado por suas razões e propósitos conscientes e não por causas e finalidades externas a ele. Autodireção e autogoverno são palavras-chaves para esta concepção. Acima de tudo, o indivíduo da liberdade positiva é obstinado a ser consciente sobre si mesmo como um ser pensante, disposto, ativo, responsável por suas escolhas e capaz de explicá-las com base em suas ideias e propósitos. Com efeito, o indivíduo é livre na medida em que acredita que isso seja verdade e escravizado na medida em que é levado a perceber que não é.[527]

À primeira vista, a noção da liberdade positiva para ser bastante próxima da construção da liberdade negativa. Afinal, liberdade como senhor de si (positiva) e liberdade como não-intervenção (negativa) parecem figuras de proximidade lógica, utilizadas para falar a mesma coisa, de modo diferente. No entanto, o desenvolvimento histórico dos conceitos deu-se em direções divergentes, até entrarem diretamente em choque.[528]

A construção da liberdade positiva parte da disputa entre duas entidades que habitam o indivíduo, chamadas de "dois eus" (*two selves*): um "eu" dominante, identificado de várias maneiras com o racional, decorrente de uma "natureza superior", que calcula as suas

---

[525] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 124.
[526] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 125.
[527] BERLIN, Isaiah. Liberty, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 178.
[528] BERLIN, Isaiah. Liberty, Oxford : Oxford University Press, 2002, pp. 178-179.

necessidades e desejos a longo prazo. Um "eu" real, racional e autônomo. Seria o "eu" na sua melhor forma.

Essa figura é contrastada pelo "eu" que habita os impulsos irracionais e animalescos, de desejos descontrolados decorrentes de uma "natureza inferior". Busca prazeres imediatos e efêmeros, soterrado por seus desejos e paixões. Essa é a forma do "eu" empírico, fático, irracional, heterônomo. Esse último, o "eu" selvagem, individualista e egoísta, precisa ser rigidamente disciplinado para se elevar ao máximo ao encontro do "eu" dominante e verdadeiro.[529]

O "eu" dominante da liberdade positiva transcende a figura do indivíduo da liberdade negativa. Ele é conformado pela sociedade como um todo, que o caracteriza e rege. Essa entidade, integrada pela "vontade coletiva", deve ser identificada como o "verdadeiro eu", que deve submeter o "eu animalesco", selvagem e recalcitrante, na busca de uma liberdade "superior". Trata-se da iluminação do ser, na busca da melhor liberdade.[530]

A liberdade positiva encontra a compreensão moral ou ética da liberdade como uma qualificação do objeto da liberdade com conteúdo mais "digno" e "elevado" do que o "egoísmo" individualista. Ao contrário do que se passa com o conceito tradicional de liberdade negativa, o objeto da liberdade positiva já não abrange todo o comportamento de uma pessoa livre, mas apenas as condutas que atendam a certos conteúdos éticos e morais (justiça, saúde, segurança, paz social etc).

A liberdade positiva não visa uma ação alternativa do sujeito, mas apenas a uma ação esperada e determinada para o próprio bem do indivíduo. Os obstáculos à liberdade positiva são, portanto, as restrições à compreensão dessas necessidades éticas e morais.[531]

Está diretamente associada a uma perspectiva objetiva, que trata o objeto da liberdade com limitações específicas. Fala-se em uma liberdade "para" (*liberty "to"*) algo,[532] ou seja, uma liberdade com uma finalidade específica, de conteúdo bastante mais restrito que a liberdade negativa.

---

[529] BERLIN, Isaiah. Liberty, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 179.
[530] BERLIN, Isaiah. Liberty, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 179.
[531] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 114.
[532] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 151. BÖKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte**, Frankfurt : Suhrkamp, 2006, pp. 45-46.

O conteúdo do objeto de liberdade busca a determinação do indivíduo, em contraste com a sua "arbitrariedade subjetiva". Assim, a liberdade do sujeito é voltada para o condicionamento da sua autodeterminação "real", mas não contra ela.[533]

Levado ao extremo, o discurso da liberdade positiva é voltado à dominação em massa, em decorrência de sua estrutura totalitária, nas palavras de Bökenförde.[534] Isaiah Berlin descreveu com bastante precisão os perigos da sobreposição da liberdade objetiva (positiva) sobre a subjetiva (negativa), como instrumento para a coerção e a dominação social.[535]

Vista sob o ângulo estritamente estatal e de forma isolada, a liberdade positiva pode ser instrumentalizada pela tirania estatal, para a manipulação dos comportamentos individuais para determinados fins, utilizando a lei, a força, ou a "justiça" neste sentido de "iluminação".

Por outro lado, a liberdade positiva aproxima-se da realização de diversos valores que o Estado deve atingir, possibilitando a vida social, o progresso e a felicidade. Assim, as liberdades positiva e negativa devem ser mediadas entre si, na conformação do objeto de liberdade que permita espaços de individualidade, mas que não agridam sobremaneira a convivência social. Em contraparte, a necessidade da convivência social não pode impor de forma arbitrária, por motivos ético-morais objetivantes, a anulação do próprio indivíduo.[536]

A releitura da liberdade positiva em um Estado Democrático de Direito está colocada no modo como o debate moral influencia diretamente o processo político-constitucional e legislativo. O uso moral da liberdade, próprio das mudanças sociais e do processo político, é incorporado pelo constituinte no *design* dos direitos fundamentais, especialmente na restrição do objeto da liberdade para comportamentos moralmente aceitáveis.

Aqui já se verifica como o conceito de liberdade ganha complexidade naquilo que interessa à dogmática dos direitos fundamentais. Para um sistema de direito de resistência, a questão atinente à qual moralidade deve ser constitucionalmente autorizada deve ser respondida politicamente no domínio do processo político, não cabendo à interpretação constitucional, própria dos domínios do direito, a glosa destas decisões.[537]

As escolhas morais, constitutivas da liberdade positiva de determinado direito fundamental, estão relacionadas à extensão do âmbito de proteção do respectivo direito

---

[533] BÖKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte**, Frankfurt : Suhrkamp, 2006, p. 45.
[534] BÖKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschicht**e, Frankfurt : Suhrkamp, 2006, pp. 46-47.
[535] BERLIN, Isaiah. Liberty, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 180-200.
[536] BÖKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte**, Frankfurt : Suhrkamp, 2006, p. 47.
[537] Neste sentido POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 126.

fundamental. A decisão sobre a exclusão de proteção de certos comportamentos de determinado direito fundamental é, claramente, uma escolha política de atribuição moral, que, pelo processo democrático de produção constitucional, converte-se em direito.

Um exemplo deixará o ponto um pouco mais claro: O art. 5º, XVI, da CF, considera como direito fundamental a liberdade de reunião pacífica e sem armas em locais abertos ao público. Como bem pontuou Poscher, a proteção deste direito fundamental leva em consideração uma percepção discursiva da liberdade de reunião em sentido amplo. São constitucionalmente protegidas as reuniões e assembleias com o objeto de expressão de opinião, que não dependam do uso da violência. Por outro lado, as reuniões para fins de linchamento, extermínio (*pogroms*) e agressões não são reuniões protegidas como direito fundamental.[538] A relação da liberdade positiva com o direito de resistência ocorre, primeiramente, no nível de conformação política do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Isto se nota também nas reservas de lei e de reservas qualificadas previstas em diversos direitos fundamentais, que relacionam a liberdade positiva com a intervenção estatal no âmbito de proteção. A lei, no caso, tem a função de mediação entre a liberdade positiva e negativa.[539] É, portanto, o método de coerção estatal que visa o equilíbrio entre as escolhas individuais e a convivência em sociedade.

Assim, para a dogmática dos direitos fundamentais, interessa a construção de uma noção complexa de liberdade negativo-positiva[540]. A combinatória se justifica pelo fato de se referirem a elementos distintos do conceito de liberdade. Por exemplo, a previsão constitucional de atendimento da função social pela propriedade (art. 5º, XXIII, da CF) corresponde a uma reserva legal no âmbito de proteção do direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, d CF), tendente a mediar a relação entre o uso e gozo da propriedade (perspectiva da liberdade negativa) e seu uso e gozo socialmente esperado (perspectiva da liberdade positiva), pela decisão da autoridade legitimamente eleita pelo sufrágio universal para a criação da lei.[541]

Diante de tantas influências, a dogmática dos direitos fundamentais a partir do direito de resistência deve levar em consideração o conceito e a aplicação normativa da liberdade

---

[538] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 128.
[539] BÖKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte**, Frankfurt : Suhrkamp, 2006, pp. 47-48.
[540] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 114.
[541] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 128.

positiva no texto constitucional. Por si, ela não substitui a liberdade negativa, todavia, elas passam a ser integradas, pela operação constituinte/legislativa.

Restou claro que o desenvolvimento do direito de resistência não está relacionado à impregnação holística da moral pelo conceito teórico de liberdade positiva. Não é possível verificar nos direitos fundamentais a existência de uma ordem concreta de valores hierarquizados, que vincula normativamente o Poder Judiciário para a solução dos conflitos em geral. Os valores carregados pelos direitos fundamentais são quase o oposto disso, pois se caracterizam pela seletividade política, não sistematicidade, inexistência de hierarquia e inaplicabilidade direta ao conflito, tendo em vista a necessidade de mediação política. O jurista permanece limitado pelo direito. Assim, a dogmática dos direitos fundamentais deve perceber que a comunicação entre os subsistemas da moral e do direito é realizada pelo Poder Legislativo, sendo que o desenvolvimento da liberdade positiva em uma sociedade deve estar ao encargo do processo político.[542]

Isso não significa, contudo, que o legislador, responsável pela produção da lei, possa impor as proibições ou as limitações que bem entenda em concretização da liberdade positiva. A simples vinculação dele aos direitos fundamentais acarreta, por força da aquisição dogmática da liberdade negativa acima referida, a necessidade de justificação constitucional da intervenção realizada no âmbito de proteção do respectivo direito fundamental.[543]

2.3.5. Liberdade real

Uma das grandes críticas sofridas pela dogmática do direito de resistência é a inexistência de condições para responder às necessidades decorrentes do conceito de liberdade real.

A diferença da liberdade real para a liberdade negativa não está em alguma peculiaridade do objeto de liberdade, mas sobre os diferentes comportamentos que podem criar obstáculos à liberdade. Não apenas as ações do Estado são vistas como obstáculos à liberdade. Para a liberdade real, o obstáculo deve ser alargado para incluir o comportamento de qualquer pessoa ou mesmo da condição real do titular da liberdade. Incluem-se aqui não somente as inferências praticadas por particulares, mas também os obstáculos econômicos e sociais. Com

---

[542] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 130.
[543] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 125.

efeito, como na liberdade positiva, a superação do obstáculo normalmente exige a tomada de uma ação positiva, como é o caso das prestações materiais.[544]

Para o alcance dessa liberdade real, o Estado deve promover a proteção do indivíduo na superação desses obstáculos, daí decorre a construção teórica do dever de tutela (*Schutzpflicht*), também chamado na doutrina de dever de proteção.

As prestações materiais pelo Estado trazem a questão da distribuição de recursos limitados, própria dos direitos sociais e coletivos. A dogmática do direito de resistência ou qualquer outra teoria ou dogmática dos direitos fundamentais não é capaz de resolver, por si, a complexidade ínsita à difícil tarefa estatal da distribuição de escassos recursos sociais, sem exceder os limites constitucionais. Como diz Poscher, "a constituição é muito inflexível para definir, diretamente, a riqueza ou a pobreza de uma sociedade"[545] (tradução livre). Embora o direito de resistência não defina a distribuição, tanto por tanto, ele oferece um arsenal dogmático amplo para controlar os atos omissivos e comissivos da distribuição pelo próprio Estado, vinculando tanto para o Poder Legislativo, como o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Especificamente, para o Judiciário, que julga as pretensões que visam ao cumprimento de prestações materiais, o direito de resistência tem a função atrativa e, portanto, limitadora, para colocá-lo em seu *locus* de competência estatal. Levando em consideração que toda decisão de distribuição pressupõe uma decisão – muitas vezes implícita – de restrição – que intervém diretamente no âmbito de proteção do direito fundamental de terceiros, impondo obstáculos ao objeto de liberdade negativa deles –, o direito de resistência vincula o Judiciário ao respeito às decisões (ou a ausência dela) do processo político.

Antes de prosseguir, impõe-se um pequeno aprofundamento no ponto. Várias vozes se levantaram contra essa construção, afirmando que ela acarreta a caracterização fática de direitos fundamentais como normas programáticas, o que é absolutamente contrário à disposição do art. 5º, § 1º, que prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

O imperativo constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais tem o objetivo de vinculação direta aos destinatários dessas normas. Essa circunstância, contudo, não altera o problema das condições para o exercício de determinado direito. Como sustentam Dimoulis e Martins "[e]nquanto o destinatário passivo de *imediatamente* se conformar com os

---

[544] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 115.
[545] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 131.

mandamentos constitucionais implementando o direito 'diretamente aplicável', o titular do direito, muitas vezes, não pode como aludido exercer esse direito de imediato."[546]

Em vários direitos fundamentais, o constituinte estabeleceu condições para os respectivos exercícios, prevendo, no próprio texto constitucional, a necessidade da "interposição" do legislador. Isso não é exclusividade dos chamados direitos sociais (art. 6º, da CF), como se pode ver nas hipóteses do art. 5º, incisos XXIX, XXXII, XLVI; art. 7º, incisos IV, X, XII, dentre outros, da CF.

No caso, o espaço de exame do Poder Judiciário fica subordinado à inconstitucionalidade por eventual omissão legislativa na regulamentação do direito fundamental respectivo e/ou no exame da implementação administrativa pelo executivo. Novamente com Dimoulis e Martins: "Não há possibilidade de mitigar os efeitos da norma definidora do direito fundamental social como sugere a não fundamentada – e da discussão alemã mal importada – figura da 'reserva do possível'. Trata-se, ao contrário, de um 'tudo' (o legislador regulamenta o direito fundamental social, criando as condições orçamentárias, organizacionais e procedimentais necessárias para o exercício) ou 'nada' (omissão inconstitucional das funções estatais competentes)."[547]

Com relação ao Legislativo e ao Executivo, em termos substanciais, o direito de resistência não exige uma decisão em determinado sentido, por outro lado estabelece especificações que constituem um "quadro" de opções possíveis. A alocação de recursos materiais deve respeitar a proporcionalidade.[548]

Não há dúvida de que esta atividade é extremamente complexa e esbarra em algumas limitações de controle pelo Poder Judiciário, tais como a margem de flexibilidade (*Verteilung von Handlungsspielräumen*) discricionária do legislador – própria das noções de conveniência e oportunidade[549] – ausência, em regra, de critérios constitucionais de grandeza comparativa entre direitos fundamentais no texto constitucional e os próprios limites de competência

[546] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 127.
[547] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 127.
[548] Proporcionalidade no sentido de limite dos limites, conforme defendida pela dogmática liberal dos direitos fundamentais. *Cf*. POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 131.
[549] SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II – Grundrechte**, 3. Auflage, Berlin : Springer-Verlag, 2017, pp. 193-194.

constitucional, já referidos acima, para a decisão da intensidade do investimento estatal (determinação do "como") para a concretização de um direito social.[550]

A regulação da dogmática do direito de resistência sobre a liberdade real revela com bastante intensidade o seu caráter reflexivo e o problema da irradiação dos direitos fundamentais, ou seja, do efeito horizontal (indireto).[551]

De qualquer modo, o enfoque dogmático proposto revela-se como um repelente para decisões judiciais ativistas, contribuindo sobremaneira na elaboração das teses de autocontenção do poder jurisdicional.

2.3.6. Liberdade normativa e liberdade natural

Todos os direitos fundamentais, inclusive para que sejam considerados como tais, devem ser veiculados por normas.

A liberdade natural, no sentido ora examinado, não se refere às liberdades pertencentes ao caráter imanente da pessoa, ou de qualquer ligação íntima com o direito "natural". As liberdades garantidas por um direito fundamental cujo conteúdo normativo se limite à indicação do objeto da liberdade, sem a necessidade de uma definição normativa deste objeto, são as referidas como integrantes do grupo de liberdade "natural" (*"natürliche" Freiheit*).[552] São os casos, por exemplo, do direito à vida, à integridade física, liberdade de expressão etc. O objeto de liberdade não precisa de definição normativa, pois existem pela condição individual do seu titular.

Outras liberdades, ao contrário, somente podem ser pensadas em termos de sociabilidade, pois dependem de contextos sociais sem os quais não podem existir. A complexidade da interação social pressupõe a regulação dessas liberdades por normas, que definem, concretamente, o objeto da liberdade. Essa é a chamada liberdade normativa (*Normprägung Freiheit*).[553] São exemplos de liberdade normativa os direitos fundamentais de

---

[550] Para um aprofundamento do ponto, inclusive com o exame crítico da tese da "reserva do possível" e sua incompatibilidade com a CF: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 128-132.

[551] *Cf.* POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 229-379. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp.125-147. PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2294-2408.

[552] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 116-117.

[553] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 117.

propriedade (art. 5º, XXII, da CF), direito de voto (art. 14 da CF) e o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), dentre outros.

Os direitos decorrentes da liberdade normativa pressupõem outras normas constitutivas de seu conteúdo normativo.[554] Eles próprios, mesmo depois de previstos como direitos fundamentais, não contêm a descrição completa dessas normas.[555] Para esclarecer, o direito de resistência fundamental de propriedade do art. 5º, XXII, da CF, não contém a definição do que seja propriedade e tampouco as formas de sua aquisição e perda ou mesmo os meios de sua proteção, ou seja, não contém os elementos jurídicos de sua regulação. Por conseguinte, ela exige o Código Civil, ou uma legislação comparável.

Um ponto interessante sobre a liberdade normativa é o exame dos seus obstáculos. Normalmente, um obstáculo de liberdade decorre de um ato físico, uma ação material, um impedimento concreto do próprio objeto de liberdade. Com a liberdade normativa, contudo, o obstáculo ocorre de modo diverso, isto é, estaremos diante de um verdadeiro obstáculo quando a consequência jurídica que o objeto de liberdade pressupuser não ocorrer. Isso pode se dar de duas maneiras perceptíveis: (*i*) ou porque as normas constitutivas da liberdade negativa sequer foram criadas; (*ii*) ou pela revogação das normas já criadas, impedindo o exercício da liberdade.[556]

No direito brasileiro, a ausência de norma regulamentadora de direito fundamental de liberdade normativa desafia, em tese, ação direta de inconstitucionalidade por omissão[557] (art. 103, § 2º, da CF e Lei nº 9.868/99), em controle concentrado de constitucionalidade, ou o mandado de injunção individual ou coletivo[558] (art. 5º, LXXI, da CF e Lei nº 13.300/2016).

Embora seja possível dizer que a legalidade constitucional brasileira garante uma pretensão à regulamentação normativa em sentido estrito – decorrente da obrigação do legislador por determinação constitucional – é indispensável notar que ela impõe quem

---

554 MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, 3.ed., 2007, p. 13.

555 POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 133.

556 POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 118.

557 Para aprofundamento: ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 528-538. DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional : controle de constitucionalidade e remédios constitucionais** – 7.ed. – São Paulo : Thoson Reuters Brasil, 2020, pp. 148-168.

558 Para aprofundamento: ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 738-742. DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional : controle de constitucionalidade e remédios constitucionais** – 7.ed. – São Paulo : Thoson Reuters Brasil, 2020, pp. 431-437.

(legitimado), como (forma de exercício da pretensão) e onde (órgão competente) tal pretensão deve ser exercida.

É vedado ao Poder Judiciário, salvo no conhecimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou no mandado de injunção, conhecer de qualquer alegação sobre omissão legislativa na conformação de liberdade normativa. Tal conhecimento indiscriminado acarretaria o poder de correção do direito posto pelo juiz, o que, como se sabe, lhe é defeso. Essa constatação choca-se com as teorias que defendem um dever de proteção do Estado, pela prestação normativa, que deve ser objeto de controle geral por parte do Poder Judiciário. Trata-se, com o devido respeito, de uma opção política do doutrinador, tomada como se fosse direito posto.

De forma mais analítica, pode-se dizer que a liberdade normativa ou o direito fundamental que a veicula, não consubstancia, em si, a pretensão ao exercício imediato do direito fundamental. Repetem-se, no ponto, as considerações sobre a liberdade real e a diferença entre aplicabilidade imediata e o exercício do direito. Não decorre diretamente do direito fundamental a pretensão para a produção da lei que substancializa o objeto de liberdade respectivo e o conforma plenamente.[559] Pelo menos no Brasil, cujo ordenamento jurídico é o parâmetro normativo deste trabalho, a pretensão para exigir do legislador o cumprimento da "obrigação de legislar" decorre diretamente do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

É importante notar que, no âmbito dos Estados Modernos, nenhuma sociedade está estabelecida em um espaço vazio de direito. Em regra, os direitos fundamentais são estabelecidos na Constituição a partir da experiência histórica de determinada nação nos momentos predecessores da elaboração e promulgação da Carta. Eles representam uma "resposta" aos desmandos, arbitrariedades, violações de direito e descumprimentos de objetivos do momento anterior. Embora não haja dúvida de que a Constituição realiza a fundação de uma "norma ordem normativa", é indispensável notar que ela se vale da legislação existente na sua época, para (re)significar diversos institutos previstos nela própria.

A simples interpretação do texto constitucional de modo isolado não é capaz de preencher o vasto campo da liberdade normativa, diante da "baixa densidade normativa"[560] e

[559] Corroborando essas ideias com a metáfora do "macaco de automóvel" (*Wagenhebermechanismus*), POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 132-135.

[560] "O conceito de *densidade normativa* permite classificar as normas jurídicas segundo um critério quantitativo. O texto das normas jurídicas é visto como uma espécie de filtro ou (lembrando da etimologia) como um tecido, cuja textura pode ser mais ou menos "fina". O grau de porosidade (ou abertura) do texto normativo é indicado pelo

da "natureza tendencialmente abstrata"[561] dos direitos fundamentais, que impedem o desenho institucional da liberdade normativa com apoio exclusivo no texto constitucional, diante das inúmeras interpretações possíveis.

Direitos fundamentais são, em regra, cláusulas de brevidade fragmentária, padrões abertos, que necessitam de preenchimento.[562] Como nenhum ordenamento jurídico é tábula rasa, é curial notar que o constituinte se vale da "alta densidade" normativa das leis em vigor ao tempo da promulgação da Constituição, bem como do vasto material legislativo dos institutos em geral, para o preenchimento do objeto de liberdade do direito fundamental normativo.

Assim, o conteúdo normativo da propriedade, quando da promulgação da Constituição, era aquele decorrente do direito infraconstitucional em vigor. A referência feita aqui não descarta o fenômeno da não recepção de determinada lei ou dispositivo pela nova Constituição.

O que se quer dizer é que o direito infraconstitucional vigente ao tempo da promulgação da Constituição serve de parâmetro normativo para a definição do objeto da liberdade normativa naquele momento, estabelecendo o *standard* mínimo que o direito fundamental deve proteger.

Em arremate, mesmo no caso das liberdades normativas, o direito de resistência não representa uma função limitada de direitos fundamentais a depender da aceitação de outras

---

número e pela diversidade das alternativas de interpretação admissíveis. Quanto maior o número de interpretações divergentes, ou até contrárias entre si, que podem ser sustentadas, menor é a densidade do texto normativo.
Utilizemos um exemplo simples: um texto normativo prevendo que as eleições serão organizadas "no primeiro domingo de outubro" é mais denso do que a previsão de eleições para "o mês de outubro", sendo esta última mais densa do que a previsão de eleições "a cada quatro anos".
Cria-se, assim, um *contínuo* de densidade normativa que oscila entre dois extremos. Criando uma escala de densidade normativa de zero a cem, em um dos extremos encontra-se a norma de densidade zero. Seu conteúdo é: "todos podem agir conforme sua vontade". Nesse caso, temos o absoluto silêncio normativo, sendo a norma totalmente inócua. No outro extremo, encontra-se a norma de *densidade cem*, que pressupõe a absoluta exatidão da prescrição, permitindo sua aplicação automática, isto é, autorizando uma única interpretação, sem espaço para dúvidas e/ou alternativas. Tal norma não pode ser encontrada na prática, pois a natureza da linguagem humana e, principalmente, sua dependência das circunstâncias da comunicação não permitem formular uma proposição totalmente clara e fechada.
Entre esses dois extremos situam-se as normas válidas em determinado ordenamento, que podem ser classificadas segundo seu caráter mais ou menos concreto. Os textos constitucionais estão repletos de normas de baixa densidade normativa, geralmente designadas como princípios ou normas programáticas. Para que tais normas possam ser aplicadas, torna-se imperioso que *alguém* efetue uma escolha entre as alternativas igualmente autorizadas pelo criador das normas." DIMOULIS, Dimitri. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Problemas de concretização e limitação**, *in* Revista dos Tribunais, vol. 832, Fev/2005, pp. 11-36, item 2.1, versão eletrônica. No mesmo sentido, DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 62-63

[561] RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, p. 336-338.

[562] BETHGE, Herbert. **Der Grundrechtseingriff**, 1. Bericht von Prof. Dr. *Herbert Bethge*, *in* VVDStRL 57, 1997, p. 38.

funções dos direitos fundamentais para o atingimento de sua finalidade. Os direitos fundamentais da Constituição Federal partem de um sistema jurídico que entra em vigor com eles e, por meio deste ponto de contato, fornece diretamente os padrões para a recepção das regras infraconstitucionais (como é o caso do devido processo legal) e/ou utiliza-se dos padrões do direito infraconstitucional, compatível com a Constituição, para servir de regras de limitação no preenchimento do seu conteúdo.[563]

2.3.7. Liberdade política

Por fim, a(s) liberdade(s) política(s). Tem-se aqui dois conceitos importantes: (*i*) o conceito de liberdade política, no singular, como sendo uma espécie de liberdade modal das exigências para a legitimação política das restrições e limitações das liberdades individuais e; (*ii*) o conceito das liberdades políticas, no plural, representando o feixe de direitos políticos de cada cidadão.[564]

A exposição realizada até o momento sobre os diversos conceitos de liberdade demonstra como o direito de resistência está estritamente vinculado ao conceito de liberdade política modal. A ligação entre as liberdades negativa, positiva, real e normativa ocorre através da "dobradiça dogmática" – no dizer de Ralf Poscher –[565] da reserva legal dos direitos fundamentais.[566] Por meio do conceito dogmático de liberdade negativa (necessidade de justificação da intervenção), o direito de resistência vincula a competência da distribuição da liberdade à autoridade legitimamente eleita para atuar no processo político diante de sua legitimidade democrática direta, ou seja, o Poder Legislativo. Nesse sentido, o direito de resistência leva à autonomia política.[567]

Com relação às liberdades políticas – entendidas como o feixe de direitos políticos de determinado indivíduo –, o direito de resistência garante não só os direitos de participação e de votar e ser votado, constitucionalmente postos, os quais somente podem sofrer limitação com justificação constitucional correspondente, como também possibilita a participação em um

---

[563] Neste sentido, POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 141.
[564] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 141.
[565] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 141.
[566] Em sentido semelhante, a metáfora da dobradiça foi anteriormente utilizada por BETHGE, Herbert. **Der Grundrechtseingriff**, 1. Bericht von Prof. Dr. *Herbert Bethge*, *in* VVDStRL 57, 1997, p. 52.
[567] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 142.

processo de livre formação da opinião pública, ao proteger os direitos de liberdade de expressão, liberdade de imprensa e informação, liberdade de associação, liberdade de reunião etc.[568]

2.3.8. Liberdades reciprocamente consideradas

Após a análise pormenorizada desses conceitos de liberdade, é possível constatar que a dogmática do direito de resistência não está vinculada ou submetida à defesa de determinada espécie de liberdade. Como se espera, a dogmática dos direitos fundamentais elaborada a partir do modelo do direito de resistência visa responder aos problemas práticos e parte do direito posto. Assim, as proposições dogmáticas não partem "do conceito de liberdade" de direitos fundamentais, como se fosse possível defini-lo de modo unívoco. Pelo contrário, forma-se um sistema dogmático complexo, que atua em diversos níveis, nos quais os direitos fundamentais tocam simultaneamente várias espécies de liberdade, interligadas umas às outras em uma construção fractal.

Nos dizeres de Poscher, no sistema dogmático do direito de resistência, a liberdade negativa tem um significado de forma, mas não de conteúdo. Ela não serve para defender uma sociedade sem Estado, sem leis e sem vinculação ao Poder, pelo contrário, a liberdade negativa tem por finalidade "apenas" a vinculação de toda ordem estatal de liberdade normativa, impondo certas condições para o desenvolvimento da sociedade livre na perspectiva de liberdade real, positiva e política.[569]

A finalidade desta exposição foi afastar críticas apressadas acerca de uma visão unidimensional em termos de liberdade em relação ao direito de resistência e, ainda, demonstrar que, mesmo para aqueles que defendem uma posição multifuncional de direitos fundamentais, é indispensável notar que eles possuem um caráter jurídico imanente de direito de resistência.

A partir daqui, é imprescindível a apresentação do sistema dogmático do direito de resistência.

---

[568] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 142.
[569] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 143.

2.4. Dimensão objetiva do direito de resistência

A exposição que ora se inicia tem o condão, exclusivo, de proporcionar o material dogmático necessário para o posterior exame do direito fundamental do processo. A pretensão, por conseguinte, é a demonstração do repertório dogmático que o direito de resistência tem e como ele é capaz de resolver vários problemas da relação bipolar entre Estado e Indivíduo, bem como as constelações multipolares, nas quais estão presentes Estado e Indivíduos normalmente em disputa potencial ou direta.

Como sabido, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais é baseado na distinção teórico-normativa entre o enunciado normativo – achado linguístico, textual – e a sua respectiva norma, como o significado prescritivo do enunciado.[570] Por exemplo, o enunciado normativo "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" do art. 5º, IV, da CF, não descreve nenhum fato empírico. Seu sentido é exclusivamente normativo. A norma que o enunciado expressa teria a seguinte versão prescritiva: "o Estado não realizará a censura".

O conteúdo normativo não se esgota na formulação de uma norma. O conceito de direito fundamental sugere a necessidade de formulação das normas nele contidas nas fórmulas de direitos subjetivos. No entanto, ao menos em regra, todo direito corresponde a um dever, sendo necessário abordar o conteúdo normativo de determinado direito fundamental a partir do aspecto do dever. Nesse sentido, a discussão na dogmática dos direitos fundamentais de resistência gira em torno (*i*) de quem os direitos fundamentais garantem e; (*ii*) de quem os direitos fundamentais obrigam.[571]

Com isso, passa-se a examinar os direitos fundamentais a partir de sua dimensão objetiva, que serve de critérios e parâmetros para a atuação estatal em geral.[572] O desenvolvimento teórico dessa perspectiva é relativamente recente e foi muito impulsionada por modelos teóricos de direitos fundamentais que romperam com a dimensão subjetiva, como é o caso da produção de Robert Alexy.[573] No Brasil, em especial, a doutrina de Sarlet segue tal

---

[570] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 155.
[571] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 156.
[572] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo**. Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 151.
[573] Embora sustente que sua análise a respeito dos "direitos a prestação amplo" é realizada sob a perspectiva de dimensão subjetiva, a leitura denuncia o contrário. O seu modelo de "direito a proteção" necessita do conceito de direitos fundamentais como princípio na qualidade de mandamentos de otimização. O acesso aos valores como argumentos suficientes para realizar o máximo da condição do ótimo, somente se pode fazer a partir de uma perspectiva inteiramente objetiva, destacada da dimensão subjetiva. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, São Paulo : Malheiros, 2008, pp. 450 e seguintes.

tendência. Para o autor, a "faceta objetiva dos direitos fundamentais", "significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais."[574] Para o autor, com apoio em Vieira de Andrade, a dimensão objetiva representa uma "mais-valia jurídica" para o reforço da juridicidade dos direitos fundamentais.

Em regra, quem supera a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais pela dimensão objetiva, necessita da operação de outro código de significação dos direitos fundamentais, chamado de "ordem objetiva de valores", que não são mais analisados a partir da posição do indivíduo, mas da sociedade e da comunidade em sua totalidade, pois representam "valores e fins" que devem ser perseguidos pelos direitos fundamentais, os quais condicionam, inclusive, o exercício da dimensão subjetiva.[575]

As perguntas que se colocam para essa perspectiva tendem ao infinito e permanecem sem resposta: Como controlar a "ordem objetiva de valores"? Quem tem autoridade e competência para colocar ou tirar o valor de dentro da ordem? Como essa eleição é utilizada? O acesso do juiz à "ordem objetiva de valores" no controle das opções do legislador não caracteriza ativismo judicial? Qual o dispositivo constitucional que possibilita a supressão da dimensão subjetiva pela objetiva?

Seja como for, a construção da dimensão objetiva autônoma vai ao encontro dos propósitos instrumentalistas e neoconstitucionalistas, como demonstrado no capítulo anterior. Não é por acaso que a doutrina processual aderiu em peso à essa noção de dimensão objetiva, pois, ao mesmo tempo, retirou a função de resistência do próprio titular do direito fundamental – cuja importância somente se justifica na dimensão subjetiva – e a necessidade de intervenção específica no direito fundamental e, concomitantemente, deu hiperpoderes ao juiz.[576]

---

[574] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 13.ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018, p. 150.

[575] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 13.ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018, p. 151-152.

[576] ZANETI JR. Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2.ed., São Paulo : Editora Atlas, 2014, pp. 133-134. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: rigidez e flexibilização processual**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2018, Capítulo 3, item 3.2.3.1. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 145-150. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 78. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 17.ed., Salvador : Editora JusPodivm, 2015, pp. 54-55. GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 98-99. Embora tratando como "proteção aberta", mas com o significado de dimensão objetiva: CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e**

No entanto, para a dogmática do direito de resistência, na qual este trabalho se apoia, a dimensão objetiva apenas existe em razão e para a máxima eficácia da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem caráter complementar e não substitutivo. Inclusive, não existe como adotar uma suposta "função axiológica" da dimensão objetiva, existente em uma "ordem objetiva de valores", pelo simples fato de que não há como controlá-la. Aqui, mais uma vez, vale a advertência sempre atual de Miguel Reale: caso a racionalidade e a justiça de determinado preceito "tivesse[m] força para obrigar à obediência, nós seríamos forçados a seguir, como se jurídicas fossem, todas as regras racionais e justas propostas por um particular."[577]

A dimensão objetiva existe, apenas, para fortalecer a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ou seja, tem efeito de reforço, funciona, portanto, em um nível secundário de proteção.[578]

Sua dissociação do caráter subjetivo dos direitos fundamentais é a sua própria negação, pois significaria a "desinvidualização" dos direitos fundamentais, o que beira o absurdo. A hipostasia – o equívoco de tomar como real, concreto ou objetivo o que só existe como ficção ou abstração – da ordem objetiva dos valores leva a aporias, tais como a independência desta mesma "ordem" em relação aos direitos fundamentais, ou então, a existência de princípios jurídicos apreciáveis no plano objetivo como elementos universais e onipresentes de uma ordem jurídica geral, uniforme e universalizante.[579]

2.4.1. Dever geral de abstenção (*Unterlassungspflichten*) e função de validade

Na busca de uma expressão geral do conteúdo normativo dos direitos fundamentais, devem ser formulados os fatos e as consequências jurídicas[580] que reflitam o dever associado a ele. O próprio conceito de direito de resistência já parte de uma noção geral de dever dos destinatários dos direitos fundamentais. A função clássica dos direitos fundamentais é a defesa, proteção ou escudo do seu titular contra intervenções injustificadas dos destinatários. Trata-se,

---

neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 40 e ss. Embora não tratem de dimensão objetiva autônoma, mas operem neste nível: PORTO, Sérgio Gilberto. USTARROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009.

[577] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 304.

[578] KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 4603.

[579] BETHGE, Herbert. **Der Grundrechtseingriff**, 1. Bericht von Prof. Dr. *Herbert Bethge*, *in* VVDStRL 57, 1997, pp. 15-17

[580] Adere-se, neste particular, à construção de ROSS, Alf. **Tû-Tû** – São Paulo : Quartier Latin, 2004.

por conseguinte, do dever geral de abstenção (*Unterlassungspflichten*) dos destinatários do direito fundamental. Em outras palavras, os destinatários dos direitos fundamentais estão obrigados a absterem-se de violações injustificadas nos respectivos âmbitos de proteção.[581]

Visto de forma mais detalhada.

O dever de abstenção estabelece que o legislador deve abster-se de aprovar projeto de lei que viole os direitos fundamentais por não atender aos requisitos de justificação da intervenção realizada pela regulamentação. Deste modo, o legislador não se isenta da compreensão reflexiva dos direitos fundamentais no exame do projeto de lei. O estabelecimento de deveres de conduta, proibições, ônus e direitos aos titulares de direitos fundamentais através da lei promove a restrição normativa das liberdades fundamentais respectivas.[582] A noção é facilmente construída em uma dimensão objetiva de direitos fundamentais, que se presta a densificar a dimensão subjetiva. Assim, o dever de abstenção encontra o direito de resistência como a outra face da mesma moeda. Se o direito de resistência é entendido como um dever, então sua função deve estar diretamente vinculada à pretensão de resistência da conduta dos respectivos obrigados (destinatários). A função clássica de direitos fundamentais visa, principalmente, à resistência contra as ações (comissivas e omissivas) daqueles que estão vinculados aos direitos fundamentais.[583]

Especificamente com relação ao direito fundamental do processo, a definição do procedimento por lei representa a constante tensão entre a liberdade normativa do processo e a necessidade de exercício do poder estatal para a proteção de direitos materiais. Toda intervenção, por conseguinte, no direito fundamental do processo realizada pelo legislador, deve guardar a necessária justificação.

Importante notar que o dever de abstenção (da aprovação de lei violadora dos direitos fundamentais) representa obrigação do legislador e não do indivíduo. É por esta razão que as normas de direitos fundamentais não regulam diretamente as relações entre os particulares. Isso somente poderia ocorrer se o seu suporte fático e o seu consequente fossem relacionados com as condutas dos próprios particulares. Em outras palavras, os direitos fundamentais têm por

---

[581] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 156-157.
[582] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 204.
[583] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 156.

função primordial encetar limites na discricionariedade da atividade legislativa, determinando aquilo que não pode ser realizado.[584]

Assim, a atividade legislativa é potencialmente lesiva aos direitos fundamentais, uma vez que tem por finalidade o estabelecimento de deveres de conduta e o estabelecimento de obrigações para os particulares em geral.

Com relação ao executivo e ao judiciário, o dever de abstenção possui uma estrutura um pouco mais complexa do que a do legislativo. É certo que tanto o executivo como o judiciário devem se abster de todas as medidas de interferência injustificada nos direitos fundamentais. Assim, eles devem se afastar de todas as intervenções que não sejam autorizadas por lei (conforme os direitos fundamentais) ou de outras para as quais o requisito da justificação não seja cumprido.[585]

É no nível de aplicação do executivo e do judiciário que a função de validade dos direitos fundamentais, a partir da interpretação conforme os direitos fundamentais (*grundrechtskonforme Auslegung*), ganha relevância.[586] Imagine o caso de uma lei que obrigue o executivo ou o judiciário a interferir no âmbito de proteção de determinado direito fundamental. Teríamos duas normas com consequências jurídicas contrárias: a) aplicar a lei interventiva; b) declarar a lei inconstitucional pela ausência de justificação constitucional e abster-se da aplicação da intervenção. A função de validade resolve o conflito pelo dever de abstenção.[587]

Os direitos fundamentais servem como critério de interpretação do direito. Ela é decorrência lógica e um desdobramento do próprio dever de abstenção, na medida em que, pela vinculação aos direitos fundamentais, é vedado ao Estado promover intervenções injustificadas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. É nesse sentido que se diz que os direitos fundamentais possuem um efeito de irradiação dos próprios direitos fundamentais,[588] já que as autoridades estatais devem interpretar e aplicar todo o direito conforme os direitos fundamentais.[589]

---

[584] Neste sentido, POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 208.
[585] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 210.
[586] Para aprofundamento: PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 1051.
[587] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 211 e 215.
[588] A construção ocorreu a partir do caso *Lüth* julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão.
[589] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 152-153.

Assim, não se pode dizer que a defesa realizada no presente trabalho prega o cumprimento da "lei pela lei", como se a proposta fosse de um positivismo exegético infantilizado.

Como ensina Poscher, qualquer regulação legal de conflitos de interesses anda de mãos dadas com uma complexa variedade de intervenções complementares nos direitos fundamentais das pessoas afetadas, em especial na atividade jurisdicional. Essas intervenções exigem a necessidade da justificação constitucional respectiva. O direito de resistência não trata, propriamente, da forma como os conflitos são resolvidos, dentre todas as opções à disposição do legislador e das interpretações do administrador e do juiz. O direito de resistência, contudo, é responsável por dotar o exame dos atos estatais de interferência no âmbito de proteção dos direitos fundamentais de mecanismos dogmáticos de controle, através dos limites dos limites, em especial da proporcionalidade de matriz prussiana.

O dever de abstenção tem estreita relação com a noção de "competência negativa" em uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Importante lembrar que a competência negativa sofreu a mesma ressignificação que o conceito de liberdade negativa teve para a dogmática do direito de resistência.

A competência negativa não representa uma zona de imunidade de Estado, ou uma zona sem a incidência de direito a regular as relações sociais. Ela significa, por outro lado, a vedação de intervenções estatais sem a respectiva justificação constitucional. Ou seja, está vedado ao Estado o uso arbitrário de suas competências legislativas, administrativas e jurisdicionais.[590]

Dimoulis e Martins lembram da importância dessa perspectiva de competência negativa e correspondente dimensão objetiva dos direitos fundamentais, para o controle abstrato de constitucionalidade de normas. "Exercer esse controle é dever do Estado que realiza uma espécie de autocontrole em função dos direitos fundamentais, podendo (e devendo) uma série de autoridades estatais provocar o seu exercício."[591]

A reserva legal permite ao legislador regular a violação dos direitos fundamentais de forma abstrata, observando os requisitos constitucionais para tanto. No entanto, o legislador não está obrigado, diante da evidente impossibilidade da empreitada, a produzir uma lei que, para cada caso individualmente especificado, exclua a violação de direitos fundamentais apenas

[590] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 1488-1498.
[591] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 152.

pela lente geral e abstrata. Em vez disso, a vinculação dos direitos fundamentais a todos os órgãos de aplicação da lei permite o controle adequado ao caso individual.[592]

Especificamente com relação ao Poder Judiciário, a questão ganha atenção na atividade específica de interpretação e aplicação do "Direito Infraconstitucional Constitucional", ou seja, embora haja constitucionalidade em abstrato do direito infraconstitucional aplicável, circunstâncias do caso podem acarretar, ao menos em tese, uma intervenção injustificada no âmbito de proteção de determinado direito fundamental,[593] cujo exame deve ser realizado em controle difuso de constitucionalidade. Em miúdos, a ideia central é que o julgador pode violar norma constitucional de direito fundamental ao realizar a aplicação da norma infraconstitucional ao caso concreto, diante da responsabilidade estatal em todas as fases de concretização da intervenção.[594]

Disso decorre a simples constatação hierárquica da Constituição em relação às leis em geral, bem como a já referida vinculação direta da jurisdição aos direitos fundamentais.[595]

Não se pode advogar, a partir daí, que a análise da constitucionalidade em concreto de determinada lei seja o que a doutrina neoconstitucionalista chama de "constitucionalização do direito". Antes mesmo da Constituição de 1988 e da eclosão do movimento neoconstitucionalista, a doutrina brasileira é pródiga em exemplos de proposições dogmáticas para a interpretação das leis em conformidade com a Constituição.

Com efeito, a função interpretativa ora apresentada não pode ser lida como uma fuga do julgador aos domínios de contenção do poder estatal impostos pela própria Constituição e pelos direitos fundamentais.

Isto ganha especial relevo na aplicação de regras e cláusulas gerais, nomeadamente as decorrentes de conceitos abertos e de conteúdo indeterminado, que tangenciam âmbitos de proteção de direitos fundamentais e as respectivas liberdades tuteladas. A experiência brasileira

---

[592] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 162.

[593] A expressão foi cunhada por Leonardo Martins: "Pelo fato de o juiz agir sempre com poder de império estatal e não fazer sentido, para efeitos da qualidade jurídica de seus atos, a distinção rígida entre a aplicação de Direito Público e Direito Privado, suas decisões terão sempre que ser medidas em face dos direitos fundamentais. Sua teoria foi alcunhada de teoria triangular (*Dreiecktheorie*) porque a relação jurídica de direito fundamental entre dois indivíduos somente se completaria, como ocorre com qualquer lide, quando trazida à apreciação do Judiciário. Como os direitos fundamentais têm supremacia sobre o Direito Infraconstitucional, conteúdo e forma da decisão são atividades vinculadas aos direitos fundamentais." MARTINS, Leonardo. **Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas**, *in* Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 5, nº 2, Julho/Dezembro-2004, p. 102.

[594] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 162.

[595] RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, pp. 189-193.

mostra como as cláusulas gerais serviram de agigantamento do Poder Jurisdicional através de sua manipulação pela doutrina neoconstitucionalista, inicialmente no direito privado, espraiando-se para outras áreas, como é o caso do direito processual.

Isso já foi objeto de minuciosa crítica por Otávio Luiz Rodrigues Jr, que demonstrou a desconexão dogmática do movimento de "constitucionalização do direito civil" com o ordenamento jurídico brasileiro.[596]

A aplicação das cláusulas gerais deve estar em consonância com as premissas do direito de resistência, em especial, a decisão judicial que se vale deste tipo de norma deve buscar a necessária justificação constitucional sempre que impuser qualquer interferência no âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Para isso, deve o julgador se valer da regra da "interpretação conforme os direitos fundamentais" ou "interpretação orientada pelos direitos fundamentais", cujo desenvolvimento ocorreu em paralelo com a "interpretação conforme a constituição".

A distinção entre os métodos de interpretação está no campo de atuação. Enquanto a "interpretação conforme a constituição" propugna a escolha da interpretação mais condizente com a constituição, havendo mais de uma interpretação possível do ato normativo,[597] a "interpretação conforme os direitos fundamentais" ajusta a interpretação de regras e cláusulas gerais que tangenciam o objeto de liberdades individuais, orientando o atingimento da finalidade de resistência do respectivo direito fundamental.[598]

Importante notar o sentido reflexivo que os direitos fundamentais tomam pela interpretação conforme, tendo especial relevo o seu estudo para o efeito horizontal dos direitos fundamentais. Concebem-se as cláusulas gerais como "centros de irrupção" de direitos fundamentais nas relações privadas, ou nas relações multipolares. A doutrina alemã explicou-a a partir da metáfora do feixe de luz (*Lichtausstrahlung*), que irrompia os limites do Direito Constitucional e penetrava no Direito Privado por entre as frestas (*Einbruchstellen*),

---

[596] RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, pp. 147-277.

[597] Para aprofundamento: ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 659-671. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29.ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2014, pp. 530-536; DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional : controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**, 7.ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 293-298.

[598] MARTINS, Leonardo. **Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas**, *in* Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 5, nº 2, Julho/Dezembro-2004, p. 103. PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 1581.

caracterizadas pelas cláusulas gerais.[599] Coisa bastante distinta é tratar as cláusulas gerais para o "preenchimento de lacunas", "correção de normas" e "controle do excesso no exercício de direitos".[600]

A tarefa do juiz não é substituir o processo político e tampouco aplicar a sua concepção de "justiça" ou "visão econômica" no caso concreto. Não se trata de uma abertura para a subjetivização decisória ao gosto do exercente do poder jurisdicional, dando margem a decisões flagrantemente ativistas e instrumentalistas.[601]

A função interpretativa não tem a finalidade de liquefazer a estrutura normativa do direito infraconstitucional, pelo contrário, o juiz somente poderá controlar a aplicação e validade da respectiva norma, na hipótese de caracterizar violação no âmbito de proteção do direito fundamental. Em outras palavras, a função de validade não se dá pela reconfiguração do direito a partir de normas de baixa densidade normativa (direitos fundamentais), mas da análise concreta da (in)existência de intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental e de sua respectiva justificação constitucional.

2.4.2. Dever de tutela (*Schutzpflicht*)

Não se pode confundir "âmbito de proteção" (*Schutzbereich*) com "dever de tutela" (*Schutzpflicht*), muitas vezes chamado pela doutrina de dever de proteção. Para evitar a confusão semântica é que Dimoulis e Martins utilizam a expressão adotada no presente trabalho.[602]

O âmbito de proteção, como já analisado acima, representa o campo de proteção jurídico das liberdades de determinado direito fundamental, que vincula o Estado. Alguns direitos fundamentais exigem do Estado um comportamento negativo, uma abstenção para a tutela do âmbito de proteção; outros, por outro lado, exigem um comportamento positivo do Estado, seja no estabelecimento de normas para regular determinada relação, seja no estabelecimento de procedimentos para o atingimento da proteção específica, seja na prestação de determinado bem jurídico.

---

[599] MARTINS, Leonardo. **Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas**, *in* Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 5, nº 2, Julho/Dezembro-2004, p. 103.
[600] Neste sentido, RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, pp. 194-202.
[601] Aprofundamento em MARTINS, Leonardo. **Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas**, *in* Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 5, nº 2, Julho/Dezembro-2004, pp. 116-118.
[602] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 154 e seguintes.

Com o apoio em Kingreen e Poscher, busca-se responder a essa questão a partir da dicotomia entre o dever de tutela (*Schultzpflicht*) "impróprio" (*Unechte*) e "próprio" (*Echte*).[603]

Um alerta anterior ao exame: a tutela jurisdicional existe para todo e qualquer conflito fático a respeito da norma aplicável ao caso. Essa situação, *per se*, não pode caracterizar um salto entre a solução regulamentada para uma solução abstrata a partir dos direitos fundamentais. Do ponto de vista dogmático, é indispensável a criação de limites e pontos de acesso do dever de tutela tipicamente constitucional, buscando, outrossim, diminuir a faixa de discricionariedade em que o Poder Judiciário atuará no caso. Esta é a empreitada da proposta em revista.

O dever de tutela "impróprio" diz respeito a regulamentações que o Estado deve realizar de qualquer maneira devido ao monopólio do uso da força e da vedação da autotutela. Assim, o Estado não pode deixar ao alvedrio das partes a solução e a regulamentação dos conflitos criados nas constelações triangulares. Os direitos fundamentais, sejam os de liberdade natural, sejam os de liberdade normativa, fornecem padrões para a regulamentação estatal dos conflitos, sem, contudo, preencher completamente o seu conteúdo. Nas palavras dos próprios autores: "Eles [os direitos fundamentais] definem uma estrutura para diferentes opções de controle. Os legisladores podem proteger os vizinhos das emissões acústicas em diferentes horas do dia, em dias diferentes e contra diferentes fontes de ruído por meio de regulamentações diferentes. Mas eles não podem deixar o conflito entre o vizinho e o músico sem regulamentação."[604]

Assim, diversos direitos fundamentais podem encerrar dever de tutela "impróprio", a depender das circunstâncias fáticas das constelações tripolares (ou mesmo multipolares). No dever de tutela "impróprio", se está, via de regra, diante de uma questão eminentemente jurídica, que deve ser resolvida a partir das premissas jurídicas, sem qualquer necessidade de acesso político.

O dever de tutela "próprio" normalmente se apresenta em constelações multipolares, que dizem respeito, em regra, à ação estatal na qual a própria proteção – ou seja, o "se" – é uma questão de conformação política. Kingreen e Poscher dizem que: "O fato de o Estado agir contra certas violações por meio da lei criminal ou o fornecimento de serviços para remediar as consequências de catástrofes, geralmente não é prescrito pela Constituição." As possibilidades

---

[603] A tradução dos termos *Echte* e *Unechte* como "próprio" e "impróprio", respectivamente, no contexto dos deveres de tutela tratados por Kingreen e Poscher foi gentilmente cedida por Rafael Giorgio Dalla Barba, a quem rende-se efusivos agradecimentos.

[604] KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 2944.

de ação para a proteção das constelações de dever de tutela "próprio" são substancialmente maiores do que aquelas à disposição para a regulamentação e solução das constelações tripolares.[605] O Tribunal Constitucional Alemão utiliza com certa frequência das ações estatais de deveres de tutela "próprios" como elementos de justificação constitucional para a intervenção em determinados direitos fundamentais. Assim, o dever de tutela "próprio" passa a ser uma forma de justificação constitucional da restrição de liberdade.[606]

---

[605] KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 2958.

[606] Kingreen e Poscher, preocupados com a temática, desenvolveram uma "estrutura" de verificação do dever de tutela "próprio", ou seja, é um tipo de prelibação sobre a existência ou não da intervenção estatal no âmbito de proteção do direito fundamental que exige a proteção.

A questão da existência de um direito fundamental à tutela de uma das autoridades estatais deve ser examinada nas seguintes etapas:

I. Âmbito de proteção: O comportamento para o qual se busca tutela se enquadra na área de proteção do direito fundamental?

II - Existência do dever de tutela: Existe um dever das autoridades estatais em tutelar o comportamento contra os perigos?

1. O direito fundamental exige expressamente tutela?
2. A liberdade de comportamento está realmente em perigo?
3. O perigo será eliminado ou reduzido pela tutela buscada?
4. A pretensa tutela do poder estatal é real e legalmente possível?

III. Violação (Intervenção não justificada) do dever de tutela: O poder estatal cumpre o dever de outra forma que não a pretendida?

1. A violência do Estado é usada para tutelar o comportamento?
2. A tutela do Estado atinge o padrão constitucional mínimo? (KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 5839.) No original:

"*Die Frage, ob ein grundrechtlicher Anspruch auf Schutz durch eine der staatlichen Gewalten besteht, ist in folgenden Schritten zu prüfen:*

I. Schutzbereich Fällt das Verhalten, für das Schutz begehrt wird, in den Schutzbereich des Grundrechts?

II. Bestehen einer Schutzpflicht Besteht eine Pflicht der staatlichen Gewalten zum Schutz des Verhaltens vor Gefahren?

1. Verlangt das Grundrecht den Schutz ausdrücklich?
2. Ist die Freiheit des Verhaltens tatsächlich gefährdet?
3. Wird die Gefährdung durch den begehrten Schutz beseitigt oder vermindert?
4. Ist der begehrte Schutz der staatlichen Gewalt tatsächlich und rechtlich möglich?

III. Verletzung der Schutzpflicht Genügt die staatliche Gewalt der Pflicht auf andere als die begehrte Weise?

1. Wird die staatliche Gewalt überhaupt zum Schutz des Verhaltens tätig?
2. Erreicht der staatliche Schutz den verfassungsrechtlichen Mindeststandard?"

Qualquer resposta negativa às perguntas dos grupos I (âmbito de proteção) e II (existência do dever de tutela) excluem a tutela pretendida. Portanto, é necessário que todas as perguntas sejam respondidas afirmativamente. Com isso, passa-se ao exame da intervenção estatal.

Para o grupo III (violação do dever de tutela), a questão 1 verifica a regularidade do exercício do poder. Se a resposta for negativa, a violência estatal não estará justificada e, por conseguinte, a ação estatal não está autorizada. Já a resposta negativa da questão 2 demonstra a ocorrência de violação no âmbito de proteção do próprio direito fundamental que exige tutela, por violação à proteção deficiente.

Importante salientar que o teste em questão deve buscar respostas apenas no plano jurídico. Qualquer exame de "justiça" representa fraude por utilização de recursos metajurídicos, que não comportam análise.

O esquema acima possui dupla função, quais sejam, verificar quais direitos fundamentais são protegidos por tutela – ou seja, definir "se" há proteção – e quando há intervenção no âmbito de proteção respectivo – necessário para o estabelecimento de "como" se dará a proteção.

Antes, contudo, o enfretamento do dever de tutela deve ser objeto de análise. Ou seja, a questão que se colocar é saber "se" há dever de tutela em jogo.

No entanto, como alertado pelos autores, o Tribunal de forma corriqueira rejeitou a análise de violação ao dever de tutela "próprio". As exceções mais claras são as decisões sobre o aborto, nas quais o Tribunal considerou que o legislador estaria obrigado a manter o respectivo crime.[607-608]

Parte da doutrina chamou a atenção que essa escolha *ad hoc* sobre a análise jurídica acerca do dever de tutela "próprio" acarreta o risco de o Judiciário ter acesso seletivo de questões que pertencem primordialmente ao processo político. É por esta razão que Kingreen e Poscher sugerem que nestes casos de dever de tutela "próprio", o Judiciário – no caso o Tribunal Constitucional – somente estaria autorizado a agir nas hipóteses nas quais a proteção esteja expressamente prevista no enunciado dos direitos fundamentais.[609]

No Brasil, por outro lado, entende-se que nem o STF teria competência jurisdicional para acessar soluções políticas para o cumprimento do dever de tutela "próprio".

O dever de proteção "próprio", pelo menos naquilo que estabelece a necessidade de criação de regras legais, está diretamente vinculado à atividade do Poder Legislativo. A operação aqui diz respeito à competência reservada ao legislador, no primeiro nível de regulação do conflito triangular, ou seja, na definição de se a lei deve ou não ser produzida para determinada finalidade.

Kingreen e Poscher estabelecem que a regulamentação das constelações tripolares, ou seja, para o dever de tutela "impróprio", o direito de resistência, na sua função clássica de pretensão de resistência contra as intervenções, já resolve os problemas pela eficácia horizontal indireta. Ou seja, o modelo de controle de intervenções estatais é suficiente para isso.

Assim, somente pode-se falar em típica função de proteção (tutela) com relação ao dever de tutela "próprio", cuja solução deve ser apresentada, primordialmente, pela via política, especificamente pelo legislativo ou pelo executivo. A atuação do Judiciário nestes casos somente se justificaria, segundo os autores, nos casos expressamente previstos de proteção no texto constitucional do direito fundamental respectivo e, ainda, após a caracterização da omissão estatal.

---

[607] BVerfG, Order of the Second Senate of 28 May 1993 - 2 BvF 2/90 -, paras. 1-434, disponível em <https://bit.ly/3CH2hqL>, acesso realizado em 22/09/2021.

[608] Outro exemplo apresentado por Kingreen e Poscher, altamente questionável, diga-se, é sobre a decisão do Tribunal Constitucional Alemão acerca da dispensa do consentimento de pessoas sob custódia estatal na submissão delas a tratamentos médicos, levando em consideração a necessidade de salvaguardar a saúde dos presos. BVerfG, Order of the First Senate of 26 July 2016 - 1 BvL 8/15 -, paras. 1-103, disponível em <https://bit.ly/3u2UUXm>, acesso em 22/09/2021.

[609] KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 2972.

No Brasil, por outro lado, como já apresentado alhures, a proteção judicial heterocompositiva – pelo paradigma da decisão – do dever de tutela "próprio" ocorre através do mandado de injunção ou pelo controle de constitucionalidade por omissão.

Para o que nos interessa, é necessário compreender que o dever de tutela qualificado como "impróprio" não opera no plano político, não diz respeito à necessidade ou não de determinada lei "protetiva" para determinado bem jurídico. Ele se resolve através da aplicação da legalidade constitucional ao caso concreto. Especificamente com relação ao poder judiciário, é indispensável guardar o *self-restraint*, para que o juiz permaneça em sua zona de competência constitucional e adstrito ao direito.

O que a doutrina neoconstitucionalista pretende, em especial a doutrina processual alinhada, é o esgarçamento do controle dogmático sobre o dever de tutela "impróprio", possibilitando ao juiz o controle sobre a melhor decisão política, moral, econômica, religiosa ou social da constelação triangular no caso concreto submetido ao seu exame.[610] Assim, eles querem exercer o controle em dois níveis de regulação, reservados aos poderes de legitimação política direta, que são competentes para a decisão acerca da necessidade de proteção – ou seja, o "se" o bem deve ser protegido – específica de um bem jurídico e da forma de proteção – o "como" a proteção deve se dar – no caso.

A proposta combatida reafirma a postura ativista que tanto denigre e conspurca a organização e divisão das competências estatais, em especial a necessidade da dispersão dos poderes referida por Waldron e ameaça solapar tantos outros direitos fundamentais, dentre eles a própria legalidade, o acesso à jurisdição e o devido processo legal.

Especificamente, volta-se a atenção para o dever de tutela "impróprio" e do desenvolvimento realizado por Canaris[611] e Alexy[612] da função protetora dos direitos fundamentais.

Teorias objetivistas dos direitos fundamentais elaboram os seus postulados a partir de uma autonomização da dimensão objetiva sobre a dimensão subjetiva. A dimensão objetiva, por si considerada, é suficiente para a elaboração da dogmática dos direitos fundamentais, sem a necessidade de exame da posição jurídica do titular do direito e muito menos do exercício de

---

[610] É neste sentido a doutrina de SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 13.ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018, pp. 153-154.

[611] CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos fundamentais e direito privado**, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 2ª Reimpressão da Edição de 2003, Coimbra : Almedina, 2009, pp. 91 e ss.

[612] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 451 e ss.

sua pretensão de resistência, que seria própria da dimensão subjetiva, que sequer é analisada.[613] A dimensão objetiva é relacionada com a consagração de "valores superiores", que orientam o conteúdo de toda ordem jurídica, enquanto a dimensão subjetiva é relacionada com uma visão liberal arcaica, de indivíduo egoístico, que deve ser desprezada.

Canaris, seguindo em grande medida as pegadas de Alexy, se utiliza da "proibição da insuficiência" (*Untermaßverbot*) para a definição de um parâmetro de controle de constitucionalidade do dever de tutela. Sua proposta pode ser condensada no seguinte excerto:

> Dito em termos um pouco simples, na pergunta pelo dever de protecção trata-se do "se" da protecção, enquanto a proibição de insuficiência tematiza a pergunta pelo "como". Pois "a Constituição impõe (apenas) a protecção como resultado, mas não a sua conformação específica". Há, pois, num primeiro passo, que fundamentar a existência do dever de protecção como tal, e, num segundo, que verificar se o direito ordinário satisfaz suficientemente esse dever de protecção, ou se, pelo contrário, apresenta, neste aspecto, insuficiências.
>
> (*omissis*)
>
> Neste quadro, há, pois, que averiguar se a protecção do direito infra-constitucional é eficaz e apropriada. Aqui não se trata de, por exemplo, medir a - eventual - insuficiência de protecção, ou a omissão do legislador, da mesma forma que no caso de uma intervenção num direito fundamental, com base na proibição de excesso. É, antes, preciso verificar *se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência* e se *bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados.* Em todo o caso, a eficácia da protecção integra, em princípio, logo o próprio conteúdo do dever de protecção, já que um dever de tomar medidas ineficazes não teria sentido. Mas isto só é exacto numa perspectiva muito abstracta, e nada altera quanto à circunstância de ser adicionalmente necessária, em cada caso, uma aferição da eficiência para cada *problema especificamente considerado.* Isto porque a eficiencia constitui um critério *graduável*, uma vez que se trata de saber se a protecção é *suficientemente* eficiente - e esta é uma interrogação autónoma em relação à fundamentação do dever de protecção, e que, portanto, faz efectivamente sentido tematizar na noção de proibição de insuficiência. Neste contexto, chega-se, então, frequentemente – (*omissis*) -, a um "segundo limiar argumentativo", e a uma nova ponderação com interesses e bens jurídicos contrapostos, visto que estes não desempenham um papel essencial apenas na fundamentação do dever de protecção, mas antes, também, na sua realização

[613] A tese é amplamente adotada pela doutrina processual brasileira: Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico]**, 1.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, 7.3 Os direitos fundamentais e suas eficácias horizontal e vertical MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 82-88. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, item 3.2.3.1. A eficácia direta objetiva dos direitos fundamentais. RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus de prova no processo civil [livro eletrônico]: do ônus ao dever de provar** – 2.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, 3.1.1. Do dever de produzir provas no plano constitucional; o direito fundamental à prova, sua eficácia vertical e sua eficácia horizontal mediada pela vertical. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 17.ed., Salvador : Editora JusPodivm, 2015, pp. 54-55. GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 98-99.

> pelo direito ordinário e na "sintonia fina" aqui necessária.[614] (*destaques* no original)

Canaris deixa evidente o seu intento de dotar o juiz (no caso o juiz constitucional alemão) de poderes suficientes para realizar a revisão política de cada situação em específico na qual a "proteção" não atingiu o grau "suficientemente eficiente". A forma de realizar esse controle, segundo ele, é através da "ponderação com interesses e bens jurídicos contrapostos", para o fim de ajustar às necessidades da proteção no caso.

O *Untermaßverbot* de Canaris é uma proposta de proteção em grau ótimo casuisticamente elaborada pelo Juiz. A proposta já se mostra bastante problemática para aplicação na Alemanha, na qual tal responsabilidade de "proteção episódica" é de competência do Tribunal Constitucional.

Contudo, no Brasil, a questão ganha contornos de drama democrático-republicano, levando em consideração a competência generalizada para o controle de constitucionalidade difuso para todos os Juízes.

Isso iria inaugurar o "terceiro turno" legislativo sem fim e a total insegurança jurídica nos julgados, pois cada juiz, à luz específica do caso concreto, poderia buscar novos elementos concretizadores da proteção prevista em abstrato e afastar as regras legais aplicáveis ao caso, para solucionar a constelação tripolar do modo como bem entendesse.

É necessário entender que a ordem jurídica da República Federativa do Brasil e a regulação dos particulares não foi criada a partir de uma costela dos direitos fundamentais.[615] Poscher chama a atenção para uma dificuldade lógica do discurso do modelo do dever de tutela, revisado acima. Salienta que os deveres de tutela somente podem estar relacionados a bens jurídicos expressamente protegidos. Assim, o dever de tutela decorrente do monopólio da força está diretamente ligado ao respeito e delimitação das diferentes esferas jurídicas dos particulares, o que realizado através da lei. Com efeito, a definição das esferas jurídicas pela regulação legal não pode, ela própria, ser objeto do dever de proteção "impróprio".[616]

---

[614] CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos fundamentais e direito privado**, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 2ª Reimpressão da Edição de 2003, Coimbra : Almedina, 2009, pp. 122-124.
[615] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 136.
[616] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 195.

Muito embora Dimoulis e Martins façam a abordagem do dever de tutela com base em Pieroth e Schlink[617] e tenham apresentado crítica ao desenvolvimento de Kingreen e Poscher,[618] é plenamente possível se utilizar do desenvolvimento realizado por eles sobre o controle dogmático a respeito do dever de tutela, como forma de justificação da impossibilidade da atuação política do judiciário, sob a retórica protetiva.

Na proibição da proteção deficiente, ao contrário do que ocorre com a proibição do excesso (*Übermaßverbot*),[619] não há critério para o controle da sua intensidade, salvo a decisão política. "Se o legislador tem diversas formas de cumprir o dever estatal de tutela e não se tem como delimitar a intensidade necessária ao seu cumprimento, isso só pode significar que faz parte de sua discricionariedade legislativa definir de qual meio se valerá para cumprir seu dever de tutela."[620]

O dever de tutela "impróprio" refere-se à necessidade de proteção jurídico-estatal pelo legislativo, executivo e judiciário através da regulação específica das constelações triangulares e multipolares.

---

[617] Que foram os autores originário do Grundrechte Staatsrecht II de 1985 até a 28ª edição e que gentilmente cederam a obra e sua atualização para Kingreen e Poscher em 2013, para a 29ª edição. Pieroth e Schlink não fazem a diferenciação entre dever de tutela "falso" [impróprio, neste trabalho] e dever de tutela "real" [próprio], que foi inaugurada pelos novos autores do manual. Eles tratam do dever de tutela, ou "função de proteção" dos direitos fundamentais, através de três vertentes: 1. Interpretação conforme aos direitos fundamentais; 2. Proteção por meio da participação – na visão de construção do procedimento para acesso; 3. Proteção contra perigos – que se conforma pela necessidade da "intervenção protetora" sempre: (*a*) que a vida e a saúde humanas estiverem ameaçadas; (*b*) que o desenvolvimento tecnológico causar perigos com novos produtos ou processos, que podem ficar fora de controle; (*c*) que instituições de Estado tenham que desempenhar tarefas internacionais que possam acarretar conflitos com direitos fundamentais internamente garantidos; (*d*) que haja grave desigualdade social e de poder financeiro e midiático entre os atores de relações privadas. PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 1585-1738.

[618] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 160, nota de rodapé 33. Ao contrário do que sustentando pelos autores, entende-se que a construção elaborada por Kingreen e Poscher não "contribuiu para aproximar indevidamente o dever estatal de tutela do efeito horizontal indireto." Na verdade, a proposta dos autores alemães é promover uma separação entre aquilo que pode ser objeto de exame judicial pelo efeito horizontal indireto – qual seja, o que chamam de dever de tutela "impróprio", cujo método de exame se dá pelo esquema próprio do direito de resistência, aplicável em especial nas constelações tripolares – e aquilo que o judiciário não pode se imiscuir em efeitos horizontal indireto, em razão da necessidade de mediação prévia do legislativo e do executivo – ou seja, o dever de tutela "próprio". Deste modo, a proposta em tela é que o dever de tutela propriamente dito (real) toca diretamente a instância política do poder estatal.

[619] Que se pode aplicar com tranquilidade o exame da proporcionalidade como limite dos limites.

[620] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 158. E arrematam: "A única coisa que se pode racionalmente exigir e justificar é um exame de adequação mais apurado por parte do legislador, diminuindo um pouco sua discricionariedade e aumentando a possibilidade de controle." A posição dos autores é perfeita. A retórica do dever de proteção não pode ser a porta aberta ao ativismo judicial. Nos casos de alegação de proteção insuficiente, representa ônus daquele que quer afastar determinada regulamentação da constelação tripolar, a demonstração de que o meio utilizado não atinge ou fomente a fim visado. É indispensável, pois, a subjetivação do dever de tutela objetivo, utilizando-se, também, parte do exame da proporcionalidade.

Em especial, para o Poder Judiciário, o dever de tutela "impróprio" é decorrência do monopólio da força e da vedação ordinária da autotutela, que encerra a vedação ao "*non liquet*" e exige do julgador a necessária decisão nos conflitos, não podendo se escusar pela ausência de regra específica estabelecida pelo legislador.

Nada obstante a possibilidade de verificação do chamado dever de tutela "impróprio" relacionado a outros direitos fundamentais, é indispensável notar que a Constituição estabeleceu no art. 5º, XXXV, a cláusula geral do dever de tutela "impróprio" sobre o Poder Judiciário, no direito fundamental de acesso e inafastabilidade da jurisdição.

A doutrina criticada neste trabalho realiza, em regra, grave deturpação do próprio âmbito de proteção do direito fundamental em tela e do sentido do respectivo dever de tutela, com a finalidade última de ativação no juiz de poder e de competência extraconstitucional, para a busca da "justiça material". Os problemas desta visão já foram analisados.

O direito fundamental do acesso à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) não autoriza ao juiz a "proteção do direito material" da parte do modo que entende mais adequado, em desprezo à regulamentação posta.

Já se viu detidamente no presente trabalho como a doutrina trata o direito fundamental do processo em flagrante mixagem com o exercício do poder. Neste particular, importante notar como o direito fundamental do acesso à jurisdição – que guarda uma noção evidente de função protetiva (imprópria) – é utilizada em sentido amplamente esgarçado, para incutir uma noção evidente de permanente correção do direito pelo juiz, para a obtenção de uma decisão justa, no sentido já construído, segundo as concepções instrumentalista e neoconstitucionalista.

Em outras palavras, o monopólio da força pelo Estado não pode servir de mola propulsora para a obtenção da justiça a partir do ponto de vista judicial.

O modelo alexyano e canarisiano de "dever de proteção" estabelece a necessidade de especificação do conteúdo da regulação legislativa sobre um conflito entre indivíduos a partir dos "valores" aplicáveis ao caso concreto. Assim, ele não se contenta apenas com a aplicação da lei no caso concreto. O modelo do direito de resistência, por outro lado, não se realiza do mesmo modo. Ele não está preocupado em realizar o preenchimento das regulações legislativas sobre os conflitos, isso é tarefa política que deve ser realizada por aqueles que ostentam legitimidade para tanto, quem sejam, os legisladores. O que o modelo do direito de resistência propõe, por conseguinte, é a neutralização de intervenções estatais injustificadas.

Assim, a construção teórica do acesso à jurisdição e do processo, oferecida pela doutrina publicista, desconstitui a fundamentalidade de ambos os direitos e, pela utilização da retórica vazia da "proteção do direito material" – que é dever estatal pelo monopólio do uso da

força e da vedação ordinária da autotutela – transformam-nos em cláusulas de abertura do sistema jurídico para que o direito seja colonizado pela moral, política, economia, religião etc., tudo com o consentimento e a explícita vontade do julgador.

Pretende-se deixar evidente, portanto, que a retórica do modelo de dever de tutela leva em consideração o direito fundamental do acesso ao Judiciário apenas em sua dimensão objetiva, dessubjetivizando-o. Isso quer dizer que o titular deixa de ser relevante para o próprio direito que ostenta. Esse descarte permite ao Estado utilizar o belo discurso da proteção para, em nome do direito fundamental, manejar o direito posto da maneira que bem entende, superando proibições expressas, criando deveres, retirando requisitos, aumentando poderes, tudo em nome do justo e do bom.[621]

Com a concepção, perdem-se os parâmetros normativos do exercício do poder pelo juiz. Os marcos dogmáticos dos âmbitos de proteções dos direitos fundamentais são liquefeitos e são substituídos pela instituição casuística de poderes não previstos em lei em favor do juiz. O parâmetro, portanto, para analisar as intervenções nos direitos fundamentais desaparece, pelo simples fato de que, de partida, o juiz já se coloca na posição de "protetor-absoluto" dos direitos fundamentais, tomando para si o controle absoluto de seus sentidos e retirando do titular a própria pretensão de resistência às intervenções. Um juiz assim não tem como errar. É como

---

[621] Aqui não se trata de confiar ou desconfiar do juiz enquanto ser probo, honesto e bem-intencionado. O problema que se coloca aqui é de outra ordem. Diz respeito à necessidade de vinculação do juiz ao exercício do seu *self-restraint,* mesmo diante das imperfeições do ordenamento jurídico a partir de sua visão. Schauer exprime bem essa visão (tradução livre): "E se mesmo aqueles funcionários que agem de boa fé e com confiança na sabedoria de suas ações estão, no entanto, muitas vezes enganados, então um papel importante para a lei é restringir não apenas aqueles cujos motivos são suspeitos, mas até mesmo as inclinações bem-intencionadas dos funcionários.
Este papel para a lei é especialmente visível no contexto das constituições. Crê-se comumente que o objetivo principal de uma constituição é impedir que funcionários egoístas ou malévolos operem em detrimento do bem público. E embora esse seja certamente um dos propósitos de uma constituição, provavelmente o mais importante é evitar que até mesmo funcionários bem-intencionados tomem decisões errôneas. Em outras palavras, uma constituição existe em parte para impedir que os maus funcionários façam coisas ruins, mas também, e mais importante, existe para impedir que os bons funcionários façam o que eles acham que são coisas boas, ou podem até ser coisas boas no curto prazo em detrimento do interesse público de longo prazo. E se esses tipos de restrições de segunda ordem até mesmo nas decisões políticas de primeira ordem aparentemente sólidas são frequentemente importantes, então podemos começar a vislumbrar porque as sanções podem ser ainda mais importantes no contexto do direito público do que no privado."
No original: "*And if even those officials who act in good faith and with much confidence in the wisdom of their actions are nevertheless often mistaken, then an important role for law is to constrain not only those who motives are suspect but even the well-intentioned inclinations of officials.*
This role for law is especially apparent in the context of constitutions. It is commonly believed that the principal purpose of a constitution is to prevent self-interested or evil officials from operating to the detriment of the public good. And although that is certainly one purpose of a constitution, arguably a more important one is to keep even well-intentioned officials from making erroneous decisions. To put it differently, a constitution exists in part to keep bad officials from doing bad things, but it also, and more importantly, exists to keep good officials from doing what they think are good things, or may even be good things in the short run, to the detriment of the long- run public interest. And if these kinds of second order constraints on even seemingly sound first-order policy decisions are often important, then we can begin to glimpse why sanctions maybe even more important in the context of public law than in private." SCHAUER, Frederick. **The force of the law**, Cambridge : Harvard University Press, 2015, pp. 91-92.

uma releitura neoconstitucionalista do provérbio medieval para o século XXI: "*The judge can do no wrong*."[622]

Assim, com a inexistência da intervenção, é desnecessário qualquer exame sobre a pretensa justificação constitucional, uma vez que a atuação judicial se faz com o propósito sempre concretizador da "máxima eficiência" protetiva dos direitos fundamentais.

Com o devido respeito aos que seguem tal perspectiva, é necessário dizer que tal operação não se dá no nível da dogmática jurídica, mas da teoria do direito. Esses autores, a pretexto de descreverem o direito, realizam operações prescritivas dissimuladas, como se fossem descrição. Eles tratam daquilo que eles "gostariam" que o direito fosse e apresentam ao leitor o discurso de que ele "é" assim. Assim, a retórica do efeito horizontal direto é a arma perfeita para a "legitimação" política desta doutrina, cuja principal função é municiar o poder judiciário para a permanente disputa de poder frente aos demais poderes constituídos.

A forma plástica como o direito é percebido possibilita a alteração de seu formato para "cada caso", a partir dos "interesses em jogo", sem qualquer respeito à necessária previsibilidade, segurança e ao limite da atuação estatal. Lançam-se os *slogans* através de enunciados performativos, tais como "interesse público", "princípio republicano", "bem comum", "contingências da realidade", "necessidades extraordinárias", "proporcionalidade e razoabilidade", "defesa das instituições" e outros desse jaez, passando-se, como em um passe de mágica, a autorizar o Judiciário a escolher, arbitrariamente, a "decisão mais justa", que assim bem entender.[623]

Essa normatividade líquida somente é possível a partir de uma operação que vê o processo como um instrumento a serviço da jurisdição, seja nas suas versões mais tradicionais ou em suas versões mais *soft*. O processo passa a ser uma simples ferramenta para servir ao juiz. Ele é entendido como uma coisa do Estado, para o Estado e pelo Estado. As partes tendem a ser coadjuvantes, os seus interesses subjetivos são vistos sempre de modo objetivado, sendo colocados, corriqueiramente, em *topoi* previamente determinados pelo juiz, com a finalidade de atender o *pathos* do justo. Nesse ambiente, o governo das leis cede lugar para o império judicial, formando uma juristocracia.[624]

---

[622] Neste sentido, CARVALHO FILHO, Antonio. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Recuperação judicial e o voluntarismo judicial**, Revista Brasileira de Direito Processual, n. 106, abr./jun. 2019, p. 92.

[623] CARVALHO FILHO, Antônio. **Democracias frágeis e o limite do poder**, Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3CEYmL1>, acesso realizado em 24/09/2021.

[624] HIRSCHL, Han. **Juristocracy – Political, not Judicial**, *in* The Good Society, vol. 13, nº 3, Penn State University Press, pp. 6-11. GOLDSTEIN, Leslie Friedman. **From Democracy to Juristocracy**, *in* Law& Society review, vol. 38, nº 3, 2004, pp. 611-629. GRANT, James. **The Rise of Juristocracy**, *in* The Wilson Quarterly, vol. 34, nº 2, 2010, pp. 16-22. ABBOUD, Georges. **Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração**

2.5. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Um dos maiores problemas da dogmática dos direitos fundamentais desenvolvida no Brasil é a defesa da adoção da eficácia direta dos direitos fundamentais aos particulares. Esse paradigma, por influência especial da doutrina alemã,[625] tocou primeiramente as relações privadas, colonizando o direito civil, como muito bem demonstrado por Rodrigues Jr.[626]

No direito processual, o fenômeno da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais encontrou terreno fértil, tendo em vista a ampla compreensão estatal que o processo teve, desde suas raízes instrumentalistas, até o desenvolvimento da visão do "processo justo".

A teorização sobre a eficácia direta é bastante fragmentada e não cabe aqui um retrato de todo tratamento dado pela doutrina. O desenvolvimento que se segue serve apenas para que o leitor se situe no debate que será travado e que possa avaliar, por si, os graves problemas da concepção em questão.

Ficaram conhecidos os 5 (cinco) "pilares principais" da teoria da eficácia horizontal direta:

> 1. O fundamento da ordem jurídica geral e, portanto, também do direito privado, é a dignidade humana;
>
> 2. Os direitos fundamentais, como expressão de valores supremos, devem ser efetivamente assegurados na vida social. Trata-se de exigência advinda de seu próprio conteúdo material, que exige um asseguramento e proteção amplos no interesse do particular;
>
> 3. Os direitos fundamentais experimentaram uma modificação em seu significado. Essa mudança informa que esses direitos não mais devem ser compreendidos apenas como direitos de defesa oponíveis em face do poder estatal, haja vista que se encontram em conexão com as relações sociais, protegendo o seu titular contra os poderes sociais privados;
>
> 4. Deriva-se da interpretação histórica dos direitos fundamentais que esses direitos são concebidos como direitos multidirecionais ou universais, de modo que a sua vigência não se limita às relações com o Estado. Assim, o quadro de

democrática trazidos pelo ativismo judicial, *in* Jurisdição e Hermenêutica Constitucional – Em Homenagem a Lenio Streck, Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet; Nelson Nery Jr. (Org.), Rio de Janeiro: GZ, 2017.

[625] O desenvolvimento primário da teoria da eficácia direta foi de Hans Carl Nipperdey, como apresentado por Rodrigues Jr. (RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, pp. 281-283.)

[626] Para além da análise e da fantástica crítica, Rodrigues Jr., apresenta a lista vasta lista bibliográfica das posições assumidas pelos autores brasileiros, especificamente na relação dos direitos fundamentais com o direito civil. RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo : estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2.ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019, pp. 241-327.

> desenvolvimento dos direitos fundamentais que melhor reflete as exigências e carências de uma sociedade moderna fala a favor da chamada tendência multidirecional (*allseitiger Tendenz*) dos direitos fundamentais;
>
> 5. Os direitos fundamentais, ao serem considerados direitos imediatamente vigentes perante os poderes públicos, devem também ser considerados direitos imediatamente vigentes no âmbito privado. Essa tese encontrou acepção no sentido de que aquilo que não é permito ao Estado, também não o é no âmbito privado.[627]

Pois bem. Passa-se ao exame dos pilares.

Os três últimos argumentos (3, 4 e 5) são praticamente desdobramentos de um mesmo argumento nuclear, qual seja, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais pode ser violado por particulares. Isso é um fato incontestável! Contudo, não significa que os particulares podem ser considerados destinatários dos direitos fundamentais.

O terceiro pilar assume que a mudança das relações sociais exigiu a mudança no significado dos direitos fundamentais –, que não podem mais ser vistos como direitos de defesa oponíveis contra o poder estatal, devendo proteger o titular contra os "poderes sociais privados". A premissa utilizada é distorcida e não leva em consideração a atualização dogmática dos direitos fundamentais como direito de resistência. Há muito, não se defende na doutrina liberal dos direitos fundamentais o caráter clássico de direito de *status negativus*, especialmente dos direitos de liberdade, que seriam "imunes" ao ataque do Poder Estatal. Essa compreensão, típica do final do século XIX, traz para o debate um verdadeiro espantalho, como se quem defendesse a natureza jurídica dos direitos fundamentais como direito de resistência (defesa), entendesse que eles servem para blindar qualquer intervenção no seu âmbito de proteção.

Seja como for, a simples superação do paradigma clássico do direito de *status negativus* não acarreta a ressiginificação dos direitos fundamentais, para que passem a vincular os próprios particulares.

Os "poderes sociais privados" representam fenômenos notórios nas sociedades capitalistas, que passaram a ser sensíveis a partir da formação de grandes conglomerados econômicos, com os impulsos da globalização, a era do consumo de massa e da hiperconectividade, experimentadas nos últimos 40 anos.[628] Essa constatação sociológica não

---

[627] DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição** [livro eletrônico]: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo, 1.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, item 3.1.2. Pilares da teoria da eficácia direta.

[628] Tais problemas estão diretamente ligados à proposta do constitucionalismo transnacional de Gunther Teubner. "Nos últimos anos, uma série de escândalos públicos chamou atenção para a 'nova questão constitucional'. Violações de direitos humanos por empresas multinacionais; decisões controversas da Organização Mundial do

realiza, por si, a mutação do caráter jurídico dos direitos fundamentais como direitos subjetivos oponíveis contra o Estado. São direitos que serão a pretensão de resistência à conduta comissiva ou omissiva do Estado, que vise interferir no seu âmbito de determinado direito fundamental.

O conhecimento sociológico e as teorias desenvolvidas a partir daí são fundamentais para se compreender as relações sociais e possibilitar, inclusive, a alteração da constituição e das leis. Especificamente sobre o argumento ora analisado, a vinculação direta dos direitos fundamentais aos "poderes sociais privados" ou especificamente a determinado grupo de indivíduos deveria passar por alteração constitucional, talvez de outra constituição.

Enquanto isso não ocorre, a proposta é meramente uma reivindicação sociológica, política, econômica, ética etc.

Deste modo, cabe ao legislador, estabelecer as leis de regência das relações sociais, inclusive aquelas que dizem respeito a estes "poderes privados". O CDC, o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados, dentre tantas outras alterações e inclusões legislativas, são tentativas estatais de regularem estas relações em franca expansão.

É natural que o direito posto legislado esteja a reboque da revolução tecnológica que estamos sofrendo e isso não configura motivo suficiente para alteração da vinculação direta apenas do Estado com relação aos direitos fundamentais.

Seja como for, a prosperar este argumento, haveria a abertura da vinculação direta dos direitos fundamentais apenas a certo grupo de pessoas, àquelas de "grande poder social". Sem contar no grave problema de conceituação e identificação do grupo, o que levaria a subjetivismos sem fim, este fundamento não seria suficiente para a aplicação indiscriminada dos direitos fundamentais a todos os particulares. Mas isso geraria um problema grave de igualdade, qual seja, se o que justifica a vinculação direta deste grupo de pessoas é a potencial interferência nos direitos fundamentais, o que justificaria a não vinculação direta de outras pessoas que exercessem episodicamente interferência correspondente em direitos fundamentais, mesmo não detendo o "poder social"? Em ambos os casos, a interferência caracterizaria a manifestação de poder – pelo menos no plano fenomênico.

Comércio que, em nom do livre comércio global, ameaçam a proteção do meio ambiente e à saúde; *doping* esportivo; corrupção na medicina e na ciência; ameaças à liberdade de expressão por intermediários privados na internet; interferências massivas na esfera privada decorrentes da coleta e retenção de dados por organizações privadas; e, com força especial, a liberação de riscos catastróficos nos mercados financeiros mundiais – todos esses fenômenos levantam não apenas problemas políticos e jurídicos de regulação, mas também problemas constitucionais em sentido estrito." TEUBNER. Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, São Paulo : Saraiva, 2016, p. 23. Outro paradigma também interessante de percepção do problema foi apresentado por FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros tema**, Barueri : Manole, 2007, pp. 538-552.

Verifica-se, portanto, que o argumento encerra um fundamento enviesante, para convencer pela representação. Ou seja, apela-se para as próprias experiências pessoais do intérprete, para que ele adira à posição de suposta proteção de sua esfera jurídica em situações de tensão com tais "poderes sociais".

Não há absolutamente nada de jurídico no argumento.

O quarto pilar busca estabelecer a "alteração histórica" dos direitos fundamentais, que passam a ser concebidos como direitos multidirecionais e universais. Mais uma vez, a retórica política invade o direito. Como já afirmado no estudo dos capítulos precedentes, a visão universalista de direitos é própria de uma visão neoconstitucionalista, que trata direitos como valores a partir de uma abstração axiológica. Assim, o direito fundamental não tem o âmbito de proteção constitucional previsto, mas possui o conteúdo prescrito, por valoração particular, pela doutrina. Assim, a universalidade faz com que os direitos fundamentais estejam desconectados do Estado, são direitos imanentes à condição humana.

O discurso parece muito bonito como teoria do direito. No entanto, existem problemas graves que a construção ignora. Questiona-se: independentemente da cultura e da história jurídico-política de determinado povo, eles possuem os mesmos direitos fundamentais que os alemães, por exemplo? A universalidade dos direitos fundamentais se verifica exatamente em qual plano normativo? As perguntas poderiam se multiplicar.

Mais uma vez, a retórica política está ao lado do neoconstitucionalismo.

A "multidirecionalidade" é decorrência da universalidade. Ora, se não é necessário o Estado na positivação dos direitos fundamentais, eles devem vincular a tudo e a todos. O feixe de incidência e sujeição de tais direitos vincula amplamente a todos os sujeitos em uma perspectiva tridimensional.

No entanto, o fundamento da multidirecionalidade representa um paradoxo jurídico. Explica-se. Na teoria do direito, determinado direito subjetivo cria ao seu titular o poder jurídico para exigir o seu cumprimento quando ele seja ameaçado ou violado. Este poder existe porque o direito subjetivo vincula determinada pessoa a um dever correspondente, caracterizando o destinatário do dever e, portanto, a sua posição jurídica de sujeição. Quando a situação de poder e de sujeição estão concentradas na mesma pessoa, ocorre a confusão entre titular e destinatário, tendente a extinguir a relação jurídica correspondente. Assim, não há nem titular, nem destinatário.

Quando se fala em direitos fundamentais, todos os titulares constitucionalmente previstos são dotados da posição de sujeitos ativos de tais direitos. Se, ao mesmo tempo, eles se tornam destinatários destes mesmos direitos, há um problema grave de ordem lógico-

jurídica, pois a concorrência da situação de titularidade e destinatário de determinados direitos faz com que eles se anulem.

A construção da multidirecionalidade somente faria sentido se o particular fosse titular de direitos fundamentais em determinadas situações específicas e destinatário em outras. Contudo, isso não faz o menor sentido em termos de direitos públicos subjetivos.

De forma muito mais adequada, Poscher sugeriu modo diverso de tratamento da questão, ao se referir a constelações triangulares ou multipolares entre indivíduos, caracterizadas pelas disputas entre indivíduos mediadas pelo Estado.

A multidirecionalidade é uma leitura empobrecida da multipolaridade, que encontra na noção de direitos difusos e coletivos a sua real existência. A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares ocorre sempre por mediação do Estado, quando se realiza o exame analítico das situações jurídicas.

A própria eficácia direta exige a mediação do Poder Judiciário. A diferença para a eficácia indireta é que, naquela ,o juiz livra-se das contenções legais e constitucionais e passa a criar abstratamente deveres e condutas esperadas pelos particulares a partir de uma valoração abstrata – e não positivada – de determinado direito fundamental. Ou seja, ignora-se a necessidade do legislador como médium entre o limite do direito fundamental e regulação das relações com os particulares. É uma abertura, portanto, para o ativismo judicial.

O quinto pilar baseia-se em um sofisma: "o que não é permitido ao Estado, não é permitido ao particular no âmbito privado." A afirmação é flagrantemente falsa. O exame do regime jurídico do Estado em relação ao regime jurídico particular demonstra como o argumento falha.[629] Não é permitida ao Estado a livre contratação com particulares, isso impede que particulares contratem livremente? Obviamente que não. Não é permitida ao Estado a discriminação de qualquer pessoa, salvo justificativa específica para cada ocupação, seja na seleção de pessoal ou mesmo na celebração de convênios. Ao particular é impossível discriminar a participação de pessoas em determinada associação? Seriam vedadas associações exclusivamente masculinas (como a maçonaria), exclusivamente femininas (como flor-de-lís) ou exclusivamente formada por negros? A resposta também é negativa. "[C]abe aos conviventes e contratantes em princípio a livre configuração das mesmas relações. No limite, algumas discriminações absolutamente vedadas ao Estado podem representar legítimo

[629] "O fato relevante do ponto de vista normativo é que nem tudo que é vedado ao Estado como intervenção não justificada em direitos fundamentais de liberdade, também o será em face de particulares 'mais fortes' ou agressores." DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 143.

exercício de variados direitos fundamentais de liberdade."[630] É o caso, por exemplo, de restaurantes ou clubes noturnos que exigem um *dresscode* ou então um comportamento compatível com o local, sob pena de sua remoção compulsória pela segurança, exemplos também oferecidos por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Isso mostra que muitos atos que não são permitidos ao Estado, os são para particulares e que os direitos fundamentais não têm relação direta nesses casos.

Com sua peculiar elegância e verve cultural, Otávio Luiz Rodrigues Jr. derruba qualquer argumento relacionado a este pilar com a "cláusula Vito Corleone":

> No clássico filme 'O poderoso chefão' (ou 'O padrinho', em Portugal), de Francis Ford Coppola, o jovem (e futuro mafioso) Vito Corleone é um excelente empregado de uma pequena loja no bairro italiano. O dono é visitado pelo mafioso local, que exige um emprego para seu sobrinho. Apesar das objeções, o dono do estabelecimento cede às pressões e comunica constrangido a Vito Corleone, pai de família e dependente daquele salário para sobreviver, a perda de seu emprego. Em outra cena, o empregador corre e alcança Vito para lhe entregar uma caixa com alimentos, uma espécie de indenização, recusada dignamente por ele. Assim, começa sua trajetória na vida do crime. É lamentável e censurável. Mas, sem mafiosos e esses elementos melodramáticos, todos os dias pessoas são demitidas e contratadas por critérios extremamente subjetivos e por razões que nunca seriam captáveis pelos princípios ou pelos parâmetros do Direito Constitucional, por exemplo. Seria o caso de exigir a aplicação do dever de fundamentar as decisões, presente na Constituição, para tais fatos da vida privada? Evidentemente que não. Prevalece, no mundo real, a 'cláusula Vito Corleone', para se usar de uma metáfora cinematográfica.[631]

Volta-se a atenção para o primeiro pilar. Marcelo Duque, na esteira de outros autores, sustenta que "a teoria da eficácia direta sindicaliza que os direitos fundamentais não necessitam, em princípio, de transformações para serem aplicados no âmbito das relações privadas, assumindo, assim, a função de direitos de defesa oponíveis contra outros particulares, de modo

---

[630] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 143.

[631] RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**, Revista *Meritum*, v. 5, n. 2, jul./dez. 2010, pp. 43-44, disponível em <https://doi.org/10.46560/meritum.v5i2.1054>, acesso em 27/09/2021. E prossegue o autor: "O nepotismo é prática abolida do ambiente público. Há o art. 37, caput, da Constituição, com o princípio da impessoalidade, e a Súmula Vinculante STF n 13, que proíbe o nepotismo na Administração Pública. Ninguém discute as vantagens desse modelo na esfera estatal. O que dizer da gestão de grandes empresas privadas, baseadas no critério dos laços de sangue? Quem contesta a sucessão familiar nos grupos econômicos? No programa jornalístico de maior audiência da televisão brasileira, que muitas vezes denunciou o nepotismo no Governo brasileiro, a bancada de âncoras é ocupada por marido e mulher, assim como muitos dos atores são filhos ou casados com colegas de profissão, diretores ou produtores da radiodifusora. Perderia em legitimidade a televisão por favorecer o nepotismo em seus quadros ou isso é uma decorrência do regime privado de sua organização, pautado na liberdade dessas escolhas?". p. 44.

que os indivíduos podem invocar os seus direitos subjetivos fundamentais também perante outros sujeitos privados, em termos semelhantes àqueles que os opunham contra o Estado."[632]

A afirmação é no mínimo inusitada. De pronto, vê-se que o terceiro pilar, já criticado, assevera que houve uma guinada no sentido dos direitos fundamentais, que não são mais vistos apenas como "direitos de defesa", mas, na passagem acima, afirma-se que os direitos fundamentais se colocam como direitos de defesa oponíveis aos particulares. A confusão é flagrante.

Isso não bastasse, a passagem acima supostamente se vale da construção clássica do direito de resistência, especificamente de sua estrutura de direito de *status negativus*, para dotar os direitos fundamentais de eficácia direta.

Com o devido respeito, a tese é absolutamente equivocada. A premissa comum entre a doutrina clássica do direito de resistência – direito de *status negativus* – e sua releitura a partir do modelo complexo de liberdade de Poscher – direito de resistência como necessidade de justificação constitucional para intervenção estatal – é a de que os direitos fundamentais vinculam apenas o Estado diretamente, sendo que, para os particulares, em regra, exige-se a mediação legislativa para a criação de regras específicas. Como essa premissa poderia ser ultrapassada para que o argumento do *status negativus* fosse utilizado pela teoria da eficácia direta?

Duque busca responder, afirmando que "certos direitos fundamentais possuem eficácia absoluta ou uma eficácia normativa direta em sua qualidade como direito constitucional vinculativo e objetivo, que revoga, modifica, complementa ou cria novas determinações de direito privado." Esses direitos fundamentais possuem uma regulamentação normativa do ordenamento jurídico total como unidade, a partir do qual fluem também direitos privados subjetivos diretamente aplicáveis pelo particular (*unmittelbar subjektive private Rechte des einzelnen*)." E prossegue:

> A fundamentação da existência de direitos subjetivos no tráfego jurídico privado repousa no mandamento de proteção da dignidade humana: a dignidade humana só pode ser o princípio que domina o direito, quando todos os sujeitos privados respeitarem e não violarem a dignidade dos demais; assim, proteção estatal da dignidade significa para o tráfego jurídico privado o reconhecimento de um direito subjetivo absoluto irrenunciável à dignidade, oponível perante outros sujeitos privados. (*Anerkennung eines unverzichtbaren absoluten subjektiven Rechts auf Würde gegenüber den anderen Rechtspersonen*). A dignidade humana é reconhecida como liberdade, mas mais do que somente a liberdade: é a "liberdade para algo"

[632] DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição** [livro eletrônico]: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo, 1.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, item 3.1.2. Pilares da teoria da eficácia direta.

> (*Freiheit zu etwas*), que em si é um valor, sendo que a mudança de significado dos direitos fundamentais que indica uma capacidade valorativa desse conceito, aponta para uma *Drittwirkung* primária de todas as liberdades. Nesse sentido, o catálogo de direitos fundamentais concede ao particular direitos subjetivos públicos e privados de forma direta, ou seja, simultaneamente na forma de lei jurídica privada (*zugleich privatrechtliches Gesetz*).[633]

Aqui se verifica uma das chaves para se compreender o fundamento da teoria da eficácia direta: a dignidade da pessoa humana. Lembre-se que Duque afirmou que "certos direitos fundamentais" possuiriam "eficácia absoluta". A referência não é do autor, mas sim do BAG (*Bundesarbeitsgericht*) – Tribunal Federal do Trabalho, em tradução livre –, que foi um dos primeiros tribunais a adotar a eficácia direta dos direitos fundamentais em seus julgados. Para Duque, contudo, a dignidade da pessoa humana, ou então a garantia de livre desenvolvimento da personalidade – decorrente da dignidade –, engloba todos os direitos fundamentais clássicos, especialmente o de liberdade de ação geral, razão pela qual a ressalva de "certos direitos" perde a seu significado prático.

Já se demonstrou acima (item 1.6.2, *supra*), como a dignidade da pessoa humana foi funcionalizada pelos neoconstitucionalistas, com a finalidade de promover a normatividade de princípios ou de valores que o próprio autor pensa ser mais adequado, buscando, assim, a correção do direito ou a realização da "justiça" no caso concreto. O intuito aqui não é diferente.

O argumento não tem como prosperar. A um, porque, no Brasil, a dignidade da pessoa humana não representa um direito fundamental, mas um fundamento da República (art. 1º, III, da CF). Assim, ao contrário do que se passa com os direitos fundamentais, que permitem a intervenção estatal, a dignidade da pessoa humana não pode sofrer qualquer limitação em sua normatividade.[634] É dizer, ela encerra uma barreira instransponível em garantir a qualquer pessoa natural a sua condição de ser humano. Assim, sua função é evitar que o ser humano seja tratado como objeto ou seja reduzido à condição desumanizada. Uma norma tão poderosa não pode ser utilizada para a articulação de teses que propõem um rompimento com o próprio direito, como é o caso da ora analisada.

A proposta de Duque – e de tantos outros que a utilizam – instrumentaliza a dignidade da pessoa humana como uma ferramenta para empoderamento judicial, daí se falar na funcionalização da dignidade. É, portanto, como se viu, uma forma flagrante de banalização da

---

[633] DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição** [livro eletrônico]: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo, 1.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, item 3.1.2. Pilares da teoria da eficácia direta.

[634] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 96-97.

norma, já que sua adoção é realizada como uma espécie de "argumento de autoridade", afinal, quem se levantar contra a dignidade da pessoa humana somente pode defender o "mal" na luta contra o "bem", retórica muito utilizada pelo neoconstitucionalismo, a propósito.[635]

O argumento em revista pode ser resumido nos seguintes termos: os direitos fundamentais vinculam particulares porque são absorvidos pela dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana vincula os particulares. Assim, violar direitos fundamentais significa violar a dignidade da pessoa humana.

Além de toda crítica já apresentada, para que a tese prosperasse, seria necessária a demonstração de que a dignidade da pessoa humana, por si só, absorve em seu conteúdo todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos de liberdade, os direitos sociais, os direitos coletivos etc. A demonstração, no entanto, é impossível. Não é demais considerar o argumento como meramente performativo, não podendo ser submetido a testes de constatação. Ele se opera, no máximo, no campo da crença, ou no plano do desejo, que não deveriam integrar o discurso jurídico.

Retomando o fio da meada: a manifestação de Duque de que os direitos fundamentais são direitos de resistência (defesa) oponíveis contra os particulares baseia-se, exclusivamente, na sua premissa – falsa – de que a dignidade da pessoa humana é um feixe de todos os direitos fundamentais.

O segundo pilar rege-se na visão de que os direitos fundamentais são valores supremos e, como tais, devem ser assegurados através de ampla proteção estatal. Este argumento está diretamente vinculado à teoria do dever de tutela dos direitos fundamentais, desenvolvida a partir do paradigma da dimensão objetiva, sobre o que se remete para o tópico anterior.

É notória a permanente omissão do legislativo brasileiro na tomada de decisão de inúmeras matérias que, em última análise, encerram deveres de tutela. Talvez esse seja o principal argumento – pragmaticamente falando – para a defesa da eficácia direta dos direitos fundamentais aos particulares. O silêncio do legislativo, no entanto, nem sempre se refere à falta de decisão. Não raro, o legislador opta por não regulamentar determinada matéria do modo como determinados setores pretendem. Isso pode ser facilmente percebido nos casos da regulamentação do aborto até o terceiro mês de gestação e do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em ambas as situações, pelo que se percebeu, nada obstante a existência de propostas legislativas que previam a possibilidade das condutas acima, o legislador brasileiro decidiu por não regulamentar. Trata-se, no caso, de decisão legítima no campo político.

[635] Vide as reiteradas manifestações do Min. Barroso, invocando-se como representante do bem contra o mal.

Noutros casos, por outro lado, pode-se verificar a "mora legislativa", que, como já sustentado alhures, pode ser suprida judicialmente apenas pela via do mandado de injunção ou pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Uma solução que vem sendo pensada no direito brasileiro e que teve há pouco uma proposta de sistematização diz respeito ao paradigma da proceduralização, que, em termos de jurisdição constitucional, pode conviver, sem ofensas, com o devido processo legal e o paradigma da decisão heterocompositiva, e promover solução constitucionalmente adequada para o problema da omissão legislativa, sem lançar mão do modelo do dever de tutela impróprio, como pretendido pelos partidários do efeito horizontal direto.[636]

Para que a decisão judicial (heterocompositiva) não descambe para o já alertado ativismo judicial em prestígio ao *self-restraint* e à vinculação do julgador ao direito posto, é necessário que a dogmática do dever de tutela "seja reconstruída de tal sorte a corresponder à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, no sentido de uma 'subjetivação' daquilo que originalmente é objetivo",[637] como foi apresentado no tópico anterior.

A lógica da construção é singela e ao mesmo tempo poderosa: se determinada regulamentação (legal ou normativa) de certa constelação triangular representar uma intervenção no âmbito de proteção de determinado direito fundamental, sem justificação constitucional, o juiz não poderá aplicá-la no caso concreto.

Para além do controle de constitucionalidade legal e normativo, o efeito horizontal indireto também se verifica nas cláusulas gerais do direito infraconstitucional, como "portas de abertura" dos direitos fundamentais nas regulações triangulares,[638] sendo este mais um sentido do "efeito de irradiação".[639] O uso metafórico da "irradiação" se deve à figura utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão,[640] que tem o sentido de "trazer à luz" ("emanação", "interpretação à luz") a vinculação do juiz ao direito de resistência contido no direito fundamental.[641]

---

[636] Escapa à análise da presente tese, ao menos neste momento, o paradigma da proceduralização, como método de solução de conflitos a partir do reconhecimento da insuficiência do paradigma da decisão para algumas questões contemporâneas que chegam ao conhecimento da jurisdição constitucional. Para aprofundamento sobre o paradigma da proceduralização: ABBOUD, Georges. Direito Constitucional pós-moderno, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 505-664.

[637] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 159.

[638] BVerfGE 73, 261.

[639] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 143-144.

[640] BVerfGE 7, 198 (*Lüth*); BVerfGE 73, 261 (*Sozialplan*).

[641] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 280.

O ponto aqui é delicado e exige um exame mais aprofundado para entender como as cláusulas gerais irradiam os direitos fundamentais nas constelações triangulares entre particulares.

A disputa na teoria do direito acerca das cláusulas gerais representa objeto sobre o qual não se pode enveredar no momento. Seria necessária outra investigação, tão intensa como a realizada aqui, para o enfrentamento de todas as questões relevantes sobre o tema.

É inegável, contudo, que, na segunda metade do século XX, especialmente no Brasil a partir do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, o legislador passou a utilizar com frequência de cláusulas gerais e regras com conceitos jurídicos indeterminados (termos indeterminados de conceito, como prefere Grau),[642] como forma de possibilitar o conhecimento amplo de questões imprevisíveis em constelações triangulares, quando da feitura do enunciado normativo. O Código de Processo Civil não ficou imune a esta tendência, razão pela qual é indispensável compreender como as cláusulas gerais dialogam com os direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, é necessário desfazer qualquer tendência de que as cláusulas gerais aproximam o juiz de um sistema aberto de princípios e autoriza a realização de resolução de conflitos (colisões) entre direitos fundamentais através de ponderações. Elas não têm qualquer função a este respeito.

Poscher indica que as cláusulas gerais permitem ao juiz a liberação da pressão para a tomada da decisão na falta de regulamentação jurídica especial do conflito. Trata-se, portanto, de uma técnica legislativa que visa dar ao juiz conteúdo normativo – diante da finitude da regulação codificada – para embasar suas decisões em decorrência da vedação do *non liquet*. Em grande medida, o autor defende que as cláusulas gerais existem como recursos jurídicos para lidar com a complexidade e as dificuldades de regulamentação (por lei) de determinado conflito no tempo e no espaço em áreas temáticas ainda não previstas pelo legislador. Por isso, as cláusulas gerais atuam como um "tampão de codificação" (*Kodifikationspuffer*) em termos de tempo.[643]

Isso demonstra como as cláusulas gerais funcionam como elementos de fechamento do sistema, para a regulação de constelações triangulares ou multipolares que ainda não constam com regramento legislativo específico.

---

[642] GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**, 6.ed., 2ª tiragem, São Paulo : Malheiros, 2014, pp. 156-157.

[643] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 324.

Porém, adverte o autor em questão, quando o recurso a cláusulas gerais não é uma expressão de dificuldades regulatórias em determinada área ou em determinado lapso temporal de vazio regulamentar legislativo, mas reflete apenas a rejeição da responsabilidade política do legislador em realizar a regulação específica de comportamentos e condutas esperadas por particulares, a utilização das cláusulas gerais perde a sua função.[644]

O pensamento de Poscher é totalmente coerente com a dogmática alemã dos direitos fundamentais. Note-se que todo tipo de regulação estatal dos particulares representa potencial intervenção aos direitos fundamentais. Um dos limites dos limites é a "reserva de parlamento" (*Parlamentsvorbehalt*), que impede ao legislativo a delegação de decisões políticas essenciais ao executivo e ao judiciário. Com efeito, é vedado ao legislador delegar, mesmo que através de cláusulas gerais, a regulamentação episódica de situações esporádicas nas relações entre particulares, levando em consideração o seu dever de atender à segurança jurídica através da legalidade posta na sua perspectiva de previsibilidade.

Não basta apenas isso. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e sua função de resistência ganham especial relevo na operação normativa do julgador. Não há dúvida de que as cláusulas gerais oferecem ao juiz, no espaço e tempo excepcionado acima, um poder concretizador muito próximo ao do legislador (margem de manobra). Portanto, a concretização normativa pela via das cláusulas gerais promove – tal qual a conduta legislativa – o potencial perigo de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o que faz com que o julgador tenha o ônus de justificar constitucionalmente a intervenção, em razão do princípio distributivo.

Ao mesmo tempo em que a cláusula geral empodera o juiz, os direitos fundamentais entram em cena para limitar o seu próprio poder, autogerenciando a regulação pela função da validade, já que, no ambiente republicano-democrático, não se admite o exercício do poder sem a correspondente contenção e contrastabilidade.[645]

Além da indeterminação própria da linguagem, que já representa um problema importante para a interpretação do direito, as cláusulas gerais são dotadas de vagueza extraordinária, o que demanda do juiz esforço hercúleo em sua autocontenção, para que não promova o rompimento com a tradição e com o sentido jurídico dos termos e passe a estabelecer normas de primeiro grau *ex post facto*, que seriam flagrantemente arbitrárias.[646]

---

[644] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 324-325.
[645] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, p. 212.
[646] KEIL, Geert. POSCHER, Ralf. **Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives**, New York : Oxford University Press, 2016, p. 11.

Nas mãos de neoconstitucionalistas, a cláusula geral é a licença para o juiz legislar concretamente, realizando, inclusive, a correção do direito posto. Eles entendem que a aproximação entre as cláusulas gerais e os direitos fundamentais permite, caso a caso, a realização do dever de tutela ("impróprio"), para a valoração da situação fática e a obtenção da solução mais "justa". Com isso, as cláusulas gerais são instrumentalizadas como nexos de ligação direta a princípios como mandamentos de otimização, prontos para possibilitar ao intérprete o atingimento da melhor proteção possível ao caso.

A solução a partir do modelo de resistência, contudo, é radicalmente diversa. As cláusulas gerais não permitem ao juiz a abertura salientada acima. A aproximação com os direitos fundamentais visa, exclusivamente, à busca de comportamento particular "interventivo" (estorvo) em âmbito de proteção de determinado direito fundamental da outra parte, sobre o qual o juiz deve verificar a existência, ou não, de justificação constitucional.

Mais do que isso, a alternativa às cláusulas gerais somente está autorizada nas hipóteses de ausência de regulamentação específica da constelação triangular pelas circunstâncias limitadoras de tempo, como acima referido.

Não há dúvida de que os precedentes (em seu sentido mais próximo do *stare decisis*) possuem papel fundamental na construção dos sentidos possíveis das cláusulas gerais. Porém, esses próprios enunciados podem acarretar intervenções no âmbito de proteção de determinado direito fundamental de uma das partes, devendo ser seguidas da necessária justificação constitucional.

As cláusulas gerais representam aquilo que Waldron chama de "padrões" (*standards*), que surgem no direito em contraposição às "regras" (*rules*). As regras, ensina o autor, possuem a vantagem de estabelecer comandos mais precisos a respeito de determinadas condutas, como um certo limite de velocidade, um certo limite de punição, um certo comprimento para as saias femininas etc. Assim, regras são dotadas de ampla coercibilidade, concorde-se, ou não, com a política subjacente à sua edição. Os padrões, tais como "razoável", "cruel", "casto", por outro lado, exigem dos indivíduos o desenvolvimento e a aplicação de determinado "conceito" ou "concepção" sobre o termo e tal concepção pode ser informada não apenas por sua abordagem particular sobre a melhor forma para elaborar o padrão, mas também sobre sua visão individual acerca da conveniência das normas que o padrão parece incorporar.[647]

A realidade demonstra, como referido acima, que a complexidade da sociedade atual exige a absorção pelo estado de direito das cláusulas gerais. É importante compreender,

[647] WALDRON, Jeremy. **15 Clarity, Thoughtfulness, and the Rule of Law**, *in* Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives, New York : Oxford University Press, 2016, p. 322.

contudo, que elas não solucionam todos os problemas e não são aplicáveis em todas as situações. Relevante asseverar também que elas não servem como válvula de rompimento de competências negativas do Poder Judiciário e tampouco possibilitam ao juiz a tomada de qualquer decisão que entenda "mais justa". Os direitos fundamentais, portanto, realizam, com relação às cláusulas gerais, o mesmo papel do dever de abstenção sobre o legislador com relação ao julgador, ou seja, cabe ao juiz controlar-se a si próprio no controle da constitucionalidade da intervenção que realizará com a interpretação da cláusula geral.[648]

Não há qualquer dúvida da dificuldade em operar com cláusulas gerais. A doutrina tem papel decisivo no desenvolvimento de ferramentas dogmáticas para o controle da atuação judicial – respeitando as fronteiras epistemológicas da área do conhecimento ao qual a cláusula geral toca e a constitucionalidade da intervenção judicial – e a jurisprudência, atenta aos seus próprios limites, deve construir os sentidos possíveis das cláusulas gerais nos casos examinados.

Em resumo, o efeito horizontal indireto guarda uma função muito menos protagonista do que a defendida pelos defensores do efeito horizontal direto. Especificamente sobre o judiciário, "o efeito horizontal indireto refere-se precipuamente à obrigação do juiz de observar o papel (efeito, 'irradiação') dos direitos fundamentais, sob pena de intervir de forma inconstitucional na área de proteção do direito fundamental, prolatando uma sentença [ou uma decisão] inconstitucional."[649]

2.6. Intervenção na dogmática do direito de resistência

A análise do conteúdo normativo dos direitos fundamentais e dos deveres vinculativos de seus destinatários possui caráter nitidamente instrutivo e preparatório para o objeto que importa em termos jurídico-dogmáticos, qual seja, a imposição de limites para o exercício dos direitos. É exatamente neste ponto que ganha especial relevo a dogmática do direito de resistência.

De pronto, já se vê uma distinção possível do comportamento estatal. As intervenções podem ser justificadas ou injustificadas a partir da normatividade constitucional. Apenas essas, as injustificadas, são defesas ao Estado. Por isso, elas devem ser consideradas violações aos

[648] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 140.
[649] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 140.

direitos fundamentais.[650] Adere-se, por conseguinte, à nomenclatura de Pieroth e Schlink na distinção entre intervenção e violação na resolução de casos práticos.

Em outras palavras, utiliza-se a expressão violação apenas para as interferências injustificadas no âmbito de proteção do direito fundamental, que não tenham justificação constitucional. Tal constatação somente é possível após o respectivo exame da justificação.

Importante notar que a licitude da interferência não utiliza apenas a métrica do grau de limitação que impõe ao respectivo direito fundamental, ou seja, não se pode dizer, *a priori*, que apenas se está diante de uma violação nas situações nas quais a ação estatal tornou impossível o exercício do direito fundamental.[651]

A ação estatal que impossibilite ou torne difícil o comportamento individual que se enquadre no âmbito de proteção de determinado direito fundamental é apenas uma fórmula prática, um viés de confirmação de potencial violação. Todas as interferências não desprezíveis[652] do Estado no direito fundamental protegido contra a vontade do respectivo titular[653] são intervenções apreciáveis do ponto de vista da dogmática do direito de resistência.

Uma intervenção normalmente se caracteriza pelo obstáculo ao objeto de liberdade protegido no âmbito de proteção de determinado direito fundamental.[654] Basta a "invasão" do âmbito de proteção do direito fundamental pelo Estado para ativar um mecanismo complexo de defesa e resistência em favor do indivíduo.[655]

Deste modo, o exame dos limites aos direitos fundamentais deve passar pelo exame de três elementos dogmáticos fundamentais: o âmbito de proteção, a intervenção e a justificação. Essa é a fórmula que responde normativamente tanto à relação bipolar Estado-indivíduo, como também às constelações multipolares.

---

[650] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2715.

[651] A advertência é dada por MERTEN, Detlef. **Der Grundrechtsengriff**, 3. Aussprache und Schlußworte, *in* VVDStRL 57, 1997, pp. 112-113.

[652] A dogmática dos direitos fundamentais também se preocupa em estabelecer critérios para a definição do que seriam "influências desprezíveis" nos direitos fundamentais. Ver por todos, DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 183-185.

[653] BETHGE, Herbert. **Der Grundrechtseingriff**, 1. Bericht von Prof. Dr. *Herbert Bethge*, *in* VVDStRL 57, 1997, p. 40.

[654] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 164.

[655] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 181.

É possível defender a existência de intervenções, justificadas ou não, tanto em direitos de liberdade clássico (direitos de *"status negativus"* pela doutrina clássica), como em direitos prestacionais (direitos de *"status positivus"*), tal qual os direitos sociais.[656]

Nos chamados direitos de "*status negativus*", a intervenção ocorre pela ação fática ou normativa do Estado, que se choca com o âmbito de proteção de um direito fundamental. Nos chamados direitos de "*status positivus*", em especial os direitos prestacionais, a intervenção se verifica pela omissão ou abstenção da prestação a que está obrigado. O exame da intervenção em termos jurídicos é o mesmo, apenas o modo como ela se opera é diferente. Ambas estampam, por conseguinte, o ônus argumentativo de justificação, do qual o Estado deve se desincumbir para garantir a higidez jurídica de sua intervenção.[657]

É preciso, por conseguinte, adotar um conceito de intervenção em "sentido amplo",[658] que abarque toda e qualquer ação ou omissão estatal com um mínimo de relevância em relação ao direito fundamental. Incluem-se no conceito de intervenção, ainda, as ações e omissões estatais que atinjam liberdade de terceiros, mesmo que de forma indireta e não somente da pessoa a quem a intervenção se dirige imediata e intencionalmente.[659]

O âmbito de proteção dos direitos fundamentais descreve o objeto da liberdade individual protegido. Levando em consideração que apenas o Estado pode ser concebido como destinatário dos direitos fundamentais, por consequência lógica, apenas os seus atos podem ser considerados intervenções. Poder-se-ia contestar essa afirmação com o argumento de que particulares também são capazes de opor obstáculos ao objeto de liberdade individual. O argumento procede na constatação do seu nível empírico. De fato, particulares podem criar embaraços a liberdades protegidas por direitos fundamentais. Por outro lado, como já desenvolvido, eles não se encontram vinculados diretamente aos direitos fundamentais, como se vê do art. 5º, § 1º, da CF.

---

[656] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 180-181. Em sentido contrário LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, pp. 184.-

[657] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 180.

[658] Neste sentido: BETHGE, Herbert. **Der Grundrechtseingriff**, 1. Bericht von Prof. Dr. *Herbert Bethge*, *in* VVDStRL 57, 1997, pp. 38-56. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 182-184.

[659] KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, Kindle, pos. 4652.

Nesta pegada, o comportamento não estatal que embaraça área de proteção de determinado direito fundamental será aqui chamado de "estorvo" (*Beeinträchtigungen*)[660] – em adesão à nomenclatura alemã –, com a finalidade de evitar confusão com o termo limitação ou intervenção. A distinção é necessária para possibilitar o exame analítico adequado da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais. A ausência de distinção entre a interferência estatal e o estorvo privado dificultariam em demasia o exame e a solução dos problemas das constelações multipolares.[661]

Em decorrência da vinculação de todas as funções do poder estatal aos direitos fundamentais, as intervenções, do ponto de vista de seu agente, podem ocorrer tanto pelo Legislativo, pelo Executivo ou pelo Judiciário.[662]

A partir de um critério tipológico, as intervenções podem ser (*a*) genéricas ou (b) casuísticas.[663] As (*a*) intervenções genéricas decorrem de normas gerais e abstratas, que independem de um conflito concreto para serem evidenciais. Em regra, são produzidas pelo Poder Legislativo, mas podem ser produto do Poder Executivo – no seu poder regulamentar e na pródiga produção normativo-administrativa, nomeadamente no âmbito fiscal – e do Poder Judiciário – seja através das súmulas vinculantes (art. 103-A, da CF), ou das famigeradas "teses" de recursos de repercussão geral ou repetitivos ou decorrentes de IRDR ou IAC, bem como de atos administrativos e de organização dos serviços judiciários.

As (*b*) intervenções casuísticas decorrem de um fato jurídico específico, seja de limitação física, seja de uma norma concreta e específica do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. O Poder Legislativo atua deste modo apenas excepcionalmente.

Do ponto de vista modal, a intervenção pode ser (*a*) fática ou (*b*) normativa.[664] A (*a*) intervenção fática ocorre em regra no uso repressivo da força pelo Estado. A dispersão de

---

[660] Há quem utilize a expressão como a intervenção insignificativa do Estado. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 183.

[661] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 164.

[662] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2593. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 166. POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 164.

[663] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2593. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 165-168. POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 163-167.

[664] Ralf Poscher entende que nenhuma das três funções do poder estatal realizada restrições fáticas às liberdades fundamentais. As intervenções sempre são normativas, sejam através de normas gerais a abstratas, sejam através de normas concretas. A diferença é, por conseguinte, de qualidade da interferência. POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 164-165.

manifestantes que bloqueiam determinada via pela polícia é o exemplo mais claro. Nas manifestações de 2013, que ocorreram em várias cidades brasileiras em diversas datas, podem-se colher inúmeros exemplos de intervenções fáticas. Ela sempre é uma intervenção casuística. A (*b*) intervenção normativa é muito mais rica em termos dogmáticos. Tanto as normas gerais e abstratas, como as normas concretas e específicas podem ser incluídas neste grupo. Elas são especialmente importantes para a compreensão reflexiva dos direitos fundamentais, em especial para a construção dogmática da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais.

A partir de uma perspectiva qualitativa das intervenções normativas, Poscher distingue-as em dois grupos: (*i*) intervenções de autorização ou de dever aos destinatários dos direitos fundamentais (órgãos estatais) e; (*ii*) intervenções de conduta dos titulares de direitos fundamentais.[665]

As (*i*) intervenções normativas de autorização ou dever dos órgãos estatais normalmente decorrem da atuação do Poder Legislativo por decorrência da reserva legal, geralmente, constante nos dispositivos de direito fundamental pela expressão "nos termos da lei".[666] O dever do policial de realizar a prisão em flagrante daquele que praticou fato típico definido em lei deve ser qualificada como uma intervenção legislativa na liberdade do agente delitivo. Assim, a prisão em flagrante deve ser legitimada pelos requisitos de justificação constitucional. O mesmo pode ser dito com relação às regras que impõem sanção penal. Elas encerram o dever do Estado em aplicar a sanção respectiva, após trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tratando-se de limite ao direito de liberdade do condenado.

As (*ii*) intervenções normativas de conduta impõem deveres e obrigações legais aos indivíduos em geral e intervêm de modo potencial nos direitos fundamentais do indivíduo. Por exemplo, a remuneração imposta pela execução pública de obra fonográfica prevista no art. 68, da Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) significa uma intervenção em diversos direitos fundamentais (art. 5º, *caput*, XIII e XVI). De igual modo, este tipo de intervenção deve ser entendido como proveniente do Poder Legislativo.[667] Neste último grupo, encontram-se as intervenções dos Poderes Judiciário e Executivo de preenchimento das cláusulas gerais e de conteúdo indeterminado, cujo caráter reflexivo (efeito horizontal indireto) é flagrante.

---

[665] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 166.
[666] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 166.
[667] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 167.

A exposição tipológica acima não tem a pretensão de sistematizar ou mesmo esgotar os meios de intervenção do Estado nos direitos fundamentais. As hipóteses de intervenção são demasiadamente complexas para serem exauridas e devem ser analisadas caso a caso. Basta, por isso, a adoção de um conceito amplo de intervenção, próprio de uma visão de direito de resistência.

Como já referido alhures, a dogmática dos direitos fundamentais tem por função essencial proporcionar critérios jurídicos para o exame das intervenções praticadas pelo Estado. Tal controle, ao menos com relação aos atos do poder legislativo, é realizado em três etapas[668]: (*a*) definição do âmbito de proteção do enunciado normativo do direito fundamental atingido pela medida legislativa (parâmetro do controle de constitucionalidade); (*b*) a medida legislativa que intervêm no direito fundamental (objeto do controle de constitucionalidade) e; (*c*) a justificação constitucional da intervenção. Os dois primeiros passos já foram analisados neste trabalho. O terceiro, contudo, é o mais complexo deles. A justificação é um "processo argumentativo complexo a ser desempenhado (ônus argumentativo) pelo destinatário das normas de direito fundamental, o Estado."[669] Apenas depois de cumprido tal ônus, é que se pode dizer que a intervenção está justificada, razão pela qual é constitucional. Importante notar que a justificação constitucional não se confunde com as razões de decidir de determinada medida. Embora as justificativas de um projeto de lei, a motivação do ato administrativo ou mesmo a fundamentação da decisão judicial possam servir de base para a análise da justificação, esse exame atinge profundidade maior do que aquela constante nas razões decisórias, que podem esconder, inclusive, os reais propósitos da intervenção. O principal teste de justificação das intervenções ocorre através do exame da proporcionalidade de origem prussiana, que será melhor desenvolvido à frente.

---

[668] Dimoulis e Martins sugerem, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que esta análise é aplicada em abstrato para as intervenções diretamente realizadas pelo legislador. Para as intervenções pelo Executivo e Judiciário, o exame deveria conter apenas duas fases: (*a*) verificação de fundamento legal da medida interventora e de sua constitucionalidade (incluindo o exame da proporcionalidade) e; (*b*) "ponderação concreta", entre a medida administrativa e a judicial, embora baseada em norma constitucional, mas que concretamente viole um direito fundamental por não satisfazer, neste plano, o critério da proporcionalidade. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 237/238. Contudo, nos parece que o exame analítico das intervenções possibilita a separação entre a intervenção "por lei", diga-se, por obra do legislador, que seguirá o roteiro acima, e a intervenção concreta realizada pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário. Neste último caso, o exame também será trifásico, apenas devendo ser adaptado o exame da justificação para as circunstâncias concretas de aplicação do direito.

[669] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 185.

Passa-se ao exame das intervenções constitucionalmente à disposição do legislador, que são fundamentais para a completa caracterização da dogmática dos direitos fundamentais. O estudo em tela é atinente aos limites dos direitos fundamentais.

Alguns direitos fundamentais prescindem de qualquer concretização, uma vez que o respectivo objeto de liberdade decorre de fatos da vida.[670] É o que ocorre com as liberdades naturais. Assim, as liberdades de ir e vir, de expressão, de reunião, de consciência e credo, dentre inúmeras outras, têm, na sua própria concepção, o desenho da forma jurídica da área de regulamentação sobre a qual incidirá o âmbito de proteção do direito fundamental. Embora seja aconselhável a regulamentação legislativa para o exercício desses direitos com o mínimo de obstáculos possíveis, para fins da dogmática dos direitos fundamentais, a medida legal será encarada como uma intervenção neste direito fundamental.

Outros, contudo, necessitam de concretização (*Ausgestaltung*) ou conformação do direito fundamental.

Cabe aqui um alerta: no direito constitucional, em geral e em maior quantidade, e na dogmática dos direitos fundamentais, em particular e em menor quantidade, a expressão concretização possui sentido polissêmico. Ela tanto é utilizada para designar o estabelecimento da forma e do conteúdo de determinado direito fundamental, quanto para se referir ao aumento do objeto de liberdade,[671] ou ainda para reformatar direito fundamental para ir ao encontro de restrição constitucionalmente estabelecida.

O primeiro sentido acima parece ser o mais técnico para uma dogmática da concretização. Já foi assentado linhas atrás que os direitos fundamentais são normas de baixa densidade normativa, ou seja, dotadas de ampla abstração substancial, o que dificulta, sobremaneira, a definição clara do seu âmbito de proteção.[672] Alguns direitos fundamentais necessitam da intermediação do legislador ordinário para a definição de seu objeto, conteúdo e forma. Nessa acepção, concretizam-se direitos fundamentais que veiculam liberdades normativas, que necessariamente reclamam a atuação legislativa infraconstitucional para a sua substancialização. O direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, da CF) é o exemplo sempre lembrado.[673] Outro exemplo é o devido processo legal, que necessita da sua

[670] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2660.
[671] KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 4668.
[672] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2615.
[673] Christian Bumke qualifica o direito de propriedade, o direito de casamento, o direito de autonomia da vontade, dentre outros, como direito de "poder jurídico" (*Rechtsmacht*). BUMKE, Christian. **Ausgestaltung von**

materialização através de procedimento instituído em lei e que será objeto de exame no próximo capítulo. Cabe à lei infraconstitucional – no caso da propriedade, ao Código Civil, e no caso do processo, aos Códigos e leis esparsas de procedimento –, a definição concreta da forma, da substância e da função do direito fundamental.[674]

Retoma-se neste ponto o argumento apresentado quando do exame da liberdade normativa com relação ao fenômeno da concretização no sentido ora apresentado. A constituição "nasce" em meio a uma ordem jurídica que com ela se relaciona de modo muito complexo. Ao mesmo tempo em que ela ressignifica diversos institutos, direitos e deveres, também se utiliza do direito infraconstitucional para o preenchimento de inúmeros direitos fundamentais normativos. Ocorre uma relação de simbiose normativa entre a nova Constituição e o direito infraconstitucional existente.

Em resumo, a Constituição alimenta o direito infraconstitucional com novas regras que inauguram o novo paradigma de Estado a partir dali. Essa alimentação é tóxica para as regras infraconstitucionais contrárias às normas constitucionais postas. Basicamente, é isto que ocorre com o fenômeno da não-recepção do direito infraconstitucional anterior conflitante. No entanto, a Constituição também é alimentada pelo direito infraconstitucional, seja durante a sua produção pelo poder constituinte, seja após a sua promulgação. É o direito infraconstitucional vigente à época da promulgação da constituição o responsável pela definição de inúmeros "institutos de garantia", que são os concretizadores da substancialidade do direito fundamental de liberdade normativa.

Pode-se corretamente afirmar que direitos fundamentais de resistência baseados em normas servem para proteger posições jurídicas baseadas em lei infraconstitucional. Em outras palavras, para a concepção do direito de resistência, o respeito à tradição jurídico-legislativa[675] é fundamental.

Grande parte dos direitos fundamentais de liberdade normativa, nomeadamente aqueles que já recebiam tratamento infraconstitucional, nascem já concretizados pela ordem jurídica posta em vigor pela constituição.

Grundrechten: Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtingung der Vertragsfreheit. Tübingen : Mohr Siebeck, 2009, pp. 41-42. Em outras palavras, a condição para ostentar a posição jurídico-ativa de propriedade depende de um arsenal legislativo estruturado, que defina a sua forma, conteúdo, meios de aquisição e perda, proteção do domínio etc.

[674] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 190.

[675] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2643. MENDES, Gilmar. **Direito Fundamental e controle de constitucionalidade : estudo de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo : Editora Saraiva, p. 18.

Essa concretização estabelece o que a doutrina alemã chama de "regra de limitação" (*Schrankenregelung*),[676] ou seja, é um parâmetro operativo de controle de intervenção futura no direito fundamental, dado pelo ordenamento jurídico.

Não se deve temer com isso uma "petrificação" do direito infraconstitucional, uma vez que a regra de limitação parte de um certo nível de liberdade normativa na conformação de seu objeto, porém, as alterações legislativas estão abertas, tanto para o alargamento da proteção do direito fundamental, como para a imposição de restrições. O direito infraconstitucional, por conseguinte, não sufoca o legislador ordinário posterior à constituição tal qual um espartilho.[677]

A atuação legislativa responde às necessidades de uma sociedade em determinado tempo e espaço. Assim, a mudança é sempre uma possibilidade aberta à autoridade democraticamente eleita para tanto. Contudo, a partir de uma dogmática dos direitos fundamentais como direito de resistência, as alterações legislativas futuras serão vistas como intervenções no direito fundamental, motivo a ensejar a respectiva justificação constitucional.[678]

Ainda sobre a concretização como definição de forma e conteúdo do direito fundamental, deve-se analisar o problema referente aos direitos fundamentais de liberdade normativa que necessitam da primeira instituição legislativa, diante de seu ineditismo. Um caso emblemático na Constituição brasileira é o direito fundamental de defesa do consumidor,[679] nos termos do art. XXXII, da CF. Quando da promulgação da Constituição em 1988, ainda não havia uma regulamentação específica da relação entre fornecedor e consumidor. A Lei nº 8.078/90 foi a responsável pela primeira disciplina da matéria no Brasil.

Hipoteticamente, poderia se cogitar que o direito de resistência ficaria "vazio" caso não existissem regra anteriores à Constituição a disciplinar determinado direito fundamental normativo, diante da inexistência de parâmetro para as regras de limitação. Tal hipótese somente pode ser elaborada em abstração teórica absoluta. Como sustenta Poscher, "os direitos

---

[676] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 134-135.

[677] Embora aplicada para propósito diverso, a metáfora do espartilho é de Christian Bumke: BUMKE, Christian. **Ausgestaltung von Grundrechten: Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtingung der Vertragsfreheit**. Tübingen : Mohr Siebeck, 2009, p. 56.

[678] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 135.

[679] É o que Bumke, com apoio no Tribunal Constitucional Alemão chama de dever de instalação (*Einrichtungspflicht*), utilizando como exemplo a regulamentação da concessão de radiodifusão, em concretização ao direito fundamental de liberdade de impressa. BUMKE, Christian. **Ausgestaltung von Grundrechten: Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtingung der Vertragsfreheit**. Tübingen : Mohr Siebeck, 2009, p. 42.

fundamentais não foram desenvolvidos no laboratório da teoria dos direitos fundamentais", pelo contrário, eles foram elaborados em conjunto com uma Constituição, que foi pensada e colocada em vigor em um sistema jurídico estabelecido, permitindo que ele permanecesse em vigor, em grande medida. Em outras palavras, "a ordem jurídica [brasileira, pode-se dizer,] não foi criada a partir de uma costela dos direitos fundamentais."[680]

No caso específico do CDC, para além das fontes estrangeiras de regulação da relação consumerista,[681] que serviram de modelo para a construção da legislação brasileira, o Código Civil de 1916, vigente à época, servia de substrato mínimo para a construção de um sistema legislativo especial de proteção do consumidor, em vista de sua hipossuficiência técnica e vulnerabilidade fática, nomeadamente nas relações de consumo de massa, que ficaram muito evidentes a partir da década de 1980. Além disso, na parte procedimental, o CPC e a Lei nº 7.347/85 (Lei da ação civil pública) também prestaram seu papel do padrão mínimo de conformação.

Via de regra, haverá um arsenal jurídico no direito posto para estabelecer parâmetros mínimos na conformação do direito fundamental normativo e a "margem de manobra" (*Gestaltungsspielraum*) de discricionariedade legislativa depende do exame do caso concreto.[682]

Toda ação positiva do legislador na conformação de um direito fundamental está submetida ao exame da justificação constitucional, em vista da potencialidade de intervenção em seu âmbito de proteção.

Nas relações multipolares, a concretização de um direito com o detalhamento dos elementos do âmbito de proteção ou a atribuição de alguns privilégios a determinadas categorias de pessoas[683] está diretamente vinculada à redução e, por conseguinte, à intervenção no âmbito de proteção de outro direito fundamental.[684]

Não raro, no processo político-legislativo, o legislador se vê diante de situações de conflito abstrato entre posições jurídicas de direitos fundamentais. Decidir entre a maior

---

680 POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 136.

681 GRINOVER, Ada Pelegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Introdução**. *in:* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto – 11.ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2017, p. 7 e 8.

682 POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 136-141.

683 DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 190-191.

684 BUMKE, Christian. **Ausgestaltung von Grundrechten: Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtingung der Vertragsfreheit**. Tübingen : Mohr Siebeck, 2009, pp. 44-47.

proteção do consumidor, definindo obrigações legais a fornecedores, como prazo de garantia legal, devolução de mercadorias adquiridas remotamente, dever de informação e limites para a propaganda, encerra intervenções claras nos direitos fundamentais de liberdade profissional (art. 5º, XIII, da CF) e de liberdade econômica ou livre iniciativa (art. 170, da CF), para se ficar no plano mais raso da discussão.

Os limites impostos a estes direitos fundamentais devem respeitar a reserva legal ou, na falta dela, o "direito constitucional de colisão" (sempre analisado em abstrato e na atividade legislativa).

Essencial perceber que, no sistema do direito de resistência, tal decisão cabe de modo precedente ao legislador, pois limites a direitos fundamentais não podem prescindir da instância legislativa.[685]

Está ao encargo do legislador criar a respectiva competência para a intervenção casuística pela administração e pelo judiciário. O direito fundamental não onera o cidadão e tampouco autoriza o Estado a intervir de imediato. Não se pode, pela simples vontade da autoridade estatal, substituir a necessidade de mediação legislativa por uma suposta e inexistente "reserva constitucional ampla", entendida como a possibilidade de atuação imediata do executivo e da jurisdição.[686] A atuação direta, sem mediação, somente pode ser realizada se prevista na própria constituição expressamente.

Toda concretização deve partir da própria constituição. A interpretação, mesmo de regra de baixa densidade normativa, possibilitará a iluminação de um caminho a ser percorrido pelo legislador. Pela vinculação do legislador aos direitos fundamentais, o seu percurso pelo processo político concretizador será sempre acompanhado da lanterna constitucional.

Por vezes, a Constituição estabelece "garantias específicas" que incidem sobre o dever de concretizar, que servem de balizas regulatórias da atividade legislativa. Tais garantias podem decorrer dos próprios termos da regra instituidora do direito fundamental, ou mesmo de direito fundamental adjacente, como é o do devido processo legal.

Realizar a distinção entre uma lei conformadora ou uma lei interventiva nem sempre é tarefa simples. Principalmente porque, como se viu, é plenamente possível que uma lei que conforme um direito fundamental imponha restrições e limites a outro. Deste modo, no sistema

---

[685] MARTINS, Leonardo. **Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do direito administrativo**, *in* Espaço Jurídico, vol. 18. n. 2 – Joaçaba : Ed. Unoesc, mai/ago 2017, p. 447, https://doi.org/10.18593/ejjl.13301

[686] BETHGE, Herbert. **Der Grundrechtseingriff**, 1. Bericht von Prof. Dr. *Herbert Bethge*, *in* VVDStRL 57, 1997, p. 51.

do direito de resistência, todos os atos estatais que impliquem contato minimamente significativo no âmbito de proteção de direito fundamental são colocados sob suspeita de intervenção, razão pela qual exige-se a justificação constitucional correspondente.[687]

Como se pode perceber, a proposta ora apresentada não se utiliza de "princípios" como elementos abstratos e superiores em uma ordem objetiva de valores[688] e sem conexão direta com a ordem jurídica posta e tampouco de vinculações metafísicas no plano normativo. Tanto um como o outro devem ser objeto de exame do legislador na passagem entre o subsistema da política para o subsistema do direito. Não se sustenta, por conseguinte, a normatividade jurídica de qualquer regra ou princípio que não esteja posto no ordenamento jurídico.

Passa-se ao exame das intervenções por reserva legal.

2.6.1. Reserva legal

Grosso modo, a reserva legal corresponde às limitações tácitas[689] ou expressas previstas nas regras de direitos fundamentais disciplinadas pelo constituinte. São elas que permitem a abertura constitucional para a limitação dos direitos fundamentais pelo legislador ordinário.

O ponto merece, desde já, uma distinção que evita confusões bastante comuns sobre expressões quase idênticas, mas com sentidos técnicos diversos.

A expressão "reserva da lei" (*Vorbehalt des Gesetzes*) – ganho civilizatório das revoluções burguesas contra o absolutismo e sistematizadora do Estado de Direito[690] – não corresponde ao mesmo sentido de reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*).

---

[687] Em sentido semelhante: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 191-192.

[688] Em alguma medida, a proposta de Bumke se vale dessa construção: BUMKE, Christian. **Ausgestaltung von Grundrechten: Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtingung der Vertragsfreheit**. Tübingen : Mohr Siebeck, 2009, pp. 56-57.

[689] Para um exame mais profundo sobre a reserva legal tácita: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 193-204.

[690] A construção teórica da reserva da lei está vinculada às conquistas burguesas frente ao estado monárquico, que livravam o Legislativo de vinculação direta sobre os direitos fundamentais. O raciocínio era simples: como forma de proteção das constantes intervenções da monarquia, fonte inesgotável de conflitos, a reserva da lei impunha o limite de intervenção do Executivo monárquico à existência de base legal definida pelos "representantes do povo", que naquela altura era formada, majoritariamente pela burguesia. Com efeito, os direitos fundamentais, que visavam a proteção do povo e, consequentemente, da burguesia, não deveria vincular o Legislativo, bastando que as hipóteses de intervenções permanecessem reservadas a ele. Por meio dessa reserva legal, os direitos fundamentais representavam a resistência às intervenções do Estado monárquico. Neste sentido, SCHLINK, Bernhard. MARTINS, Leonardo. **Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais**, *in* Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 11/2017, pp. 261-297, versão eletrônica.

A reserva da lei está diretamente ligada aos limites da competência constitucional de legislar, como é exemplo o art. 5º, II, da CF. Encerra um direito fundamental, que serve de limite para atos estatais de imposição de dever, sem lei anterior que a preveja. A reserva da lei deve ser entendida como elemento de controle das intervenções parlamentares pela proibição do legislador delegar competência legislativo-interventiva para a administração ou para a jurisdição.

Essa é a base da "teoria da essencialidade" (*Wesentlichkeitslehre*)[691] desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, que, em resumo, estabelece que cabe ao Legislador tomar as decisões essenciais sobre a intervenção nos direitos fundamentais.[692-693] Normalmente, a essencialidade decorre da multipolaridade entre posições jurídicas de direitos fundamentais potencialmente conflitantes em abstrato, ou mesmo na tensão entre direitos fundamentais e interesse social. Neste caso, a mediação pela autoridade democraticamente eleita para realizar as decisões no plano político é pressuposto da própria organização republicano-democrática do Estado de direito. São, por conseguinte, estruturantes do limite dos limites dos direitos fundamentais, ou seja, barreira à limitação interventiva estatal. Contudo, elas não tratam do conteúdo das limitações que os direitos fundamentais podem sofrer, esse papel, por outro lado, é da reserva legal,[694] ou seja, matéria reservada à lei voltada a impor restrições ao âmbito de proteção do respectivo direito fundamental[695].

A reserva legal pode se dar de duas formas: (*a*) reserva legal simples e; (*b*) reserva legal qualificada.

---

[691] Para aprofundamento: BVerfGE 47, 46 (*Sexualkundeunterricht*). Tradução disponível em **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlin : Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 505-511, disponível em <https://bit.ly/3snxKcK>, acesso realizado em 23/03/2021.

[692] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2922

[693] Dimoulis e Martins resumem bem a teoria da essencialidade em três pilares: "(a) existência de lei ordinária delegadora em si constitucional; (b) as decisões 'essenciais' (daí teoria da 'essencialidade') sobre pressupostos, contextos e consequências das intervenções devem ser disciplinadas pelo *próprio* Poder Legislativo (*Parlamentsvorbehalt* – 'reserva parlamentar'), sendo vedada sua delegação; (c) a essencialidade das intervenções mede-se a partir da intensidade com a qual tais intervenções atingirão os direitos fundamentais." (DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 203). Os autores ainda apresentam interessante problema sobre o art. 33, da Lei 11.343/2006 e utilização de norma penal em branco, por ato do executivo, para o preenchimento do significado da expressão droga.

[694] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 192.

[695] Michael e Morlok diferenciam a reserva "por meio de uma lei" da reserva "com base numa lei". O primeiro sentido está relacionado ao conceito de reserva legal ora apresentado. O segundo, por outro lado, retrata a margem de atuação da administração pública e da jurisdição para, com fundamento em uma lei, realizar intervenções em um direito fundamental. (MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**; tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco – São Paulo : Saraiva, 2016, edição eletrônica, itens 575-578, § 22. Justificação formal de limitações aos direitos fundamentais.)

A (*a*) reserva legal simples (ou ordinária) verifica-se quando a Constituição indica que o exercício do direito será realizado "na forma da lei" ou "nos termos da lei"[696], sem indicar quaisquer exigências especiais à lei interventiva.[697] Exemplo: art. 5º, XV e XVIII, da CF.

A (*b*) reserva de lei qualificada (ou limitada) ocorre nos casos nos quais a Constituição condiciona a intervenção a determinado objeto, fim ou meio, que necessariamente deve ser observado pelo legislador quando do estabelecimento da restrição.[698] Exemplo: art. 5º, XII, da CF.

Em alguns casos, a reserva legal não consta do próprio dispositivo, mas de outro que a ele se refere. É o caso, por exemplo, do direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, da CF), que tem na função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF) uma reserva legal qualificada, que se apresenta como um regulador de liberdade real e de um condicionante da liberdade normativa de propriedade, com o ajuste das liberdades negativa e positiva do proprietário. Inegável que a própria expressão "função social da propriedade" também ostenta baixa densidade normativa, que deve ser objeto de concretização pelo legislador nos casos concretos, que necessariamente se apresenta como intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental de propriedade[699] e deverá passar pelo filtro da justificação da respectiva modificação legislativa. Com efeito, ela não corresponde a um "dever constitucional" de aplicação direta contra o titular do direito fundamental de propriedade, sendo, por outro lado, norma a direcionar as restrições no direito de propriedade por decisão legislativa, que é o primeiro e principal destinatário da norma, devendo passar pela necessária justificação constitucional.[700]

---

[696] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 192-193.

[697] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2860.

[698] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 193. PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 2875.

[699] Bumke defende que a limitação do direito de propriedade pela função social representa uma espécie de concretização constitucional, que não pode ser respondida a partir do direito de resistência. Discorda-se da posição, tanto porque o direito de resistência responde ao problema da função social de modo adequado pelo modelo complexo de liberdade adotado e, ainda, porque as alterações que "concretizam" a função social são decorrentes de reserva legal, como salientado. Em outras palavras, concretização de reserva legal não é concretização no termo técnico de definição de forma e conteúdo, mas intervenção: BUMKE, Christian. **Ausgestaltung von Grundrechten: Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtingung der Vertragsfreheit**. Tübingen : Mohr Siebeck, 2009, p. 48.

[700] Essa é a posição de Leonardo Martins, com a qual comungamos. Registra-se, contudo, que Dimitri Dimoulis, na mesma obra, discorda da concepção, defendendo que a função social impõe deveres ao proprietário. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 83-84. Sustentando se tratar de dever do Poder Legislativo as intervenções no âmbito de proteção do direito fundamental de propriedade, inclusive citando decisões do STF **Direitos**

A reserva legal sempre utiliza o termo "lei" em uma acepção positiva, ou seja, quando autoriza a limitação do direito fundamental deste modo. Nesta hipótese, a expressão deve ser tomada de modo restritivo, como o ato proveniente de processo legislativo aprovado pelos representantes eleitos pelo povo para esta finalidade. Ou seja, trata-se de lei formal de caráter geral e abstrato, aprovada pelo parlamento. De igual modo, as emendas constitucionais, que passam por processo parlamentar mais rigoroso, podem fazer as vezes de reserva legal. Admite-se também a utilização de medida provisória, nos precisos termos do art. 62, da CF, para a imposição de reserva legal, já que visa atender a situação de relevância e urgência com força equiparada a da lei formal.[701] Pelo contrário, a súmula vinculante editada pelo STF (art. 103-A, da CF) não pode atuar no espaço da reserva legal. Nada obstante ela seja considerada fonte formal de direito, seu suporte fático é bem mais restrito do que o da lei formal, levando em consideração que ela tem por pressuposto "decisões reiteradas sobre matéria constitucional". Pelo fato de ser vedado ao judiciário, inclusive ao STF, o preenchimento de limitação a direito fundamental.

Não se pode confundir a aplicação do termo lei, por outro lado, com sua forma negativa, quando impõe, no próprio enunciado normativo de direito fundamental, uma proibição ou abstenção por parte do Estado. Neste caso, o termo é tomado em sua interpretação extensiva, mais ampla possível (lei material), pois representa uma limitação à intervenção do estado no âmbito de proteção do direito fundamental. O art. 5º, XXXV, da CF, estabelece que a "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." Ora, se nem a lei pode limitar o acesso à jurisdição, tampouco um decreto, uma resolução, uma portaria, uma circular, uma decisão concreta ou qualquer outro ato normativo pode.[702]

No entanto, as possibilidades de intervenção legislativa não se encerram nessas hipóteses. A complexidade da vida social exige do legislador a tomada de decisões políticas, por lei, que impõem a restrição em um ou mais direitos fundamentais, como forma de regulação primária das constelações multipolares e, consequentemente, da vida em sociedade. Seria socialmente insustentável, inclusive a partir da dogmática do direito de resistência, a vedação de disciplinas legais pelo legislador ordinário no âmbito de proteção de direitos fundamentais sem reserva de lei.

---

fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2004, pp. 22-24.

[701] Neste sentido: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 203.

[702] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 201-202.

Uma barreira dessa magnitude tem o potencial de esvaziar a legitimidade democrática do Poder Legislativo para a adoção de soluções padronizadas pela característica da abstração e generalidade da lei, para quaisquer atos que potencialmente afetassem o âmbito de proteção de direito fundamental sem reserva de lei. Com isso, a intervenção somente poderia ser realizada *in concreto* ou pelo administrador ou pelo juiz.[703] Essa solução, além do alargamento da competência constitucional do Executivo e do Judiciário, que já uma questão bastante difícil de ser enfrentada, traria um resultado social desastroso em termos de manutenção da segurança jurídica, seja pela falta de previsibilidade, seja pela diversidade das soluções.

Surge aqui um dilema sobre a intervenção. Nestes casos, deve-se prestar reverência para a autoridade estatal que possui legitimidade democrática direta para realizar as decisões políticas em favor do povo, ou seja, o legislativo, as quais ainda deverão passar pelo exame da justificação constitucional, por se tratar de flagrante intervenção.[704] Não se trata, como defende Mendes, de utilização de uma suposta "reserva legal subsidiária",[705] nos termos do art. 5º, II, da CF. O dispositivo em comento encerra o direito fundamental da legalidade,[706] cujo âmbito de proteção tem por objetivo a garantia da liberdade negativa do indivíduo contra todos os atos de interferência estatal de imposição de deveres e obrigações, sem a respectiva previsão em lei.

Como salientado, este direito fundamental está associado com a dogmática do limite dos limites, ou seja, condiciona o estabelecimento de deveres à competência legislativa. É um direito fundamental de resistência clássico, que impõe à administração e ao judiciário competências negativas sobre a imposição de deveres na falta de lei. Não se trata, contudo, de regra constitucional a autorizar a limitação dos direitos fundamentais pelo legislador. Ao contrário do que se passa com a função social – acima analisada – o enunciado não se trata de uma reserva legal de outros direitos fundamentais, mas de um direito fundamental em si.[707]

Para resolver o problema da limitação de direito fundamental sem reserva legal, desenvolveu-se a dogmática do "direito constitucional de colisão" (*kollidierendes Verfassungsrecht*), cuja mediação caberá ao legislador.

Na dogmática do direito de resistência, não se admite a utilização deste expediente para a limitação de direitos fundamentais de modo diverso daquele estabelecido na reserva

---

[703] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 198.
[704] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 198-199.
[705] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2004, p. 40.
[706] Que também pode ser lido como reserva da lei (*Vorbehalt des Gesetzes*), como estabelecido acima.
[707] A crítica também é realizada por DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 198-199.

legal. A razão é simples, a fixação de reserva de lei decorre da análise prévia, realizada pelo próprio constituinte, sobre as potenciais colisões do direito fundamental com reserva. Apenas os direitos fundamentais sem reserva podem ser objeto deste exame de colisão pelo legislador.[708]

Sob o ponto de vista da margem de manobra discricionária do legislador ordinário, pode-se dizer que, no caso da reserva legal simples, essa margem é mais ampla, sendo mais reduzida na reserva qualificada pela definição de critérios específicos a serem atendidos. Nos direitos sem reserva, a margem de manobra é restritíssima. Este referencial de medida da intensidade da intervenção é bastante importante para o exame da justificação constitucional.[709]

É necessário ter atenção sobre a norma colidente a autorizar a intervenção legislativa em determinado direito fundamental sem reserva legal. De pronto, não deve ser aceita a colisão com norma constitucional de simples competência ou mesmo de organização do poder. Tal hipótese acarreta a sobreposição do limite decorrente do direito fundamental pelo aumento do poder.[710]

Não há dúvida de que faltam critérios dogmáticos para o escrutínio da possibilidade da limitação por colisão, seja para a definição das normas colidentes e para a intensidade da colisão. Isso faz com que o exame da justificação seja mais exigente nestes casos, devendo haver respaldo constitucional de eventual norma colidente que justifique a atuação extraordinária do legislador. Nos direitos fundamentais sem reserva, o espaço interventivo do legislador é muito restrito, motivo pelo qual a intervenção deve ser encarada e examinada como excepcional.

2.7. Limites dos limites (*Schranken-Schranken*)

A estrutura resumida da dogmática do direito de resistência pode ser apresentada em 4 (quatro) categorias: (*a*) definição do âmbito de proteção; (*b*) existência de intervenção estatal; (*c*) limite ao direito fundamental; (*d*) verificação da existência de limites ao limite.[711]

---

[708] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 204.
[709] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 204-205.
[710] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 205.
[711] Poscher demonstra, em apertado resumo, que o caminho dogmático percorrido no exame do direito de resistência questiona se a conduta estatal toca, de qualquer modo, o âmbito de proteção de um direito fundamental. A partir daí, examina-se a qualidade da intervenção, a fim de verificar se impõe limite ou restrição ao direito

Os limites dos limites (*Schranken-Schranken*) representam os obstáculos, abstratos e concretos, contra as limitações inconstitucionais dos direitos fundamentais. Eles funcionam como elementos essenciais para o controle das intervenções estatais nos direitos fundamentais, pois, ao mesmo tempo, respeitam a área decisória do processo político e garantem a normatividade dos direitos fundamentais e sua vinculação a todas as instâncias estatais de poder, garantindo-se o princípio da supremacia constitucional.[712]

O ponto foi amplamente desenvolvido e continua com grande disputa na doutrina alemã, em especial pela necessidade de desenvolvimento de critérios dogmáticos para a análise do art. 19 da Lei Fundamental[713], que estabelece, em tese, limites aos limites interventivos.

Embora a Constituição brasileira não tenha regra paralela, o desenvolvimento teórico realizado na Alemanha é de grande valia para a contenção do poder estatal de intervenção nos direitos fundamentais e precisa ser bem compreendido para que haja uma adaptação adequada (tropicalização) para a realidade normativa nacional.

Apresenta-se na sequência o rol dos principais limites dos limites utilizados pela doutrina alemã, juntamente com os temperamentos e considerações sobre sua utilização na dogmática do direito de resistência ora proposto, em vista da legalidade constitucional brasileira.

---

fundamental. No exame seguinte, analisa-se a permissibilidade do limite. Direitos fundamentais que possuem reserva legal podem ser limitados nos contornos oferecidos pela própria reserva. Além desse exame formal, há uma análise material sobre a limitação em si, diante das restrições que o próprio limite sofre, os chamados limites dos limites. POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 257.

[712] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p.

[713] Artigo 19

(1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.

(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.

(3) Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas.

(4) Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase. No original:

Art 19

(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

(3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.

2.7.1. Direitos fundamentais especiais

Os direitos fundamentais especiais podem servir de limites dos limites de outros direitos fundamentais.[714] Via de regra, eles estão expressos em termos de proibições ou impossibilidades de intervenções.

O art. 5º, III, da CF (proibição de tortura e tratamento desumano) é um limite dos limites do direito fundamental à integridade física; o art. 5º, XX, da CF (vedação de associação compulsória) é um limite dos limites do direito fundamental de associação; o art. 5º, incisos XXXIX (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), XLV, primeira frase (pessoalidade da pena), e art. XLVII (vedação de penas perpétuas e cruéis), todos da CF, são limites dos limites dos direitos fundamentais de liberdade geral e da vida. A análise do direito fundamental do processo oferecerá uma gama de direitos fundamentais proibitórios de limites.

Existem limites dos limites descritos no próprio enunciado normativo de direitos fundamentais, como é o caso do direito fundamental de reunião. A expressão "independente de autorização" do art. 5º, XVI, da CF, impõe obstáculo à autoridade pública para a exigência de permissão prévia (interferência limitadora) para a realização de reunião. O mesmo pode ser dito do direito de associação, que, na expressão "independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento" do art. 5º, XVIII, da CF, impede o estado de interferências na criação e funcionamento de associações e cooperativas.

Ainda, as próprias qualificações da reserva legal devem ser tomadas como limite dos limites, já que restringem o âmbito interventivo, seja em extensão ou em profundidade.[715]

2.7.2. Reserva de parlamento (reserva de lei)

Outro limite dos limites é a "reserva de parlamento"[716] (*Parlamentsvorbehalt*), que impede ao legislativo a delegação de decisões políticas essenciais ao executivo e ao judiciário, tendo em vista ser a autoridade com legitimação democrática para tanto.[717] Muitas vezes, esse limite dos limites é discutido sob o enfoque da inconstitucionalidade formal, nomeadamente pelo vício de iniciativa. No entanto, o limite ora analisado é mais amplo.

---

[714] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3002.
[715] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3021.
[716] BVerfGE 47, 46.
[717] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3021.

No Brasil, ele decorre do art. 5º, II, da CF, que estabelece a garantia de que qualquer intervenção em direito fundamental somente será realizada pela lei ou em virtude de lei. Em outras palavras, ela é um imunizante contra intervenções realizadas pelo executivo e pelo judiciário sem a mediação legal, salvo nos casos expressamente autorizados pela constituição. Essa construção baseia-se no primado da lei (em seu sentido amplo, incluindo, por óbvio da Constituição) no Estado Democrático de Direito.[718]

2.7.3. Proporcionalidade

A proporcionalidade, de matriz prussiana,[719] é, sem qualquer dúvida, o principal limite dos limites utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão e que tem plena compatibilidade com o controle de constitucionalidade das intervenções no Brasil.

A sua abordagem no ponto não possui qualquer semelhança com a ponderação sugerida por Robert Alexy[720], compreendida como sopesamento entre princípios e valores constitucionais colidentes, com a finalidade de verificar qual aquele que se sobrepõe no caso concreto "difícil" (otimização por ponderação).

A ponderação alexyana é alvo de inúmeras críticas.[721] É imanente a ela a imposição de restrição excessiva à margem de decisão político-legislativa, pela "otimização" principiológica, por ponderação, que apenas revela as opções axiológicas do decisor.

---

[718] "O primado da lei, por isso, nos regimes constitucionais pluralistas é inspirado pela ideia do primado do Direito, ou seja, do justo, como tal considerado, num dado momento, por determinada comunidade. Opõe-se radicalmente, portanto, à chamada "legalidade socialista", adotada nos regimes de partido monopolístico marxista. Esta impõe não só o respeito da lei, comando do legislador, mas também a sua interpretação segundo o escopo revolucionário (melhor, do partido), do que resulta, conforme assinala Biscaretti di Ruffia, 'que o princípio da supremacia da lei, se se impõe hoje de modo absoluto no confronto entre os governados, não vigora certamente com o mesmo caráter absoluto para os governantes...'" FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7.ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2012, Apple Books, Capítulo Preliminar, III – Supremacia da lei e supremacia do Direito.

[719] Para aprofundamento histórico sobre o princípio da proporcionalidade de matriz prussiana: LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, *passim*. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 219-282. Neste sentido, SCHLINK, Bernhard. MARTINS, Leonardo. **Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais**, *in* Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 11/2017, pp. 261-297, versão eletrônica.

[720] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, pp. 85-102; 144-179.

[721] A teoria dos princípios de Robert Alexy, bem como o método da ponderação e a lei do sopesamento como forma de solução de colisões entre direitos fundamentais é amplamente criticada pela doutrina alemã, circunstância que passa a ganhar corpo e ressonância também na produção doutrinária brasileira

Tudo pode ser capturado teoricamente pela teoria dos princípios,[722] inclusive o primado do direito, que passa a ser mais um, dentre tantos princípios, que podem ser ponderados, maximizando-se o poder daquele que tem a decisão final sobre a ponderação, ou seja, o judiciário. A proporcionalidade, quando capturada pelo método de ponderação e utilizada como metarregra, como "princípio plenipotenciário" de correção daquilo que não foi possível ser corrigido pelos demais "princípios", apresenta-se como um grande equívoco dogmático, diante da inexistência de balizas para a sua operação.[723]

Integra a competência exclusiva do legislador ordinário decidir em favor de determinado valor constitucional, sendo vedado ao administrador e ao juiz decidirem de modo diverso daquilo que foi legislado. Não é possível aplicar a ponderação, ou qualquer outro método, a não ser que se deseje oferecer uma roupagem jurídica a uma opção político-subjetiva do decisor de turno.[724]

Tampouco a proporcionalidade que ora se analisa tem relação com a doutrina da teoria dos princípios de Humberto Ávila. Para o autor, o "postulado"[725] da proporcionalidade tem relação com todas as situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim.[726] Talvez a teoria em tela tenha alguma valia em uma criteriologia política destinada ao legislador ou ao administrador para a direção das respectivas discricionariedades decisórias. No entanto, ela não tem grande serventia para a análise jurisdicional, uma vez que permitir o controle judicial sobre todas as decisões políticas que envolvam a relação de meio e fim significa, em última análise, substituir a representação popular dos legisladores e administradores, legitimamente eleitos pelo povo, pela atuação autocrática do Poder Judiciário. Tal concepção pretende uma interpretação teleológica da proporcionalidade, como sendo o remédio para a má decisão, na sua concepção finalística.

A proporcionalidade prussiana (como será chamada), de outro lado, não possui um aspecto material que represente uma justificação teleológica, da qual decorreria uma limitação de direito individual para a efetivação de valores relevantes para o sistema constitucional.

---

[722] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 75.

[723] As expressões e a crítica são de STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 5.ed. – São Paulo : Editora Saraiva, 2014, p. 543.

[724] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 230. CARVALHO FILHO, Antonio. SOUSA, Diego Crevelin. PEREIRA, Mateus Costa. **O fundo eleitoral e a Covid-19**, *in*: Revista Consultor Jurídico, disponível em <https://bit.ly/3tZLL0G>, acesso realizado em 24/03/2021.

[725] Para o conceito de postulado para Humberto Ávila: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 16.ed., São Paulo : Malheiros Editores, pp. 163-184.

[726] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 16.ed., São Paulo : Malheiros Editores, p. 205.

As teses ora combatidas subvertem o sentido do controle da proporcionalidade, ampliando sobremaneira o poder de limitação de direitos fundamentais.[727] Em outras palavras, a proporcionalidade analisada do modo como proposto pelos autores criticados, é uma "antiproporcionalidade", no sentido de que, ao invés de ser um limite para os limites, representa o empoderamento estatal para a limitação dos direitos fundamentais.

Ainda, não se aceita a utilização da proporcionalidade como um "dever interpretativo",[728] acarretando, na prática, a caracterização de um "terceiro turno"[729] do processo legislativo.[730]

A proporcionalidade utilizada como "dever interpretativo" é tão perigosa quanto a ponderação alexyana. Isso leva a problemas graves em termos dogmáticos, uma vez que qualquer relação de meio e fim, da qual o direito está permeado por todos os lados, é submetida ao "dever de proporcionalidade."

O problema desta concepção é que ela encara a proporcionalidade como uma teoria universalizante da interpretação jurídica. Ela seria um "princípio constitucional" de aplicação infinita para o atingimento de uma situação ideal, sendo um dos elementos utilizados para a busca de uma resposta ideal. Em outras palavras, é uma proporcionalidade com conteúdo pré-determinado. A proporcionalidade como "dever interpretativo" se coloca na posição de parâmetro de controle, *per se*, para o atingimento da melhor decisão, que deve controlar a própria lei (objeto de controle).

Em tal compreensão, a proporcionalidade descaracteriza-se dogmaticamente como "limite dos limites", cuja finalidade essencial é a contenção do poder estatal através da verificação da inexistência de justificação constitucional para a intervenção em direitos

---

[727] No mesmo sentido da crítica: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 229.

[728] É isso o que propõe Arenhat com a sua proporcionalidade "panprocessual". ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 1.ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, livro eletrônico, Capítulo II, item 1. O critério da proporcionalidade e sua aplicação no plano endoprocessual e no plano panprocessual. No mesmo sentido: OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica teoria processual**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017, livro eletrônico, Capítulo 4. Recompondo criticamente o processo civil.

[729] STRECK, Lenio Luiz. BARRETO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o Canto das Sereias: Sobre Ativismos Judiciais e os Perigos da Instauração de um "terceiro turno da Constituinte"**. *in:* Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Franca, v. 2, n. 1, 2010, pp. 3-4, https://doi.org/10.21207/1983.4225.62

[730] "Quando se leva em consideração a inafastabilidade da subsunção e se acredita nas 'virtudes' da ponderação, comum e metaforicamente apresentada pela imagem da balança, na qual se pode misturar variados pesos e medidas, permitindo obter uma resposta concreta que não resulte necessariamente das normas vigentes, ocorre a referida 'capitulação' da dogmática jurídica, mais especificamente da dogmática geral dos direitos fundamentais. Nesse âmbito, a argumentação perde sua natureza jurídica e a aplicação do direito se realiza mediante subterfúgios. Transforma-se em discussão política ou moral realizada por órgãos que não são legitimados constitucionalmente para tanto, como indica o art. 2º CF e, em geral, das normas constitucionais sobre as competências do Poder Judiciário." DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 231.

fundamentais, e passa a ser mais uma – dentre tantas – ferramenta de subjetivação da decisão. A proporcionalidade possui estrutura relacional. Não há proporcionalidade ou desproporcionalidade de um comportamento em si.[731]

Isso mostra como a proporcionalidade exige um ancoramento dogmático em determinado sistema normativo, para que não se perca na flutuação teórico-filosófica. A proporcionalidade não cria, não altera e não modifica direitos. É uma prova sobre intervenções em direitos fundamentais.[732]

As deturpações acima acarretaram o desprestígio da proporcionalidade e sua marginalização dogmática, fazendo com que os antagonistas das visões ponderativas ou "proporcionalistas" do direito deixassem de aplicá-la. Não raro, as abordagens acima são mixadas sem qualquer critério ou preocupação metodológica, voltadas para o agigantamento do poder judiciário.[733]

Contudo, o princípio da proporcionalidade, entendido como limite dos limites, exige um enfoque dogmático sobre as intervenções, buscando compreender a existência de justificação constitucional no plano estritamente normativo do exame.

Em apertada síntese, levando em consideração que a presente apresentação visa, exclusivamente, a introdução aos métodos de limites dos limites, defende-se que a proporcionalidade possui a finalidade de contenção e controle dos atos estatais que interferem no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.[734]

O foco da proporcionalidade, ao contrário do que se passa com a ponderação, não é colisão de direitos fundamentais em um caso, mas a intervenção mesma do Estado.[735] A sua função, por conseguinte, está diretamente concatenada com o desenvolvimento dogmático do direito de resistência, pois, ao entender que as intervenções ocorrem ou por reservas legais, ou por contingências da vida em sociedade, elas precisam de justificação constitucional para a sua licitude e constitucionalidade. Com efeito, o ponto de contato entre o objeto de liberdade do direito fundamental e o ato interventivo da autoridade estatal deve ser mediado pelo ônus

---

[731] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 326.
[732] Em sentido semelhante, LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 49.
[733] Neste sentido MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**, 1.ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, livro eletrônico, Capítulo III, item 3.4.2. Normas fundamentais.
[734] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 179.
[735] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 171.

argumentativo de justificação constitucional daquele que intervém.[736] A utilização da proporcionalidade, ao contrário do que se passa com a ponderação, não cria direitos nem altera os existentes. Sua finalidade é anular e afastar excessos e abusos no exercício interventivo estatal. Ela não se presta ao estabelecimento de estados ideais de distribuição de bens e direitos.[737]

Isso mostra que o fundamento constitucional da proporcionalidade tem estreita relação com base normativa do direito de resistência. A vinculação do legislador (e das demais funções) aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) significa exigir respeito aos direitos fundamentais.

A atividade legislativa de intervenção em determinado direito fundamental, seja em decorrência da reserva legal, seja no caso de colisão constitucional, depende de justificação. Especificamente sobre a colisão, é indispensável que a justificação recaia sobre o direito colidente restringido, não bastando a simples retórica de que o direito colidido deve prevalecer.[738]

Com apoio em Dimoulis e Martins, entende-se que a proporcionalidade, embora não prevista em regra constitucional explícita, se trata de direito fundamental implícito (art. 5º, § 2º, da CF), [739] voltada à máxima eficiência dos direitos fundamentais.

Deste modo, a proporcionalidade não se aplica apenas ao legislativo. Nada obstante a exigência de elaboração de leis proporcionais pelo legislador, o dever de justificação se alastra ao administrador e ao julgador,[740] diante das respectivas vinculações aos direitos fundamentais. Com efeito, é indispensável a interpretação e implementação proporcional da lei pelo Executivo e a interpretação e aplicação proporcional da lei pelo Judiciário.[741]

---

[736] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 172.
[737] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 235. LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 175. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 229.
[738] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 174.
[739] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 233.
[740] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3029.
[741] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 236.

Em adesão ao escólio de Pieroth e Schilink,[742] no clássico Direitos Fundamentais – mantido por Kingreen e Poscher[743] nas edições posteriores à substituição dos primeiros autores do curso –, e incorporado por Dimoulis e Martins[744] na dogmática dos direitos fundamentais brasileiros, o teste da proporcionalidade é formado por 4 (quatro) etapas: (*i*) a licitude do fim perseguido pelo Estado; (*ii*) a licitude do meio utilizado para alcançar o fim; (*iii*) a adequação do meio empregado para alcançar o fim; (*iv*) a necessidade do meio empregado para o alcance do fim.

As duas primeiras etapas[745] são as mais simples do teste da proporcionalidade. O exame da licitude (legalidade ou legitimidade) do (*i*) fim (ou do propósito) e do (*ii*) meio da intervenção – exatamente nesta ordem – visa a busca de autorização constitucional para perseguir o primeiro através da utilização do segundo. Procura-se saber se o fim é constitucionalmente admitido e se pode-se dizer o mesmo sobre o meio. Isso não quer dizer que o fim e o meio devam ter "dignidade constitucional", ou seja, baseados em regra da Constituição. Basta, por outro lado, que eles não violem regra normativa em sentido formal. [746] Ou seja, a expressão licitude é tomada em sua acepção mais simples, de não violação ao direito objetivo. Por óbvio que a existência de ilicitude no fim ou no meio da medida já acarreta, de pronto, a sua inconstitucionalidade.

A reserva legal qualificada pode, ainda, estabelecer fins e meios específicos para a intervenção estatal. Assim, apenas será considerado lícito o propósito ou o meio especificado na regra que contiver tal reserva.

É necessário que o Estado realize a particularização (individualização) do propósito perseguido.[747] A falta da indicação concreta da finalidade perseguida possibilitará a ampliação

---

[742] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3029.

[743] KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020.

[744] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 239-268.

[745] Laurentiis propõe a incorporação da análise das licitudes (ou legitimidades) do fim e do meio ao exame da adequação, como forma este último de caráter estritamente normativo, antes apenas existentes naqueles. (LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 192-199). Embora a proposta não traga grandes alterações à proposta clássica, entende-se que a separação dos testes como proposto por Pieroth e Schlink traz um ganho analítico no respectivo exame, nomeadamente para juristas pouco acostumados com as barreiras e os limites da análise estritamente dogmático. Ademais, não há qualquer demérito no caráter empírico da adequação, que serve apenas de métrica para a verificação do alcance ou do fomento do fim buscado pelo Estado através de determinados fins.

[746] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 241-242.

[747] BARAK, Ahron. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, Cambridge : Cambridge University Press, 2012, p. 260.

infinita dos meios possíveis para atingi-la ou fomentá-la, pois, quanto mais abstrata a finalidade, maiores as chances de se justificar um meio. Ao invés de limite dos limites, a proporcionalidade ganha ares de legitimação do empoderamento estatal ilimitado. Fins abstratos representam a própria negação do exame da proporcionalidade.

O direito de resistência parte do pressuposto de que a liberdade – e, por decorrência, os direitos fundamentais – é a regra e que a sua intervenção é a exceção, tendo em vista a precedência daquela sobre esta. Assim, pelo princípio distributivo, cabe ao Estado o ônus de justificação constitucional da intervenção. Fins abstratos como atingimento da "segurança pública", da "justiça social" ou mesmo da "igualdade material" dificultam o controle do Poder Estatal.[748] O mesmo pode ser dito sobre o meio.[749] Neste ponto, deve ser levado em consideração o grau de abstração do direito fundamental. Quanto mais ampla e indeterminada for a proteção constitucional, menor será a exigência de especificação pelo legislador, diante da ampliação de sua margem de manobra.[750]

Nem sempre o fim declarado pela autoridade corresponde àquele buscado pela intervenção. Muitas vezes, a identificação do fim é uma tarefa bastante complexa, diante da inexistência de sinais específicos. Mesmo que haja uma "cláusula sobre o propósito" (*purpose clause*), frequentemente ela pode estar muito distante daquilo que foi declarado.[751]

De qualquer modo, a melhor solução é conjugar tanto o propósito declarado quanto o propósito revelado. Havendo a conjugação desses dois elementos, possibilita-se um exame seguro da adequação. Caso haja divergência entre eles, prevalece, em regra, a intenção declarada do legislador, fonte originária do sentido da medida restritiva. Isso se justifica, porque a proporcionalidade é orientada pelo critério mais seguro de aplicação, no caso, a intenção do autor da medida indica a finalidade perseguida e a relação de meio e fim.[752] Neste último caso,

---

[748] No mesmo sentido: LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 197-198. MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**; tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco – São Paulo : Saraiva, 2016, pp. 303-305. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 247-248.

[749] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 246.

[750] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 198.

[751] BARAK, Ahron. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, Cambridge : Cambridge University Press, 2012, p. 286.

[752] Neste sentido, LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 218. Em sentido contrário, advertindo para a possibilidade que a finalidade declarada seja um simples pretexto, uma cortina de fumaça, para a verdadeira intenção do agente estatal, para a obtenção de finalidade proibida ou ilegal. O propósito (real) deve ser extraído a partir da interpretação da medida. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 244-245.

contudo, o exame da adequação deve ganhar maior rigor, tendo em vista a grande possibilidade de discrepância entre o meio empregado e o fim declarado.

Ambos os testes possuem caráter eliminatório para a medida. Apenas fins e meios lícitos podem ser proporcionais.

Os primeiros dois exames, por conseguinte, não têm por finalidade a causalidade entre o meio e o fim. Isso é tarefa do próximo teste.

A (*iii*) adequação, terceiro passo do teste da proporcionalidade, avalia a relação entre o meio interventivo escolhido pelo Estado e o fim por ele perseguido. Essa etapa do teste se preocupa com a comprovação da realidade empírica entre o meio utilizado e o fim almejado.[753] Não basta que o meio e o fim sejam lícitos, nem todo propósito pode limitar um direito fundamental.[754] Somente o que for considerado adequado pode ser necessário para o exame da proporcionalidade.[755]

Essa é a fase "fática" do teste de proporcionalidade. É indispensável que haja a comprovação de que o meio utilizado promove o fim almejado ou, no mínimo, o fomenta.[756] Via de regra, a prova sobre o fato do atingimento do fim através do meio deve seguir os prognósticos de especialistas ou peritos.[757] No entanto, a tarefa não se mostra simples, tendo em vista a complexidade da vida social e a multiplicidade de interesses em jogo nas intervenções legislativas. Especialistas podem divergir intensamente sobre meios ou mesmo sobre a possibilidade de atingimento de determinado fim. Neste caso, cabe ao legislador a tomada da decisão política, sem prejuízo da instância revisora de constitucionalidade pelo judiciário.[758]

No exame de constitucionalidade de determinada regra, especificamente na análise da adequação, não se exige instrução probatória no sentido que se toma em processos judiciais. A tarefa do intérprete é objetiva. Portanto, nesta fase, a dúvida sobre o fomento do propósito pelo meio empregado pelo legislador deve ser resolvida em favor da autoridade eleita para realizar

---

[753] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 249.
[754] BARAK, Ahron. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, Cambridge : Cambridge University Press, 2012, p. 245.
[755] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3068.
[756] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, pp. 208-209.
[757] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 252.
[758] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 253.

as escolhas políticas (*in dubio pro legislatore*), deixando a questão sobre a intensidade da limitação da liberdade para o exame da necessidade.[759]

Outro problema diz respeito ao momento temporal da adequação. É plenamente possível, ainda mais pela grande revolução tecnológica que estamos experimentando nos últimos 20 anos, que, na análise objetiva do fomento da medida, se verifique sua adequação na época da promulgação da lei, porém que ela deixe de existir durante a vigência da própria lei em momento posterior.[760]

Ressalte-se que a adequação é um teste eliminatório e classificatório. É dizer: eliminam-se os meios que não fomentam o fim estabelecido e, ao mesmo tempo, classificam-se outros meios alternativos para o alcance do fim, com a finalidade de viabilizar o exame da necessidade.

A quarta e última etapa do teste da proporcionalidade é a (*iv*) necessidade, que se apresenta como critério decisório da proporcionalidade de determinada medida interventiva. Como se percebe facilmente, o exame empírico da adequação pode levar a medidas altamente repressivas por parte do Estado, acarretando o risco da utilização de medidas consideradas intuitivamente desproporcionais.[761] Necessário é o meio adequado (inclusive alternativo) que traga menos restrições para o objeto de liberdade constante no âmbito de proteção do direito fundamental. Deste modo, o exame da necessidade somente se torna possível com a concorrência de meios adequados.

O exame da necessidade, partindo da concorrência entre meios adequados, tem a função primordial de verificar o meio que traga a menor intensidade restritiva. Assim, para que seja considerado necessário, o meio deve satisfazer duas condições, na lição de Dimoulis e Martins: (*i*) requisito da menor gravidade – o meio deve ser o menos gravoso para o titular do direito fundamental, ou seja, o meio que mais poupe a liberdade intervinda; (*ii*) requisito da igual adequação – o meio alternativo que será comparado deve ter eficácia igual ou semelhante ao meio escolhido pelo legislador, que permita alcançar o propósito buscado.[762]

---

[759] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 255-256.

[760] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 220-221. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 255.

[761] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 258.

[762] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 259.

Caso a autoridade estatal escolha o meio mais gravoso para alcançar o propósito perseguido, a sua escolha deve ser considerada desnecessária e, por conseguinte, desproporcional.[763] Com isso, não haverá justificação constitucional para a intervenção no direito fundamental que serve de parâmetro para o exame.

Lucas Laurentiis adverte acerca da necessidade de realizar o controle das fontes de hipóteses adequadas para o exame da necessidade, uma vez que nenhuma intervenção, por mais técnica, tem condições de antecipar todas as hipóteses possíveis de intervenção.[764] Duas situações devem ser diferenciadas no caso. A intervenção que se esgota concretamente em determinado momento e a intervenção que se protrai no tempo. Para a primeira situação, é indispensável que o exame da proporcionalidade como um todo e, obviamente, as alternativas adequadas de intervenção sejam examinadas à luz dos recursos técnicos e da previsibilidade à época da restrição.

Não é possível analisar a questão a partir de um meio alternativo não disponível no momento em que a intervenção ocorreu. Por outro lado, para as intervenções que se protraem no tempo, como é o caso, em regra, das leis de caráter geral e abstrato, não há qualquer impedimento para o exame da necessidade sobre alternativas adequadas não previstas na época pelo legislador, porém disponíveis e tecnicamente viáveis ao tempo do exame. Negar essa possibilidade é negar vigência para a própria Constituição.

É comum a referência na doutrina alemã – com adesão na doutrina brasileira e portuguesa – sobre a proibição do excesso (*Übermaßverbot*) das intervenções. Foge ao escopo do presente trabalho analisar a amplitude doutrinária da utilização do termo.[765] Para a proporcionalidade da dogmática do direito de resistência, proibição do excesso tem relação direta com o exame da intensidade da intervenção, que é realizada nesse estágio do teste.[766] Assim, não há grandes dificuldades em incorporar a proibição do excesso, no sentido apresentado, à dogmática dos direitos fundamentais, como elemento integrante da necessidade.

Por outro lado, a vedação da proteção deficiente (*Untermaßverbot*) não comporta o mesmo tratamento. A dificuldade está no próprio tratamento dogmático da vedação da proteção deficiente. Há uma grande discrepância entre ela e a proibição do excesso. Essa, como se viu,

---

[763] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, pp. 225-226.

[764] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 228.

[765] Recomenda-se, contudo, a investigação apresentada por LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, pp. 221/225.

[766] *Cf.* LERCHE, Peter. **Übermaß und Verfassungrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers na die Grundsätze der Verhältnismässinkeit und der Enforderlichkeit**, Köhl : Carl Heymanns, 1961, pp. 19-21.

trata da limitação do poder na concorrência entre meios adequados para a intervenção estatal. Aquela, por outro lado, visa analisar a questão sob o enfoque do dever de proteção – cuja disputa doutrinária é muito acirrada –, para buscar uma medida de proteção no nível "ótimo".

É preciso entender que o dever de proteção exige do Estado a realização de uma medida de proteção, mas não dirige o seu conteúdo. A decisão, em regra, cabe à autoridade democraticamente eleita, ou seja, o legislador.

Assim, o único critério dogmático para medir a "deficiência" de uma medida proteção é o teste da adequação, devendo ser considerada inadequada medida que não fomente o fim almejado, ou seja, a proteção. Havendo múltiplas medidas protetivas adequadas, a escolha entre elas cabe ao legislador, razão pela qual não se prossegue para o exame da necessidade.

Verificada a adequação da medida de proteção, não se deve falar mais em proteção deficiente, a não ser que se queira descambar para a malsinada ponderação de valores abstratos.[767]

Operar com a necessidade exige grande autocontenção, para que a feição normativa de direito de resistência permaneça ativa durante todo o exame. A necessidade não pode ser utilizada, de modo algum, para a escolha do "ótimo de Pareto". É dizer, não pode o revisor da medida interventiva substituir as decisões políticas tomadas pelo legislador.[768]

Muitas vezes, finalidades interventivas possuem efeitos econômicos, sociais, fiscais etc.[769] Estabelecer o limite para a manipulação de tais circunstâncias é essencial para que não ocorra a violação à competência legislativa e não se descambe para o ativismo judicial. Aqui reside o perigo da utilização da análise econômica do direito como base para a operação decisória do juiz, ao invés de subsidiar a decisão política do legislador.[770] Essa transmutação

---

[767] Neste sentido: PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3140-3159. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 264.

[768] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 328.

[769] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, pp. 226/227.

[770] A proposta é apresentada, no campo do processo civil brasileiro, por Eric Navarro Wolkart, que, após analisar os modelos de Pareto e chegar à conclusão de que a função bem-estar social exige a adoção de um "Pareto superior fraco", salienta que a "finalidade legítima" – a partir da perspectiva da análise econômica do direito – das normas processuais é o critério reitor interpretativo e sistemático: "Assim, para todos os fins, nosso método de aferição econômico-normativo das normas de processo civil será a função de bem-estar social, cuja adoção gera as seguintes consequências:

•impedir a valoração positiva de normas processuais desenhadas por critérios outros que não o da promoção do bem-estar social;

•diagnosticar normas concebidas com base exclusiva em princípios de justiça como tendentes à produção de resultados nocivos ao bem-estar social;

subverte o sistema de representação democrática e ignora a própria organização estatal prevista na Constituição.

Na verdade, para os sequazes dessa linha, o Direito é um todo formalístico que representa um obstáculo – facilmente transponível – para o alcance das finalidades maiores e melhores das "leis" econômicas adotadas pelo manipulador interpretativo. A Constituição é só mais um "documento" que deve ser superado, em nome desse "objetivo maior". Juristas que operam neste nível deveriam tomar a simples lição de que as decisões jurídicas são tomadas no domínio do sistema do Direito. A operação no sistema da economia e/ou da política deve ser realizada fora do Direito. Ao se trabalhar com regras (controversas e fluidas) da economia no Direito, ocorre a colonização deste por aquela. O Direito deixa de ser o que é e de operar com base no seu binômio legal-ilegal e passa, sem qualquer rigor, a responder ao binômio fundamental da economia, de dinheiro e não-dinheiro (lucro-prejuízo).

Quem sabe, ao tomar tal lição, os analistas econômicos do direito encontrem sua real vocação política e deixem a posição de seus confortáveis gabinetes palacianos adquiridos a partir do concurso público – não raro para as funções de juízes e promotores de justiça – e submetam-se à legitimação democrática direta para o sufrágio universal.

Vale o alerta, buscar a "finalidade legítima" de determinada norma, ou de determinada intervenção estatal, é ponderar valores abstratos, que são reconhecidos pelo próprio intérprete-decisor, sem normatividade jurídica correspondente.

Ponderar é ampliar poder decisório da instância ponderadora, em regra, o judiciário. Essa postura desvirtua, por completo, o exame da proporcionalidade, em especial da necessidade, como contenção do poder estatal. Deste modo, não se coaduna com a leitura de limite dos limites, razão pela qual deve ser descartada.

De costume, a análise da proporcionalidade avança para mais uma etapa, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit ieS*). Para os adeptos desta concepção, após o exame da adequação e da necessidade interventiva, o julgador deve realizar uma "ponderação direta" dos direitos que se encontram em conflito, avaliando qual possui o

---

•na comparação entre normas, atestar como superiores as construídas com o objetivo de aumentar o bem-estar agregado de toda a sociedade." (WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça** – 2.ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, livro eletrônico, item 3.1.4.1. A função de bem-estar social é Pareto superior?...) Ao fim e ao cabo, a sugestão do autor é de uma ponderação muito menos sofisticada do que a realizada pelos adeptos da posição alexyana. Configura-se por um critério fluido de tomada de decisões com base em leituras econômicas e sociais através de autoridade estatal sem legitimidade democrática direta, ou seja, o Juiz. A posição é o retrato, em grande parte, do comportamento amplamente preconceituoso da doutrina com o parlamento brasileiro e, em última análise, com o sistema democrático de representação popular do povo.

maior "peso" e, por conseguinte, deve prevalecer.[771] O objetivo do teste nesta fase é examinar se a "importância da finalidade justifica a intensidade de uma intervenção nos direitos fundamentais."[772]

Contudo, para um modelo dogmático de direito de resistência, a proporcionalidade em sentido estrito, nomeadamente a identificada como a ponderação de valores, não integra o exame da proporcionalidade.[773-774] Explica-se.

A ponderação de valores necessita do exame, em concreto, da colisão de direitos, princípios ou valores, a partir de uma apropriação decisória entre vantagens e desvantagens jurídicas para os propósitos perseguidos pelo Estado. Ela depende, por conseguinte, do estabelecimento de um "sistema axiológico", no qual haja uma escala hierárquica entre os

---

[771] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, pp. 93-103 e 163-176.

[772] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 269.

[773] Em sentido diverso, Laurentiis defende o uso da proporcionalidade em sentido estrito no seu modelo de direito de defesa (chamado aqui de direito de resistência). O autor salienta que o exame da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito possuem a mesma finalidade, a limitação do poder estatal para a contenção do excesso, contudo a forma como se realiza cada um dos testes é distinta. A necessidade é um teste dinâmico, diante da comparação de alternativas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito é um teste estático, pois o seu objeto de análise é a relação de intensidade entre o meio utilizado e a finalidade interventiva. Sustenta, com efeito, que não há uma precedência entre a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, pois a intervenção necessária pode ser desproporcional, pela perspectiva estrita, ou a medida estritamente proporcional pode ser desnecessária. A tentativa de vinculação da proporcionalidade em sentido estrito ao teste da proporcionalidade utilizada pelo direito de resistência, fez com que Laurentiis realizasse uma engenhosa construção para diferenciá-la da ponderação alexyana de colisão de princípios, para uma "realização concreta de justiça". A sua concepção partiu da noção de proporcionalidade como "teste negativo", voltada à contenção das intervenções estatais. Com efeito, a proporcionalidade em sentido estrito não deve ser guiada por uma colisão concreta, mas pelo sentido de proteção do parâmetro constitucional. (LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, pp. 243-259) Nada obstante o esforço, os argumentos não convencem a incorporação. Faltam à proporcionalidade em sentido estrito, mesmo com os contornos dados por Laurentiis, parâmetros dogmáticos seguros, para avaliar se uma medida específica escolhida na decisão política pelo legislador se mostra excessiva frente à finalidade. A métrica deste excesso, sem parâmetros normativos, pode levar à subjetividade da decisão jurídica para as preferências do julgador. O controle deste "excesso" objeto da preocupação de Laurenttis é resolvido de outras formas. Normalmente, a concorrência de outras alternativas adequadas promove a solução do caso com o exame da necessidade. Na remota hipótese disso não acontecer, os demais limites dos limites mostram as possibilidades de solução. Ainda, o princípio da igualdade, nomeadamente nos conflitos multipolares, pode apresentar soluções satisfatórias pela perspectiva jurídica.

[774] Pieroth e Schlink, analisando o padrão decisório do Tribunal Constitucional Federal Alemão, estabelecem que a proporcionalidade em sentido estrito funciona como um "controle de consistência" (*Stimmigkeitskontrolle*) para se evitar "decisões absurdas". Deste modo, o exame de determinada intervenção absurda exige o refazimento dos subtestes da proporcionalidade, dando atenção especial para a adequação e a necessidade. No caso de verificação da adequação e da necessidade da medida, permanecendo o seu caráter absurdo, é que a proporcionalidade em sentido estrito deve ser utilizada, excepcionalmente, para a contenção do poder. (PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3123). O exame de uma intervenção absurda – ou seja, aquela que imponha um grau de restrição tão grave a determinado direito ao ponto de anulá-lo – somente pode ocorrer no caso concreto. Além da falta de resposta obstativa do teste da proporcionalidade (licitude de fins e meios, adequação e necessidade) neste caso, deve-se analisar todo o arsenal de limites dos limites antes da utilização do recurso excepcional da proporcionalidade em sentido estrito. Deste modo, não se admite, de modo algum, a utilização da proporcionalidade em sentido estrito, como abertura para novos direitos, mas apenas como contenção do poder em casos excepcionalíssimos.

valores constitucionais, que servissem de medida para o exame da proporcionalidade em sentido estrito.[775] Ela funcionaria como uma balança, na qual deveria prevalecer o direito, valor ou interesse de maior peso.

Contudo, o "sistema axiológico" e a ordem de valores não foram hierarquizados e tampouco sistematizados pelo constituinte originário quando da elaboração dos direitos fundamentais. Todos eles possuem a mesma "dignidade normativo-constitucional". A definição da "hierarquia" concreta entre tais valores integra a "margem de manobra" do legislador, autoridade democraticamente eleita para resolver os conflitos daí decorrentes. É, portanto, uma decisão política. Ao juiz, por outro lado, é defeso se imiscuir nesta tarefa, sob pena de atuar de modo ativista. Tampouco cabe à doutrina jurídica a hierarquização destes valores, a não ser que a produção se volte para o convencimento do próprio legislador, o que não se vê, em regra.[776]

A ponderação de Alexy vale-se do sopesamento de valores em conflito, agregando elementos fáticos de determinado caso. O resultado, contudo, é uma solução tão subjetiva[777] quanto a ponderação abstrata de valores da teoria axiológica.

Admitir que o juiz possa comparar o peso prevalecente entre dois direitos distintos, com a finalidade de uma decisão "mais justa", apenas fomenta o ativismo judicial em uma escalada progressiva e sem precedentes e deturpa a credibilidade da dogmática jurídica e da organização do Estado. Nem o Poder Judiciário, nem a doutrina são detentores de uma balança de precisão – "ponderômetro" – a permitir medir e comparar direitos e decidir sobre o que é mais justo.[778] Aqueles que operam neste nível deixam de fazer exame jurídico do direito e passam a fazer exame político sobre o direito. Entretanto, como já referido, cabe apenas aos legisladores a tarefa de correção do direito pela via da política.

Interessante notar que a ponderação – seja valorativa, seja principiológica, seja a subjetiva – sempre tem a mesma característica de permitir o acesso pelo juiz da competência constitucional reservada ao legislador. Ela sempre será uma abertura ao ativismo judicial, por mais controle que queira se impor doutrinariamente. Ao fim e ao cabo, ela será uma expansão dos poderes criativos do juiz.

---

[775] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 270.
[776] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 271.
[777] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3105.
[778] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 274.

Por essas razões, a proporcionalidade em sentido estrito não integra o teste da proporcionalidade do direito de resistência, pois sua configuração não respeita a condição de limite dos limites.

2.7.4. Garantia do conteúdo essencial

Outro limite dos limites muito discutido é a garantia do conteúdo essencial (*Wesensgehaltsgarantie*), prevista formalmente na Lei Fundamental alemã, no art. 19, (2).[779] Mendes aponta que a origem do conteúdo essencial é "uma tentativa de fornecer resposta ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais", na concepção vigente até o início do século passado,[780] que remonta à concepção dos direitos fundamentais burgueses do século XIX.

O propósito da garantia era impedir o esvaziamento do objeto de liberdade previsto no âmbito de proteção de um direito fundamental com reserva legal, pela intervenção do legislador, em reforço à sua vinculação aos direitos fundamentais, nos termos do art. 1º, (3), da Lei Fundamental alemã.

Existem, basicamente, duas correntes que disputam o significado do conteúdo essencial: (*i*) a teoria absoluta e; (*ii*) a teoria relativa.[781]

A (*i*) teoria absoluta considera a existência de uma unidade substancial autônoma no âmbito de proteção do direto fundamental, independentemente de qualquer situação concreta – uma grandeza fixa –, que é intocável ao legislador.[782] Assim, o direito fundamental possuiria um conteúdo insuscetível de limitação, sobre o qual não se aceitaria qualquer intervenção. É, pois, um limite dos limites.[783]

Os adeptos da teoria absoluta debatem se a proteção absoluta deve compreender o direito fundamental como direito subjetivo (intangibilidade da posição jurídica individual) ou como a função objetiva (proteção para a "vida social em conjunto"). Hesse entende que as posições podem ser consolidadas, pois deve-se manter a função protetiva do direito

---

[779] Art. 19. (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.
[780] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2004, p. 41
[781] Para aprofundamento: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2.ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2010, pp. 183-207. QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais: teoria geral**, 2.ed. – Coimbra : Coimbra Editora, 2010, pp. 269-276.
[782] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3195.
[783] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2004, p. 43.

fundamental (aspecto objetivo) e a liberdade protegida jurídico-constitucionalmente em favor do particular.[784]

A (*ii*) teoria relativa, por outro lado, entende que a definição do conteúdo essencial depende da análise interventiva caso a caso. O ajuste do conteúdo essencial seria realizado mediante um processo de ponderação, como apresentado sucintamente acima na análise da proporcionalidade em sentido estrito. O conteúdo essencial seria o produto do processo de ponderação,[785] como o mínimo insuscetível de restrição pelo legislador.[786] Alexy, adepto da teoria relativa, assevera que ela não traz qualquer ganho protetivo sobre a ponderação principiológica e o sopesamento.[787]

No direito constitucional brasileiro, ao contrário do que ocorre no direito alemão, não há na Constituição a previsão formal de uma proteção ao "conteúdo essencial" dos direitos fundamentais.

Os doutrinadores que aderem ao posicionamento em questão, com grande propensão para a teoria relativa (e ponderativa), sequer se ocupam deste ponto em específico.

Ao que parece, a razão está com Dimoulis e Martins, no sentido de que a ausência expressa de disposição constitucional sobre a preservação de um "núcleo essencial" de direito fundamental acarreta a impossibilidade de sua adoção em nosso sistema.[788]

Para a dogmática liberal dos direitos fundamentais, a teoria relativa é inaceitável, levando em consideração a necessidade de recorrer à ponderação valorativa e principiológica. A teoria absoluta, por outro lado, necessita de uma substancialização metafísica dos direitos fundamentais, do abastecimento de conteúdo que foge aos limites da tradição, que, de igual modo, não pode ser considerada.

---

[784] HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, tradução da 20.ed. alemão de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 268.

[785] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, pp. 297-298. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2.ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 206.

[786] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2004, p. 44.

[787] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 301. No mesmo sentido é a posição de PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3195. Silva, complementa o raciocínio de Alexy com o seguinte silogismo: "- restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais; - restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais; - restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial." SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2.ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2010, pp. 206-207.

[788] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 209.

A função originalmente buscada pela proteção do conteúdo essencial no art. 19, (2), da Lei Fundamental de Bohn, é realizada atualmente pela proporcionalidade da dogmática do direito de resistência.

Isso não significa a adesão a uma teoria do conteúdo essencial. A conclusão ora apresentada é de inexistência de base dogmática para a utilização de um limite dos limites com fundamento em um "conteúdo essencial" autônomo. No plano teórico, contudo, é possível afirmar que o resultado do exame da proporcionalidade resulta no conteúdo essencial do direito fundamental no caso. No entanto, para fins dogmáticos, essa consideração é totalmente impertinente.

2.7.5. Proibição de lei restritiva de efeitos concretos

A proibição de lei restritiva com efeitos concretos, prevista no art. 19, (1), frase 1,[789] da Lei Fundamental, é mais um limite dos limites. A atividade interventiva do Estado deve se basear em lei geral e abstrata. Buscam-se dois limites em específico aqui: (*i*) impedir que o legislador invada a área de atuação do executivo, preservando a separação e a dispersão de poderes e; (*ii*) obstar a imposição de restrições particularizadas, criando privilégios ou discriminações não justificadas, reforçando-se o direito fundamental de igualdade (art. 5º, I, da CF) entre os titulares dos direitos fundamentais.[790]

O art. 59, da CF, elenca os atos normativos de potencial intervenção em direitos fundamentais, especialmente nos incisos I a V. Os atos normativos, por conseguinte, devem ser interpretados conforme o limite dos limites acima apresentado, tendo em vista a exigência de que toda lei formal (inclusive a emenda constitucional) seja dotada de generalidade e abstração, por se tratar de ato primário.[791]

2.7.6. Dever de referência

O "dever de citação" (*Zitiergebot*) ou dever de referência está previsto no art. 19, (1), frase 2[792], da Lei Fundamental. Estabelece a obrigação do legislador indicar especificamente

---

[789] Art. 19. (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular...

[790] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3232.

[791] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7.ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2012, Apple Books, Capítulo Terceiro, itens 109 a 136.

[792] Art. 19. (1) ...Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.

qual o direito fundamental restringido e apontar o respectivo artigo.[793] Nada obstante a clara intenção do constituinte alemão em facilitar a identificação de limitações a direitos fundamentais, é necessário asseverar que este limite dos limites não pode ser transplantado para a tradição brasileira, por ausência de regra constitucional correspondente.

2.7.7. Princípio da determinação

O princípio da determinação (*Bestimmtheitsgebot*) é outro limite dos limites apontado pela doutrina alemã. Através dele, exige-se que as leis sejam concebidas de forma clara e determinada, impedindo-se, assim, leis obscuras e de parca determinação.[794] Dogmaticamente, este limite pode ser concebido como um reforço da proporcionalidade, pois leis obscuras e indeterminadas impedem a compreensão de sua finalidade de modo transparente. O dever de determinação do legislador deve ser considerado uma espécie de *accountability* do processo legislativo e de sua decisão. Sem os atributos da clareza e da determinação dos sentidos das regras postas, torna-se impossível examinar a intervenção.

A definição do conteúdo do dever de determinação não é tarefa simples. Poscher se refere, especificamente, sobre o problema das cláusulas gerais. Ele sustenta que o princípio da determinação não proíbe a utilização de cláusulas gerais pelo legislador. No entanto, a densidade normativa exigida pela clareza da lei depende da possibilidade da intervenção ao direito fundamental ser realizada por uma norma mais ou menos precisa.[795]

Levando em conta a proliferação de cláusulas gerais e de regras de conteúdo jurídico indeterminado na legislação brasileira, entende-se que o presente limite dos limites tem plena aplicabilidade local, inclusive como forma de verificar, concretamente, a possibilidade de sua utilização pelo legislador, em burla ao limite dos limites da reserva parlamentar (reserva da lei), que impede a delegação de decisões políticas essenciais pelo legislador a outros órgãos.

---

[793] O próprio Tribunal Constitucional Federal da Alemanha interpreta esse limite dos limites de modo restritivo, para que o dever "não impeça desnecessariamente o legislador de seu trabalho." (PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3272)

[794] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3291.

[795] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 334.

2.7.8. Proibição da retroatividade

A proibição da retroatividade fecha o nosso rol exemplificativo dos limites dos limites. Kingreen e Poscher incluíram esta garantia, em atenção ao disposto no art. 103, (2)[796] da Lei Fundamental.[797] Os autores retiraram do direito fundamental de não retroatividade da lei penal um limite dos limites implícito, que garante a proteção da expectativa legítima dos atos interventivos estatais.

No Brasil, o art. 5º, XXXVI e XL, e art. 150, III, todos da CF, estabelecem a previsão expressa dessa barreira interventiva. Ambas as regras receberam tratamento concretizador específico no direito infraconstitucional – por serem direitos fundamentais de liberdade normativa –, como se vê no disposto no art. 6º, da LINDB e arts. 1º e 2º, do CP.

Embora as regras acima refiram-se apenas à irretroatividade da lei, o limite dos limites deve ser implicitamente ampliado para todas as regulações e orientações estatais anteriores à intervenção, pois são orientadoras do comportamento individual a que se dirigem, em respeito à segurança jurídica.[798] A confiança legítima deve ser erigida à posição de direito fundamental material (art. 5º, § 2º, da CF), sempre que existir manifestação estatal inequívoca capaz de gerar expectativa em seus destinatários.

Em atenção a isso, a LINDB disciplinou alguns desses problemas, como se vê no art. 24, que trata da revisão de atos da administração pública e das limitações impostas para a invalidação dos atos jurídicos praticados, se estiverem de acordo com as orientações administrativas, controladoras ou judiciais existentes na época de sua celebração. A regra visa conferir segurança jurídica e previsibilidade àquele que contrate com a administração pública, para que não seja surpreendido por ato dela própria ou de órgão judicial. Nada mais adequado. A regra é uma intervenção densificadora no direito fundamental da proteção do ato jurídico perfeito, disposta no art. 5º, XXXVI, da CF, cuja normatividade deve ser aplicada também aos contratos celebrados entre particulares.

Se a própria lei formal não pode retroagir na disciplina de atos pretéritos (*tempus regit actum*), a mesma limitação deve ser aplicada para a interpretação do direito objetivo, seja pelo

---

[796] Art. 103, (2) Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade foi estabelecida por lei antes de seu cometimento.

[797] KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, item 367.

[798] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5.ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2019, p. 392-435. FERRAZ, Luciano. **Segurança Jurídica positivada: interpretação, decadência e prescritibilidade**. *in:* Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul/set. 2010, versão digital.

tribunal, seja pela própria administração pública, como um limite dos limites concretamente falando.

3. DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

A partir da construção dogmática dos direitos fundamentais analisada no capítulo 2, é hora de voltar os olhos ao processo.

Algumas premissas são fundamentais nessa empreitada: (*a*) o processo será analisado como um direito fundamental. Acima de tudo, ele não será construído sob a perspectiva do Estado, mas sob o ponto de vista do seu titular, o indivíduo, na melhor tradição das teorias subjetivas; (*b*) com isso, afasta-se qualquer funcionalização ou instrumentalização do processo pelo poder. Esse ponto é, pois, inegociável para esta tese. Não é demais lembrar que se dedicou o capítulo 1 inteiramente para desfazer a construção hegemônica na doutrina brasileira e revelar os seus problemas; (*c*) o processo será tratado como um direito de liberdade conforme o modelo complexo poscheriano. É dizer, o trabalho não defende que o processo seja uma forma de liberdade negativa que proteja o poder estatal contra todas as intervenções. Na verdade, adota-se o conceito de liberdade negativa por sua função dogmática de impedir que intervenções ocorram sem a devida justificação constitucional, como forma de cumprimento do dever geral de abstenção. No entanto, não se ignora a existência de outras formas de liberdade, que são, inclusive, justapostas em constante tensão, na formação do âmbito de proteção do direito fundamental.

O que se pretende é realizar uma análise dogmática do direito fundamental geral do processo (devido processo legal) e dos demais direitos fundamentais especiais que compõem o conceito constitucional de processo (*regolæ juris*),[799] através do direito vigente brasileiro.

[799] "As *regolæ juris* consubstanciam expressões que sintetizam o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, sem que lhes corresponda um significado próprio. Limitam-se a exprimir, condensadamente, um sistema normativo, a modo – diz Fábio Konder Comparato – de autêntica estenografia legal." GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**, 6.ed., 2ª tiragem, São Paulo : Malheiros, 2014, pp. 151-152.

Ao contrário do que praticado pela doutrina instrumentalista, formalista-valorativa e neoconstitucionalista do processo, o estudo ora realizado não possui qualquer pretensão universalista. Nada obstante se possa analisar o desenvolvimento histórico do devido processo legal em diversos Estados – o que não é o objeto dessa pesquisa –, é indispensável notar que o conceito de processo universal, pré-estatal ou mesmo como um dado da natureza ou decorrente da imanência humana é necessariamente uma construção teórica, que não se vinculará à normatividade posta imprescindivelmente. Com isso, estabelece-se que ele é, necessariamente, o resultado das normas que o formam e o concretizam, a partir de uma concepção dogmática.

Equivoca-se Couture – assim como tantos outros – ao defender que "a ciência do processo necessita assentar uma série de proposições de conteúdo real e legitimidade universal, independentemente do tempo e do espaço, sem as quais o objeto da ciência – o processo – não pode ser concebido, nem chegar a ser realizado."[800] Em outras palavras, o que pode ser defendido de *constitutione lata* sobre o conteúdo jurídico do processo no Brasil não necessariamente será correspondente ao mesmo conteúdo jurídico em outro país.

Como se sabe, a expressão "processo" é polissêmica e muito rica em acepções, sendo utilizada tanto nas linguagens comum, científica em geral, filosófica e jurídica, em uma variedade de sentidos tão grande que é aconselhável indicar a conotação específica, sempre que o termo for utilizado.[801] Normalmente, o sentido que ele recebe possui relação direta com a expressão material de seu fenômeno relacionado ao movimento, desenvolvimento e transformação de algo.[802]

O grande problema do exame sobre os sentidos da expressão processo é que, dentro do mesmo grupo, podemos ter grande diversidade de conteúdo e conotação, o que torna o objeto da investigação ainda mais complexo.

---

[800] COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**, tradução da Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano – 3.ed., Rio de Janeiro : Forense, 1993, p. 156.

[801] Aroldo Plínio Gonçalves apresenta um rol exemplificativo dessas compreensões: "Na linguagem corrente, fala-se indiferentemente em processo como etapa, como desenvolvimento, como método, como movimento, como transformação. Na linguagem científica, com suas conotações específicas, o termo é amplamente utilizado em qualquer domínio do conhecimento. Pode-se lembrar que, na informática, por exemplo, a ideia sugestiva de processo integrou-se à linguagem da ciência na expressão processamento de dados, como técnica de transformação de dados (números) em informações, informações obtidas de variáveis quantitativas ou qualitativas, depois que os dados são organizados, pois os números sozinhos não dizem nada... Na linguagem filosófica, NICOLA ABBAGNANO registra três sentidos para o termo: 1. 'Procedimento, maneira de operar ou de agir', exemplificando com extratos da *Summa Theologica* de Sto. Tomás de Aquino, 'o Processo de composição e de resolução' que indica 'o método que consiste no descer das causas ao efeito, ou no subir de novo de uma causa para outra sem parar'. 2. 'Transformação ou desenvolvimento' exemplificando com WHITEHEAD (*Process and Reality*, 1929): 'Processo da história'. 3. 'Uma concatenação qualquer de eventos', exemplificando com expressões de campos científicos 'Processo de digestão', 'Processo químico'." GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, Rio de Janeiro : Aide Ed., 1992, pp. 59-60.

[802] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, Rio de Janeiro : Aide Ed., 1992, p. 60.

No direito em geral e no direito processual em especial, essa característica determinou os três principais sentidos pelos quais o conceito de processo foi examinado, quais sejam: a) processo como método de criação de norma; b) processo como ato jurídico complexo; c) processo como relação jurídica. De forma bastante rápida, as compreensões acima serão desdobradas, como modo de alertar o leitor sobre o enfoque que será adotado no presente trabalho.

A primeira acepção, processo como método de criação de norma, está diretamente relacionada a uma perspectiva de Teoria do Estado. Na verdade, trata-se de uma forma de observação do processo sob a perspectiva Estatal. Assim, diz-se que o poder normativo estatal somente pode ser exercido através do processo, razão pela qual se fala em processo legislativo – para a criação das normas gerais e abstratas –, processo administrativo – na criação das normas gerais, específicas e concretas da administração pública – e processo jurisdicional – para as normas concretas da jurisdição.[803]

Um dos maiores expoentes do conceito de processo como meio de produção normativa é Calmon de Passos. O autor trabalha a conjugação relacional do processo com o direito como este sendo produto de sua produção. O direito é, portanto, a manufatura daquilo que o processo realiza por seus produtores.[804] Nessa perspectiva é que o processo deve ser conceituado como a atividade "por meio da qual se produz uma norma jurídica, mediante a formulação de uma decisão de autoridade, entendido o termo procedimento como referido ao complexo de atos juridicamente ordenados de tratamento e obtenção de informações, que se estrutura e se desenvolve sob a responsabilidade de titulares de poderes públicos e serve para a preparação da tomada de decisões, sejam legislativas, sejam administrativas, sejam jurisdicionais".[805] Assim, o resultado de todo processo seria a formação de uma norma jurídica, com um significativo comprometimento axiológico voltado para a satisfação da sociedade.[806]

É bastante comum o conceituar o processo como um meio para a obtenção de uma decisão ou, mais especificamente, como construído por Calmon de Passos, um meio para a produção de norma jurídica, de modo amplo. O direito é o resultado de todo um processo que

---

[803] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 17. ed., Salvador : Editora JusPodivm, 2015, p. 30.
[804] CARVALHO FILHO, Antônio. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Flexibilização do processo: ideias a partir de Calmon de Passos**, *in* Direito, Processo e Garantia: Estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos, Antônio Carvalho Filho e Eduardo José da Fonseca Costa (orgs), Londrina : Editora Thoth, 2021 p. 102.
[805] PASSOS, J. J. Calmon de. **O processo administrativo na Constituição de 1988**, *in* Ensaios e artigos, vol. I, Salvador . Editora Juspodivm, 2014, p. 553.
[806] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, pp. 34-37. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo**, *in* Revista de Processo, ano 27, vol. 105, jan-mar. 2002, pp. 182-183.

o precedeu, seja na perspectiva macro – produção da norma geral e abstrata –, seja na perspectiva micro – produção da norma individual e concreta –, para a definição de seu conteúdo. Assim, o direito, vertido em linguagem, que forma "textos, proposições e prescrições são o resultado de todo um processo que os precedeu e foi determinante para a definição de seu conteúdo, o qual, em si mesmo e enquanto texto, de nenhum poder de determinação se revestiu, antes o conteúdo foi decisivamente determinado pelo processo de sua produção que, este, foi preeminente e determinante. Discipliná-lo é o que se faz imperioso para se lograr o produto desejado."[807] É por essa razão que Calmon entende que antes de o produto (= direito) condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto (= direito). Com efeito, em nível macro, a norma jurídica de caráter geral é determinada pelo processo de sua produção (processo de natureza política), bem como em nível micro, pela qual o decisor deve editar a norma reguladora de um conflito precisamente delimitado em termos de pessoas, de tempo, de lugar e de circunstâncias. Nessa hipótese, contudo, a natureza desse processo de produção é eminentemente jurídica.[808]

Para o autor, a noção de processo vale-se da ínsita conjugação relacional do direito como produto de sua produção a partir do Estado.

Nada obstante as valiosas lições, a construção de processo como meio revela apenas parte do seu ser. Existem dois problemas analíticos sobre esse conceito, que merecem enfrentamento: (*a*) a expressão meio é problemática em si. Dentre as acepções possíveis, a compreensão do processo como meio coloca-o como aquilo que serve ou permite alcançar um fim. Seria o caminho, a estrada, previamente traçada para a realização de um fim. Como se sabe, o fim sempre foi tratado como a decisão jurisdicional sobre o direito material subjacente. A utilização do processo deste modo promove uma confusão entre ele e o procedimento legalmente estabelecido. É o procedimento compreendido como o plexo de atos jurídicos encadeados e instituídos por lei, que pode ser comparado com a metáfora do meio. Como se verá, o procedimento é produto extraído da matéria-prima constitucional do processo. Quanto a isso, não há dúvida. O problema é reduzir o processo à noção de procedimento; (*b*) a segunda objeção sobre o ponto é algo que não está presente na doutrina calmoniana, mas é muito comum em outros doutrinadores que se valem da mesma metáfora do meio. Tratar o processo como

[807] PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**, *in* Ensaios e artigos, vol. I, Salvador . Editora Juspodivm, 2014, p. 33.
[808] CARVALHO FILHO, Antonio. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Flexibilização do processo: ideias a partir de Calmon de Passos**, *in* CARVALHO FILHO, Antonio. COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs.). Direito, Processo e Garantia: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos, Londrina : Editora Thoth, 2021, p. 101.

meio para a decisão estatal facilita a sua compreensão como instrumento a serviço do Estado. Ele passa a ser visto como uma ferramenta, o duto pelo qual a jurisdição deve ser prestada. Isso aproxima a visão de que o processo está a serviço do juiz e, como tal, pode ter o seu procedimento ajustado pelo magistrado. Mais do que isso, sendo o processo um meio, cabe ao julgador estabelecer quais são as oportunidades processuais adequadas, ou não. Tendo o juiz este tipo de controle, a parte passa a ser vista como a causadora da demora da prestação jurisdicional, fim último do processo.

Prefere-se desfazer o clichê de processo como meio.

Em sentido muito próximo é a construção de Alvarado Velloso de processo como método. Por método, o professor argentino entende a "*serie lógica e consecuencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridade, que se utiliza como medio pacífico de debate dialético entre dos partes antagónicas ante un tercero que es impartial, imparcial e independiente*".[809] Nada obstante a proposta alvaradiana seja tão anti-instrumentalista quanto a de Calmon de Passos, quer parecer que seu conceito de processo esbarra, em certo sentido, no conceito clássico de relação jurídica e de processo como meio. Sua explicação do método passa pelas fases postulatória, instrutória e decisória próprias do desenho do procedimento, que, nessa altura, necessita intimamente da concretude legal em sua definição. Aqui, o processo é tomado como um "fenômeno", que pouco explica sobre sua normatividade. A construção do processo como método necessita de dotar figuras teóricas, como os "modelos de processo"[810] de normatividade pré-legislativa. O perigo dessa construção é que ela pode ser instrumentalizada por qualquer outro modelo que se pareça "melhor" ou "mais racional". No Brasil, o risco é evidente com o crescimento doutrinário de um suposto "princípio da cooperação", que está no "meio termo" entre os modelos inquisitivo e acusatório. Nem tão "ativista" (*rectius*, instrumentalista), nem tão garantista.[811] É necessário estabelecer ao processo, por conseguinte, critérios dogmáticos mais claros para a sanha autoritária da doutrina e do Estado.

Como ato jurídico complexo, o processo é sinônimo de procedimento, concepção de grande sucesso da doutrina processual, tanto de origem nacional quanto estrangeira. Sua sinonímia com o procedimento se dá pela identificação do processo como o conjunto de atos

---

[809] ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Sistema procesal: Garantía de la Libertad**, Lima : A & C Ediciones, 2018, p. 299.

[810] Esse movimento é realizado claramente na construção de Alvarado Velloso: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**, Valencia : Tirant lo blanch, 2005, pp. 143 e ss.

[811] A construção foi realizada em RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional**, Salvador : Editora JusPodivm, 2019, pp. 25-40.

ordenados, em contraditório, destinados a determinado fim.[812] Como se sabe, o desenvolvimento desta concepção, com grande influência do instrumentalismo processual dinamarquiano e do formalismo-valorativo alvariano, levou à construção das teses de flexibilização do procedimento, alinhada à uma cisão de caráter dinâmico do processo/procedimento, atrelada aos fins da jurisdição e à tutela dos direitos fundamentais.[813]

Na verdade, a concepção do processo como procedimento em contraditório serve diretamente à primeira concepção de processo como meio de produção de norma. São as faces da mesma moeda, já que revela apenas a forma como a norma acaba por ser produzida.

Por fim, a doutrina trata também o processo como relação jurídica. Essa construção remonta à teoria dos pressupostos processuais de Oskar von Bülow, que caracterizava o processo como uma relação jurídica dinâmica entre o tribunal e as partes, na qual o juiz teria o dever de realizar o direito, enquanto as partes submeter-se-iam ao julgamento, cooperando com o juiz para o cumprimento do dever judicial.[814-815]

No Brasil, muitos ainda sustentam essa acepção, dentre eles, Fredie Didier Jr, que prefere afirmar que o processo é na verdade um "conjunto (feixe) de relações jurídicas", que estabelecem inúmeras situações jurídicas definidoras de direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc.[816]

Nada obstante algumas divergências pontuais, as concepções são tratadas como complementares entre si, são manifestações do mesmo fenômeno. A doutrina brasileira majoritária converge para a adoção do processo nas três concepções acima. Em resumo, pode-

---

[812] Nada obstante as particularidades de pensamento entre os autores, são partidários desta concepção: FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**, Ottava Edizione, Padova : CEDAM, 1996, pp. 74-75. GONCALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, Rio de Janeiro : Aide Ed., 1992, pp. 66-68. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da existência**, 17.ed., São Paulo : Saraiva, 2011, pp. 195-197. PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**, Rio de Janeiro : Forense, 2002, pp. 83-88. DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**, São Paulo : Saraiva, 2005, pp. 15-21.

[813] Neste sentido: MARTINS, Sandro Gilbert. **Processo, procedimento e ato processual: o plano da eficácia**, Rio de Janeiro : Elsevier, 2012, pp. 1-6. BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: O problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro**, Salvador : JusPodivm, 2015, pp. 115-117. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**, São Paulo : Atlas, 2008, pp. 65-66.

[814] BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones proesales y los presupuestos procesalies**, Buenos Aires : Libreria El Foro, 1868, p. 9-23.

[815] A principal rejeição veio em Goldschmidt e sua construção de processo como situação jurídica. GOLDSCHIMDT, James. **Teoría general del processo**, Buenos Aires : Editorial Labor, 1936, *passim.* Fazzalari também rejeitou a tese: FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**, Ottava Edizione, Padova : CEDAM, 1996, pp. 75-76. No Brasil, coube a Aroldo Plínio Gonçalves a crítica mais severa: GONCALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, Rio de Janeiro : Aide Ed., 1992, pp. 97-98.

[816] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 17. ed., Salvador : Editora JusPodivm, 2015, pp. 32-33.

se dizer que o processo, ontologicamente, é ato, teleologicamente, é produção normativa, axiologicamente, é instrumento de participação democrática.[817]

A característica comum entre as concepções é que a perspectiva do desenvolvimento teórico do processo sempre foi a do Estado, seja por considerá-lo como meio para a produção normativa, seja pelo estabelecimento da relação jurídica, seja, ainda, por corresponder ao procedimento visando o resultado decisório. Em maior ou menor medida, o processo é captado como fenômeno do Estado e por ele realizado. [818]

A visão que se pretende apresentar doravante não guarda relação direta com nenhuma dessas acepções. Mais do que isso, o estabelecimento de uma dogmática do processo como direito fundamental exige uma reviravolta do seu ponto de observação e exame, que deixa de ser o Estado e passa a ser a parte, como forma de densificar a sua dimensão subjetiva e compreender a dimensão objetiva a partir da subjetividade.

3.1. O processo como unidade normativa de direitos fundamentais

Busca-se a partir de agora estabelecer um lugar de consenso terminológico para a tese que será apresentada. Um dos maiores problemas do direito, em especial do direito processual, é que os institutos são comumente debatidos sem que tenham sido assentadas as bases comuns da discussão (*common ground*). Esse é o principal motivo pelo qual praticamente não se vê na doutrina um debate de qualidade a respeito de determinado tema, uma vez que os autores tratam de coisas diferentes, sem ajustar previamente o objeto a ser discutido.

O objeto de análise da dogmática que se pretende realizar está radicado no texto constitucional, especialmente no art. 5º, LIV, da CF, que prevê o direito fundamental ao devido processo legal, compreendido como o direito fundamental geral do processo. Assimilar as suas

---

[817] BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: O problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro**, Salvador : JusPodivm, 2015, p. 135.

[818] Mais recentemente, Antonio do Passo Cabral tratou do fenômeno que denominou de "materialização do processo", caracterizado pelas "novas relações entre direito material e processo", desvinculadas da relação com o poder estatal. As convenções processuais passaram a estabelecer interações pré-judiciais de negócios jurídicos prévios, com o estabelecimento de normas processuais de regulação primária de conduta; as regras de autoexecutoriedade dos contratos, em especial dos *smart contracts*, ou de autotutela, também revelariam uma desnecessidade de exercício do poder estatal e a relação de indivíduos em conflito, ainda regrado por um processo. CABRAL, Antonio do Passo. **Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual**, *in* Civil Procedure Review, v. 12, n. 2: maio-ago. 2021, pp. 87-97. O que mais chama atenção na abordagem é a absoluta falta de conceito a respeito do processo. Não se sabe qual é o conceito de processo para Cabral. Sua tese tem um vício de nascimento, pois fala muito sobre coisa nenhuma. Processo para Cabral pode ser tudo e nada, a depender daquilo que ele queira. A atitude científica, tão cara ao autor, exige que ele esclareça o seu conceito de processo, de forma clara, antes de qualquer outra consideração.

dimensões e a sua normatividade é de vital importância para a boa divisão analítica dos direitos das partes e dos deveres e limites do Poder Estatal, em especial do Juiz.

A definição do conteúdo jurídico do processo necessita, portanto, do exame do âmbito de proteção do devido processo legal e dos demais direitos fundamentais especiais do processo, que serão analisados a seguir.

A primeira constituição brasileira a prever expressamente o devido processo legal em seu texto foi a promulgada em 1988. Todas as outras possuíam garantias processuais esparsas, como o contraditório, publicidade, juiz natural, dentre outras, porém, não haviam positivado expressamente o direito fundamental em questão, nada obstante fosse possível entender por sua presença implícita no sistema constitucional. Isso se verifica pela doutrina dedicada tanto ao direito constitucional como ao direito processual, que já aceitava amplamente a existência do direito ao devido processo legal.

Durante anos, o devido processo legal foi compreendido como a "cláusula" que guardava em si o mínimo essencial para a existência de um processo (como procedimento) válido. É bastante comum, por conseguinte, a visão do devido processo legal como um feixe de garantias processuais variadas, um recipiente no qual se justapõem proteções à atuação das partes em Juízo. Os tratados internacionais que tratam de garantias processuais em geral sempre foram encarados como explicitadores do conteúdo normativo do próprio devido processo legal – a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), no arts. 8º e 10, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), no art. 14 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), art. 8º.

Não se quer negar que o devido processo legal carregue em si, nomeadamente em sua dimensão histórica, a grave simbologia de atração de inúmeras outras garantias asseguradas no procedimento para a produção de norma jurídica, em especial, perante a jurisdição. Esse dado não pode ser desafiado pela realidade.

O devido processo legal, compreendido como um direito fundamental geral do processo, abarca todas as garantias específicas previstas no procedimento legalmente posto, que não decorrem dos demais direitos fundamentais especiais do processo. Sua função é residual, como forma de dotar o indivíduo da máxima proteção contra o exercício arbitrário do poder. O residual não deve ser tomado em sentido pejorativo, pelo contrário, a noção representa um grande avanço para a máxima eficiência do direito fundamental do processo, pois estabelece proteções de liberdade, mesmo que não presentes nos âmbitos de proteção dos demais direitos fundamentais processuais.

O esforço analítico não é em vão. Não se trata de mero preciosismo acadêmico. Não é banal exercício de intelectualidade sem repercussão prática. Revelar conteúdo jurídico próprio do processo tem por finalidade libertá-lo das garras do Estado e utilizá-lo em proteção de seus titulares. Entender o que é o devido processo legal e o que ele garante especificamente é a chave necessária para a definição sobre os modos de intervenção estatal sobre o seu âmbito de proteção e permitir a avaliação dogmática acerca da existência, ou não, de justificação constitucional.

Antes de prosseguir, um alerta terminológico se faz necessário. O processo será tratado como a unidade normativa do direito fundamental do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) e dos demais direitos fundamentais especiais do processo (art. 5º, LV a LXVII e LXXVIII, da CF). O direito fundamental ao acesso à jurisdição, para a construção ora realizada, não integra o conceito normativo de processo, sua normatividade decorre da vedação da autotutela e do monopólio da força pelo Estado, que garante, com isso, a ação processual, que não pode ser, de modo algum, obstada por atuação do próprio Estado. Mais à frente, analisar-se-ão as relações entre o acesso à jurisdição e o processo, como forma de demonstrar que, para um estudo dogmático de tais direitos fundamentais, especialmente para o exame analítico das intervenções e justificações constitucionais, não há como incluir um no outro.

Mais um esclarecimento.

Alguns setores da doutrina tratam o devido processo legal – ou o processo justo, como preferem chamar, nomenclatura que foi amplamente criticada no capítulo 1 e que não será utilizada neste trabalho – como sendo um direito de natureza "processual", motivo pelo qual exige do Estado "deveres organizacionais".[819]

A qualificação processual é tomada em antagonismo com a compreensão de direito material.

A diferença mais propugnada na iniciação jurídica de qualquer acadêmico no processo é oferecida por Cintra, Grinover e Dinamarco, nos seguintes termos: "chama-se direito processual o complexo de normas e princípios que regem o método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado. Direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas

[819] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Direitos fundamentais processuais**, *in:* SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, 7.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2018, livro eletrônico, item 5.1.2 Âmbito de proteção.

referentes a bens e utilizações da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.)."[820-821]

Ambos os conceitos são demasiadamente frágeis e incompletos.

Marcos Bernardes de Mello apresenta conceito muito mais adequado à exposição da dicotomia: "Diz-se de direito material toda norma jurídica de cuja incidência resulta fatos jurídicos que têm por eficácia a criação e a regulação de direitos ⇄ deveres, de prestações ⇄ obrigações, ações ⇄ situações de acionado e exceções ⇄ situações de excetuados, que definem licitude ou ilicitude de condutas, estabelecem responsabilidades, prescrevem sanções civis e penais, criem ônus ou premiações, dentre outras categorias eficaciais dessa natureza. De direito formal, ao contrário, são as normas que regulam a forma dos atos jurídicos ou o modo de exercício dos direitos, que prescrevem, exclusivamente, ritos, prazos, competências e formas processuais. Estas não atribuem direitos passíveis de subjetivação, nem mesmo direitos transindividuais, apenas instituem instrumentos destinados à plena veridicidade do direito material."[822]

Embora não se concorde integralmente com o conceito, nomeadamente com relação às normas de direito processual (formal), ele já serve como paradigma suficiente para examinar se o direito fundamental do devido processo legal deve ser considerado uma norma de direito processual sob o ponto de vista constitucional.

Partindo-se do texto: Art. 5º, LIV, da CF: LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. De pronto, verifica-se que o direito fundamental em questão estabelece uma relação de direito ⇄ dever entre o Estado e determinado indivíduo, que esteja ameaçado de ter sua liberdade ou bens privados de qualquer modo. Não se disciplinam na norma quaisquer elementos característicos da norma processual, como apresentada por Mello.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que o devido processo legal é um direito fundamental material. Na verdade, todos os direitos fundamentais têm essa característica, ao estabelecerem ao seu titular um direito oponível contra o Estado.

O processo é, por conseguinte, a matéria-prima para o desenvolvimento do procedimento, mas cujo preenchimento é realizado a partir da própria disciplina do direito

---

[820] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 15.ed., 1999, p. 40.
[821] Classificação semelhante é utilizada também por GONCALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, Rio de Janeiro : Aide Ed., 1992, pp. 49-50.
[822] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico : plano da eficácia, 1ª parte**, 6.ed., São Paulo : Saraiva, 2010, p. 44.

infraconstitucional, por se configurar em direito que estabelece uma liberdade normativa, na acepção de Poscher. Há uma relação simbiótica entre processo e procedimento, na qual um condiciona e se alimenta do outro em constante tensão, que é essencial para a existência jurídica de cada um deles.

É importante não se confundir a condição de direito material do processo enquanto direito fundamental – que possui sua própria substantividade, conteúdo de mediação da relação entre indivíduo e Estado –, com o devido processo substancial (*substantive due process*), de origem norteamericana, cuja função primordial foi dotar os juízes de poderes para o controle de constitucionalidade a partir de critérios de "racionalidade" e "razoabilidade".

O que deve ficar claro no momento é que o devido processo legal é um direito fundamental com previsão constitucional e que deve ser compreendido como direito substantivo (material), gerando um plexo de situações jurídicas por decorrência dos direitos subjetivos e dos deveres correspondentes, aos quais o Estado está submetido, por força do procedimento legalmente estabelecido.

Não se pode confundir, também, o processo com a relação jurídica, ou as relações jurídicas, que potencialmente formará com o Estado, chamada pela dogmática dos direitos fundamentais de constelação triangular. A constelação triangular se estabelece em qualquer relação em que, no mínimo, dois indivíduos disputam determinada norma concreta para o caso deles, mediados pelo Estado. Essa constelação já se observa na própria mediação realizada pela regulação legislativa e fica mais clara e evidente nas disputas mediadas pela administração pública e, principalmente, pela jurisdição. Tal constelação não corresponde ao direito fundamental do devido processo legal e tampouco ao processo. Na verdade, o processo medeia a relação entre os indivíduos e o Estado, sempre que um deles, no mínimo, tiver o risco de ser atacado pelo Estado em sua esfera jurídica.

O processo, na construção ora realizada, é direito fundamental de titularidade dos indivíduos, ou mesmo da coletividade (no caso do processo perante a legislação, do processo perante a administração na definição de políticas públicas e do processo coletivo perante a jurisdição), que vincula amplamente o Estado em todas as suas funções. É inescapável, por conseguinte, que o direito em questão gere deveres correspondentes ao Estado, que podem ser examinados e verificados a partir da dimensão objetiva do processo. Contudo, não se pode confundir o direito e o dever correspondente com a relação jurídica deles decorrente. Reduzir o processo à noção de relação jurídica é diminuir o seu caráter jurídico e a sua função, colocando-o, em regra, à sujeição do próprio Estado. É desnaturar a condição de direito fundamental e do seu conteúdo de direito de resistência.

A partir desta compreensão, afasta-se do processo sua natureza instrumental ou funcional em relação ao Estado. Ele não deve ser confundido com a jurisdição e tampouco deve ser entendido como parte integrante dela. O processo como direito fundamental impõe limite ao exercício do poder estatal – especialmente verificável perante a jurisdição, nada obstante esteja presente também na função-fim legislativa, através do processo legislativo, e da intervenção em direitos em geral na função administrativa, pelo processo administrativo – e protege a zona de liberdade dos seus titulares. Confundir o limite com o poder é erro crasso ou simples artifício para eliminar o conteúdo jurídico da liberdade em nome de determinados "interesses do Estado" ou interesses pessoais do exercente do poder estatal.

Esta conjugação entre contenção e poder é extremamente cara ao constitucionalismo moderno e é o produto de séculos de conquistas, não podendo ser apagado pela simples alegação de necessidade dos tempos.

A instrumentalização ou a funcionalização do processo é, contudo, marca patente em nossa doutrina, como já se viu. O processo sempre foi tratado como o meio de tutela dos direitos. Pouco a pouco, o meio foi confundido com o fim. Mixou-se o processo com a tutela (jurisdicional), chegando-se a afirmar a existência de uma "tutela processual",[823] como se fossem funções do processo a proteção e a efetivação do próprio direito material deduzido em Juízo. A confusão sem fim gerou *slogans* ainda hoje repetidos de forma irrefletida, tais como: "O processo não é um fim em si mesmo"; "o processo se justifica para tutelar o direito material"; "o processo é apenas um instrumento a serviço da tutela de direitos" etc.

Pretende-se quebrar tais paradigmas e demonstrar a existência de uma dignidade epistemológica do processo, que deve ser vista e compreendida não apenas a partir da dimensão do Estado, mas principalmente da dimensão do indivíduo, a quem ele deve servir.

Cabral critica a visão ora exposta, que chama de "*neogarantismo*", ao sustentar que o processo não pode ser analisado sempre vinculado ao poder: "o neogarantismo não enfrenta o problema da relação entre direito material e direito processual. Se o processo é 'instituição de garantia', 'contrapoder', se se volta contra o Estado e é neutro em relação aos direitos, e se dos direitos 'se ocupa apenas a jurisdição', parece que essa vertente do garantismo tem um vício de berço, que é relacionar necessariamente processo e jurisdição. Aliás, é até certo ponto curioso que não se desenvolva esse aspecto em teses que partem de uma visão de Estado mínimo e

[823] A confusão se vê claramente, por exemplo, em ZANETI JUNIOR, Hermes, **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. XIV, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 37.

pregam o empoderamento das partes, expressamente aceitando negócios jurídicos processuais."[824]

A crítica não deixa de ser interessante. Porém, ela possui problemas graves de premissa. O primeiro problema, já alertado alhures, é que Cabral sequer oferece um conceito de processo em toda a sua produção. Relacionar processo com direito material sem dizer o que é uma coisa e o que é a outra torna a sua tentativa um grande vazio. Afinal, o que é o processo? Como ele se relaciona exatamente com o direito material? Qual a finalidade desta relação? Essas são questões para as quais Cabral não deu respostas, mas que são premissas fundamentais do seu trabalho. Cabral deve estabelecer, portanto, a base comum para o desenvolvimento do debate. Enquanto isso não acontecer, o seu argumento não passa de tática de guerrilha, pois o processo pode ser aquilo que ele quiser, quando ele quiser.

A contracrítica ora realizada tentará dar algumas luzes ao problema. A tutela do direito material pode ocorrer de diversos modos. Nem sempre para essa proteção o processo entra em jogo. Sua função somente se torna necessária quando o Poder Estatal é que realiza a proteção e a efetivação do direito material, levando em consideração que haverá o potencial acesso do Estado(-Juiz) na esfera jurídica de um dos litigantes. Quando a proteção do direito material se dá entre particulares, não se fala propriamente de processo, pela simples razão de que o particular não se encontra constitucionalmente vinculado ao direito fundamental.

Mais do que isso, no desforço possessório, no estado de necessidade ou na legítima defesa – para se analisar as medidas de autotutela mais clássicas e legalmente aceitas –, não há qualquer relação com o direito fundamental do devido processo legal. O ato jurídico de autotutela é limitado nos termos da lei em sentido estrito e não há qualquer devido processo legal a ser observado. A mediação da constelação triangular de regulação estatal da autotutela, entre os indivíduos e o legislador, é realizada pela incidência de outros direitos fundamentais. Não se fala, portanto, em exercício de contraditório, publicidade ou direitos correlatos. É apenas ato de força, portanto de poder, autorizado legalmente ao particular para se satisfazer contra agressão ou risco alheio.

O segundo problema, talvez mais grave do que o primeiro, é não compreender que o processo representa um direito fundamental por descrição constitucional e que todo direito fundamental se volta a limitar o Poder Estatal, já que seu destinatário é o Estado em todas as suas funções.

---

[824] CABRAL, Antonio do Passo. **Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual**, *in* Civil Procedure Review, v. 12, n. 2: maio-ago. 2021, p. 73.

É curial notar, por conseguinte, que o conteúdo jurídico do âmbito de proteção do devido processo legal se volta diretamente contra o Estado. A sua razão de ser é, em última análise, o estabelecimento de esfera de liberdade específica do cidadão sempre que tenha contra si a potencialidade de ver minimamente limitada a sua esfera jurídica por atuação do Estado. Neste particular, é necessário entender que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ocorre apenas de forma mediata (indireta), levando em consideração o efeito de irradiação, cujo exame deve ocorrer no caso concreto a partir da existência de conduta particular que gere potencial intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental correlato. Em outras palavras, é indispensável a atuação do Estado para que o conteúdo de determinado direito fundamental vincule o particular. A vinculação direta do particular, no entanto, ocorre mediante a lei.

O terceiro problema é compreender que a aceitação de negócio jurídico processual, o que chama de "empoderamento das partes", seja a aceitação de que há uma relação entre processo e direito material. As convenções processuais são autorizadas por lei para que as partes ajustem, de comum acordo, o procedimento, ônus, oportunidades, direitos e deveres para eventuais necessidades de potencial litígio, podendo, inclusive, criar ajustes pré-judiciais ou mesmo durante a própria judicialização. A criação de regras de limitação do direito de ação, tratativas preparatórias de mediação ou de autocomposição, ou ainda quaisquer outras que busquem administrar possível conflito existente entre as partes, mesmo com a limitação de garantias procedimentais dispostas na lei, não possuem qualquer relação direta com o direito fundamental do processo. O que ocorre nestes casos é que as partes, na plena utilização da autonomia da vontade, garantida constitucionalmente pelo direito fundamental de liberdade geral, ajustam contratualmente a abstenção do exercício da pretensão de resistência do direito fundamental do processo sobre as regras entabuladas no ajuste. Lembre-se de que os particulares não precisam justificar o motivo pelo qual deixam de exercer o direito fundamental. É preciso entender que o direito fundamental encerra uma faculdade para que o seu titular o exerça. Não se trata, portanto, de uma obrigação.[825] O exercício do direito, outrossim, depende de sua vontade, que pode ser manifestada contrariamente ao sentido da proteção do direito fundamental, pela própria vontade contida no ajuste.

Deste modo, os contratantes podem estabelecer limitações para o acesso à jurisdição, alterar o procedimento legalmente estabelecido ou mimetizar, em procedimento convencional, solução possível para a disputa extrajudicial entre as partes, ainda que não seja através da

[825] Neste sentido: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 175-176.

arbitragem ou de mediação. Pensar que isso significa "processo", como direito fundamental, é incorrer no equívoco de confundir processo com procedimento.

A possibilidade de as partes elaborarem convenções processuais, nos termos do art. 190, do CPC. É plenamente possível a renúncia ao exercício de determinada oportunidade procedimental prevista em lei, ou a restrição de seu exercício, conforme as regras estipuladas nas normas procedimentais estabelecidas pelas partes para o caso presente ou futuro.

Essa é uma das razões pelas quais a decisão proferida pelo STJ no REsp 1.810.444 laborou em equívoco. No caso, duas grandes empresas, celebrantes de um contrato de compra e venda, estabeleceram, por convenção processual, a possibilidade de a credora obter liminarmente o bloqueio de ativos financeiros da devedora, sem a necessidade de contraditório prévio ou mesmo de prestação de garantia pela credora. O STJ considerou que a cláusula ofende "a cláusula legal e constitucional" que prevê o direito a um "processo justo", sendo incongruente vincular o julgador à forma pactuada pelas partes para a realização de função de sua titularidade, ou seja, o exercício do poder. Salientou que a ausência de contraditório na hipótese pode resultar em desigualdade de armas no processo, caso em que o negócio processual deverá ser considerado inválido. Assim, o contraditório é "absolutamente indispensável" à órbita processual.

O contraditório é direito fundamental previsto no art. 5º, LV, da CF. No caso analisado, contudo, a parte devedora comprometeu-se a abster-se do exercício do contraditório na hipótese concreta, por regra procedimental estabelecida por ela mesma. Não há qualquer vício de validade na manifestação de vontade que impõe, para si, restrições aos seus próprios direitos fundamentais, desde que não acarrete efeitos para terceiros.

A visão contrária, por outro lado, transforma o exercício facultativo do direito em obrigação cogente e, por correspondência, dever.[826] O STJ fez exatamente isso, transformou um direito fundamental em um dever da parte e, de quebra, instrumentalizou o processo e as regras procedimentais em favor do juiz da causa, ignorando, por completo, que tanto o direito fundamental do processo, quanto o procedimento, existem para a salvaguarda da própria parte, que, caso entenda, pode abrir mão de tal e qual garantia.

A pretensão de Cabral em vincular a tutela do direito material ao processo é apenas uma forma de justificar o levantamento de barreiras e limites legais e constitucionais impostos ao Estado, em decorrência da análise da relação de direito material entre indivíduos. Chamando a autonomia da vontade das partes de processo, permite-se ao juiz, por exemplo, o levantamento

[826] Tratando de questão diversa, mas chegando ao mesmo resultado: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 177.

de obstáculos (limites) legais estabelecidos pelo procedimento, como forma de permitir a tutela "ótima" de determinado direito material. Trata-se de objetivo antigo, buscado por argumentos novos.

O processo não é a forma de tutela do direito material. Quem tutela o direito material é o Estado em decorrência do monopólio da força. O processo é a unidade dos direitos fundamentais (materiais) geral e especiais que lhe dão substância, com conteúdo e finalidade próprios, distintos, portanto, do próprio direito material em jogo e dos direitos fundamentais com ele relacionados diretamente. Isso mostra como Cabral confunde processo com tutela (material ou jurisdicional), o que demonstra o seu enviesamento pela representação instrumental entre direito material e direito processual.

Tutela significa "proteção", "defesa", "amparo".

A tutela jurisdicional é a proteção conferida pela jurisdição que se volta aos direitos materiais dos jurisdicionados, disso não há dúvidas. A jurisdição tem como função primordial a aplicação do direito ao litígio existente entre as partes. Todavia, tal proteção se concretiza pela decisão judicial, após intenso debate em contraditório e da análise das alegações e das provas à luz do direito posto.

A tutela do direito material pode ocorrer extrajudicialmente, diretamente pela parte envolvida no conflito, quando autorizada por lei, mediante autotutela material, ou pela autocomposição. Havendo mecanismos de proteção direta, deve o interessado deles lançar mão.

Somente se pode falar em "tutela processual" na perspectiva de proteção do direito fundamental do processo, que visa garantir o indivíduo contra o autoritarismo estatal. Todo exercício de poder pressupõe a existência de uma garantia que o limite. Dessa tensão entre poder e garantia, pode-se concluir que: "a) o poder não pertence ao Estado, não é coisa estatal, dele, mas *res publica* para ele; b) a garantia não pertence aos cidadãos, não é coisa privada, deles, mas *res publica* para eles; c) porque *res publica* para os cidadãos, a garantia é inexpropriável pelo Estado e, portanto, não se pode enfraquecer ou converter em instrumento, ferramenta ou método a serviço do poder."[827]

Deste modo, o devido processo legal une-se a outros direitos fundamentais especiais,[828] que protegem as partes do abuso do poder. A mixagem dos significantes "tutela"

[827] COSTA, Eduardo José da Fonseca, **ABDPro #40 – Notas para uma garantística**, disponível em https://goo.gl/Cifusf, consulta realizada em 15.01.2019.

[828] Tais como a imparcialidade, a impartialidade, o contraditório, a ampla defesa, motivação das decisões, juiz natural, o duplo grau de jurisdição, a advocacia etc.

e "processo" dentro do significado de proteção do direito material (dever de tutela impróprio, nas palavras de Poscher) representa perigosa armadilha semiótica.

A principal questão que se coloca e com grande interesse para a presente tese, é se Cabral questiona o conteúdo jurídico do processo como direito fundamental. Pelo sim ou pelo não, deve ele dizer como o processo, entendido como limite ao exercício do poder estatal, é, ao mesmo tempo, poder para a tutela de direitos.

A busca da relação entre processo e direito material é antiga.

Digna de nota, por influência da mais nova geração cooperativista, é a caracterização de Humberto Ávila sobre o processo como "instrumento para a realização dos direitos fundamentais."[829] O autor utiliza-se do brocardo "*ubi jus, ibi remedium*" para associar o processo à metáfora do remédio dos direitos fundamentais. Então, processo significaria aquilo capaz de realizar a adequada proteção de determinado direito. Neste sentido, Ávila sustenta que o processo integra, ontologicamente, os deveres de proporcionalidade e razoabilidade indispensáveis para a adequação da proteção dos direitos de liberdade e de propriedade, em evidente adesão ao conceito de *substantive due process* norteamericano. Esse seria o real caráter instrumental entre processo e direito material. Não há dúvida de que é exatamente esta associação que Marinoni realiza na sua tese de processo como tutela de direito material.[830]

Alguns problemas da proposta saltam aos olhos de cara. Em primeiro, ver o processo como "instrumento de realização dos direitos fundamentais" ou de qualquer outro direito material é confundir a sua dimensão protetiva e limitadora com o próprio poder estatal. Como já alertado noutro momento, a doutrina sói confundir o processo com a jurisdição. O processo como instrumento de proteção do direito representa subjugá-lo ao manejo do juiz, pois, ao fim e ao cabo, é ao judiciário que compete a tutela de qualquer direito, inclusive dos direitos fundamentais. Mais do que isso, pretende-se assim a "realização", a "efetivação" ou a "concretização" dos direitos fundamentais pelo processo, como se o juiz pudesse promover o rompimento com a necessária mediação do legislador e promover a implementação de prestações, normas, organizações e procedimentos para a conformação de direitos fundamentais ainda não implementados. Como se verá mais à frente, tal utilização do processo é mais uma tentativa de instrumentalizá-lo para a realização de um suposto "bem". Para tanto, a doutrina

---

[829] ÁVILA, Humberto. **O que é o "devido processo legal"?**, Revista de Processo, Vol. 163, Set. 2008, versão eletrônica.

[830] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 189-200.

deturpou o conceito de "*status activus processualis*" de Peter Häberle, passando a lê-lo, não como o autor propôs, mas para servir aos propósitos políticos do neoconstitucionalismo.

Deve-se desfazer essa relação de meio e fim entre processo e direito material. A proteção oferecida pelo processo é de garantir que o exercício do poder ocorra sem abusos. Sua relação com o direito material é apenas reflexa, pois, garantindo-se a isenção de abusos, tende-se a uma tutela de direitos controlada e consentânea com a função jurisdicionalmente conforme as competências constitucionais. A proteção do direito fundamental e dos direitos materiais em geral é tarefa do próprio Poder Judiciário, encarregado da função heterocompostiva de decidir concretamente sobre o direito, conforme a legalidade constitucional.

Analiticamente, o direito fundamental do processo possui autonomia normativa em relação ao exercício do poder, pois serve para contê-lo. Ainda, não se confunde com o direito fundamental de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), razão pela qual o seu tratamento deve ser distinto, nada obstante existam pontos de contato, nomeadamente sobre a forma de exercício da ação processual e da respectiva defesa.

Como já retratado acima, o tratamento que o processo recebeu pela doutrina do direito processual, afinada com o instrumentalismo, e pela doutrina de direito constitucional, alinhada com o neoconstitucionalismo, foi, em regra, de subserviência à jurisdição. A construção do processo como instrumento do direito material ou, pior, como instrumento da jurisdição para o cumprimento do seu dever de julgar, menosprezou a sua verdadeira vocação constitucional e sua razão de ser de limitação do poder.

O caminho escolhido no presente trabalho é da reconstrução dogmática do conteúdo normativo do direito fundamental do devido processo legal. A finalidade específica é a demonstração de que ele não pode ser concebido como um instrumento do Estado e tampouco uma ferramenta à disposição do decisor, que possa ser manipulada para a obtenção de "decisões justas" ou mesmo para a correção do direito.

Em outras palavras, o Poder Estatal, sempre que for atuar na esfera jurídica de determinado indivíduo, concretamente ou em abstrato, está submetido ao processo e deve observá-lo na exata medida de seu âmbito de proteção. Como todo direito fundamental, o processo também se volta, essencialmente, para a contenção do poder estatal.

A análise do capítulo 1 demonstrou como a construção teórica de "modelos de processo" foi artificialmente realizada na doutrina nacional. A artificialidade decorre da ausência de base normativa para as construções realizadas, as quais recorrem, com frequência, a "valores" constitucionais, morais ou sociais, sempre de modo abstrato, para a definição de "objetivos" e "finalidades" mais elevados do que aqueles contidas na lei.

Ao contrário do defendido por alguns, adotar a condição do devido processo legal como direito fundamental de liberdade das partes não é uma opção doutrinária.[831] Não se trata de uma escolha doutrinária. Ela decorre da própria legalidade constitucional. Com isso, vê-se que o desenvolvimento teórico-dogmático realizado pelo instrumentalismo processual e pelo formalismo-valorativo (cooperação), nada obstante o atingimento de alguns avanços civilizatórios de contenção do poder,[832] utiliza-se de uma retórica inconstitucional do processo como instrumento da jurisdição.

Quem pretende uma "opção" pelo processo-instrumento ou pelo processo-cooperação – matizes do mesmo fenômeno – realiza a apropriação autoritária do processo e o coloniza pela jurisdição sem freios e limites, fulmina o direito por sua invasão pela política ou pela moral, rompe com qualquer parâmetro do exame estritamente jurídico e esgarça o tecido normativo, reduzindo-o a *slogans* e discurso panfletário.

Com razão, por conseguinte, Eduardo Costa, ao asseverar que a "ciência do processo não é 'livre projeto', 'artifício intelectual', 'ponto de vista'. Tampouco se trata de um Ouroboros circularmente auto-fundante. A processualística, ainda que disponha, de rico sistema de categorias fortemente estruturado, é cega se antes não esclarece suficientemente o 'ser constitucional' do processo e, portanto, sua institucionalidade garantística". E prossegue: "Nesse sentido, toda processualística deve ser uma 'revelação-destruição': explicitando hermeneuticamente o processo como *estrutura de garantia das partes*, demole criticamente a dissimulação do processo como mero 'utensílio do juiz'."[833]

O processo como direito fundamental, por outro lado, cinde qualquer relação de dependência ou de operacionalização entre a jurisdição e o processo. As suas funções são distintas e as razões de existir também. A jurisdição tem por função precípua o julgamento dos casos de forma imparcial, em virtude do monopólio da força (dever de tutela impróprio); o processo, por outro lado, visa a contenção do poder em respeito à liberdade das partes. Extrapolar os limites impostos é atuar em desvios e excessos de poder, que configuram o agir autoritário.[834]

---

[831] DOUTOR, Maurício Pereira. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação**, Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2019, pp. 111-112.

[832] Principalmente com o desenvolvimento da ideia do contraditório forte e da fundamentação analítica. Neste sentido: SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021.

[833] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, pp. 16-17.

[834] Em sentido semelhante, COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, pp. 18-19.

O conteúdo normativo do processo é o mesmo para qualquer vinculação de poder. É anacrônico pensar que o processo perante a jurisdição possua uma substância normativa específica e diversa do processo perante a administração ou a legislação. Por isso, é fundamental compreender que não existem "processos" diferentes.

Os únicos adjetivos que se justapõem ao processo são devido e legal. No plano constitucional, não existe diferença no âmbito de proteção do direito fundamental no que diz respeito ao relacionamento do processo com outro poder estatal. Por isso, não se adjetiva o processo como "legislativo", "administrativo" ou "jurisdicional". É dizer, não existe propriamente "processo legislativo" ou "processo administrativo" ou mesmo "processo jurisdicional".

Quem assim opera, consciente ou inconscientemente, utiliza o processo como uma forma de agir do Estado, encerrando, pois, um tipo de instrumento em determinada medida. O processo, como direito fundamental, que encerra liberdade das partes e limita o poder estatal, sempre está em tensão em relação ao respectivo poder que busca limitar.

Deste modo, os que se dedicam a estudar o processo na relação com determinado poder devem compreender que o estudam nesta relação de tensão entre poder e direito fundamental. Por isso, o correto seria dizer o processo perante o legislativo, perante a administração ou ainda perante a jurisdição.

O mesmo pode ser dito na relação entre o processo e o direito material subjacente de determinada pretensão. Não existe diferença do conteúdo do processo entre o civil, o penal, o trabalhista, o eleitoral, o sancionatório etc.

O conteúdo normativo, ou seja, o âmbito de proteção do direito fundamental do devido processo legal é exatamente o mesmo em todas essas relações. Nada justifica a existência de um "modelo" de processo para aquilo que se convencionou chamar de "processo civil" e outro para o "processo penal". O processo é, portanto, uno na sua dimensão constitucional, devendo ser compreendido a partir de uma teoria do processo como direito fundamental.[835]

Não se trata da defesa de uma teoria geral do processo, como defendida por Cintra, Pelegrini e Dinamarco e muito difundida entre nós. A teoria geral do processo, de cariz

[835] O desenvolvimento desta teoria já foi realizado em esboço por Natascha Anchieta, Eduardo Costa e Mateus Pereira, sob a designação de teoria unitária. ANCHIETA, Natascha. **22. Garantismo Processual e teoria unitária do processo: breves reflexões**, Portal Contraditor.com, disponível em < https://bit.ly/3mTQrF1 >, acesso em 31/08/2021. PEREIRA, Mateus Costa. **#16 – Da teoria "geral" à teoria "unitária" do processo: um diálogo com Eduardo Costa, Igor Raatz e Natascha Anchieta; em resposta à Fredie Didier**, Revista Empório do Direito, disponível em < https://bit.ly/2YmOaIc >, acesso em 31/08/2021. Abandona-se o termo "teoria unitária", porque promove a confusão com o propósito "unitário" de desenvolvimento da teoria geral do processo, de cariz instrumentalista.

instrumentalista, tem por premissa a explicação do "processo" a partir das figuras dogmáticas do procedimento civil e de uma ideia carnellutiana de lide, que, obviamente, é diferente do desenvolvimento dogmático dos procedimentos penais, trabalhistas, administrativos etc. É, pois, imprestável para tal desiderato.

A partir da matriz constitucional, não se pode defender um "processo civil", outro "processo penal" e um terceiro "processo trabalhista", diferentes em essência uns dos outros. O conteúdo do direito fundamental do processo é comum para todos eles. As diferenças ocorrem apenas no plano da concretização do direito fundamental na sua dimensão procedimental e das necessidades de ampliação ou contenção do poder, de acordo com o direito material em jogo, ou seja, a diferença está no plano da regulamentação estatal do procedimento, portanto, da lei.

Assim, de acordo com a forma e o modo de manifestação do poder ou, então, pela diferença entre o conteúdo do direito material e as formas de sua proteção pelo próprio poder – que são diferentes para os bens jurídicos do direito civil, do direito penal e do direito trabalhista, por exemplo – é que se deve encarar o regramento procedimental com a potencial intervenção no direito fundamental do processo e buscar a justificação constitucional do tratamento procedimental diverso.

Tais diferenças podem acarretar formas distintas de concretização da liberdade normativa do processo e dos demais direitos fundamentais processuais ou então formas diferentes de exercício do poder, que, em última análise, como já afirmado, encerram potenciais intervenções do direito fundamental do processo, que deve buscar a necessária justificação constitucional.

Embora o objetivo principal do presente trabalho seja a construção de uma dogmática do processo, é necessário notar que, subjacente a ela, há uma teoria do processo como direito fundamental que se contrapõe à vetusta teoria geral do processo (TGP). A última ignorou por completo a posição do processo como direito fundamental e o capturou como instrumento da jurisdição. Isso gerou danos graves no ensino jurídico nacional, tendo em vista a legião de gerações formadas a partir desta abordagem, intoxicados pelo hiperpublicismo processual e pelo protagonismo do juiz frente às partes, sem ao menos se darem conta disso.

A doutrina processual penal,[836] há tempos, busca romper com a tradição da teoria geral do processo (TGP), diante das flagrantes inconstitucionalidades normativas prescritas por este

[836] TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: **jurisdição, ação e processo penal,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal,**

modo de pensar, muitas delas albergadas pela lei – inconstitucional –, outras estimuladas pela doutrina em notórias iniciativas instrumentalistas e ativistas.

Contudo, na sanha de se verem livres da teorização "processual civil" do processo penal, promovida pela TGP, os processualistas penais caíram em várias armadilhas.

A primeira foi tomar a "teoria geral do processo" como se sua pretensão fosse teórica. Não é, contudo. A TGP utiliza-se do aporte teórico instrumentalista, já enfrentado no primeiro capítulo, contudo, sua pretensão é o desenvolvimento dogmático de inúmeros institutos processuais, a partir da perspectiva civil. Embora tenham acertado que a proposta da TGP nada tinha de geral, pois se dedicava primordialmente ao "processo civil"[837], não conseguiram entender que ela se propunha a uma dogmática estatalista do processo, pode-se dizer, uma dogmática do processo a partir do exercício do poder. Daí decorre o seu pecado original. Deste modo, ela não pode ser considerada uma dogmática do processo em si, mas uma dogmática da jurisdição, para a jurisdição.

Não se pode explicar o processo, no plano da teoria do direito, a partir de uma dogmática jurisdicionalista do procedimento civil, como pretendeu a TGP de Cintra, Grinover e Dinamarco.

Há no Brasil, por outro lado, propostas teóricas importantes sobre o processo, elaboradas a partir da perspectiva constitucional do processo como direito fundamental. A teoria constitucionalista do processo,[838] em especial proposta por José Alfredo de Oliveira Baracho[839] e seguida por Ronaldo Brêtas de Carvalho,[840] bem como as proposições da teoria neoinstitucionalista do processo de Rosemiro Pereira Leal,[841] serviram de grande suporte para o desenvolvimento dogmático ora realizado. Ainda, a proposta de Eduardo Costa, do processo

---

Curitiba : Juruá, 1998. LOPES JR., Aury. **Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 230-237, 2015. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.13>, acesso realizado em 29/09/2021.

[837] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal,** Curitiba : Juruá, 1998, p. 119.

[838] Nomenclatura dada por Rosemiro Pereira Leal. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiro estudos**, 13.ed., Belo Horizonte : Editora Fórum, 2016, pp. 151-153.

[839] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**, *in* Revista Brasileira De Estudos Políticos, 90, pp. 69-170.disponível em <https://doi.org/10.9732/4>, acesso realizado em 01/10/2021. As bases do pensamento do autor, influenciado por Hector-Fix Zamudio, são as seguintes: "a) A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana; b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo; c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo, consagrada na Constituição; d) A lei instituidora de uma forma de processo, não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional; e) Nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis."

[840] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**, 2.ed., Belo Horizonte : Del Rey, 2012.

[841] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiro estudos**, 13.ed., Belo Horizonte : Editora Fórum, 2016, pp. 153-158.

como garantia,[842] também representa um importante aporte teórico para o desenvolvimento da dogmática elaborada neste trabalho.

A teoria do processo deve ser realizada a partir de seu "ser" e de sua função. No plano da dogmática, o exame não parte propriamente da teoria, mas do direito posto, que, em razão de sua força coativa, coloca a teoria em testes de validade normativa, para verificar a possibilidade de sua adoção e em qual intensidade, ajustando-se e temperando-se de acordo com a regulamentação estatal. Nada obstante as teorias sejam muito importantes para a compreensão do sistema jurídico e de suas funções social, política, histórica, etc, para problemas jurídico-dogmáticos, como os enfrentados na presente tese, "as teorias não podem ser protagonistas; pelo menos não a tal ponto de levar a conclusões diferentes, a depender da teoria escolhida pelo intérprete."[843]

A segunda foi assumir que o processo é decorrência da expressão do poder estatal, especificamente da jurisdição. Esta confusão promoveu um grave equívoco. Aury Lopes Jr., apresentou a sua teoria "instrumentalista garantista do processo penal", visando uma aproximação "adequada" entre a noção de instrumento da jurisdição e garantia: "O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc.".[844]

Nada obstante o objetivo aparente de controle do poder jurisdicional na aplicação do direito, segue-se, em grande medida, o modelo de que o processo é um instrumento, um meio e um artefato para a realização do poder. Confunde-se a noção de monopólio da força com a proposta da instrumentalidade do processo, inclusive com aporte teórico desenvolvido por Dinamarco em sua tese amplamente criticada neste trabalho.

É indispensável notar que o garantismo, compreendido como teoria ou dogmática afeta ao estudo da influência dos direitos fundamentais sobre a limitação do Estado, é antagônica à visão de processo como instrumento. O processo como garantia ou como direito fundamental

---

[842] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021.
[843] MARTINS, Leonardo. **Direito fundamental de igualdade**, *in* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (orgs.). Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo : Saraiva e Almedina, livro eletrônico.
[844] LOPES JR., Aury. **A instrumentalidade garantista no processo penal**, disponível em <https://bit.ly/3DGAwji>, acesso em 31/08/2021.

– nomenclatura preferida no presente trabalho – acarreta um rompimento com qualquer construção estatalista do processo. Não há como conciliar as duas noções.[845]

A terceira armadilha, e talvez a mais grave delas, foi pretender a cisão do sentido normativo do processo (enquanto direito fundamental) para o "processo civil" e o "processo penal".

A unidade normativa do processo, que pode ser proposta por uma teoria do processo, não é um problema jurídico, na verdade passa a ser a própria solução. Como se viu acima, não há possibilidade de escolher a adoção dogmática de "modelos" de processo para a área civil e para a área penal. A delimitação do conteúdo do modelo de processo decorre da própria previsão constitucional do devido processo legal como direito fundamental.

Os problemas do exame do processo sob a perspectiva da TGP foram apresentados acima: pretende adotar os postulados da teoria instrumentalista e promover uma dogmática do procedimento penal, a partir da dogmática do procedimento civil, com vistas a utilizar o processo como instrumento para a "tutela de direito material" e, por isso, ferramenta do Estado para se desincumbir de seus deveres constitucional de tutela (impróprio).[846] Sem a menor dúvida, este paradigma deve ser afastado não só do desenvolvimento dogmático do processo penal, como também do processo civil.

Os processualistas penais, nada obstante tenham contribuído sobremaneira para a concretização do sentido normativo do devido processo legal – e, por consequência, de uma teoria do processo com base constitucional –, ao autoproclamarem o "processo penal" como autônomo ao "processo civil", jogaram por terra todos esses avanços teórico-dogmáticos.

Montero Aroca demonstra como o equívoco em separar o processo nas dicotomias civil e penal produziu problemas graves que assombram inúmeros ordenamentos jurídicos, dentre eles, em especial, o brasileiro. Para o professor espanhol, é incompreensível como os processualistas sustentam que no processo civil o juiz deve ter a faculdade de produzir a prova de ofício e no processo penal a imparcialidade judicial impede a mesma faculdade. Isso decorre do imaginário segundo o qual os bens jurídicos examinados nas causas cíveis são

---

[845] Eduardo Costa propôs com êxito este rompimento: "uma exploração provisória do texto constitucional já identifica a *institucionalidade garantística* como o "ser" do processo: processo *é* instituição de garantia, não de poder estatal; "*instituição garantística* a serviço dos jurisdicionados", não "instrumento a serviço do Poder jurisdicional"; afinal, é tratado no título sobre *direitos e garantias fundamentais* [CF, Título II], não nos títulos sobre a *organização do Estado* [CF, Títulos III *et seqs.*]. Mas é possível ainda avançar mais: processo é instituição de garantia de *liberdade* (pois regulado no Capítulo I do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de *primeira* geração), não de igualdade (que é vetor que regula o Capítulo II do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de *segunda* geração); presta-se, enfim, a resguardar a *liberdade* das partes em relação ao Estado-juiz, não a igualdade entre elas" COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, pp. 15-16.

[846] Armadilha que os próprios processualistas penais acabam por cair.

essencialmente econômicos, enquanto o bem jurídico em jogo nas causas penais é a liberdade e por vezes a honra. O autor, então, apresenta questão embaraçosa para quem adota tais pontos de vista: Como justificam os processualistas que se autoqualificam como publicistas que a serviço do dinheiro importe a verdade material e os poderes do juiz se aumentem, enquanto a serviço da liberdade, a verdade seja simplesmente a que logram as partes conforme o princípio do contraditório e os poderes do juiz tenham sido diminuídos no século XX?[847]

Processo, enquanto direito fundamental, tem a função de limitar o exercício do poder estatal, devendo, apenas, admitir a intervenção em seu âmbito de proteção caso haja justificação constitucional. Isso quer dizer que o devido processo legal encerra âmbito de proteção comum para todos os procedimentos existentes, seja civil, penal, coletivo, trabalhista, administrativo, legislativo etc.

A proposta de uma teoria do processo como direito fundamental é reunir o desenvolvimento teórico-dogmático do direito fundamental ao socorro do devido processo legal e dos demais direitos fundamentais especiais do processo, como forma de possibilitar o controle de todas as relações de tensão com o poder estatal.

Mais do que isso, separando os institutos do poder, do processo e do procedimento, a teoria em questão respeita o desenvolvimento dogmático diferente de cada uma das áreas dos procedimentos civil, penal, trabalhista, eleitoral, administrativo, tributário, coletivo etc., estabelecendo, contudo, que a regulação estatal sobre eles pode acarretar intervenções no âmbito de proteção do direito fundamental do processo, as quais devem ser justificadas constitucionalmente.

Os processualistas penais precisam compreender que isso acarreta um ganho teórico-dogmático sem precedentes para o desenvolvimento da ciência do processo, sendo que a produção realizada por eles – há anos, diga-se – servirá para conter os abusos do poder estatal em outras áreas do direito.

Insistir na separação do processo serve apenas de motivo para que o instrumentalismo e o formalismo-valorativo prossigam no seu projeto de poder e transforme o juiz penal de "garantidor-imparcial em agente-de-repressão-ao-crime".[848-849]

---

[847] MONTERO AROCA, Juan. **La paradoja procesal del siglo XXI: Elegir entre la libertad (processo penal) y el dinero (proceso civil)**, México D.F. : Tirant lo Blanch, 2014, p. 99-101.

[848] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, pp. 87.

[849] Já se veem na doutrina especializada do processo penal propostas de flexibilização do procedimento penal, levando em conta o "mundo flexibilizado", por força da "globalização" e da instituição do "Estado Constitucional de Cooperação". DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal [livro eletrônico]**, 7.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, Capítulo 18. Flexibilização do Processo Penal – bases para uma teoria e critérios de efetivação. O presente trabalho se volta a combater este tipo de doutrina, que captura o processo em prol do

O processo deve ser estudado como direito fundamental, com âmbito de proteção próprio e dimensão subjetiva voltada a salvaguardar o seu titular dos abusos do poder estatal. Seu ponto de estudo é, portanto, a relação de tensão poder-direito fundamental e as formas de controle e investigação da intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental, bem como a existência, ou não, da respectiva justificação constitucional.

Assim, a teoria do processo como direito fundamental é um tipo de teoria constitucional aplicada ao processo.

Para além da teoria, a reviravolta proposta verifica-se no desenvolvimento da dogmática do processo como contenção do poder estatal. A preocupação imediata não é a realização em si do direito material – isso é tarefa do poder –, mas impedir que o exercício do poder estatal ocorra com abusos e arbitrariedade.

Desse modo, o processo deve ser considerado em sua função de direito de resistência,[850] ou seja, como direito fundamental que encerra o dever geral de abstenção de intervenções estatais sem a devida justificação constitucional.

O empenho do presente capítulo, ao contrário, está relacionado ao esforço dogmático para a elucidação normativa dos âmbitos de proteção do devido processo legal e dos demais direitos fundamentais especiais do processo, com vistas à sua aplicação prática na análise das intervenções estatais.

Partindo-se do direito posto e afastando-se de abstrações e objetivações próprias das teorias analisadas anteriormente, o objetivo é a demonstração de como o processo deve ser compreendido na relação do indivíduo com o Estado – especialmente nas constelações triangulares ou multipolares – e como as intervenções realizadas pelo próprio Estado nestes direitos fundamentais devem ser examinadas.

Não se trata, porém, de descrever como essa relação deveria ocorrer de modo mais racional ou mesmo de como o Estado deveria desenvolver de modo ótimo o seu poder de decisão. A dogmática não tem a preocupação com o "estado ótimo" de determinado objeto de estudo. A abordagem visa a descrição e a sistematização do objeto para auxiliar a sua aplicação

---

exercício do poder estatal, em típica adoção do modelo instrumentalista. A pretensão não deve assustar a ninguém, pois já é de longa data a proposta de vincular o princípio da cooperação ao procedimento penal, com vistas a impor um dever de busca da verdade e necessidade de alargamento dos poderes do juiz. GRINOVER, Ada Pelegrini. **O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem Julgados das Conclusões do Tribunal de Alçada Criminal**, São Paulo : Editora Max Limonad, 1985, pp. 6-24.

[850] Em sentido equivalente: BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **#46 – Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa**, *in* Revista Empório do Direito, disponível em <https://bit.ly/3bHxMF2>, acesso realizado em 30/06/2021.

prática, buscando a coerência interna entre os elementos manipulados e, essencialmente, mecanismos jurídicos de controle para a atuação estatal.

O sistema criado pela dogmática não é completamente harmônico e estático. Ele está aberto a atualizações e alterações, na medida em que essas modificações de parâmetros e perspectivas sejam exigidas pela prática.[851] Ao contrário do que se passa com a instância teórica, a sistematização dogmática não se preocupa com a identificação e a descrição da melhor coerência argumentativa possível. Esse é um dos motivos pelos quais o presente trabalho deve ser encarado como uma abertura dogmática e não com um fechamento teórico.

Com isso, deve-se compreender que as respostas possíveis, aplicáveis e, por conseguinte, dogmaticamente aceitas, decorrem da decisão da autoridade constitucionalmente competente para a positivação do Direito. No plano teórico, contudo, outras soluções sempre serão possíveis, inclusive mais "racionais" ou "razoáveis", no entanto, a aplicação dogmática do direito – que se exige daqueles que se ocupam deste ramo do conhecimento, nomeadamente nas decisões jurídicas, mesmo reconhecendo a possibilidade da solução teoricamente apresentada no plano abstrato –, não pode se valer de respostas abstratamente teóricas, sem substrato ao direito posto, em decorrência do império da lei.[852]

Aquele que se ocupa da dogmática, portanto, deve se submeter à mesma autocontenção do juiz. Deve subjugar as suas preferências políticas, econômicas e sociais quando da análise do direito. Deve refrear as suas paixões e desejos pela solução ótima, justa e mais racional. Tem o dever de buscar as soluções a partir do direito posto.

Não se trata, contudo, de uma descrição automatizada e despida de interpretação (se é que isso é possível) do conteúdo da constituição, das leis e das diversas decisões do País. A dogmática, como disciplina jurídica, se ocupa da (*i*) "orientação de aplicação" (*Anwendungsorientierung*) do direito partindo-se (*a*) da lei (*lato sensu*) aplicável ao caso e (*b*) voltada para um determinado ator (legislador, juiz, administrador, advogado, indivíduo etc.) participante do processo interpretativo da lei. A dogmática é bem-sucedida, na medida em que auxilia o intérprete na aplicação das situações geradas pela própria lei. A dogmática é, também (*ii*) a conexão entre teoria do direito e a práxis jurídica, ou seja, é o "espaço comum de comunicação entre ciência e prática" (*Gemeinsamer Kommunikationsraum von Wissenschaft und Praxis*), quer dizer, ela funciona como a linguagem comum para que a teoria do direito e a

[851] LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 39.
[852] LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, p. 40.

práxis possam se comunicar de algum modo. A dogmática funciona, portanto, como língua materna para ambos os domínios. Assim, o agir dogmático tem uma forma especial, chamada de (*iii*) *modus operandi* triádico. Basicamente, é papel da dogmática, guiado pela legalidade posta, verificar a existência, ou não, de suporte normativo para teorias jurídicas, traduzindo-as em proposições dogmáticas. Assim, a produção dogmática ideal deve ser promovida em três passos: (*a*) processo de formulação de figuras dogmáticas abstratas (figura "limpa"), com base na lei ("descontextualização" - *Dekontextualisierung*); (*b*) processo de sistematização das figuras descontextualizadas, visando dar consistência e completude à produção ("consistencialização" - *Konsistenzialisierung*). e; (*c*) processo de concretização da aplicação do conhecimento dogmático para a solução dos casos concretos ("reconcretização" - *Rekonkretisierung*).[853]

É com essa pretensão que se segue no exame do processo como direito fundamental. O alerta que se faz no momento é sobre o baralhamento entre o poder e o seu respectivo limite, pois, quando se utiliza o limite para o aumento do poder, ele deixa de sê-lo e metamorfoseia-se apenas em poder. A mixagem resulta na eliminação do limite.

A releitura proposta visa reestabelecer o direito fundamental do processo como limite ao exercício do poder estatal e, por consequência, fixá-lo como parâmetro de constitucionalidade das intervenções estatais no seu âmbito de proteção.

O exame que será realizado a partir de agora busca analisar, por conseguinte, os direitos fundamentais do processo a partir de sua dimensão subjetiva e dos reflexos gerados para a dimensão objetiva. Eles poderiam ser examinados, também, como "garantias de instituto" (*Institusgarantien*), que encerram institutos descritos em lei (casamento, propriedade, família etc.), que não podem ser extintos legalmente.[854] É por este motivo que processo está previsto constitucionalmente como direito fundamental. Nada obstante a sua concretização ocorrerá por mediação legislativa, é indispensável verificar que, sob o regime jurídico da CF, ele não poderá ser suprimido por decisão legislativa. Para a dogmática ora empreendida, examinar o processo apenas como uma garantia de instituto encerraria poderes praticamente ilimitados para o legislador na sua concretização. Talvez, a serventia da figura seja apenas

---

[853] JESTAEDT, Matthias. **Wissenschaft Im Recht: Rechtsdogmatik Im Wissenschaftsvergleich**, *in* JuristenZeitung, vol. 69, nº. 1, 2014, pp. 5 e 6, disponível em <www.jstor.org/stable/24552129>. Acessado em 13/03/2021.

[854] Neste sentido: SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**, translated by Jeffrey Seitzer, Durham : Duke University Press, 2008, pp. 208-210. Embora tratando apenas das instituições privadas: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 76-77.

didática, para estabelecer o motivo de sua positivação como direito fundamental, mas não é suficiente para lidar com as consequências jurídicas disso.[855]

O estudo, doravante, se aprofundará no desenvolvimento dos direitos fundamentais em questão na sua relação com o poder jurisdicional, sem descuidar, contudo, que eles vinculam amplamente o legislador e o administrador. A opção representa apenas um corte metodológico voltado ao aprimoramento do tratamento do direito processual brasileiro.

3.2. Âmbito de proteção do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF)

Este trabalho não tem por objetivo a revisão histórica da cláusula *due process of law* desde sua origem e da grande influência que teve no constitucionalismo inglês e americano.[856] Tampouco será objeto de análise a experiência comparada de outros países e de sua doutrina.[857] Disso a doutrina já se ocupou em diversas oportunidades e representaria mera repetição desnecessária no momento. O propósito é demonstrar o conteúdo normativo do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da análise do respectivo âmbito (ou área) de proteção.

O âmbito de proteção representa a área na qual determinado direito é garantido constitucionalmente como direito fundamental. É a demarcação do direito subjetivo em favor do indivíduo, o qual o Estado se encarrega de garantir e proteger, possibilitando-se ao titular a oposição a todo e qualquer comportamento estatal potencialmente interventor.

Ao contrário do que ocorre com diversos outros direitos fundamentais que garantem liberdades naturais – como é o caso do direito à vida, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de expressão, dentre outros, cujos conteúdos são perceptíveis pela simples apropriação de seus objetos de liberdade – o devido processo legal se encontra no rol dos direitos que garantem liberdades normativas, como é o caso, por exemplo, da propriedade.

---

[855] Também rejeitando a compreensão de garantia de instituto: PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 1469. KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 2576.

[856] No Brasil, há ótima bibliografia sobre o tema: REICHELT, Luís Alberto. **Em busca de subsídios para a compreensão do direito fundamental ao devido processo legal na realidade brasileira: considerações sobre o direito ao due process of law na tradição inglesa entre os séculos XII E XVIII**, Revista de Processo, vol. 303, maio 2020, pp. 403/419. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre o princípio do devido processo legal**, Revista dos Tribunais, vol. 646, agosto de 1989, versão eletrônica, item 3. LÖWENTHAL, Paulo Friedrich Wilhelm. **As origens do devido processo legal substancial e o seu desenvolvimento na suprema corte norte-americana**, Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 75, Abr-Jun 2011, pp. 283-308.

[857] VITORELLI, Edison. **O devido processo legal nos precendentes da suprema corte dos Estados Unidos: um contributo para a história das garantias processuais**, *in* História do Processo, São Paulo : ABDPro/Exegese, 2018, pp. 111-132.

A simples expressão devido processo legal – e sua correspondente previsão constitucional (art. 5º, LIV, da CF) – não possui em si a substância suficiente para preencher todo o conteúdo de proteção que ela preserva. O objeto da liberdade contida no processo, depende de normas específicas que o definam concretamente, sendo um tipo de direito de liberdade normativa (item 2.3.6, *supra*). Contudo, o direito fundamental está longe de ser despido de conteúdo, ou mesmo de ser "instituto de teor inexato, vago, indefinido", como alguns afirmam.[858] A previsão expressa deste direito fundamental não guarda absolutamente nada de supérfluo.[859]

No capítulo anterior, apontou-se que os direitos fundamentais são, em regra, cláusulas de brevidade fragmentária, padrões abertos que necessitam de preenchimento. As liberdades normativas, por conseguinte, valem-se do conteúdo normativo das liberdades correlatas previstas na constituição e da "alta densidade" normativa das leis em vigor ao tempo da entrada em vigor do direito fundamental que o veicula.

O objeto da liberdade do devido processo legal corresponde ao conjunto normativo constitucional, que forma o seu núcleo impenetrável, e infraconstitucional, que dispõe o procedimento legalmente estabelecido e não se encontra em choque com as normas constitucionais adjacentes. A previsão do art. 5º, LIV, da CF, acarretou uma grande simbiose normativa entre a nova Constituição e o direito infraconstitucional existente na época, promovendo a definição no plano da norma sobre o objeto de liberdade do processo.

Em outras palavras, o devido processo legal, diante da existência de tratamento infraconstitucional sobre matéria de seu objeto de liberdade, já nasceu concretizado pela ordem jurídica posta em vigor pela Constituição de 1988. Essa concretização fixa a primeira parametrização constitucional desse direito, que a doutrina alemã chama de "regra de limitação" (*Schrankenregelung*).

As liberdades normativas sofrem grande influência do direito infraconstitucional na definição de seu objeto. A existência da "regra de limitação" estabelece o primeiro parâmetro de controle constitucional das futuras mudanças concretizadoras ou limitadoras do direito fundamental.

Como direito fundamental, o devido processo legal deve ser compreendido a partir do ângulo de seu titular, quem seja, o indivíduo. O texto constitucional prevê no inciso LIV do art.

---

[858] BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**, Salvador : JusPodivm, 2008, p. 180.

[859] ÁVILA, Humberto. **O que é o "devido processo legal"?**, Revista de Processo, Vol. 163, Set. 2008, versão eletrônica, Introdução.

5º, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". O âmbito de proteção garante aos indivíduos que estiverem sujeitos a qualquer interferência em seus direitos materiais a necessidade de que o Estado observe o procedimento estabelecido em lei para que suas decisões sejam lícitas, devendo respeitar os direitos e as faculdades previstas para as partes e terceiros interessados, que passam a integrar o objeto da liberdade normativa do próprio direito fundamental.

Com isso, verifica-se que somente será possível o ataque à esfera jurídica de qualquer pessoa, seja no plano concreto ou no plano abstrato, se observado o procedimento legal a que o Estado está submetido e vinculado.

Assim, o procedimento, ao demarcar inúmeras oportunidades para a prática de atos processuais que configurem direitos e faculdades das partes, afasta do poder estatal a possibilidade de sua supressão ou alteração episódica. Qualquer inobservância do procedimento legalmente estabelecido é, em última análise, uma intervenção ao direito fundamental do processo.

Esse é o principal conteúdo autônomo do devido processo legal. É por isso que o texto, com clareza solar, estabelece que todos os direitos e interesses de pessoas submetidas ao Poder Estatal brasileiro não serão limitados, senão com respeito ao direito fundamental do processo.[860]

Por essa razão que o direito fundamental ora analisado é do "devido" processo "legal".

A expressão é formada por dois adjetivos – devido e legal – e um substantivo – processo. Um adjetivo foi anteposto ao substantivo – devido –, enquanto o outro foi posposto – legal.

O adjetivo posposto – legal – tem natureza linguística classificatória de relação, que indica uma categoria na espécie designada pelo substantivo. Com efeito, pelo menos no plano das ideias, é possível imaginar que existam várias espécies do gênero processo. No entanto, a constituição optou por garantir como direito fundamental o processo legal, ou seja, aquele que tenha sido disciplinado e decorrente de lei em sentido formal, geral e abstrata, aprovada pelos representantes do povo, democraticamente eleitos e reunidos em assembleia, ou seja, pelo Legislativo. Na ambiência democrático-republicana, o controle do poder se dá, em primeiro lugar, pela lei. Desse modo, não se admite qualquer outra espécie de processo que não seja o legal. Em outras palavras, processo regulado pela jurisdição, através de decisões, ou por atos administrativos em geral, através de portarias, resoluções, instruções normativas etc., não pode

[860] Em sentido semelhante: RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo? A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 193-197.

ser considerado processo em termos constitucionais. Seja como for, a expressão se faz necessária como uma "redundância didática", uma reafirmação do óbvio, que busca resistir aos rompantes dos defensores de uma visão de "processo justo", que, em última análise, faz eclodir o fenômeno de processo infralegal ou processo extralegal.[861]

A doutrina processual e boa parte da doutrina constitucional – diga-se – têm se esforçado para desfazer a necessidade de mediação legislativa em diversas áreas, inclusive na implementação e na conformação de direitos fundamentais.

É fato notório a descredibilidade acentuada do Poder Legislativo brasileiro,[862] que é, inclusive, inflamada pela doutrina nacional. Não se pode isentar, obviamente, o próprio legislativo, em especial os deputados e senadores, por protagonizarem escândalos políticos e de corrupção descortinados nos últimos anos, bem como pelas práticas corriqueiras de fisiologismo político e de clientelismo, altamente reprováveis.[863]

A "solução" mais simples para tal crise político-institucional é dada por grande parte da doutrina, não raro de cariz neoconstitucionalista, com o empoderamento do poder judiciário, a partir da sua abertura política, para a realização dos valores constitucionais, em absoluta substituição do Poder Legislativo, caracterizando flagrante defesa de conduta judicial-ativista.

Dentre tantos problemas, é inescapável notar que – além da falta de competência constitucional do Judiciário para as questões afetas ao Legislativo e da exigência da neutralidade política do juiz, um dos elementos conformadores do direito fundamental implícito da imparcialidade – o Poder Legislativo ainda representa o melhor espaço de debate plural e de representação da sociedade para a tomada de decisões políticas sobre aquilo que deve integrar o direito posto.

Como esclarece Abboud, "temos tratado o Legislativo como se lhe fosse inerente a intriga, a negociata e a troca de favores. É leviana a afirmação de que todos os políticos procedem dessa maneira e, se há quem o faça, é de nossa responsabilidade negar-lhe a reeleição. Mantê-los assim só favorece aos descrentes na democracia, que usaram essa parcela nefasta para deslegitimar a estrutura."[864]

---

[861] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, p. 128.

[862] Já na abertura de seu livro, Waldron mostra que a filosofia jurídica e da ciência política, em geral, desconfiam da credibilidade legislativa em larga escala. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**, São Paulo : Martins Fontes, 2003, p. 1.

[863] Neste sentido, ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**, Belo Horizonte : Editora Letramento, 2021, p. 68.

[864] ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**, Belo Horizonte : Editora Letramento, 2021, pp. 69-70.

Grande parte da produção da doutrina do "processo justo" se ocupa do rompimento das amarras legais sobre a atuação do juiz. Por outro lado, a necessidade da mediação legislativa para o estabelecimento do procedimento processualizado é decorrência constitucional, prevista no âmbito de proteção do direito fundamental do processo.

O legal impõe, por conseguinte, a limitação do exercício do poder e cria, precisamente, os deveres e os ônus que devem ser observados pelas partes e terceiros durante o procedimento judicial. A última assertiva revela a relação íntima entre o âmbito de proteção do processo e o direito fundamental da legalidade, previsto no inciso II do art. 5º da CF, já que, no procedimento, as obrigações e os ônus das partes e que devem ser exigidos ou verificados pelo juiz são os previstos na lei. Sobre este particular, deve-se reconhecer e alertar que as próprias partes podem ajustar ou alterar os deveres e ônus no procedimento através de convenções processuais atípicas, nos termos do art. 190, do CPC, mas isso não descaracteriza, em absoluto, que cabe à lei a definição específica dessas figuras.

Já o adjetivo anteposto ao substantivo, "devido", assume a função de sentido figurado, provocada pela ênfase dada ao qualificativo. Por exemplo, há flagrante diferença entre velho amigo e amigo velho. Esta expressão denota o amigo com idade avançada, aquela, por sua vez, caracteriza a amizade longeva. Homem grande e grande homem é outro exemplo. A grandeza, no último sentido, está aplicada no sentido figurado, com relação ao caráter e à índole do sujeito, enquanto no primeiro caso retrata apenas a estatura da pessoa.

A expressão devido processo, portanto, carrega a deferência ao adjetivo anteposto. Deve ser entendido, portanto, como o processo pertencente a cada indivíduo, titular do respectivo direito fundamental. Sob a perspectiva do titular do direito, possui o mesmo sentido de respectivo, próprio, concernente. O devido representa figura rígida, que garante ao seu titular um direito específico, aferível, palpável, contrastável, com a finalidade de corrigir possíveis desvios e descumprimentos daquilo que se deve.

Na perspectiva do Estado, o devido se relaciona ao dever próprio de observar o processo legal. Em outras palavras, representa o reforço do dever geral de abstenção dos direitos fundamentais, redensificado pelo próprio direito fundamental encarregado de mediar a relação decisor-indivíduo, ou seja, o processo. A partir dessa construção, vê-se que o processo legal, que impõe limites para o exercício do poder estatal, encerra uma "dívida" do Estado em sua plena vinculação frente ao indivíduo.

Lorca Navarrete toma de empréstimo a metáfora didática de que o Estado, em especial a jurisdição, contraiu uma "dívida" com a "plenitude das garantias processuais".[865] Se há "dívida", é porque existe um sujeito passivo que deve algo ao sujeito ativo. Esse dever demonstra que a prestação do que é devido – observância da plenitude das garantias processuais ou simplesmente o processo legal – não pode ser "propriedade" (pertencente) do próprio devedor, mas sim do respectivo credor, no caso, as partes.[866]

Há um valor importante que deve ser extraído da lição. O uso figurado da propriedade não se estabelece na dimensão do pleno domínio, pelo simples fato de que não há propriedade do direito fundamental pelo indivíduo, mas sim titularidade, pois processo não é coisa apreensível por propriedade. Daí que o debate entre privatismo processual – processo como coisa das partes – e publicismo processual – processo como coisa do Estado – perdeu seu sentido nos dias de hoje.[867]

A pretensão de Lorca Navarrete não é de retorno do processo a um ideal de privatismo próprio do pandectismo. Na verdade, sua lição não guarda qualquer intuito de tratar o processo como coisa privada, no sentido próprio do termo privatismo. O objetivo é demonstrar que a fruição e o gozo do processo são realizados em prol do cidadão. Noutras palavras, o processo, embora direito público subjetivo (direito fundamental), de estrutura procedimental instituída por lei (de origem pública, portanto), possui função de proteção privada contrapoder do Estado.[868]

O termo "contra" não é colocado aí no sentido de eliminação ou abstenção do Estado, ou seja, o processo não possui a pretensão de ser antiestatal. Na verdade, na conjuntura constitucional existente em nosso Estado, não há como se conceber o exercício do poder estatal fora do controle dos direitos fundamentais, em especial do processo.

O sentido correto do prefixo "contra" é de resistência, embargo, limite e contenção ao poder do Estado. Ele busca realizar a neutralização dos abusos de poder através de obstáculos

---

[865] LORCA NAVARRETE, Antonio María. **El denominado "processo justo"**, Revista de Derecho "*Ius et Ratio*", pp. 11 e 12.

[866] LORCA NAVARRETE, Antonio María. **El denominado "processo justo"**, Revista de Derecho "*Ius et Ratio*", p. 16.

[867] O mesmo deve ser dito para àqueles que acusam os críticos do instrumentalismo processual e afins de tomarem uma postura neoprivatista. Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **El neoprivatismo en el processo civil**, *in*: MONTERO AROCA, Juan. Proceso civil e ideologia, Valencia : Tirant lo Blanch, 2006, p. 215. Para uma crítica à Barbosa Moreira e demais seguidores: CARVALHO FILHO, Antonio. **Pequeno manual prático para o debate instrumentalista (e afins) vs garantistas processuais**, *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3CTOqgI>, acesso realizado em 29/09/2021.

[868] Neste sentido COSTA, Eduardo José da Fonseca. **#75 – Processo como coisa**, Revista Empório do Direito, Disponível em <https://bit.ly/3gOcRnf>, acesso realizado em 31/08/2021. COSTA, Eduardo José da Fonseca Costa. **Garantismo, Liberalismo e Neoprivatismo**, Revista Empório do Direito, Disponível em <http://bit.ly/2UjxgCx>, acesso realizado em 31/08/2021.

e barreiras legalmente postas.[869] Em linguagem metafórica, o processo representa um campo de força, uma redoma normativa, que protege o indivíduo das investidas arbitrárias do Estado.

É exatamente nesse sentido figurado que o adjetivo anteposto "devido" pode ser melhor delineado. O "devido processo legal" impõe um dever intransponível ao Estado de respeito ao procedimento legalmente estabelecido, que concretiza o direito fundamental do processo,[870] para que possa tocar a esfera jurídica de qualquer pessoa.

A pergunta que se pode fazer é: mas essa eficácia vinculativa não ocorre com todos os direitos fundamentais? A resposta é positiva. Se fosse estabelecido apenas o "processo legal" como direito fundamental, haveria o mesmo sentido normativo? A resposta também é sim. Por conseguinte, o "devido" é um excesso linguístico confirmatório do próprio sentido normativo de vinculação do Estado sobre o processo, sempre bem-vinda para o reforço da contenção estatal.

Todas as propostas de flexibilização ou adequação do procedimento por iniciativa judicial, sem lei específica que a autorize, encontram barreiras na própria normatividade do direito fundamental do devido processo legal. O limite não se dá por um favor do Estado com relação ao indivíduo, mas se trata de verdadeiro dever reflexo imposto pelo Estado para o Estado.

O objeto da liberdade normativa do devido processo legal prevê inúmeros direitos materiais às pessoas expostas a decisões do Poder Estatal. Ele também é abastecido por conteúdo constitucional, nomeadamente dos chamados direitos fundamentais especiais do processo. É plenamente possível a realização da dogmática específica de cada um dos direitos fundamentais especiais, que a seguir serão analisados. Importante asseverar que, no exame dogmático dos direitos fundamentais, a análise da intervenção deve ser definida de modo mais específico possível sobre determinado âmbito de proteção, como forma de possibilitar o estudo correto e específico da existência ou não da justificação constitucional. Assim, quando se fala em intervenção, deve-se compreender, especificamente, sobre qual direito fundamental ela incidiu.

No entanto, é flagrante a relação íntima que todos os demais direitos fundamentais especiais possuem com o devido processo legal, nomeadamente porque a unidade normativa

---

[869] Neste sentido, COSTA, Eduardo José da Fonseca. **120. Processo: garantia antijurisdicional ou contrajurisdicional?** *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3BbS454>, acesso realizado em 04/10/2021.

[870] É neste sentido que Raatz e Anchieta estabelecem que o "devido" deve ser compreendido como "a necessidade do processo para que ocorra o contato do poder estatal (jurisdicional ou administrativo) com a esfera do indivíduo." RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo? A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 193.

do processo é concretizada através do procedimento e é o próprio procedimento que pulveriza as garantias dos direitos fundamentais especiais.

A grande novidade no exame ora realizado é o repúdio à postura instrumentalista e cooperativista do processo, pois captura o direito fundamental e o coloca a serviço da jurisdição, mixando-se com ela, inclusive. A aquisição dogmática decorre do fato de que o direito fundamental do processo encerra uma liberdade especial na relação entre o indivíduo e o Poder Público. Há uma guinada de 180º sobre o ponto de análise e desenvolvimento do direito fundamental. Antes, o processo era analisado como ferramenta do Estado, agora ele passa a ser visto como direito fundamental garantidor de liberdades específicas.

É relevante notar que o conteúdo normativo do processo possui garantias que se observam mais claramente contra as hipóteses de intervenção concreta na esfera jurídica dos indivíduos. É dizer, sua percepção fica mais nítida na relação do indivíduo e das funções estatais administrativas e jurisdicionais. Por esta razão, historicamente, o processo foi relacionado primeiramente com a jurisdição e posteriormente com a administração. No entanto, o processo também se apresenta como um direito fundamental contrainterventivo sobre as decisões gerais e abstratas, nomeadamente as decorrentes da função da legislação.

A relação entre processo e jurisdição é tão íntima, que, por vezes, ele sequer recebe qualquer qualificação a respeito da função estatal sobre a qual se relaciona. Doutrinariamente, o signo genérico "processo" está diretamente relacionado com o processo na jurisdição. Ao contrário, sua relação com as demais funções estatais já é qualificada, como se vê no desenvolvimento teórico do processo administrativo e do processo legislativo.

Importa saber que o direito fundamental que promove a limitação do exercício do poder estatal em todas as suas funções, em quaisquer questões referentes à intervenção na esfera jurídica individual, seja através de decisões gerais e abstratas, seja através de decisões individuais e concretas, é o devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da CF. Assim, tanto o legislativo (no chamado processo legislativo) quanto o executivo (no chamado processo administrativo) também estão vinculados a ele.

A vinculação do legislativo ocorre de forma dupla. Para toda e qualquer proposta de regulamentação constitucional, por emendas à Constituição,[871] e legal, em trâmite nas casas legislativas, é indispensável a observância às regras procedimentais previstas na própria Constituição (art. 59 e ss, da CF), na Lei das Leis (Lei Complementar nº 95/98) e no regimento

[871] De rigor, a função desempenhada neste particular não é propriamente de legislação, mas de revisão da Constituição, pelo poder constituinte derivado. Neste sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7.ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2012, Apple Books, item 117.

interno das casas legislativas, que ostentam natureza jurídica de lei material.[872] Essa é uma dimensão de vinculação formal ao devido processo legal. Não é por outro motivo que se fala em inconstitucionalidade formal, quando não se observa o procedimento legal na criação e na alteração das leis.

Ainda, cabe ao próprio legislativo estabelecer aquilo que o devido processo legal concretamente é, de acordo com o procedimento legal. Aqui, não há apenas o exercício de um poder de concretização, mas a manifestação clara de um dever de abstenção geral de interferências não justificadas, pois todas as leis que disciplinem o processo têm o potencial de atacar o âmbito de proteção, tanto do devido processo legal, como dos demais direitos fundamentais especiais do processo.

Nessa perspectiva, o devido processo legal pode sofrer intervenções tanto no plano abstrato, com a regulação legislativa, quanto no plano concreto, pela inobservância do procedimento pelo juiz e pelo administrador.

Além desta noção principal de observância do procedimento legalmente prescrito para qualquer ato estatal de intervenção na esfera jurídica do particular, também deve ser no devido processo legal a compreensão de todos os direitos fundamentais materiais (art. 5º, § 2º, da CF) previstos nas leis e tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário e tenha realizado o regular depósito. Isso decorre da própria conformação do devido processo legal como liberdade normativa. É dizer, todos os limites impostos para o exercício do poder estatal de ataque à esfera jurídica de um particular, tanto abstrata, como concretamente, que não estejam dispostos em direito fundamental especial do processo, mas que forem previstos em lei ou em tratado internacional, passam a integrar o âmbito de proteção do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), já que expandem o conteúdo jurídico das liberdades garantidas pelo processo. Com isso, deve-se compreender que o devido processo legal é um tipo de direito fundamental geral da unidade normativa do processo. Possui, portanto, a capacidade residual de apreender a porção de liberdade legalmente (em sentido *lato*) estabelecida, dentro do âmbito de proteção do devido processo legal.

O presente trabalho não tem a pretensão de enumerar todos esses direitos fundamentais materiais, que foram absorvidos pelo devido processo legal. A intenção, por outro lado, é

[872] É comum e majoritariamente aceita a compreensão de que os Regimentos Internos estão fora do controle de constitucionalidade, por tratarem de assunto *interna corporis* das casas legislativas. No entanto, na medida em que os regimentos internos dão densidade normativa ao devido processo legal, na definição do procedimento para a criação e alteração das leis e atos normativos legislativos, é indispensável notar que tais atos, promulgados pela autoridade legislativa e com reflexos e incidência nos interesses de todos os indivíduos submetidos à autoridade do Estado brasileiro, podem acarretar intervenções no âmbito de proteção do devido processo legal, razão pela qual devem ser objeto de controle de constitucionalidade.

proporcionar ao leitor a condição de identificá-los e incorporá-los ao âmbito de proteção do art. 5º. LIV, da CF.

Como exemplo, examinar-se-ão três direitos fundamentais materiais absorvidos pelo devido processo legal, quais sejam: a imparcialidade, a independência judicial e o duplo grau de jurisdição.

3.2.1. Imparcialidade

Embora a imparcialidade não esteja prevista expressamente no texto constitucional (como direito fundamental especial do processo), ela decorre do regramento das hipóteses legais de impedimento e suspeição (arts. 144 e 145, do CPC; art. 112, do CPP) e está expressamente estampada no art. 8, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH),[873] no art. 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH),[874] art. 14, 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)[875] e nos arts. 1º e 8º do Código de Ética da Magistratura, norma administrativa editada pelo CNJ.[876] Como direito fundamental de

[873] Também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Decreto nº 678/1992: CADH Art. 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[874] DUDH: Art. 10.º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

[875] Decreto nº 592/92: PIDCP Art. 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

[876] Código de Ética da Magistratura: Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

A relação da imparcialidade e a busca da verdade será objeto de análise mais cuidadosa quando do estudo das interferências no âmbito de proteção do devido processo legal.

resistência, de titularidade do indivíduo, ela encerra o correspondente dever ao juiz e ao decisor em geral.[877]

A imparcialidade é o direito fundamental do indivíduo de ter qualquer interesse concretamente julgado por juiz (ou decisor administrativo), que ostente absoluto desinteresse e originalidade cognitiva,[878] não só pelo julgamento de qualquer questão de mérito, seja final, seja interlocutória, bem como sobre o procedimento em si. A imparcialidade funda a própria constelação triangular entre as partes e o juiz, ou seja, o *actum trium personarum*, que estabelece a relação dialética do procedimento e das postulações, a ser julgada por um terceiro.

É comum na doutrina a distinção entre neutralidade e imparcialidade. Barbosa Moreira refere que não pode haver confusão entre os termos, porque a imparcialidade exige do juiz a condução do "processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas de que disponha." Enquanto a neutralidade significaria ser "indiferente ao êxito do pleito. Ao magistrado zeloso, não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo."[879] Artur César de Souza relaciona a neutralidade com o mito do "juiz asséptico", "dissociado do contexto social, marginalizado da sociedade, purificado de qualquer concepção ideológica, social, cultural e psicológica". Aduz, ainda, que ela tem relação com a "inimputabilidade política dos juízes", de "estrutura burocrática europeia (bonapartista)". Sustenta, assim, que "[é] utópico pretender-se que o juiz não seja cidadão, que não se vincule a certa ordem de ideias, que não compreenda o mundo segundo uma visão nitidamente personalíssima e individual."[880] Com isso, entende que o "juiz não pode ser 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'".[881]

As construções ora analisadas são complementares. Ambas querem separar imparcialidade da neutralidade, para permitir ao juiz, mesmo que subjetivamente

---

[877] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**, Salvador : JusPodivm, 2018, p. 22. SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 127.

[878] LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal**, Revista Consultor Jurídico, disponível em <https://bit.ly/3ABt8Da>, acesso realizado em 13/10/2021.

[879] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz**, *in*: Temas de Direito Processual Civil. Sétima Série. São Paulo : Saraiva, 2001, pp. 29-30.

[880] SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**, São Paulo : Almedina, 2018, p. 144.

[881] SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**, São Paulo : Almedina, 2018, p. 147.

desinteressado na causa (imparcial), possa fazer o julgamento de acordo com os critérios de justiça ou agir funcionalmente para suprir deficiência de uma das partes.[882-883]

A distinção, contudo, não se sustenta. Crevelin já demonstrou que não há qualquer critério dogmático possível para definir uma diferença concreta entre imparcialidade e neutralidade, com a simples pergunta: "como o juiz interessado no resultado (justo?) do processo pode agir sem beneficiar qualquer das partes?" E prossegue: "ninguém saberá extremar, na prática, se a busca pelo resultado 'justo e verdadeiro' foi levada a efeito de forma neutra ou parcial. Incapaz de fornecer ganhos conceituais e operativos, a distinção entre imparcialidade e neutralidade serve apenas para encriptar o engajamento psíquico do juiz no processo."[884]

A imparcialidade não é uma "virtude"[885] ou uma "qualidade" pessoal do juiz. Ela é um dever do próprio exercente da função, que coloca em "suspeição" a sua condição de terceiro desinteressado. A palavra imparcial possui etimologia latina, pela junção do prefixo "*in*-", de conotação negativa, e da palavra "*pars*", que significa parte. Imparcial, por conseguinte, é a condição de terceiro que ostenta aquele que não é parte, que realizará a condução do procedimento e o julgamento final. A palavra neutro, também de origem latina, decorre da palavra "*neuter*", formada pela junção das palavras "*ne*", que significa não, e "*uter*", que significa "um ou outro, qualquer". Com efeito, "*neuter*", significa "nem um, nem outro", que, aplicado à determinada pessoa, demonstra a mesma condição de terceiro que o juiz deve possuir.[886] Imparcialidade e neutralidade são, portanto, sinônimos. Doravante, sempre que se falar em imparcialidade, incluir-se-á o conceito de neutralidade.

O imparcial ou o neutro não correspondem à inexistência de "condicionantes religiosos, político-ideológicos, culturais, pré-compreensões derivadas de conhecimentos acumulados",[887] prévia manifestação doutrinária sobre assunto que será objeto de

---

[882] No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz** [livro eletrônico], 1. ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, item 3.3.3.

[883] Mesmo que não comungue da diferença entre neutralidade e imparcialidade, Antonio do Passo Cabral, alinha-se aos autores acima, com relação às consequências do rompimento conceitual. CABRAL, Antonio do Passo. **Imparcialidade e impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal**, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 149, jul. 2007, pp. 339-364.

[884] SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 129.

[885] Antonio do Passo Cabral, com apoio em doutrina francesa, apoia a ideia de imparcialidade como virtude: CABRAL, Antonio do Passo. **Imparcialidade e impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal**, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 149, jul. 2007, pp. 339-364.

[886] No mesmo sentido, COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, p. 235.

[887] SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 129.

conhecimento[888] etc. A imparcialidade e a neutralidade não representam construções infantis de mitificação do próprio juiz. O que elas exigem é que as predisposições do exercente do poder sejam conscientemente afastadas, para que a atuação judicial seja o mais objetiva possível. É, na feliz expressão de Eduardo Costa, um esforço de objetivação do juiz, que encerra um esforço por objetividade,[889] que "tente à incompletude e ao fracasso, mas deve ser feito."[890]

Montero Aroca, com base na lei espanhola, estabelece que, normalmente, as causas impedimento e suspeição, que colocam a imparcialidade do juiz em perigo, estão vinculadas a situações alheias e prévias ao processo, valoradas pelo legislador em decorrência da potencial afetação do modo como o julgador deve exercer as suas funções, pelo potencial risco imposto de aplicação do direito no caso concreto.[891] As causas eleitas pelo CPC brasileiro, para o impedimento e suspeição, quase sempre correspondem ao modelo indicado pelo autor. O legislador brasileiro entendeu que podem haver, ainda, questões alheias ao processo ou mesmo ao exercício da função propriamente dita, que podem acontecer, durante o curso do processo, e que quebram a imparcialidade, como os casos de receber presentes de uma das partes ou de seus advogados, ou aconselhar uma delas, ou, ainda, financiar, de qualquer modo, as despesas do litígio (art. 145, II, do CPC). Ademais, pode ocorrer que uma das partes se torne credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau (art. 145, III, do CPC).

Eduardo Costa e Diego Crevelin apresentam interessante estudo, iniciado pelo primeiro,[892] que investigou a relação entre a quebra de imparcialidade e os vieses (ou ilusões) cognitivos, exigindo a elaboração de um modelo normativo, *de lege ferenda*, para o desenviesamento (*debiasing*) do julgador, buscando evitar ao máximo os julgamentos por meros gatilhos, impressões ou suspeitas.[893]

Em recente estudo de intersecção entre o direito e a psicanálise, Rodrigo D'Orio, demonstra como o juiz deve realizar a intensa luta para deixar o seu "estado natural de

---

[888] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição brasileira**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 169.
[889] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, p. 236.
[890] SOUSA, Diego Crevelin de. **Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 130. No mesmo sentido, COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, p. 237.
[891] MONTERO AROCA, Juan. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales: El sentido de las reglas de que *quie instruye no pueda luego juzgar* y de que *quien há resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso***, Valencia : Tirant lo blanch, 1999, p. 236.
[892] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**, Salvador : Editora JusPodivm, 2018.
[893] Para aprofundamento, COSTA, Eduardo José da Fonseca. SOUSA, Diego Crevelin. **Art. 144**, *in* Novo Código de Processo Civil comentado, tomo I, São Paulo : Editora Lualri, 2017, pp. 187-206.

parcialidade ao estado mínimo de imparcialidade,"[894] revelando que, deste esforço pela imparcialidade, há como se estabelecer parâmetros normativos objetivos de verificação da atuação judicial.

As propostas em questão são importantes para que o juiz conheça os mistérios de sua própria mente e de sua racionalidade, para que desenvolva um esforço em direção à imparcialidade e, ainda, quando verifique a sua quebra, mesmo que em potencial, utilize-se da regra geral de incompatibilidade, do art. 145, § 1º, do CPC.

Como forma de dar contornos mais concretos para um "modelo" comum de imparcialidade, as Nações Unidas instituíram o Grupo de Integridade Judicial (*Judicial Integrity Group*), formado por membros de cortes superiores e de juízes experientes de Estados-Membros, que foi responsável pela elaboração de um "projeto de Código Judicial em âmbito

---

[894] "O primeiro estado seria um estado natural de pré-disposição de todos os sujeitos na formulação de juízos decisórios – denominado aqui como 'Estado Natural de Parcialidade' – decorrente da estrutura psíquica própria de todo sujeito inconsciente.
Seria natural ao julgador, então, como sujeito do inconsciente, ter uma predisposição consciente, ao formular seus juízos (ao menos iniciais), a qualquer questão decisória a ele submetida, mesmo que tal predisposição não lhe transpareça – isso ocorreria ainda que não seja a ele consciente, como se ele pudesse, simultaneamente, ser um julgador conscientemente de boa-fé (crendo estar atuando de maneira imparcial), mas, atuando em um estado de parcialidade que lhe é natural, decorrente de sua estrutura psíquica inconsciente.
Nessa linha, em um primeiro contato, todo julgador já possuiria um conteúdo psíquico prévio, que o faria ter uma predisposição, a ponto de se inclinar contra ou a favor de uma questão jurisdicionalizada (conflito), independentemente do sistema normativo ao qual esteja vinculado aplicar.
Esse estado natural de verdadeira parcialidade adviria, dentro da estrutura psíquica inconsciente-consciente citada, além da (a) própria instância do inconsciente, (b) da relação de transferência/contratransferência (e neutralidade), (c) dos mecanismos de defesa, como o recalque, e (d) do funcionamento do Superego (e da forma com a qual ele, o ideal de ego, a culpa, e demais elementos psicanalíticos se relacionam).
Nessa linha, todo julgador, como um desses sujeitos do inconsciente, seria naturalmente parcial na formulação de seus juízos – ou, pelo menos, na formulação de um primeiro juízo sobre o conflito que lhe é posto.
Não obstante, existiria também um "Estado Mínimo de Imparcialidade", capaz de ser alcançado por esse sujeito do inconsciente, a fim de superar o Estado Natural de Parcialidade, não apenas para constatar e depurar os fatos, mas também para interpretar e aplicar as normas adequadas. Um estado onde a expectativa de imparcialidade do ordenamento pudesse ser atingida.
Haveria, assim, em contraposição, um estado mínimo de imparcialidade, no qual, a partir do exercício de um dever contínuo, o julgador conseguisse superar o Estado Natural de Parcialidade, (i) mantendo uma independência possível a partir dos efeitos decorrentes da transferência-contratransferência, identificações, suas resistências (equidistância), e possibilitando julgar uma causa (ii) ainda que seja contrária à Lei Psíquica que lhe fora introjetada em sua formação inicial como sujeito, decorrente do Complexo de Édipo (Superego), ainda que isso lhe acarrete uma carga elevada de culpa.
Contudo, a inércia do julgador – o não exercício desse dever – levaria não apenas à impossibilidade de sua decisão ser influenciada pelos argumentos trazidos pelas partes no processo (exercício efetivo do contraditório/ampla defesa), mas também à construção da norma concreta apenas a partir daquilo que o julgador entenderia como mais justo ou certo, independentemente do discurso/previsibilidade das normas jurídicas (interpretação/aplicação, ou melhor, ajuste das normas com o intuito de justificar um entendimento pré-definido, ainda que margeasse a hipótese prevista nas referidas normas).
Uma questão seria se esse exercício contínuo, da "passagem" do Estado Natural de Parcialidade ao Estado Mínimo de Imparcialidade, poderia ser traduzido em um verdadeiro dever do julgador, a fim de que, durante o exercício da função jurisdicional, pudesse decidir além de seu estado inicialmente natural." DANTAS, Rodrigo D'Orio. **A imparcialidade no divã [livro eletrônico]**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 1.

global, elaborado com base em outros códigos e estatutos, nacionais, regionais[895] e internacionais, sobre o tema, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU", entre os anos de 2000 a 2002, nas reuniões realizadas em Viena (Áustria), Bangalore (Índia) e Haia (Holanda). O documento, com natureza de *soft-law*, instituiu os "Princípios de Conduta Judicial de Bangalore", que estabelecem os 6 (seis) pilares sobre os quais o Poder Judiciário deve estar em uma perspectiva paradigmática, para o atingimento de suas finalidades democráticas.[896]

A imparcialidade foi um dos valores estabelecidos, com a seguinte descrição das situações de suas potenciais quebras.

> VALOR 2 - IMPARCIALIDADE
>
> Princípio
>
> A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão.
>
> Aplicação
>
> 2.1 Um juiz deve executar suas obrigações sem favorecimento, parcialidade ou preconceito.
>
> 2.2 Um juiz deve se assegurar de que sua conduta, tanto na corte quanto fora dela, mantém e intensifica a confiança do público, dos profissionais legais e dos litigantes na imparcialidade do Judiciário.
>
> 2.3 Um juiz deve, tanto quanto possível, conduzir-se de modo a minimizar as ocasiões em que será necessário ser desqualificado para ouvir ou decidir casos.
>
> 2.4 Um juiz não deve intencionalmente, quando o procedimento é prévio ou poderia sê-lo, fazer qualquer comentário que possa razoavelmente ser considerado como capaz de afetar o resultado de tal procedimento ou danificar a manifesta justiça do processo. Nem deve o juiz fazer qualquer comentário em público, ou de outra maneira, que possa afetar o julgamento justo de qualquer pessoa ou assunto.
>
> 2.5 Um juiz deve considerar-se suspeito ou impedido de participar em qualquer caso em que não é habilitado a decidir o problema imparcialmente ou naqueles em que pode parecer a um observador sensato como não-habilitado a decidir imparcialmente.
>
> Tais procedimentos incluem, mas não se limitam a exemplos em que:
>
> 2.5.1 o juiz tem real parcialidade ou prejulgamento com respeito a uma parte ou conhecimento pessoal dos fatos de prova contestados, relativos aos outros;

---

[895] Nenhuma lei brasileira serviu de base, levando em conta a pequena produção normativa sobre o assunto no Brasil.

[896] DIPP, Gilson. **Prefácio da Edição Brasileira**, Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2008, pp. 7 e 8, disponível em <https://bit.ly/3AvNPjU>, acesso realizado em 10/10/2021.

> 2.5.2 o juiz previamente atuou como advogado ou foi testemunha material no caso em controvérsia;
>
> 2.5.3 o juiz, ou um membro da família do juiz, tem um interesse econômico no resultado do problema em debate;
>
> Na condição de que a desqualificação não será requerida se outro tribunal não puder ser constituído para julgar o caso, ou devido a circunstâncias urgentes, a não-atuação processual pode conduzir a uma séria injustiça.

Com razão, portanto, Diego Crevelin, ao sustentar que as quebras da imparcialidade podem ocorrer de 3 (três) modos: "(i) conscientes declaradas (o juiz manifesta expressamente que auxilia/prejudica uma das partes); (ii) conscientes não declaradas (o juiz auxilia/prejudica uma das partes sem dizê-lo expressamente); (iii) inconscientes (o juiz auxilia/prejudica uma das partes sem se dar conta disso)."[897]

O controle da imparcialidade judicial não deve ser associado ao que se passa na mente do juiz. O seu reconhecimento deve ser objetivo, dispensando a demonstração do comprometimento anímico do julgador.[898] Vale aqui o provérbio de Pompéia Sula: "À mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta."[899] É natural, portanto, que, nas hipóteses de quebra de imparcialidade intencional-oculta ou na quebra inconsciente, devam existir critérios dogmáticos para sua aferição. É por isso que a imparcialidade também encerra uma liberdade normativa, pois "[o] juiz será considerado parcial quando o sistema de direito positivo fornecer critérios para tanto." É o que ocorre com as causas de impedimento e suspeição dos arts. 144 e 145, do CPC e com a recusa do art. 147, também do CPC, que não são derrotáveis por qualquer prova em contrário sobre a inexistência de quebra da imparcialidade pelo juiz.[900] É dizer, mesmo que o juiz tenha plena condição anímica para julgar, ele não poderá conhecer da causa, devendo passar o exame ao substituto legal.

A imparcialidade, por conseguinte, integra o âmbito de proteção do devido processo legal, também como uma liberdade normativa, que garante um juiz sem favoritismos, preferências ou conclusões prévias ao debate.

---

[897] SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 131. SOUSA, Diego Crevelin de. **Segurando o juiz contraditor pela impartialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 24, n. 96, out./dez. 2016, p. 61. Ambos os textos devem ser consultados para aprofundamento.

[898] SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 131.

[899] Muito embora utilize a diferenciação barbosiana entre neutralidade e imparcialidade, Beneduzzi também se utiliza do provérbio em sua construção: BENEDUZZI, Renato Resende. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 306.

[900] SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 132-133.

3.2.2. Independência

A independência judicial também está integrada no âmbito de proteção do devido processo legal. Nada obstante grande parte da doutrina a coloque como um dos elementos característicos da imparcialidade,[901] conforme o modelo italiano, parece que seu exame é mais adequado separadamente. Isso se explica pelo fato de que as funções dogmáticas de uma e de outra são diferentes, sem embargo ostentarem caráteres complementares do ponto de vista jurídico.

A independência judicial é uma das maiores conquistas civilizatórias do mundo ocidental, para possibilitar o próprio exercício do Poder Jurisdicional, sem as influências diretas das vontades do soberano.[902]

Embora não se encontre expressa na Constituição e no CPC, ela está presente no art. 8.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), no art. 10º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no art. 14.1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) – todos citados quando do exame da imparcialidade – e nos arts. 1º e 4º a 7º, do Código de Ética da Magistratura, norma administrativa editada pelo CNJ.[903]

Ela encerra duas noções importantes: a independência externa, ou entre poderes, e a independência interna.[904] A primeira decorre da própria separação e dispersão de poderes, a ensejar que o Poder Judiciário é independente em relação aos demais Poderes da República, devidamente concretizada pela autonomia administrativa e financeira (art. 99, da CF). Essa independência diz respeito à forma de organização dos poderes e não integra diretamente o âmbito de proteção do devido processo legal, nada obstante incremente o exercício da independência judicial.

---

[901] Neste sentido, ASSIS, Araken. **Processo civil, volume II : parte geral : institutos fundamentais: Tomo 1**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 965. NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição brasileira**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 168-186.

[902] Para aprofundamento sobre a história do instituto: ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 1094-1100.

[903] Código de Ética da Magistratura: Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.
Art. 4º Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais.
Art. 5º Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos.
Art. 6º É dever do magistrado denunciar qualquer interferência que vise a limitar sua independência.
Art. 7º A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária.

[904] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal [livro eletrônico]**, 1.ed, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, item 1.1.1.

A segunda, independência interna, é a vedação de submissão do juiz a julgamentos mecânicos por vinculação dentro do próprio Poder Judiciário. A hierarquia no Poder Judiciário se estabelece, exclusivamente, em relação administrativo-disciplinar, sendo que o julgador não poderá ser punido pelo conteúdo de suas decisões (art. 41, da LOMAN). Isso quer dizer que, entre órgãos de superposição de revisão, ou seja, entre juízes de primeiro grau e o Tribunal de segunda instância, ou mesmo entre os Tribunais Superiores e estes últimos, não há qualquer hierarquia para obrigar a decidir em determinado sentido.

Esse conteúdo é um dos sentidos da independência judicial, integrada pelo devido processo legal. A independência, contudo, é mais ampla do que isso. Ela dota o juiz, exercente da função jurisdicional, da garantia de que ele não será pressionado, perseguido, punido ou sofrerá qualquer interferência para decidir em determinado sentido, ou por conta de suas decisões. É, portanto, uma independência funcional e individual. Esta garantia não titulariza um direito fundamental do juiz, pelo contrário, é um direito fundamental dos indivíduos, de não ter sobre si a jurisdição de um juiz que esteja de qualquer modo fragilizado por forças estatais ou particulares. Essa noção ampla integra o âmbito de proteção do devido processo legal.

As garantias funcionais dispostas no art. 95, da CF, quais sejam, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios e, ainda, a vedação de punição pelo conteúdo de suas decisões (art. 41, da LOMAN), configuram as condições constitucionais e legais mínimas para o exercício pleno na independência funcional e individual do juiz. Assim, a garantia de estabilidade – que protege o juiz, até sua aposentadoria compulsória, contra quaisquer interferências, de modo discricionário ou arbitrário, por parte de qualquer poder ou mesmo da autoridade responsável por sua nomeação ou condução de sua carreira, salvo por sanção disciplinar, no caso da remoção compulsória –, a garantia da segurança financeira – prevista pelo direito ao salário e aposentadoria, que não pode ser manipulada ao bel prazer de qualquer poder, como forma de pressionar indiretamente os juízes, pelo prejuízo econômico em seus rendimentos – e a independência institucional – que imuniza o juiz de qualquer força interna ou externa de pressão sobre o conteúdo de suas decisões –,[905] representam efeitos jurídicos do próprio devido processo legal, que, antes de ampararem o juiz, protegem todos os indivíduos submetidos à jurisdição.

A independência está em correlação com a função contramajoritária do próprio Poder Judiciário. A contramajoritariedade se sustenta a partir do paradigma da vinculação do juiz ao direito, entendido como o complexo de normas, a partir dos enunciados normativos da

[905] Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**, Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2008, pp. 47-48.

Constituição da República e das leis. É, pois, o direito que constrange e limita a todos, inclusive ao juiz. O ser contramajoritário, criado pela independência do juiz, o imuniza sobre os influxos sociais, reivindicações setoriais e pressões de grupos. É por isso que, com razão, Georges Abboud afirma que "o STF não precisa conquistar e agradar a sociedade, muito pelo contrário, em alguns casos, faz-se necessário que os onze ministros tenham a coragem e a independência de proferir julgamento que contrarie a maior parte da população, se isso for necessário para assegurar a preservação do pacto constitucional. Desse modo, uma atuação imparcial e independente do STF, por vezes, impossibilitará que ele viva em constante lua de mel com a opinião pública e a maioria da população."[906] O mesmo pode ser dito para qualquer outro magistrado, seja qual for a sua instância de atuação.

A função contramajoritária, irmanada com a independência judicial, representa a força jurídica *contra-juiz-antena*. Dito de outro modo, ao contrário dos outros poderes da República, o Poder Judiciário não tem qualquer compromisso com a maioria, mas apenas com o Direito posto, nomeadamente porque o exercício da função jurisdicional é a última fronteira entre a neutralização das condutas ilícitas dos particulares e do Estado. Sucumbindo o Direito, vencerá o arbítrio, triunfará a barbárie da suposta maioria e se exaltará a figura heroica do juiz, pronto para salvar o seu povo débil e carente.[907]

Não se pode confundir, contudo, a independência com uma suposta liberdade para julgar. É comum, contudo, que julgadores promovam essa confusão, insinuando possui-la.[908] A doutrina contribui fortemente para essa construção, ao sustentar a "liberdade interpretativa" do julgador, que estaria em oposição a um suposto juiz-boca-da-lei. A proposição é própria do neoconstitucionalismo e do instrumentalismo processual (e correntes afins, como o formalismo-valorativo e o neoprocessualismo). Utilizando argumentos totalmente retóricos, como a "hipermodernidade" – "com o aprofundamento e a radicalização do mercado, do individualismo e da tecnologia" –, a "normatividade dos princípios", em decorrência da "força normativa da Constituição"[909] – própria da visão de "constitucionalização dos direitos" – e a "aproximação das tradições jurídicas" do *common law* e do *civil law* – em decorrência da "globalização econômica e da insustentabilidade de uma dicotomia radial, frente à evolução

---

[906] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 444.

[907] CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual**, *in:* Diálogos de Teoria do Direito e do Processo, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, pp. 330-331.

[908] Essas noções foram amplamente defendidas por Nalini, em flagrante adoção do paradigma instrumentalista, na conforma do seu "juiz rebelde": NALINI, José Renato. **A rebelião da toga [livro eletrônico]**, 3. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, item 8.

[909] Para um aprofundamento sobre a distorção e a instrumentalização discursiva da força normativa da constituição de Hesse, consultar o item 1.5, deste trabalho.

natural dos ordenamentos jurídicos" –,[910] a doutrina propõe a já criticada "pretensão de correção" do direito pelos Juízes. Ou seja, o juiz passa a ser totalmente independente, inclusive sobre o direito posto, para realizar a justiça.

Porém, nenhum dos argumentos acima pode ser minimamente provado ou demonstrado pelos respectivos autores. São enunciados performativos,[911] pois não podem ser submetidos a testes de validade, uma vez que não são verificáveis como verdadeiros ou falsos, diante da falta de descrição ou de registro de algo, ao contrário do que acontece com os enunciados constatativos. É um tipo de doxografia autopoiética, mera opinião, que sequer tem o condão de descrever a realidade jurídica.

Parafraseando Rodrigues Jr., pode-se chamar a "hipermodernidade", a "normatividade dos princípios", o uso retórico da "força normativa da Constituição", no sentido dado pelo neoconstitucionalismo, e "aproximação das tradições jurídicas" de "bando dos quatro"[912] do Direito Processual, diante de seu flagrante intuito revolucionário, combatido no presente trabalho.

O rompimento com o direito jamais esteve no conteúdo normativo da independência judicial. Os juízes estão submetidos à Constituição e às leis, sentido próprio de sua vinculação constitucional direta e da própria eficácia do direito fundamental da legalidade. "Juízes são independentes, não para julgar conforme o seu senso de retidão, mas para poderem aplicar o direito sem pressões de outra ordem, tais como a política e a econômica."[913] "[J]uízes são independentes para se tornarem súditos do direito democraticamente produzido."[914] Não é por outra razão, que se sustenta que o juiz deve possuir uma "fidelidade canina à Constituição e às

[910] ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: do modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2.ed., São Paulo : Editora Atlas, 2014, p. 60.
[911] AUSTIN, J. L., **How to do things with words**, Harvard University Press, 1975, p. 6.
[912] O autor explica a referência: "A metáfora refere-se ao grupo formado por Jiang Qing, Zhang Chunqiao, Wang Hongwen e Yao Wenyuan, que passou à História como o "Bando dos Quatro" ou a "Camarilha dos Quatro". Nos anos finais de Mao TséTung, líder da República Popular da China de 1949 a 1976, esse bando – que era formado pela última esposa de Mao, Jiang Qing – influenciou suas ações governamentais, a ponto de estimulá-lo a iniciar a Revolução Cultural (1966-1969), um período de radicalização ideológica do regime e de expurgo de milhares de quadros do Partido Comunista chinês, sob suspeita de moderação política. Após a morte de Mao TséTung, a camarilha foi acusada de usurpação do poder e a eles se imputou a responsabilidade pelos expurgos da Revolução Cultural." Rodrigues Jr., caracterizou as cláusulas gerais da função social, da boa-fé, da ordem pública e do interesse público, como o "bando dos quatro" revolucionário do Direito Civil.
[913] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro [livro eletrônico]**, 5.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 1.14.4.
[914] ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 174.

leis."[915] Isso, em nada, guarda qualquer relação com o paradigma da escola da exegese e seu modelo de "juiz-boca-da-lei."[916]

Para uma dogmática dos direitos fundamentais, assumir uma noção de independência judicial, de liberação do juiz ao direito, em prol do exercício do poder livremente pelo magistrado, seria verdadeira aporia, diante do rompimento com todas as balizas do próprio constitucionalismo e a própria função limitadora dos direitos fundamentais.

A independência do juiz o libera de pressões e influências internas e externas, para possibilitar que o julgamento do caso ocorra em conformidade com a Constituição e às leis; por outro lado, ele encontra-se "escravizado" perante o Direito posto, como forma de preservação da autonomia do direito.[917-918]

É com base nisso que a formação da norma através da interpretação, inclusive judicial, *grosso modo*, não pode passar pela via da política, da moral ou da economia. O seu trânsito deve ser pela via jurídico-normativa, de acordo com as balizas dogmáticas estabelecidas a partir dos limites do próprio texto, pois é ele quem baliza a formação da norma e impede as inflexões morais de seu conteúdo. Fazer ceder o direito frente à moral em julgamentos judiciais é o mesmo que aniquilar a contramajoritariedade e a independência judicial como conteúdos do direito fundamental do devido processo legal. Portanto, deve o juiz estar blindado das pressões

---

[915] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, pp. 170.

[916] Para aprofundamento, consultar item 1.5 do presente trabalho. Sobre um estudo mais amplo a respeito do exegetismo ou o positivismo legalista, bem como sobre a jurisprudência dos conceitos e do pandectismo na Alemanha, movimento correspondente ao primeiro, o que foge ao objeto de estudo do presente trabalho: ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 80-84. ABBOUD, Georges. Introdução ao direito [Livro eletrônico]: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito, 5.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, item 10.1.1.1.1 Escola da exegese. Alertando que a visão normalmente utilizada para retratar o positivismo legalista é deturpada pela simplificação excessiva, especialmente pela teoria dos princípios de Robert Alexy: LADEUR, Karl Heinz. CAMPOS, Ricardo. **Entre teorias e espantalhos – deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens**, *in* Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, pp. 106-115.

[917] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro [livro eletrônico]**, 5.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 1.14.4. ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 192. Para aprofundar sobre o conceito de autonomia do direito, ora utilizado: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**, *in* Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 1, n. 1, Jan./Jun. 2009, pp. 65-77. ROSSI, Júlio César. **O garantismo estrutural**, Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3BEGP5F>, acesso realizado em 01/10/2021.

[918] "O julgador está necessariamente *constrangido* pelos limites legais e constitucionais e deve, a despeito de suas convicções pessoais, respeitá-los, seja para condenar, seja para absolver; essa *vinculação* ao direito influencia os atores do processo, que, cientes do dever do magistrado de aplicar a lei e a Constituição ao caso concreto, tenderão a excluir de seu repertório teses que se afigurem, do ponto de vista material, flagrantemente ilegais ou *inconstitucionais*." ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro [livro eletrônico]**, 5.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 1.14.4.

sociais (e morais) da maioria (e porque não dizer da minoria), exercendo com altivez republicana a sua independência judicial, e julgar com base no direito.[919]

Os princípios de conduta judicial de Bangalore também previram a independência como um de seus valores, nos seguintes termos:

> VALOR 1 - INDEPENDÊNCIA
>
> Princípio
>
> "A independência judicial é um pré-requisito do estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo. Um juiz, conseqüentemente, deverá apoiar e ser o exemplo da independência judicial tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional."
>
> Aplicação
>
> 1.1 Um juiz deve exercer a função judicial de modo independente, com base na avaliação dos fatos e de acordo com um consciente entendimento da lei, livre de qualquer influência estranha, induções, pressões, ameaças ou interferência, direta ou indireta de qualquer organização ou de qualquer razão.
>
> 1.2 Um juiz deverá ser independente com relação à sociedade em geral e com relação às partes na disputa que terá de julgar.
>
> 1.3 Um juiz não só deverá ser isento de conexões inapropriadas e influência dos ramos executivo e legislativo do governo, mas deve também parecer livre delas, para um observador sensato.
>
> 1.4 Ao desempenhar a função judicial, um juiz deverá fazê-lo de modo independente dos colegas quanto à decisão que é obrigado a tomar independentemente.
>
> 1.5 Um juiz deve encorajar e garantir proteção para a exoneração das obrigações judiciais de modo a manter e fortalecer a independência institucional e operacional do Judiciário.
>
> 1.6 Um juiz deve exibir e promover altos padrões de conduta judicial de ordem a reforçar a confiança do público no Judiciário, a qual é fundamental para manutenção da independência judicial.

A independência, como se percebe, possui um preço pessoal ao magistrado. É por esta razão que ao juiz são assinadas diversas vedações (art. 95, parágrafo único, da CF e art. 36, da LOMAN), que poderiam afetar diretamente a sua independência judicial, tais como receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo, dedicar-se à atividade político-partidária, receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei, exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista, exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de

[919] CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual**, *in:* Diálogos de Teoria do Direito e do Processo, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, p. 330.

qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração e manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

O rol é meramente exemplificativo, o que denota que a quebra da independência judicial pode ocorrer por outras formas, que devem ser preenchidas pelo legislador, ou pela autoridade disciplinar, nos casos de mera regulamentação das vedações constitucionais e legais. Em 2019, o CNJ editou a polêmica Resolução nº 3005, que buscou regulamentar a atuação dos juízes nas redes sociais, como forma de promoção da própria independência.

Não há dúvida de que a independência exige do juiz a adoção de postura pessoal pautada pela moderação e pelo decoro, que também encerram deveres disciplinares, não podendo utilizar-se do cargo, ou dos símbolos da instituição, para a promoção pessoal, de qualquer modo. É por esta razão que, do ponto de vista individual, a investidura na magistratura acarreta várias intervenções no âmbito de proteção de inúmeros direitos fundamentais dos juízes, em especial, nos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de liberdade geral, especificamente sobre a autodeterminação. Tais limitações, em regra, estão justificadas constitucionalmente como forma de garantia da independência, no entanto, cada uma delas deve passar pelo exame do limite-dos-limites, para o exame concreto da autorização interventiva.

Um tema interessante, quando se fala em independência judicial, diz respeito aos pronunciamentos vinculantes estampados no art. 927, do CPC. Nada obstante a doutrina majoritária trate o tema como "precedentes judiciais" clássicos, é necessário notar que eles não possuem relação com a doutrina e a prática do *stare decisis* da *common law*.[920] Eles encerram, no máximo, uma opção legislativa para o enfrentamento da litigância de massa, que visa adotar julgamentos padronizados para questões repetitivas, como forma de equalizar a própria disfunção deste tipo de litígio.[921]

Contudo, a vinculação de que trata o art. 927, do CPC, não é equivalente àquela conferida pela constituição e pela lei. É de rigor compreender que apenas a constituição poderá

---

[920] Para aprofundamento: NERY JR, Nelson. ABBOUD, Georges. ***Stare decisis vs* Direito Jurisprudencial**, *in* Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil, Salvador : Editora JusPodivm, 2013, pp. 485/514. ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**, São Paulo : Editora Atlas, 2015, pp. 37-116. No mesmo sentido: ABBOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo**, Revista de Processo, vol. 245, jul. 2015, pp. 351-377, versão eletrônica, item 3.

[921] Não será objeto de questionamento no presente trabalho a possibilidade ou não de alcance desta finalidade de minoração da litigância de massa pela adoção da fórmula do art. 927, do CPC. Para um debate sobre o ponto: RAATZ, Igor. **Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira**, Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 11, n. 11, 2013, pp. 217-237.

instituir fontes formais de direito, não podendo, pois, a própria lei, reconhecida como fonte formal, capturar para si a reserva constitucional e passar a ditar novas fontes formais. Assim, é flagrantemente inconstitucional qualquer concepção que advogue que os pronunciamentos do art. 927, III a V, do CPC, vinculem como se lei fossem, pelo simples fato de que não há previsão constitucional correlata.[922] Em outras palavras, jurisprudência, precedente ou súmula de tribunal, por ausência de previsão constitucional, não vinculam como se lei fossem, pela simples razão de que não são fontes primárias.[923]

Apenas e tão somente os incisos I e II do art. 927, do CPC, vinculam como se lei fossem. Mas a vinculação, como se viu, decorre da Constituição. A decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade apenas promove a vinculação que se está a tratar no caso, quando do seu trânsito em julgado, em decorrência da eficácia *erga omnes* a todos os Poderes, prevista no art. 102, § 2º, da CF. A súmula vinculante, de igual modo, vincula por ter natureza de norma geral e abstrata, nos termos do art. 103-A, da CF.[924]

Em ambos os casos de vinculação direta, constitucionalmente prevista, não há qualquer limitação à independência, pois, como se disse, equivalem à vinculação formalmente legal.

No entanto, o art. 927, III a V, do CPC, pode receber interpretação conforme a constituição, levando em conta a sua função de "enfrentamento" da litigância de massa.

De pronto, é necessário entender que a aplicação de uma decisão vinculante, ou de uma "tese", como os recursos repetitivos, não supre a necessidade de interpretação pelo juiz. Ao que parece, a tese sustentada por Marinoni e Mitidiero para a força vinculante dos precedentes vê o precedente, em si, como o próprio "processo de interpretação judicial e o seu resultado", ou seja, seria ele, em si, a própria norma.[925] Obviamente, tal compreensão despreza por completo a cisão entre texto e norma. A decisão, para o caso, representa a norma concreta do caso, no entanto, para a aplicação futura em outros casos, ela volta a ser apenas texto.

A proposta chega a ser engraçada e revela a sanha juristocrática dos autores. Eles são dois dos principais fautores do neoconstitucionalismo no processo brasileiro, sustentando, a todo momento, a necessidade de desvinculação do juiz à "letra fria da lei", para que não seja

---

[922] Neste sentido e com absoluta razão: NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, 18.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1927.
[923] Em sentido contrário: MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XV**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 64/65.
[924] NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, 18.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 1927-1930.
[925] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XV**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 64/65.

um "*bouche de la loi*". No entanto, no instante seguinte, sustentam a necessidade de vinculação do juiz à norma "pronta e acabada" do precedente, como se isso fosse possível, em nome de "valores supremos". Ora, com o devido respeito, o que os autores pretendem é instaurar um tipo de "*juge bouche des tribunaux*",[926] é dizer, um juiz-boca-dos-tribunais. Isso fica claro, inclusive, com a farta doutrina que busca aplicar o "método" de "revogação" ou "superação" dos precedentes do *stare decisis*, para esses provimentos vinculantes do CPC, ou seja, o *overruling*,[927] como se apenas o tribunal que proferiu a "norma vinculante" pudesse superá-la. A importação acrítica da doutrina do *stare decisis* para explicar os provimentos vinculantes é totalmente imprestável.[928] O paradigma de que a decisão judicial é norma (no sentido estrito) para casos futuros parte da visão do juiz boca do tribunal. A "interpretação" do tribunal, contida na *ratio decidendi*, é apenas texto para a decisão futura, não se configura em norma e, como tal, não tem o condão de definir, tanto por tanto, a norma do caso concreto. Lenio Streck, em tom crítico à doutrina ora revista, ensina que "também nos EUA – e não poderia ser diferente – texto e norma não são a mesma coisa."[929]

Repise-se, a decisão paradigma vinculante é texto, sujeita ao conhecimento, interpretação e aplicação do julgador. Ou seja, ela é um signo, um enunciado e, como tal, necessita de interpretação pelo juiz. O próprio giro ontológico linguístico e a compreensão de que texto e norma não se confundem demonstram tal assertiva.[930] Assim, a vinculação do juiz, de que trata o art. 927, III a V, do CPC, não pode configurar uma "jurisprudência mecânica",[931]

---

[926] NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, 18.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 1926.

[927] Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 390-403. MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, Salvador : Editora JusPodivm, 2015, pp. 377-407. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, Salvador : Editora JusPodivm, 2015, pp. 197-213.

[928] ABBOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo**, Revista de Processo, vol. 245, jul. 2015, pp. 351-377, versão eletrônica, item 3.

[929] STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 78, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mai./jun. 2009, p. 290.

[930] "A *ratio decidendi*, portanto, não deve ser compreendida como norma jurídica finalizada e pronta para ser aplicada independentemente de um processo interpretativo e concretizador. A *ratio decidendi*, em verdade, nada mais é do que mero texto normativo, ou seja, apenas é uma das entidades jurídicas (o programa normativo) que integra do processo estruturante da norma jurídica." ABBOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo**, Revista de Processo, vol. 245, jul. 2015, pp. 351-377, versão eletrônica, item 2.2.

[931] "A aplicação mecânica e automática dos *precedentes*, como se fossem textos universais e abstratos, reproduzidos sem a menor compreensão da situação fático-jurídica à espera de solução adequada, cria um sistema jurídico "fechado que parte do geral para o singular e que chega a 'esse' geral com a negligência às singularidades", as peculiaridades, a lide efetivamente." ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**, São Paulo : Editora Atlas, 2015, pp. 333-338. No mesmo sentido: CARNIO, Henrique Garbellini. **Precedentes judiciais ou "direito jurisprudencial mecânico"?**, Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), ano 24, n. 93, jan./mar. 2016, pp. 79-94.

tampouco liberar o juiz do dever de fundamentação específica, ao se alinhar à decisão vinculante anterior.

Não há dúvida, por conseguinte, de que o grau de concreção de uma decisão judicial é maior do que de uma lei, tanto que, em regra, as decisões são tomadas em constelações triangulares ou multipolares para a solução de um caso concreto, pois a solução expõe a norma concreta do caso. Esse grau de concreção auxilia a interpretação que o juiz dará à lei e ao próprio pronunciamento vinculante. Eduardo Costa explica que a função das decisões vinculantes do art. 927 "é tão somente de facilitar o processo de produção de decisões pelos juízes. Supondo-se que o texto de direito positivo seja um prisma e a interpretação seja a luz branca sobre ele incidente, pode-se dizer que cada espectro de cor decomposto é uma possibilidade interpretativo-normativa; aqui entra em cena o precedente [*rectius* decisão] vinculante: predefine qual possibilidade é a correta, sem permitir margem de discricionariedade ao juiz – ainda que racionalmente motivada – para escolhê-la. Como se nota, o juiz não parte do precedente para chegar à solução do caso: na verdade, parte da lei e interpreta-a manietado pelo precedente."[932]

Logicamente, a operação não é tão simples quanto a descrita acima. As metáforas do prisma e da manietação servem apenas para explicar, de modo didático, a relação entre pronunciamento vinculante e operação decisória do caso concreto. Para além dessa relação, o caso concreto apresenta uma estrutura muito mais complexa, já que o juiz opera em outros níveis de relação. A necessidade de observância do art. 10, do CPC, e o exercício efetivo do contraditório para a aplicação de um provimento vinculante, expressamente prevista no art. 927, § 1º, do CPC, podem revelar questões fáticas ou jurídicas, que afastem a solução paradigma do caso concreto.[933]

Inúmeras questões podem surgir no debate, tais como a alteração do contexto histórico de formação da decisão vinculante – que forma o âmbito normativo, em uma construção pós-positivista de Müller, tais como a revogação ou a derrogação da lei em que se fundou a decisão, ou variações culturais, políticas, sociais e econômicas, que possam ter impactado diretamente a solução estabelecida pelo Tribunal. Assim, com razão Abboud e Cavalcanti quando sustentam que "o âmbito normativo é uma das entidades jurídicas integrantes do processo interpretativo, qualquer magistrado pode superar o procedente vinculante, desde que fundamente a sua decisão

---

[932] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Art. 927**, *in* Código de processo civil: comentado, São Paulo : Almedina, 2016, p. 1131.

[933] Neste sentido: ABBOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo**, Revista de Processo, vol. 245, jul. 2015, pp. 351-377, versão eletrônica, item 3.

nas variações históricas das condições jurídicas, culturais, políticas, sociais, econômicas etc. É equivocada, portanto, a exigência de que seja instaurado perante o tribunal prolator da decisão vinculante um *procedimento específico* para revisão da tese jurídica, como faz o art. 986 do CPC/2015, que trata da revisão da tese jurídica no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas."[934]

Ademais, é imprescindível notar que todo juiz brasileiro pode realizar o controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, como forma de afastar a sua aplicação no caso concreto. Com relação à súmula vinculante, Nelson Nery Junior e Rosa Nery já demonstraram porque o controle de constitucionalidade também a alcança: "Em razão da natureza legislativa da súmula vinculante, como o juiz pode controlar, *in concreto*, a constitucionalidade de lei, complementar ou ordinária, ou de ato normativo contestado em face da CF, a ele é possível, também, fazer o controle da constitucionalidade de verbete da súmula vinculante do STF, que tem *caráter geral e normativo.*"[935] Com mais razão, ainda, é possível o controle de constitucionalidade concreto de todos os pronunciamentos vinculantes do art. 927, do CPC. Como ensina Georges Abboud, "o controle difuso é, antes de tudo, um fechamento constitucionalmente adequado para assegurar a utilização legítima de pronunciamentos judiciais vinculantes em todo o sistema."[936]

Caso o art. 927, do CPC, for compreendido desta forma, não haverá qualquer ofensa à independência judicial. Do contrário, imperando a interpretação da jurisprudência mecanicista, a partir de um paradigma do juiz-boca-dos-tribunais, não há dúvidas de que haverá uma intervenção no âmbito de proteção do devido processo legal, sem qualquer justificação constitucional, diante da pressão interna realizada sobre o julgador, que terá a decisão antes mesmo do processo iniciar.

3.2.3. Duplo grau de jurisdição

Pela proposta apresentada, resta examinar o duplo grau de jurisdição, como elemento integrante da liberdade normativa do processo.

---

[934] ABBOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo**, Revista de Processo, vol. 245, jul. 2015, pp. 351-377, versão eletrônica, item 3.

[935] NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional [livro eletrônico]**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, art. 102, item 39.

[936] ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**, 4. ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1135.

Nada obstante não haja qualquer previsão constitucional específica sobre o duplo grau de jurisdição como direito fundamental formal, é indispensável notar sua presença como direito fundamental material (art. 5º, § 2º, da CF), por disposição em tratados internacionais e na própria disposição do procedimento legal.[937]

O no art. 8, 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)[938] garante o direito de recorrer da sentença penal condenatória para juiz ou tribunal superior, tal como o art. 14, 5, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP).[939] Ainda, no ordenamento jurídico, verifica-se a existência de inúmeros recursos de revisão das decisões judiciais, com amplo efeito devolutivo, tanto sobre o direito quanto sobre os fatos. As previsões específicas do recurso ordinário, do art. 102, II e art. 105, II, da CF; da apelação do art. 1.009 e do agravo de instrumento do art. 1.015, do CPC; da apelação do art. 593 e do Recurso em sentido estrito do art. 581, do CPP; do recurso ordinário trabalhista do art. 895, da CLT; os recursos eleitorais, de que tratam os art. 169, §§ 2º a 4º, c/c art. 265 e o recurso ordinário eleitoral do 276, II, todos do Código Eleitoral, dentre outras disposições, demonstram como o procedimento legalmente estabelecido prevê, amplamente, o direito de recorrer da decisão proferida pela instância originária, possibilitando o exame revisional por juízes de superior instância, que ainda não tenham conhecido da matéria recorrida.[940]

Levando em consideração que o processo encerra uma liberdade normativa, como asseverado acima, é essencial notar que todas as oportunidades recursais existentes na época da promulgação da Constituição fundaram a primeira parametrização constitucional do duplo

---

[937] O presente trabalho afasta-se do paradigma alexyano de direitos fundamentais como princípios. Por esta razão, quer nos parecer equivocada a acepção que assume o duplo grau de jurisdição, como princípio constitucional, nesta perspectiva. Assim: DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal, vol. 3.**, 13.ed., Salvador : JusPodivm, 2016, pp. 90-91. PASSOS, Aline Araújo. **Duplo grau de jurisdição: compreensão constitucional do princípio e análise do tema sob a perspectiva das reformas introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 10.352/2001**, tese de doutorado apresentada ao PPGD da PUCSP, 2005, disponível em <https://bit.ly/3lGOnz6>, acesso realizado em 14/10/2021. Tratando o duplo grau como princípio, sem contudo definir o seu sentido: ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil [livro eletrônico]**, ed, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 31.3.1. ALVIM, Teresa Arruda. **Embargos de declaração [livro eletrônico]**, ed, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 4.4.5.2.

[938] Também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Decreto nº 678/1992: CADH Art. 8. Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

[939] Decreto nº 592/92: PIDCP Art. 14. 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

[940] SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição – Conteúdo e alcance**, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 88. KUKINA, Sérgio Luiz. **O princípio do duplo grau de jurisdição**, Revista de Processo, vol. 109, jan./mar. 2003, p. 97. MIRANDA, Gilson Delgado. PIZZOL, Patrícia Miranda. **Processo civil – Recursos**, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

grau, através da "regra de limitação" (*Schrankenregelung*). Com efeito, as alterações legislativas doravante, em especial a vedação da ampla recorribilidade em imediato das interlocutórias no procedimento civil, exigem justificação constitucional, pois acarretam potencial intervenção no âmbito de proteção do devido processo legal.

A lei não poderá suprimir, pura e simplesmente, os recursos previstos quando da entrada em vigor da Constituição,[941] pelo motivo de que tais oportunidades processuais passaram a integrar a liberdade normativa do devido processo legal, ostentando, portanto, caráter reflexo de direito fundamental.

Se assim não fosse, o duplo grau de jurisdição não seria um direito fundamental material, mas apenas uma regra opcional de organização judiciária, que poderia ser alterada ao bel prazer do legislador.

Como se sabe, a doutrina processual, nomeadamente no procedimento civil, defende esta última opção,[942] inclusive com grande reprovação à necessidade de revisão de julgados de primeiro grau, por Tribunais de Apelação.[943]

A persistir tal acepção, qual seria o controle da atividade legislativa de alteração dos recursos de amplo efeito devolutivo? Estaria o legislador imune a qualquer controle, mesmo lidando diretamente com direitos de oportunidades procedimentais das partes? As respostas a estas questões são fundamentais. Não se deve admitir que direitos das partes, estabelecidos em procedimento conformado de acordo com o devido processo legal e demais direitos

---

[941] Nelson Nery Junior segue posição semelhante, embora refira-se apenas aos recursos previstos na Constituição e os recursos no processo penal contra sentença condenatória: NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**, 6.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 41 e 42.

[942] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria geral do processo**, 16.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2000, pp. 73-76. MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil, vol. I,** 12.ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 84. GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro, vol. 1**, 6.ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 51. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V**, 11.ed., Rio de Janeiro : Forense, 2004, pp. 240-241. BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal**, São Paulo : Saraiva, 2012, pp. 47-48. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil, volume II**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 508-509. CAMBI, Eduardo. DOTTI, Rogéria. PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. MARTINS, Sandro Gilbert. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de Processo Civil Completo [livro eletrônico]**, 2.ed., São Paulo : Thomson Reuters, 2019, Parte VII, item 2, b. JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos recursos cíveis [livro eletrônico]**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, item 10.3. ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos [livro eletrônico]**, 10.ed., São Paulo . Thomson reuter Brasil, 2021, parte I, item 2. ROQUE, André Vasconcelos, *et al*. **Apelação, filtros e causas módicas: toda causa deve ser decidida duas vezes?**, Migalhas, disponível em <https://bit.ly/3ALOZaS>, acesso realizado em 14/10/2021.

[943] Todos na esteira de Cappelletti, que, como lembra Nery Jr., era "defensor da abolição quase que radical da apelação, apontando o excesso de órgãos colegiados, a excessiva duração do recurso de cassação, a idolatria do direito à impugnação, entre outros defeitos que macularia, por assim dizer, o princípio do duplo grau de jurisdição." NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**, 6.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 45.

fundamentais especiais do processo, estejam plenamente à disposição do legislador, sem que potencial intervenção no âmbito de proteção tenha sido justificada.

O duplo grau de jurisdição, pela própria previsão legal de oportunidades recursais, exige a previsão legal de oportunidade de revisão decisória com amplo grau de devolutividade a tribunal imediatamente superior à instância prolatora.

A dupla instância garante à parte a oportunidade de revisão de seu julgado por instância imediatamente superior ao juízo de origem. Para a conformação do duplo grau, é indispensável que a revisão seja realizada por outros julgadores em instância de superposição da decisão original.

Neste sentido, os embargos de declaração ou mesmo os embargos infringentes fiscais, do art. 34 da Lei nº 6.830/80 (nas sentenças de causas de valor igual ou inferior a 50 OTNs), não correspondem à concretização do duplo grau. Isso não quer dizer que eles deixam de ser recurso, ou mesmo que a limitação da apelação no caso dos embargos infringentes fiscais seja inconstitucional.

No caso dos embargos infringentes, da limitação da apelação, é indispensável compreender que ela encerra uma intervenção no âmbito de proteção do devido processo legal, especificamente sobre a regra geral do duplo grau –, no entanto, é possível que haja justificação constitucional para tal regramento. Na hipótese, inclusive, tais sentenças ou são de extinção da execução fiscal pelo pagamento – que normalmente não configura o interesse recursal do executado (particular) – ou então trata-se de sentença que rejeita a pretensão executiva, seja em decisão terminativa (indeferimento da petição inicial) ou decisão definitiva (extinção da dívida, renúncia do crédito, remissão tributária, prescrição etc.). Em regra, por conseguinte, somente a Fazenda Pública terá interesse recursal no caso dos embargos infringentes fiscais. De certo, o desfavorecimento de oportunidade procedimental ao próprio Estado não configura, em si, intervenção em direito fundamental, que ele próprio não ostenta. Deste modo, a regra em questão é, simplesmente, de organização do próprio Estado. Coisa diversa ocorreria se a limitação fosse oposta ao particular, titular de direito fundamental, ou mesmo ao Ministério Público, que, em defesa da coletividade, também ostenta titularidade do devido processo legal, por equiparação. Nessas situações, a intervenção no devido processo legal seria clara, devendo, pois, haver a devida justificação constitucional, caso contrário a regra não seria recepcionada, já que se trata de lei anterior à Constituição.

Há quem defenda, com fundamento nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o duplo grau congrega também a dupla conformidade de julgamentos (*doble*

conforme), [944] ou seja, o direito de que haja ao menos duas decisões, de cortes distintas, em que a instância superior confirme a decisão da instância inferior. A dupla conformidade foi pensada para os casos de absolvição criminal de primeira instância e condenação criminal em segunda instância. Com efeito, seria exigível, segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a revisão com ampla devolutividade, para uma "terceira" instância, que validaria a condenação ou a absolvição pela dupla conformidade,[945] pois os meros recursos de cassação, no caso brasileiro, os Recursos Especial e Extraordinário, não cumprem tal papel, em decorrência da fundamentação vinculada que exigem. A intenção da Corte Interamericana é ler no duplo grau, do art. 8.2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o direito de que toda decisão seja "confirmada"[946] pela instância superior.

Embora a proposta seja bastante interessante do ponto de vista garantístico, ela não encontra assento no direito posto nacional. Se o duplo grau encerra uma liberdade normativa em termos constitucionais, de igual modo, em termos convencionais, isso não é diferente. A Corte Interamericana pode, inclusive, entender que, no plano dos direitos humanos internacionais, o tratamento dado por algum Estado-Membro sobre determinada garantia contida na CADH é inadequada, equivocada ou imprestável. O fato, contudo, é que isso, para a construção de uma dogmática de direitos fundamentais, não altera o caráter jurídico da mesma garantia. Caso contrário, estar-se-ia a considerar que ela passa a ter uma natureza de "valores" ou de "princípios" descoladas do texto e do contexto, o que já foi amplamente combatido no presente trabalho.

A dupla conformidade, ao menos no Brasil, é uma reivindicação política, para a reconfiguração do duplo grau de jurisdição, com a aquisição de maiores garantias atreladas. Não se trata, contudo, de conteúdo normativo no momento.

A dupla instância é o conteúdo intrínseco do duplo grau de jurisdição, ao assegurar os recursos de ampla revisão sobre as decisões da instância de origem.[947]

---

[944] *Cf*. ANCHIETA, Natascha. **Breves reflexões acerca da garantia do "duplo grau"**, Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/2XhbK8Z>, acesso realizado em 15/10/2021. Os fundamentos são dos casos CIDH Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, disponível em <https://bit.ly/3AGs3d3>, acesso realizado em 15/10/2021 e.

[945] CIDH Caso Mohamed *vs* Argentina, disponível em <https://bit.ly/3aGgjwS>, acesso realizado em 14/10/2021.

[946] O termo é utilizado apenas como recurso didático, sendo ciente de sua utilização equivocada, levando em consideração que toda decisão de tribunal superior promove a substituição do julgado anterior, nos termos do art. 1.008, do CPC.

[947] Nada obstante a posição contrária de autorizada doutrina, entende-se que as Turmas Recursais no sistema dos Juizados Especiais encerram instância hierarquicamente superior à instância de origem, nada obstante os juízes que compõem o órgão estejam no mesmo nível da carreira que o prolator. Trata-se, portanto, de uma ficção legal, que vai ao encontro da garantia do duplo grau.

Tema interessante sobre o duplo grau de jurisdição diz respeito às decisões de ações de competência originária de Tribunais de 2ª Instância e Superiores, sem o respectivo recurso de ampla devolutividade para a instância superior.

A questão foi objeto do RHC 79.785 perante o STF, sob relatoria do Min. Sepúlveda Pertence. No caso, diante da ausência de recurso de apelação ou correlato, de ampla devolutividade, contra o acórdão de condenação criminal da acusada, em ação penal de competência originária do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja competência originária decorreu da condição de corréu de um Juiz de Direito, que não a acusada em questão. Houve a impetração de *habeas corpus* ao STJ, com a pretensão de servir de sucedâneo de recurso inominado, com fundamento no art. 8.2, h, da CADH.

O STJ, sob relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, rejeitou liminarmente a ação constitucional (AgRg no HC 8691 / RJ).

No Recurso Ordinário ao STF, o relator sustentou que o duplo grau de jurisdição é derivado da "organização constitucional do Poder Judiciário" e encerra, apenas, o direito de reexame integral da sentença de "primeiro grau de jurisdição", não se aplicando, para o julgamento de "única instância ordinária", no caso do TJRJ. Com efeito, "Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu."

Nessa ordem de ideias, o relator afirmou que "o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar."

Deste modo, na "falta de órgãos jurisdicionais *ad qua*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada."

O caso mostra como uma dogmática de direitos fundamentais bem estruturada faz falta ao julgamento das intervenções estatais, inclusive sobre suas omissões.

É certo que a competência recursal dos tribunais superiores, de jurisdição extraordinária, é definida pela Constituição, não podendo a legislação ordinária inovar para o alargamento das hipóteses recursais estabelecidas pelo próprio constituinte. Assim, a lei poderá apenas desdobrar hipóteses de cabimento dos recursos e ações já existentes – como é o caso da reclamação de que trata o art. 988, do CPC – sendo formalmente vedada, no entanto, a criação de quaisquer outras competências legais. Assim, somente a emenda constitucional poderá promover a alteração competencial dos Tribunais Superiores, como foi realizado com o art. 103-A, § 3º, da CF, fruto da EC 45/2004.

Porém, existem dois pontos nodais, que não foram objeto de exame pelo STF.

O primeiro, apenas tangenciado pelo julgado, diz respeito à existência de inconstitucionalidade na ausência de duplo grau de jurisdição para os indivíduos que gozam de foro por prerrogativa de função.

Não há qualquer dúvida de que a ausência do foro por prerrogativa de função encerra uma limitação ao devido processo legal, pela restrição do duplo grau de jurisdição. No entanto, é necessário verificar se isso representa uma intervenção legislativa no âmbito de proteção do direito fundamental. A resposta, contudo, é negativa.

O primeiro fundamento para tanto é que as hipóteses de foro por prerrogativa decorrem de escolha do próprio constituinte originário (art. 96, III; art. 102, I, b; art. 105, I, a; art. 108, I, a, todos da CF) – salvo nos casos de alteração de emenda constitucional (art. 102, I, c, com a redação da EC 23/99) –, que, sabedor da sistemática recursal existente no direito infraconstitucional, fez a opção por limitar o devido processo legal, com a negativa de duplo grau, com relação a estes indivíduos, em nome da maior proteção da prerrogativa.

O mesmo raciocínio vale para as ações originárias do STF e dos Tribunais Superiores, em regra opções do constituinte originário, de limitação do devido processo legal. Neste caso, não há como sustentar a inconstitucionalidade do próprio constituinte originário, pois isso significaria a intromissão nas escolhas políticas do poder constituinte, intocáveis pela jurisdição. De igual modo, a expressa irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem a Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança (art. 121, § 3º, da CF).

A intervenção no âmbito de proteção de direito fundamental, como se viu no capítulo 2, decorre de ato de poder constituído e não de Poder Constituinte. Quem pretender sustentar a inconstitucionalidade do Poder Constituinte originário necessariamente precisará se valer de argumentação política, que encerra, em si, o rompimento com a autonomia do direito. Assim,

apenas o legislador, o constituinte derivado, o administrador ou o julgador poderão promovê-la.

Com relação à emenda constitucional – ou no caso das Constituições Estaduais – que inclui determinado agente no foro por prerrogativa de função, está caracterizada a intervenção no âmbito de proteção do devido processo legal pela limitação do duplo grau de jurisdição. É neste momento que entra em cena a justificação constitucional pelo exame do limite dos limites da proporcionalidade. O paradigma de exame pormenorizado sobre as intervenções nos direitos fundamentais será realizado no capítulo seguinte. Por ora, é possível realizar um exame abreviado da proporcionalidade para verificar a justificação constitucional.

Como se sabe, o foro por prerrogativa, não caracteriza privilégio pessoal, mas garantia atrelada ao exercício de cargo ou função, um critério objetivo. Ele busca proteger[948] os detentores de determinados cargos de perseguições indevidas, motivadas por questões políticas, ou então, de eventuais pressões, achaques ou vinganças em razão e em decorrência do exercício do cargo.[949] Deste modo, o foro por prerrogativa, releva uma garantia coletiva de que o agente protegido atuará de modo destemido e independente, no exercício de sua função, para a consecução dos objetivos competenciais que ostenta.[950] A prerrogativa possui especial razão para a estrepitosa função jurisdicional, que lida com inúmeros interesses e potencialmente sujeita o magistrado a pressões e perseguições. Ela é uma das garantias, inclusive, da independência judicial.[951]

Em resumo, pode-se dizer que a justificação constitucional da prerrogativa de foro pela função é uma proteção voltada a determinados agentes, em razão da relevância da função exercida, como forma de garantir o exercício livre do cargo.

---

[948] NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional [livro eletrônico]**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, art. 103-A, item 16.

[949] BADARÓ, Gustavo Henque. **Juiz natural no processo penal [livro eletrônico]**, 1.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, item 2.4.2.

[950] Lapidares as palavras do Min. Victor Nunes Leal, no julgamento da Rcl. 473: "A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado." (STF, Rcl. 473/GB, Pleno, rel. Min. Victor Nunes Leal, j. 31.01.1962)

[951] LORENCINI, Bruno César. **3. Garantias da magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios. Vedações dos magistrados. Promoções dos magistrados. Remoção, disponibilidade e aposentadoria dos magistrados**, *in* Crises dos Poderes da República: judiciário, legislativo e executivo, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017, item 2.

Como salientado acima, o constituinte derivado, ou o constituinte estadual, quando cria prerrogativa de foro, com competência originária a partir do segundo grau, realiza concretamente a supressão do duplo grau de jurisdição (ordinária), limitando o âmbito de proteção do devido processo legal. Tal intervenção deve possuir justificação constitucional conforme o teste dogmático da proporcionalidade, de matriz prussiana. Caso contrário, será considerada inconstitucional.

O exame da proporcionalidade tem quatro testes: *a*) a licitude do fim; *b*) a licitude do meio; *c*) a adequação e; *d*) a necessidade da medida implementada.

Promover a proteção de determinados agentes em razão de sua função para o julgamento de determinadas causas, é uma finalidade lícita, diante da inexistência de proibição jurídica para tanto. Assim, está atendido o teste da (*a*) licitude do fim.

O meio utilizado para tanto foi a prerrogativa de foro, com o estabelecimento da competência originária para tribunais de segunda instância, ou tribunais superiores (STF e STJ). De igual modo, não há nenhuma vedação legal ou constitucional para o meio empreendido. Com efeito, está atendido o teste da (*b*) licitude do meio.

A adequação visa estabelecer a relação de realização ou fomento entre o meio empregado e o fim almejado. No caso, o estabelecimento da competência originária na segunda instância ou em tribunais superiores tem o potencial de fomentar o fim protetivo buscado, para garantir aos agentes com essa prerrogativa, a garantia de que não existirá qualquer tipo de perseguição ou pressão sobre si. De igual modo, entende-se que o teste da (*c*) adequação também está aprovado.

A necessidade, por sua vez, é um teste comparatístico entre os meios que atinjam ou fomentem o fim perseguido. Na existência de apenas um meio possível, ele deve ser considerado o necessário. Na hipótese, o julgamento de causas deve respeitar o direito fundamental do juiz natural, que será examinado a seguir, razão pela qual não se aceitam juízos de exceção. Deste modo, o agente com prerrogativa deve ter ciência, antes mesmo da prática de conduta considerada ilícita, de qual é o órgão judicante competente para potencial ação contra ele. Assim, quer parecer que não existe outro meio possível para o alcance da finalidade, nos moldes justificados pelo constituinte derivado, ou constituinte estadual. A justificação no caso, inclusive, está vinculada aos motivos ensejadores pelo constituinte originário para a implementação da prerrogativa de foro por função. Alguns podem questionar que os agentes julgados originariamente por tribunais de segunda instância possuirão um arsenal maior de recursos do que àqueles julgados pelo STF. A constatação é verdadeira, contudo, em ambas as circunstâncias, não haverá o duplo grau de jurisdição (ordinária), como ora analisado. Ademais,

a escolha da competência originária e sua relação com o nível hierárquico do cargo do agente que goza da prerrogativa é uma escolha política, que não se encontra no âmbito de alcance do teste da proporcionalidade.[952] Com efeito, também está satisfeito o teste da (*d*) necessidade, em relação aos agentes com prerrogativa de foro.

Pode-se discutir, no plano político, se a solução é a melhor do ponto de vista da proteção dos indivíduos, ou seja, se a prerrogativa perdeu o seu sentido pela sedimentação, embora lenta, de nossas instituições democráticas, que eficazmente controlam os possíveis desvios e arroubos autoritários da primeira instância. Se o risco de revanchismo, perseguição ou vingança, que seriam protegidos pelo foro com prerrogativa de função, perdeu a sua sustentação política, é uma questão que merece a atenção do constituinte derivado. Tal discussão ronda o Congresso Nacional já há algum tempo. Mais recentemente, o Senado Federal aprovou em 2017 a PEC 10/2013, que, basicamente, extingue o foro por prerrogativa de função para ações penais de crimes comuns, salvo para o Presidente e Vice-Presidente da República e os Presidentes da Câmara dos Deputados, Senado Federal e do STF. Encaminhada para a Câmara dos Deputados, ela foi renumerada para a PEC 333/2017 e desde 2018 aguarda pauta em plenário, nada obstante inúmeros requerimentos de parlamentares pedindo a inclusão.

Também é matéria política o exame sobre a implementação da garantia do duplo grau de jurisdição, caso persistam as razões para a prerrogativa, proporcionando a plena revisão das decisões condenatórias da instância de origem. Contudo, ao que parece, isso sequer se encontra no radar das casas do Congresso Nacional.

Retomando à análise dogmática inicialmente proposta sobre a decisão do RHC 79.785 pelo STF. No caso, o exame sobre o duplo grau de jurisdição não tocou a esfera jurídica de agente que gozava da prerrogativa – o juiz de direito, na hipótese –, mas sim de acusada sem foro especial, que apenas foi julgada pelo TJRJ em decorrência da conexão de que trata o art. 78, III, do CPP.

A acusada alegou a violação do duplo grau, a partir da inconvencionalidade do art. 8.2, h, da CADH. A intervenção no direito fundamental do devido processo legal no caso dela, por outro lado, não se configura pela inexistência do duplo grau por conta do foro especial, mas pela aplicação de regra de conexão do art. 76, I, do CPP, seguindo-se, pois, a regra do art. 78,

[952] Nelson Nery Jr. e Rosa Nery fazem provocação interessante sobre tal escolha política do constituinte derivado com relação à prerrogativa de foro no STF: "Quem é julgado com prerrogativa de foro já é respaldado pela garantia máxima do sistema, qual seja, a de ser julgado pela mais alta corte do País." NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada [livro eletrônico]**, 3.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, art. 102, item 39.

III, do CPP, que, concretamente, acarretou a completa alteração do procedimento e das oportunidades recursais vindouras.

A conexão do art. 76, do CPP, em quaisquer das suas hipóteses, nos casos de foro por prerrogativa de função para o acusado que não seja o agente a ser "protegido", merece ser submetida ao teste da proporcionalidade, uma vez que se trata de intervenção no âmbito de proteção do devido processo legal, em decorrência da supressão do duplo grau de jurisdição para este indivíduo.

O fim pretendido pela conexão é evitar o risco de decisões conflitantes ou antagônicas com base em situação jurídica igual ou semelhante, mantendo-se a igualdade da aplicação da norma concreta (igualdade na lei) entre os envolvidos. O fim perseguido, por conseguinte, é lícito.

O meio utilizado é a reunião das causas, nos termos do art. 78, III, do CPP, possibilitando, com isso, o seu julgamento conjunto. De igual modo, o meio é lícito.

O teste da adequação, de igual modo, será confirmado, pois a reunião das causas – meio escolhido – proporcionará o exame pelos mesmos julgadores, o que acarretará, potencialmente, a mesma decisão – fim almejado – para as pessoas que estejam em situações equivalentes.

O problema, contudo, se verifica no teste da necessidade. A decisão de mérito somente ocorre após instrução probatória e análise dos articulados das partes envolvidas. O fim almejado com a conexão poderia ser igualmente alcançado ou fomentado com grande segurança, no caso de separação das ações penais, remetendo-se a ação penal dos acusados sem foro especial para a primeira instância com competência ordinária, nos termos do CPP, suspendendo-se o respectivo procedimento, para aguardar o julgamento da causa com foro especial. Ou ainda, mesmo com a separação, possibilitar a instrução processual em conjunto, em atos concertados entre os diferentes juízos (art. 69, IV, do CPC). Em ambas as situações, a valoração da prova seria realizada por juízes diversos, mas o acesso ao mesmo material probatório tenderia a soluções equivalentes. Ambos os meios acima realizados atingem ou fomentam o fim buscado pela conexão. Mais do que isso, para os acusados sem foro por prerrogativa de função, quaisquer desses meios alternativos garantiriam tanto a igualdade buscada pela conexão, quanto o duplo grau de jurisdição, representando, pois, meio menos gravoso. Isso caracteriza a inconstitucionalidade, pela desproporcionalidade, da reunião de processos por conexão, no caso do foro especial por prerrogativa de função. A Súmula 704 do STF, que estabelece que "Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos

denunciados", não foi examinada a partir desta perspectiva, razão pela qual é cabível sua revisão.

O que se vê na jurisprudência do STF, contudo, é um festival de discricionariedade no exame do desmembramento do processo, aplicando uma interpretação voluntarista ao art. 80, do CPP, quando pelo menos um dos acusados não tenha prerrogativa de foro especial pela função, como se vê no Inq 3.412 ED/AL, de relatoria da Min. Rosa Weber: "A decisão pela manutenção da unidade de processo e de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal ou pelo desmembramento da ação penal está sujeita a questões de conveniência e oportunidade, como permite o art. 80 do Código de Processo Penal."[953]

O art. 80, do CPP, merece interpretação conforme os direitos fundamentais, de forma a não realizar intervenções injustificadas no âmbito de proteção do devido processo legal e do direito fundamental do juiz natural. Desmembramento por "conveniência" do juiz representa um absurdo completo em um Estado Democrático de Direito. É o império da instrumentalização máxima do processo, que serve ao juiz e desserve o indivíduo que está na condição de parte. Somente se justifica o desmembramento por direito da parte e não por ser melhor, mais fácil, menos penoso ou mais eficiente aos olhos da jurisdição.

A solução buscada pelo STF, de separação facultativa no caso de litisconsórcio passivo no foro por prerrogativa, como se viu, não se estabelece a partir do paradigma intervenção-justificação no direito fundamental do acusado, mas atende ao "melhor interesse" do tribunal. Trata-se de artifício estatalista, que submete as partes que originalmente não têm foro por prerrogativa de função à situação de instabilidade e à vontade do relator. Se ele quiser que a parte seja julgada pelo STF, o caso permanecerá submetido ao Tribunal, caso contrário, o

[953] No mesmo sentido, todos os STF: HC 114.689/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2013; Inq 2.828 AgRg/RO, rel. Min. Marco Aurélio, j.02/09/2014; AgRg no Inq. 4.146-DF, rel. Min. Teori Zavascki, j. 22.6.2016; AgRg no Inq. 3.224-SE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07.06.2016; Decisão Monocrática na AP 916-AP, rel. Min. Roberto Barroso, j. 16.04.2015; AgRg no Inq. 3.515-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.02.2014; Inq 2.601-QO, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.10.2011. A doutrina, ainda, aplaude este tipo de decisão, como se representasse um "avanço" jurisprudencial: "No entanto, mudando seu entendimento, o STF passou a permitir que os tribunais definam, *ex post facto*, a conveniência do *simultaneus processus*, baseando sua decisão em um juízo discricionário não definido previamente, nem mesmo em linhas gerais, pela regra legislada. Coloca-se a possibilidade de desmembramento do processo mesmo em causas conexas, entendendo que, por razões de eficiência (para facilitar a coleta de prova e para emprestar ao processo uma tramitação em tempo razoável), e para não prejudicar o acesso à justiça do corréu que não possui o foro por prerrogativa de função (tanto pela celeridade do processo como pela possibilidade do duplo grau de jurisdição), o tribunal poderia repartir a tramitação e separar o processamento, julgando apenas alguns dos acusados e remetendo à primeira instância (ou a outros tribunais, em caso de prerrogativa de foro nestes) o processo e julgamento de outros corréus." CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual [livro eletrônico]: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 3.2.6.

desmembramento ocorrerá. É um tipo de *forum shopping*, realizado pelo próprio julgador.[954] Repita-se, um absurdo.

O ponto será retomado quando da análise do direito fundamental do juiz natural.

Volvendo o à análise do duplo grau de jurisdição. Como já salientado, a doutrina atrelada à visão instrumetalista do processo – e das correntes afins – não tem qualquer apreço pela garantia ora analisada. Há inúmeras tentativas doutrinárias de limitar ou extirpar a garantia em diversos casos. A principal delas, sem a menor dúvida, é a utilização de "filtros econômicos" para limitar a revisão das decisões de primeiro grau de jurisdição,[955] em vista de uma "proporcionalidade de custos" entre o benefício econômico do bem da vida buscado na causa e os custos para o processamento do recurso.

Com o devido respeito, a sugestão beira a absurdez e revela toda a perspectiva estatalista de "combate" a qualquer litigância. A modicidade do benefício econômico não pode ser critério a ensejar a limitação do devido processo legal. Isso, por si, revela ser um meio flagrantemente ilícito, que sequer avança no teste da proporcionalidade.

O duplo grau de jurisdição, por conseguinte, está radicado no direito fundamental do devido processo legal, como liberdade normativa. Sua razão política decorre da necessidade de limitação e controle de todo exercício do poder, em especial daquele que resolve, concretamente, os litígios na constelação triangular, ou seja, da contrastabilidade,[956] tão cara aos ideais republicanos. Seu imperativo jurídico decorre da sua própria positivação pela previsão recursal das decisões de primeiro grau, em especial das sentenças, que encerram

---

[954] Em sentido semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal [livro eletrônico]**, 1.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, item 3.10.4.

[955] "Pode ser diferente. Nada obsta que o legislador reserve o direito ao duplo grau de jurisdição a determinadas causas mais vultosas e complexas, que justifiquem o custo inerente à tramitação dos recursos nas Cortes de Justiça, criando um filtro recursal de relevância na apelação semelhante ao da *Berufung* alemã. Nada obsta igualmente que o legislador limite a área de recorribilidade de determinadas questões, tornando os juízes e juízas últimos intérpretes de determinadas questões – como aquelas relativas à valoração da prova, como ocorre com o *appeal* americano. São ideias. A solução do duplo grau é um meio-termo, que oferece uma solução de compromisso diante da inevitável falibilidade humana e da tempestividade da tutela. É uma boa solução. Talvez seja o caso de pensar igualmente na proporcionalidade dos custos, pelo menos para alguns casos de menor expressão econômica, como o Sérgio vem lembrando." MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil [livro eletrônico]**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 6.1.1. No mesmo sentido: ROQUE, André Vasconcelos, *et al*. **Apelação, filtros e causas módicas: toda causa deve ser decidida duas vezes?**, Migalhas, disponível em <https://bit.ly/3ALOZaS>, acesso realizado em 14/10/2021.

[956] "Pudera: o vínculo jurisdição-processo é um vínculo *poder-contrapoder*. Onde há um poder do Estado [+], ali há de haver as respectivas garantias contraestatais [-], que o limitam. Decididamente, não pode haver poder incontrastável.'" COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, pp. 312. No mesmo sentido, embora tratando sobre a flexibilização processual: SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 125-127. ROSSI, Júlio César. **Neoconstitucionalismo: do protagonismo judicial ao cataclismo da separação de poderes**, *in* Direito, processo e garantia: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos, Londrina : Editora Thoth, p. 208-209.

oportunidades procedimentais cujas supressões ou alterações pelo legislador dependem da justificação constitucional, em decorrência do ônus distributivo. A razão para isso é a necessidade de controle repressivo dos atos judiciais,[957] momento no qual se colocam em prova a fundamentação e a *accountability* decorrentes dos deveres judiciais.[958]

É neste sentido que Nelson Nery Jr., na esteira de Roger Perrot,[959] fala em duplo grau como "*garantia de boa justiça*", como forma de impedir os impulsos despóticos e autoritários do juiz sabedor de que sobre as suas decisões não haverá qualquer controle.[960] Obviamente, o termo "boa justiça", utilizado por Nery Jr., não tem qualquer conotação com a "justiça" buscada pelos neoconstitucionalistas, que a utilizam para correção do direito posto por valores pinçados pelo juiz. A "boa justiça" significa a garantia de correção do julgado, do acerto da decisão, da eliminação do autoritarismo-subjetivista do julgador.

O duplo grau de jurisdição funda uma das garantias do devido processo legal na construção ora realizada.

3.2.4. Modelo complexo de liberdade aplicado ao direito fundamental do devido processo legal

A investigação do âmbito de proteção do devido processo legal necessita também do desenvolvimento das liberdades garantidas a partir do modelo complexo de liberdade proposto por Ralf Poscher (item 2.3.2, *supra*).

A proposta busca se afastar da construção original da teoria dos *status* apresentada por Jellinek, na qual o direito de *status negativus* sempre impunha ao Estado a proibição de intervenção no objeto de liberdade. A proposta de Jellinek serviu de base para refrear os abusos autoritários do poder monárquico absolutista do século XIX. Foi uma "saída" encontrada pela burguesia, para sustentar sua importância política. Na teoria dos *status*, a eficácia dos direitos fundamentais era destinada ao Poder do Rei, excluindo a vinculação do parlamento, formado pela burguesia, pois verdadeiros "representantes" do povo.

---

[957] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, p. 150.
[958] CARVALHO FILHO, Antonio. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Falta de fundamentação como "estado de exceção": uma visão a partir da deficiência endoprocessual e do ativismo judicial**, *in* Processo e Liberdade: estudo em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa, Londrina : Thoth, 2019, pp. 136-139.
[959] PERROT, Roger. **Le principe du doble degré de juridiction et son évolution em droit judiciaire privé français**, *in* Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, v. III, Milão : A. Giuffre, 1979, pp. 1971-1972.
[960] NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**, 6.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

Ainda hoje se vê muita confusão sobre a noção da liberdade negativa no tratamento de direitos fundamentais.[961] Ao assumir que não existem direitos fundamentais absolutos, imunes à investida do poder estatal, a doutrina passa a transitar no terreno escorregadio da ponderação de princípio e do sopesamento de valores, subjetivamente acessados e analisados.

Sustentar a existência de um direito de liberdade negativa imune à intervenção estatal desafia a própria realidade, pois existem inúmeras restrições impostas diariamente aos direitos fundamentais de liberdade.[962]

Os direitos fundamentais admitem intervenções estatais,[963] pois é possível que sofram limitações, previstas ou não em reserva legal, tanto na regulação abstrata – normalmente realizada pelo legislativo –, quanto na regulação concreta do executivo e do judiciário.

No modelo complexo de liberdade de Poscher, ora utilizado como marco teórico, a liberdade negativa abandona sua posição estática de proibição de intervenção e assume uma

---

[961] O tema sobre o conceito da liberdade negativa realmente é polêmico. A filosofia da liberdade, até o momento, não tem acordo sobre ele. Normalmente, contudo, ela é analisada em contraste com a liberdade positiva.
A jusfilosofia produzida em língua inglesa é importante para a compreensão dos contornos da liberdade negativa. As expressões *freedom* e *liberty*, ambas traduzidas como liberdade para o português, apresentam certo relevo na compreensão do problema. Grande parte dos autores as tratam como sinônimos. A exceção, porém, é Hannah Arendt, filósofa alemã, radicada nos Estados Unidos durante o período da Segunda Guerra. No clássico *On Revolution* (Da Revolução), ela propõe a diferença entre *freedom* e *liberty* como um conceito de teoria política. De forma bastante resumida, *liberty* implica uma noção de liberação (*liberation*), como ausência de restrição e poder de locomoção, isso corresponde a uma perspectiva negativa de poder; *freedom*, por outro lado, corresponderia ao estado político-social de liberdades de escolhas garantidas para as pessoas. Assim, o conceito de *freedom* pressupõe a existência de uma sociedade e de relacionamento entre pessoas para existir. Corresponde, portanto, ao direito de participação nos assuntos públicos ou a admissão nos domínios públicos. Segundo Arendt, sua noção é essencialmente política. Nessa concepção, a autora sustenta que a *liberty* é a condição para o exercício da *freedom*. (ARENDT, Hannah. **On revolution**, London : Penguim Books, 1990, pp. 28-35.) Nada obstante a importância dos conceitos acima expostos, nomeadamente para a compreensão do pensamento da ciência política moderna, é importante compreender que a liberdade negativa não tem mais a mesma conotação tratada por Arendt e Jellinek.

[962] Um bom exemplo é o exame das limitações decorrentes da pandemia da Covid-19, nem todas com justificação constitucional, diga-se.

[963] Os conceitos das liberdades negativa e positiva no presente trabalho diferem do tratamento dado pelo mesmo tema por Eduardo Costa. O autor analisa o processo a partir de uma perspectiva dicotômica entre liberdade positiva, ou simplesmente liberdade (*freedom*), e de liberdade negativa, ou "liberdade", (com o sinal diacrítico, correspondente a *liberty*). Importante assentar que a construção em referência traz significados distintos para as expressões *freedom* e *liberty*, com relação ao tratamento dado pela tradicional filosofia da liberdade. Em resumo, Eduardo Costa qualifica por *freedom* a liberdade correspondente às noções de iniciativa, espontaneidade, autonomia, autodeterminação e participação, por isso, a qualifica como uma liberdade positiva (-ativa). Já *liberty* é tratada como ausência de restrição, ausência de interferência, imunidade ao abuso de poder, proteção contra o abuso de poder, razão pela qual exprime uma liberdade negativa (-passiva). Tais compreensões de liberdades positiva e negativa estão em dissonância com os conceitos normalmente utilizados pela dogmática dos direitos fundamentais, inclusive porque as liberdades positivas qualificadas como *freedom* por Costa são chamadas de liberdades negativas pela doutrina dos direitos fundamentais. Nada obstante a divergência, grande parte da produção pode ser ajustada para dialogar com as propostas ora apresentadas. Bastam alguns ajustes de sentido e de compreensão, para que as ideias se alinhem. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, pp. 138-140).

função dinâmica de controle da intervenção estatal sobre o âmbito de proteção do direito fundamental.[964]

Deste modo, a liberdade negativa do direito fundamental do processo impõe que toda e qualquer intervenção no seu âmbito de proteção tenha justificação constitucional, em decorrência do ônus distributivo. O abuso de poder, por conseguinte, se verifica na ausência de justificação constitucional interventiva e não pela intervenção em si.

Com efeito, não é toda limitação que está proibida no Estado Democrático de Direito, apenas as limitações abusivas e injustificadas, que estão impedidas pela liberdade negativa. Sempre que o titular do direito fundamental entender que sofreu uma intervenção injustificada em seu direito fundamental, terá a pretensão de resistir, pelos meios jurídicos previstos, à investida estatal.

Assim, a liberdade negativa, na composição do âmbito de proteção do devido processo legal, encerra o dever geral de abstenção do Estado em realizar intervenções injustificadas.

A liberdade positiva, por sua vez, está relacionada ao conteúdo do âmbito de proteção do direito fundamental. Ela corresponde às escolhas que o titular do direito fundamental tem à sua disposição.

A liberdade positiva se realiza na sociabilidade, por isso o seu conteúdo teórico-político é de uma liberdade restringida a comportamentos ético-morais. A questão atinente ao conteúdo moral da liberdade apenas autoriza a resposta pelo processo político-legislativo, não se admitindo sua alteração, substituição ou correção pela interpretação jurídica, inclusive em decorrência da reserva de lei, um limite dos limites constitucionalmente previsto. Quem se imiscui nas escolhas morais do legislador atua em flagrante ativismo.

Não há qualquer impedimento para que a doutrina questione as opções morais previstas na lei e pretenda a sua alteração, desde que faça o alerta de que está tratando de política processual de *lege ferenda*. O que não se admite, mas, infelizmente, é muito comum, é a proposição de interpretação de *lege lata*, sobre questões que o enunciado normativo não comporta tal leitura.

A aquisição dogmática da liberdade positiva é que as condutas vedadas ao indivíduo decorrem da lei conformadora do devido processo legal, ou seja, estão estampadas claramente no procedimento legalmente instituído. De resto, tudo é permitido.

---

[964] Neste mesmo sentido: DIMOULIS, Dimitri. **Igualiberdade: notas sobre a crítica dos direitos humanos**, *in Ius Gentium*, vol. 7, n. 1, jan./jun. 2016, pp. 30-31.

Em sua dimensão subjetiva, ainda, a liberdade positiva garante o exercício das escolhas estratégicas da parte em Juízo, possibilitando-lhe eleger aquilo que irá alegar, resistir, provar, recorrer etc.

Cada vez mais, a doutrina alinhada com o instrumentalismo processual enxerga com maus olhos o exercício da liberdade positiva estratégica do indivíduo, o que apenas revela o seu interesse na dominação da parte pela jurisdição.

A estratégia processual é, portanto, comportamento protegido pelo âmbito de proteção do devido processo legal e devidamente delineado pelas leis de regência do procedimento instituído. *Grosso modo*, o agir estratégico corresponde a todas as condutas processuais não vedadas ao indivíduo. Luhmann já enxergava essa faceta, ao asseverar que "os participantes reagem com uma escolha de comportamento, não por ação de alavancas pré-estabelecidas, mas antes pela informação sobre as capacidades de seleção dos outros; isto é, reagem não apenas às possibilidades escolhidas, como também às possibilidades eliminadas por esse meio, que se mantêm no horizonte da existência do procedimento como uma possibilidade negada."[965]

Obviamente que a estratégia não se confunde com atos de má-fé processual, tais como a dedução de pretensão contra norma jurídica ou fato incontroverso, alteração da verdade, busca de objetivo ilícito, oposição de resistência injustificada, temerária, infundada ou meramente protelatória. Tais condutas são vedadas pelo ordenamento jurídico (art. 80, do CPC) e, por conseguinte, não são salvaguardadas pelo âmbito de proteção do devido processo legal.[966] Pelo contrário, estes comportamentos estão excluídos do agir estratégico lícito da parte, razão pela qual são tratadas como ilícitos processuais.

A liberdade positiva revela uma perspectiva muito relevante no âmbito de proteção do devido processo legal, que é a diminuição da complexidade social, com a limitação das condutas e comportamentos aceitos pelos litigantes. Tal papel é fundamental para afastar discussões prévias sobre o sentido e a finalidade de determinadas posições jurídicas.[967]

Ainda, é possível o desenvolvimento de uma noção de liberdade real para o âmbito de proteção do devido processo legal.

Como se viu no desenvolvimento teórico do modelo complexo de liberdade, a liberdade real não possui peculiaridade especial sobre o objeto da liberdade, mas sobre os

---

[965] LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1980, pp. 38 e 39.

[966] Atente-se que a aplicação da litigância de má-fé por decisão judicial submete-se, de igual modo, ao regime jurídico de controle da intervenção no âmbito de proteção do devido processo legal, ou direito fundamental especial do processo, devendo o julgador se desincumbir do seu ônus distributivo de justificação constitucional.

[967] LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 40.

comportamentos que podem criar obstáculos à liberdade em si. Com efeito, não apenas as ações estatais são vistas como obstáculos, mas também o comportamento de outros indivíduos e os obstáculos econômicos e sociais.

As violações particulares ao âmbito de proteção do devido processo legal ou de outro direito fundamental especial do processo devem ser examinadas de forma concreta, como maneira de proporcionar o exame específico do efeito horizontal indireto (mediato). A análise puramente abstrata, como realizada a doutrina hiperpublicista, é responsável pela subversão da função de resistência do direito fundamental e pela instituição de um estado geral de dever de tutela impróprio, no qual o juiz toma para si o direito fundamental, em uma dimensão objetiva, e passa a regular qualquer relação entre particulares, a partir do primeiro nível de regulamentação, pretendendo corrigir o direito posto, sob a retórica da proteção estatal, passando, inclusive, a romper com os seus próprios limites estabelecidos no procedimento posto.

A violação do objeto da liberdade real do devido processo legal somente é possível a partir de uma análise reflexiva de eficácia horizontal indireta do respectivo direito fundamental. A questão que deve ser respondida é se a conduta do particular ofende o âmbito de proteção do devido processo legal, impedindo ou restringindo a mediação protetiva do direito fundamental na relação com o Poder Estatal. Em outras palavras, a interferência no âmbito de proteção do respectivo direito fundamental apenas se verifica com o agir omissivo do julgador, que deixa de dar concretude ao direito fundamental do processo, no caso concreto.

Os obstáculos à liberdade real por deficiência econômica e social são questões mais simples de serem investigadas, pois elas estão relacionadas a déficits do próprio indivíduo, impedindo-o de realizar com toda a potência possível as estratégias processuais garantidas pela liberdade positiva.

Em regra, elas estão relacionadas à relação entre o processo e o direito fundamental de igualdade, que será objeto de análise um pouco mais à frente. Há, portanto, uma relação de equivalência entre liberdade real e igualdade real.[968]

Diante da necessidade de mediação legislativa na concretização do devido processo legal, é possível identificar dispositivos legais tendentes a salvaguardar a liberdade real do indivíduo no processo. A intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, em especial nas causas em que haja interesse de incapaz e nos litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, tem a finalidade específica de equilibrar o debate processual. A inversão do

[968] DIMOULIS, Dimitri. **Igualiberdade: notas sobre a crítica dos direitos humanos**, *in Ius Gentium*, vol. 7, n. 1, jan./jun. 2016, p. 32.

ônus de prova em favor do consumidor, diante de sua hipossuficiência técnica em relação ao fornecedor (art. 6º, VIII, do CDC), representa outra concretização da liberdade real, com o mesmo objetivo.

É indispensável compreender que a liberdade real, enquanto não concretizada por lei, representa uma reivindicação política em relação ao primeiro nível de regulação. Com efeito, no plano dogmático, não se permite ao juiz o acesso às opções políticas do legislador para a concretização episódica de determinada liberdade real.

Em tese, é possível a demonstração de determinada intervenção no âmbito de proteção do devido processo legal por ação ou omissão legislativa, com base na liberdade real, ou mais especificamente, na relação com o direito fundamental de igualdade. No entanto, é defeso ao juiz, a partir desta declaração, atuar para a prescrição de deveres, ônus, oportunidades ou mesmo procedimentos não previstos em lei.

Do ponto de vista da dimensão objetiva, ou seja, a partir da perspectiva estatal, o direito fundamental do processo representa um requisito objetivo para a intervenção estatal sobre os direitos dos indivíduos. Infelizmente, grande parte do exame doutrinário do processo passou apenas por esta via, com vistas ao aumento do poder estatal em detrimento das liberdades respectivas.

Assim, o devido processo legal representa uma forma de "reserva de poder", sem o qual o exercício do poder estatal se torna arbitrário e abusivo. Nesta perspectiva, o devido processo legal se relaciona com outros direitos fundamentais e direitos materiais em geral, como uma espécie de limite dos limites, pois qualquer restrição à liberdade e aos bens somente se admite desde que ele seja materialmente observado.

3.3. Direitos fundamentais especiais do processo

Além do devido processo legal, que serve como direito fundamental geral do processo, como se viu, existem vários direitos fundamentais especiais processuais, que estabelecem objetos de liberdade específicos aos indivíduos.

A exposição abaixo tem por objetivo a apresentação sucinta dos principais direitos fundamentais especiais do processo, como forma de garantir ao leitor a visão holística sobre a unidade normativa do processo como direito fundamental.

Para tanto, serão examinados os âmbitos de proteção dos seguintes direitos fundamentais: contraditório (art. 5º, LV, da CF), juiz natural (art. 5º, LIII, da CF), vedação de provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CF), publicidade (art. 5º LX, da CF), pressuposição de inocência

(art. 5º, LVII, da CF), assistência por advogado (art. 133, da CF), limitação à prisão (art. 5º, LXI a LXVI, da CF), vedação da prisão civil (art. 5º, LXVII, da CF), coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF) e duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).

3.3.1. Âmbito de proteção do contraditório (art. 5º, LV, da CF)

O art. 5º, LV, da CF, estabelece o direito ao contraditório[969] nos seguintes termos: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente."

Trata-se, também, de um direito fundamental que encerra uma liberdade normativa, que necessita de regras infraconstitucionais para determinar os seus contornos.

Os contornos clássicos do âmbito de proteção do contraditório estão delimitados pelos conceitos de informação e reação. Ou seja, qualquer indivíduo que tenha uma pretensão dirigida contra si, mediada pelo Poder Judiciário ou pela Administração Pública, tem o direito de ser formal e materialmente informado sobre as respectivas alegações (informação) e o direito respectivo de respondê-las.[970] Isso ficou conhecido como dimensão formal ou estática do contraditório, consagrada nos arts. 7º, 9º, 238, 269, 321 e 335, dentre outros, do CPC.[971]

Como qualquer outro direito fundamental do processo, o contraditório é também um direito relacional,[972] pois realiza a mediação entre o Estado e os indivíduos na constelação triangular (ou multipolar). Sua função primordial é garantir a bilateralidade de audiência, exigência constitucional pela congruência com o direito fundamental de igualdade formal (igualdade de tratamento).

---

[969] Tratar-se-á contraditório e ampla defesa como sinônimos. Para aprofundamento: SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 54-61.

[970] *Cf.* NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 245. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, tomo I, 3.ed., São Paulo : Malheiros, 2000, p. 127. ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 415-416. SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 62-63.

[971] SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 62-63.

[972] Em sentido semelhante, utilizando os elementos da situação jurídica relacional de Torquato Castro: "Ora, o contraditório é previsto como eficácia jurídica de incidência do suporte fático do aludido enunciado normativo. Basta, portanto, ser litigante, em processo judicial ou administrativo (*incidência do suporte fático*), para que o contraditório seja assegurado (*eficácia jurídica*). É o contraditório uma *situação jurídica relacional*, a envolver, de um lado, o Estado-Juiz, a quem cumpre o *dever* de assegurar aos litigantes o contraditório, e, de outro, os litigantes (demandante e demandado), que *detêm* o direito de exercer o contraditório." (DELFINO, Lúcio. ROSSI, Fernando F. **Juiz contraditor?**, *in* Diálogos de Teoria do Direito e Processo, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, p. 379) Ver também: SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 111-127.

Não basta, contudo, simplesmente garantir a informação e a reação. O debate estabelecido pela dinâmica do contraditório pelas partes ocorre pelo direito de participação nos destinos decisórios da causa. Levando em consideração que a jurisdição tem por função preponderante o estabelecimento sobre a norma jurídica concreta de determinada constelação triangular (ou multipolar), é decorrência do contraditório, por conseguinte, que as partes atuem na condição de "articuladores-construtores"[973] da decisão, de forma a assegurar que a participação no procedimento ocorra de modo concreto e efetivo.

Elio Fazzalari foi um dos primeiros a iluminar esta função protetiva do contraditório decorrente da participação. Ele ensina que o processo se caracteriza quando uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato (no caso a decisão) é contemplada pela participação não apenas do seu autor (juiz), mas dos destinatários (partes) dos seus efeitos, sempre em contraditório, para que o autor do ato (juiz) deva levar em consideração, mesmo que não acolha as alegações na decisão, porém não poderá ignorá-las.[974]

O que se garante, por conseguinte, é o direito à influência. Como demonstra Crevelin:

> "influenciar é diferente de convencer. Influi aquilo que é levado em consideração na tomada de decisão. Convence aquilo que conforma a tomada da decisão. Tudo que convence influi, mas nem tudo que influi convence. Influência envolve falar, ser ouvido e respondido; convencimento exige persuasão pela qualidade dos argumentos no contexto. Como o contraditório deve ser assegurado a ambas as partes e não é possível que todas vençam, ele só pode garantir influência, nunca convencimento."[975]

Isso revela como contraditório representa a fundação da participação democrática das partes na influência da produção decisória pelo juiz.[976] O âmbito de proteção do contraditório

---

[973] A expressão foi tomada de empréstimo de Rosemiro Pereira Leal. Adverte-se, no entanto, que ela não é aplicada no sentido correspondente ao do autor. Ele entende que a jurisdição não corresponde a um exercício do Poder Estatal (o que chama de judicação). Ela é, antes disso, a expressão sobre aquilo que é o conteúdo da lei na operação hermenêutica e que é realizada não apenas pelo juiz, mas também pela parte: "A jurisdição não é a atividade jurídico-resolutiva e pessoal do juiz ou dos agentes do Estado, mas o próprio conteúdo da lei conduzido por aqueles agentes indicados na lei democrática. Tanto a parte como o juiz exercem, nos procedimentos, jurisdição, guardadas as características de suas atuações legais de articulador-construtor (parte) e aplicador-julgador (juiz), sendo que ambos são figurantes da estrutura procedimental que é o espaço democrático sempre aberto (direito de petição) da instalação estrutural do contraditório, isonomia e ampla defesa como direitos constitucionalmente fundados em nome do *processo* institucional de discussão, afirmação e produção jurídica permanente." (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, 13.ed., Belo Horizonte : Forum, 2016, pp. 100-101) Para os fins do presente trabalho, as partes não desenvolvem jurisdição, nada obstante as suas postulações, garantidas pelo contraditório, apresentem as respectivas interpretações sobre a norma do caso concreto, o que deverá ser levado em consideração pelo juiz, não pela concorrência da "jurisdição", no sentido apresentado por Leal, mas pelo dever correspondente ao direito do contraditório.

[974] FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**, Ottava Edizione, Padova : CEDAM, 1996, p. 83.

[975] SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 74.

[976] Neste sentido: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, 13.ed., Belo Horizonte : Forum, 2016, pp. 162-163. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e estado democrático**

também protege, por conseguinte, o direito das partes em influenciar o juiz (ou o decisor administrativo), na decisão que lhe cabe.

A forma de controlar a influência do contraditório está no exame da própria fundamentação decisória. Em outras palavras, a fundamentação deve navegar pelos mesmos caminhos percorridos pelas partes nas suas postulações e nas provas por elas produzidas. Decisão que desconsidera as alegações das partes é flagrantemente inconstitucional, por violação do âmbito de proteção do contraditório. Mais do que isso, ela sequer pode ser considerada uma decisão jurisdicional em si, mas apenas ato de força, já que perde o seu elemento legitimador interno.[977]

Contudo, no Brasil, formou-se entendimento jurisprudencial no sentido de que o juiz não estava obrigado a deliberar sobre todos os argumentos apresentados pelas partes,[978] sendo plenamente possível ao julgador a "livre escolha" dos fundamentos que justificam a decisão, independentemente da repercussão dos demais, já que o judiciário não representa "órgão consultivo."[979] Contra isso, o CPC/2015 prescreveu regra explícita do dever de consideração, nos termos do art. 489, § 1º, IV, do CPC. A regra estabelece a "necessidade de concretizar a congruência entre a decisão e a atividade das partes. Realiza de forma enfática o contrário, pois proíbe que o Magistrado faça tábula rasa dos argumentos lançados pelas partes. Efetiva, assim, o papel da parte como agente apto a interferir na produção judicial do direito, fato visto por Hans Kelsen como função primordial do advogado, que, ao propor norma, exerce função política no processo."[980]

É na fundamentação que o juiz realiza a prestação de contas de seu exame no caso concreto (*accountability*),[981] mediante critérios racionais e previamente estabelecidos, que

---

de direito. 2. ed. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2012, pp. 137-139. SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 70.

977 Neste mesmo sentido: LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, Belo Horizonte : Mandamentos, 2002, p. 105.

978 STJ AgRg no Ag 1424360/MG. AgRg-Ag 1.189.895/RJ; AgRg-REsp 913.663/RJ. No STF: AI no AgR-ED 681.331/SP; SS 4836.

979 Crítica à postura dos tribunais: LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**, Salvador : Editora JusPodivm, 2015, pp. 208-211. SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 83-84.

980 SILVA, Beclaute Oliveira. **Contornos da fundamentação no Novo CPC**, *in* Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias, Salvador : Editora JusPodivm, 2015, p. 368.

981 ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro [livro eletrônico]**, 5.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, capítulo 2, Conclusões Principais, nota 22. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 213.

serve como parâmetro para controle da efetiva consideração do debate realizado em contraditório pelas partes.

Ainda, o contraditório encerra ao julgador o dever de consulta,[982] sempre que possa conhecer de ofício sobre determinado fato, fundamento jurídico ou legal, sem que as partes tenham anteriormente se manifestado. Atualmente, ele está previsto no art. 10, do CPC, que concretiza o direito à vedação da surpresa para a parte.

A vedação da decisão surpresa revela que o contraditório, em regra, deve ser realizado previamente à decisão. Com efeito, qualquer decisão que altere esta dinâmica é uma intervenção ao âmbito de proteção e exige a respectiva justificação constitucional. Assim, as possibilidades de tutela antecipada ou tutela de evidência *inaudita altera parte*, de prisão sem prévia defesa do imputado, como quaisquer outras hipóteses de postecipação do contraditório, devem encontrar sua justificação para não caracterizar a respectiva inconstitucionalidade.[983]

O direito de influência e o direito à não-surpresa encerram a dimensão dinâmica do contraditório, hoje previstos expressamente no CPC brasileiro.

Com isso, é possível dizer que o direito fundamental do contraditório possibilita à parte o poder de reagir à pretensão que lhe é movida, bem como resistir contra a defesa que lhe é dirigida, realizando um movimento em espiral entre autor e réu, em todas as oportunidades do procedimento.

Mais do que isso, o contraditório garante às partes o poder de produzir todas as provas que sejam admitidas em direito para corroborar as suas alegações fáticas que tenham sido resistidas pela outra parte, mesmo que aos olhos do juiz elas pareçam imprestáveis. Os únicos limites do direito de produzir prova são a ilicitude da própria prova (art. 5º, LVI, da CF) ou do meio probatório buscado e, ainda, a impertinência da prova pela falta de correlação com o fato controverso.

A decisão de saneamento e organização do processo concretiza uma das formas de vedação da decisão surpresa com relação à instrução probatória. O art. 357, do CPC, prescreveu os deveres de organização do procedimento para a vindoura fase instrutória, estabelecendo ao julgador a necessidade de especificação dos fatos controvertidos pelas partes (inciso II, primeira parte), sobre os quais a atividade probatória será realizada. É por esta razão que deve o juiz

---

[982] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, 1.ed., 4.reimpr., Curitiba : Juruá, 2012, pp. 231-232

[983] Embora não encare o fenômeno especificamente como intervenção, mas chegando a resultado equivalente, tendo em vista que os parâmetros dogmáticos são semelhantes aos desenvolvidos neste trabalho: SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 84-97.

distribuir o ônus de prova (inciso III) para cada fato controvertido, bem como deliberar acerca dos meios de prova (inciso II, segunda parte) requeridos pelas partes, deferindo os que possuem relação com os fatos e indeferindo apenas os irrelevantes e os ilícitos, como estabelecido acima.

Sem a definição da tríade (*i*) fatos controvertidos, (*ii*) ônus de prova e (*iii*) meios de prova, as partes não têm condições de exercer materialmente os direitos decorrentes do contraditório, representando a omissão grave intervenção no seu âmbito de proteção.

Em recente estudo, Diego Crevelin apresentou novos elementos funcionais para o contraditório, que se afastam completamente da doutrina da cooperação processual, que inclusive é alvo de pesadíssimas críticas pelo autor, até o momento não respondidas.[984]

O contraditório deve servir de parâmetro constitucional de divisão funcional entre o juiz e as partes no processo.

É conhecido o conceito da dimensão objetivo-funcional da imparcialidade, que proíbe o juiz de ser parte, adotar comportamento ou função de parte,[985] chamada de impartialidade. O direito a um juiz impartial decorre do próprio contraditório como elemento distintivo das funções entre julgador e contraditor (parte).[986]

As implicações são enormes para a regulação relacional no processo, pois o contraditório passa a ser o parâmetro de constitucionalidade para as funções do próprio juiz. Como ensina Crevelin: "Dizer que ninguém pode ser, simultaneamente, acusador, defensor e julgador não significa apenas que deve haver órgãos distintos para o exercício das funções de acusar, defender e julgar, mas que eles têm funções próprias e distintas entre si. Cada órgão deve assumir suas funções e limitar-se a elas, sem pretender exercer também as dos outros, mesmo parcialmente. Juiz impartial é aquele que é distinto do autor e do réu e que não exerce funções de parte."[987]

A impartialidade, por conseguinte, decorre da dimensão objetiva do contraditório de imposição do juiz de não tomar parte (im-parte) no debate processual. Com isso, ela passa a integrar o conteúdo do âmbito de proteção do próprio contraditório e a estabelecer inúmeras competências negativas ao Poder Judiciário.

---

[984] Para o exame das críticas de Crevelin: SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 345-385.
[985] MONTERO AROCA, Juan. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales: El sentido de las reglas de que *quie instruye no pueda luego juzgar* y de que *quien há resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso***, Valencia : Tirant lo blanch, 1999, p. 185-186.
[986] SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 133-136. DELFINO, Lúcio. ROSSI, Fernando F. **Juiz contraditor?**, *in* Diálogos de Teoria do Direito e Processo, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, pp. 371-381.
[987] SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 134.

Com efeito, todo comportamento de parte do julgador é uma intervenção no âmbito de proteção do contraditório, que precisa ter justificação constitucional.

3.3.2. Âmbito de proteção do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF)

Aquilo que ficou conhecido como o direito fundamental do juiz natural está previsto na CF no art. 5º, LIII, com a seguinte redação: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente."

Trata-se de um direito fundamental que também prevê uma liberdade normativa, ao estabelecer a garantia de que os indivíduos serão julgados pela autoridade com competência para conhecer da pretensão, segundo as regras jurídicas estabelecidas antes do fato objeto da causa. Os alemães chamam o direito fundamental em questão de "*gesetzlicher Richter*", que, em tradução livre, significa "juiz legal". O direito é complementado pela vedação de juízos e tribunais de exceção, que se caracterizam por sua organização para o julgamento específico de determinada pessoa ou de determinado ato.

Assim, no processo perante a jurisdição, é indispensável que existam regras legais gerais e abstratas de definição da competência dos juízes e tribunais, instituídas antes do fato ou pretensão a ser julgada. Com isso, está autorizada constitucionalmente a instituição de juízos com competências especiais, desde que previstos de forma antecedente (*ex ante facto*), através de lei geral e abstrata.[988]

As regras constitucionais e legais de competência dão concretude ao direito fundamental em questão.

O legislador, em vista ao direito geral de liberdade e da garantia de autonomia da vontade das partes, estabeleceu no CPC regra que permite às partes a eleição do foro competente nas causas submetidas ao regime da competência relativa (art. 63, do CPC). Trata-se de uma convenção processual típica, ao menos bilateral (art. 63, § 1º, do CPC), que permite às partes a indicação do foro competente. Não se trata, por conseguinte, de indicação do juiz ou do juízo que conhecerá da causa, mas sim da repartição territorial, segundo a organização judiciária estatal, que poderá processar a ação. Neste caso, as partes derrogam no regime jurídico específico do caso as regras legais de definição da competência relativa[989] e fixam, por

[988] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição brasileira**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 162-163.
[989] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição brasileira**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 164.

convenção, o foro especial definido por elas mesmas. Como se disse, a regra não permite a supressão da distribuição por sorteio nos foros em que houver mais de um juízo competente, representando, portanto, uma limitação para o exercício da liberdade de autonomia da vontade.

Outro ponto sensível ao direito do juiz natural diz respeito ao foro por prerrogativa de função. O foro especial, em si, não representa qualquer violação ao direito fundamental, como salientado acima. As intervenções ocorrem, contudo, nas alterações das regras instituidoras do próprio foro, especificamente com relação ao agente que dele goza.

Recentemente, o STF, na QOAP 937-RJ, de relatoria do Min. Roberto Barroso, julgada em 03/05/2018, promoveu virada jurisprudencial sobre o foro por prerrogativa de função dos parlamentares federais, para limitá-lo aos crimes praticados no cargo ou em razão dele, sob o argumento de que "a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa". Anteriormente, o entendimento pacífico do Tribunal era de que, como consta no texto do art. 102, I, b, da CF, a competência do STF seria para quaisquer ações penais por crimes comuns praticadas pelos parlamentares.

Como já reiterado inúmeras vezes, a análise jurídica não pode interferir nas opções políticas, principalmente naquelas realizadas pelo constituinte originário. A dogmática jurídica utiliza-se da contenção e de sua própria impossibilidade de "perfeição" ao assumir, de início, que nem toda solução jurídico-normativa será ótima, perfeita ou racional. Com efeito, não se pode realizar o redimensionamento ou a alteração do foro por prerrogativa de função por interpretação de *constitutione lata*, como realizou o STF.

O Tribunal, por mera interpretação judicial, realizou a alteração do próprio texto da constituição, ao incluir elemento semântico não previsto no enunciado, qual seja, a exigência de que supostos fatos típicos tenham sido praticados no cargo ou em razão dele.

Os únicos dois requisitos constantes da regra competencial do art. 102, I, b, da CF, são (*a*) "infrações penais comuns" e a (*b*) condição funcional de membro do Congresso Nacional. O significado de "infração penal comum" é dado pela previsão dos tipos penais "comuns", constantes na legislação ordinária. Não há na CF qualquer condicionamento para que o suposto crime tenha sido praticado no exercício da função, ou em razão dela. Trata-se de claro ativismo judicial, que empreende interpretação inconstitucional sobre o ponto.

Mais do que isso, os fundamentos utilizados pelo julgado são flagrantemente políticos e morais ao reivindicar a "realização adequada dos princípios constitucionais estruturantes da

igualdade e da república"; o "impedimento de condenação criminal de parlamentares", em razão do grande número de ações penais e; a "falta de efetividade mínima do sistema penal". Chama a atenção o abuso interpretativo ao questionar a própria constitucionalidade de opções políticas do constituinte originário, a demonstrar que o descontrole jurisdicional provocado pelos impulsos "iluministas" do neoconstitucionalismo não encontra quaisquer limites, senão no seu próprio "truísmo".

A interpretação revela flagrante intervenção no âmbito de proteção do juiz natural, que sequer necessita da análise da proporcionalidade, pois encontra limite na reserva do constituinte, haja vista que a mudança para a inclusão da pretensa limitação ao foro especial é matéria de competência exclusiva do constituinte derivado, que inclusive está em tramitação pela PEC 333/2017, atualmente na Câmara dos Deputados.

A sanha de ressiginifcação da competência e do âmbito normativo do juiz natural não é apenas do STF. A doutrina é responsável por vários desses abusos. Uma tentativa flagrante de prescrição de um "novo" significado do direito fundamental foi apresentado por Antonio do Passo Cabral, pelo qual propôs um "um sistema de competências que consiga conciliar garantia e eficiência; um sistema que incorpore as preocupações contemporâneas com gestão sem abandonar a proteção decorrente do juiz natural." O "avanço" proposto é de superação da "exigência de lei em sentido formal, admitindo que regras de competência sejam estabelecidas em *norma administrativa* ou *convencional*. Por outro lado, em vez de pré-constituição e anterioridade da norma, utilizaremos o referencial da *previsibilidade* da competência ou de sua alteração. Nesse ponto, quando não for possível uma definição apriorística, a *participação* dos envolvidos preenche o devido processo legal e atende ao juiz natural por permitir *controlabilidade*."[990]

De pronto, pode-se perceber que a pretensão do autor é prescritiva e opera no nível da teoria do direito, dirigindo-se para uma alteração de *lege ferenda*. No entanto, com evidente agir estratégico, ele empreende discurso com proposições (pseudo)dogmáticas, falsamente descritivas, que poderiam ser implementadas imediatamente, por interpretação de *lege lata*. A brevidade da análise não permite, por ora, o aprofundamento sobre conceitos como a "competência adequada de 'quem decide melhor'"[991] e o desenho institucional pela

[990] CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual [livro eletrônico]: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 4.1.

[991] CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual [livro eletrônico]: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 5.2. Também sustentada por DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**, 10.ed., Salvador : Editora JusPodivm, 2016, pp. 101-103.

"flexibilidade, funcionalidade e coordenação."[992] É certo, contudo, que não pode o autor, como num passe de mágica, defender a "alteração" ou a "mudança" do âmbito de proteção do direito fundamental do juiz natural, pois a sua concretização ocorre não através do acesso a "valores" ou "princípios", mas com base no parâmetro normativo estabelecido pelas regras infraconstitucionais, por se tratar de liberdade normativa.

Mais do que isso, Cabral opera na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sob a perspectiva estatalista, como forma de resolver pretensos problemas da prestação jurisdicional. Realiza a dobra interpretativa da função do direito fundamental do juiz natural, para que sirva à justificação do empoderamento episódico de novos mecanismos de competência, que respeitam a "necessidade" de "eficiência" e de "melhor capacidade decisória" a partir da perspectiva do próprio juiz. Mais do que isso, toda essa engenharia permite a fixação da competência *ex post facto*, circunstância a demonstrar o flerte com juízos de exceção.

Antes de alterações normativas baseadas no texto, as propostas de Cabral são verdadeiras intervenções no âmbito de proteção do direito fundamental do juiz natural, sobre as quais o autor deve demonstrar a inexistência de quaisquer limites dos limites, em especial, a existência de justificação constitucional, pelo resto da proporcionalidade, para os "novos" métodos autorizados por lei, ou que venham a sê-lo.

Sem isso, a tese é apenas reivindicação política de controle jurisdicional para a satisfação de interesses de determinado setores, tais como o Ministério Público.

3.3.3. Âmbito de proteção da vedação de provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CF)

Como analisado no item 3.3.1, o direito de produzir provas decorre do âmbito de proteção do contraditório. O artigo 5º, LVI, da CF, por outro lado, limita o exercício do direito de produção probatória das partes, para estabelecer a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a caracterizar um limite probatório (liberdade positiva) da parte. Importante salientar que não é a própria prova, ou seja, o elemento comprobatório (o dado) de determinada situação de fato que é ilícito. A ilicitude ocorre no meio empregado para obtê-la.

Este direito fundamental desperta grande interesse prático, diante da aticipidade dos meios probatórios (art. 369, do CPC), que possibilita a confirmação de fatos inclusive por meios não previstos expressamente nas leis infraconstitucionais.

---

[992] CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual [livro eletrônico]: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, item 6.2.

O conceito de meio probatório ilícito foi apresentado pelo art. 157, do CPP – que serve de parâmetro constitucional (liberdade normativa) do âmbito de proteção do direito fundamental em tela, devendo ser aplicado para toda prova obtida por meio ilícito –, com a seguinte redação: "Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais." Assim, provas obtidas com a violação a direitos fundamentais, ou mesmo a normas materiais ou procedimentais, tendem a ser consideradas ilícitas, o que exige um exame concreto.

Setores da doutrina sustentam a diferença entre a ilicitude da prova e a sua "mera" ilegitimidade. "Provas ilícitas seriam aquelas em que há uma transgressão de norma de direito material, enquanto nas ilegítimas há violação de norma de direito processual. Na primeira o ato é *extraprocessual* e importa em violação de regras como do direito à intimidade, liberdade, previstos na Constituição ou em leis infraconstitucionais (materiais), por isto se denominando de prova *obtida por meio* ilícito; na segunda a ocorrência se dá dentro do processo (endoprocessual)."[993-994]

A diferença não se sustenta. Pelo contrário, apenas confirma como o tratamento do processo como direito fundamental é pueril na própria doutrina processualista. Somente uma construção de processo como instrumento da jurisdição poderia descaracterizar a ilicitude procedimental para a obtenção da prova e sua potencial violação ao direito fundamental do art. 5º, LVI, da CF.

Nada obstante a existência de disputa sobre o conceito, tem-se que ilícito é todo e qualquer comportamento ou conduta que contrarie a constituição ou as leis aplicáveis ao caso. Por isso, a ilegalidade ou a ilegitimidade são sinônimos de ilicitude.

Não se pode tratar como sendo de "menor importância", ou "desprezível", o descumprimento procedimental para a produção da prova. Nesse caso, diante da inobservância das regras procedimentais específicas, deve o julgador, após a oportunidade do contraditório, analisar a existência ou não de nulidade no procedimento, observando, outrossim, a ocorrência

---

[993] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 96. No mesmo sentido, AMARAL, Paulo Osternak. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 191. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil, volume II**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 315-319.

[994] A frágil diferenciação já foi admitida pelo STF: EMENTA: Habeas corpus - Quebra de sigilo bancário e fiscal - Prova ilegítima - Decisão não fundamentada - Ofensa ao art. 93, IX da CF - Nulidade declarada pelo STJ, que indeferiu, no entanto, o desentranhamento dos documentos fiscais e bancários - Decisão judicial posterior, devidamente fundamentada, decretando nova quebra do sigilo - Ausência do vício que contaminava a decisão anterior, legitimando a prova produzida - Desentranhamento que, diante desse novo quadro, se mostra desarrazoado e contrário à economia processual - Habeas corpus indeferido. (HC 80724, Relator(a): ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 20/03/2001)

concreta de prejuízo a uma das partes (art. 283, parágrafo único, do CPC e art. 563, do CPP). Verificada a nulidade no caso concreto, a admissão da prova será flagrantemente ilícita, a ocasionar a sua inconstitucionalidade, pela violação do direito fundamental ora examinado.

Interessante notar que o legislador utilizou o prejuízo procedimental como uma regra de calibração[995] da intervenção no direito fundamental do devido processo legal. Caso não haja prejuízo e tendo o ato alcançado a sua finalidade (art. 277, do CPC), ele estará justificado constitucionalmente, mesmo com ofensa ao procedimento legalmente estabelecido. Caso contrário, como se disse, a ilicitude e a inconstitucionalidade são flagrantes.

A diferença entre ilicitude (violação à regra de direito material) e ilegitimidade (violação à regra procedimental) de provas também possui problemas sob o ponto de vista interventivo do direito fundamental do devido processo legal, pois, como desenvolvido (*supra* 3.1), o devido processo legal é uma norma de direito material, que garante uma liberdade específica de observância ao procedimento legalmente estabelecido, por normas gerais e abstratas estabelecidas pelo legislador. A intervenção, portanto, no âmbito de proteção do devido processo legal, encerra uma violação à norma de direito material.

Outro problema sobre o meio ilícito é a prova derivada da ilícita. A origem da discussão remonta à teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*), que considera inadmissível não apenas a prova obtida por meio ilícito, como também outras que – embora tenham sido obtidas licitamente – baseiam-se, derivam ou originam-se em informações ou dados obtidos de forma ilícita.[996]

O CPP encampou a teoria e estabeleceu, na primeira parte do § 1º do art. 157, a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, o que passou a informar o âmbito de proteção da vedação às provas ilícitas. Trata-se de uma ilicitude por arrastamento ou por contaminação. A metáfora da árvore envenenada serve perfeitamente para ilustrar a questão, pois não apenas o seu tronco está contaminado, como também os seus galhos, folhas, frutos e raízes.

O próprio diploma processual penal estabeleceu duas exceções para a ilicitude das provas derivadas (art. 157, §1, segunda parte, do CPP): (*a*) quando não haja nexo de causalidade entre a prova derivada e a prova obtida ilicitamente ou; (*b*) quando a prova derivada puder ser obtida por fonte independente da primeira.

---

[995] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**, 5.ed., São Paulo : Atlas, 2016, p. 119.

[996] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição brasileira**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 310.

No primeiro caso, a ausência de relação fática entre as provas descaracteriza, inclusive, a derivação das provas. Na verdade, a prova obtida posteriormente, por meio lícito, não sofre qualquer efeito, diante da inexistência de correlação com a prova ilícita. É o que a doutrina americana chama de *independent source* (fonte independente, em tradução literal).

O segundo caso é um pouco mais problemático e pode implicar em intervenção injustificada ao âmbito de proteção da vedação de provas ilícitas. A exceção em tela não estabeleceu, textualmente, que a prova tenha sido obtida por fonte independente (art. 157, § 2º, do CPP). Tanto que o texto utiliza o verbo "poder" no futuro do subjuntivo (puderem), que indica uma ação que ainda não aconteceu no futuro, mas que poderá acontecer, expressando eventualidade e possibilidade. Em outras palavras, mesmo que a prova tenha sido obtida por derivação da prova ilícita, mas sendo possível a sua produção por outro meio lícito, ela deve ser considerada admissível. A Suprema Corte americana adotou esse entendimento no caso Nix *vs* Williams,[997] utilizando a teoria do *inevitable discovery* (descoberta inevitável por fonte hipotética independente), ao admitir como prova a indicação da localização do corpo da vítima assassinada, dada pelo preso de forma ilícita, presumindo que os restos mortais seriam inevitavelmente descobertos pelos numerosos voluntários que rastreavam o mesmo local.[998]

O art. 157, § 2º, *in fine*, do CPP, caracteriza intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental da vedação de provas ilícitas, pois, em razão da simples possibilidade de obtenção da prova "seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal", ela se torna admissível. A sua ilicitude permanece, o que muda é o seu emprego.[999]

A regra deve, portanto, passar pelo teste da proporcionalidade,[1000] como limite dos limites.

O fim buscado pelo dispositivo é a admissibilidade da prova coletada. O fim, portanto, é lícito. O meio empregado para tanto é a utilização da possibilidade de que a prova possa ser obtida por outro modo lícito, ou seja, por uma fonte hipoteticamente independente. O meio, portanto, é presuntivo e, por conta disso, também é lícito. A adequação, de igual modo, está presente, pois a utilização da presunção da possibilidade de obtenção da prova por meio lícito

---

[997] Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).

[998] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição brasileira**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 310.

[999] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**, 2.ed., Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2018, p. 562.

[1000] Embora nesta altura pareça desnecessária a advertência, mas não é demais lembrar que o teste da proporcionalidade não se confunde com a ponderação alexyana, que é defendida por William dos Santos Ferreira, como método de admissão de provas ilícitas, a partir da colisão de direitos fundamentais. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 98-102.

atinge o fim pretendido, que é dotar a prova de admissibilidade. O problema, contudo, radica na necessidade. Pelo menos outro meio, igualmente lícito, também poderá atingir o fim perseguido. A prova por fonte independente quebra a relação causal entre a prova obtida por meio ilícito e a sua derivação. Inclusive, o próprio art. 157, § 2º, primeira parte, do CPP, utiliza esta exceção, como referido acima. Em comparação com a fonte hipoteticamente independente, a fonte independente representa meio menos interventivo na liberdade normativa da vedação da prova ilícita, na verdade, é uma hipótese de prova diversa da colhida ilicitamente em momento anterior. Com efeito, o art. 157, § 1º, segunda parte, do CPP – "quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras" –, representa intervenção inconstitucional no âmbito de proteção do art. 5º, LVI, da CF.

A Lei nº 13.964/2019, que reformou o CPP em inúmeros dispositivos, previu a incompatibilidade do juiz que conheceu do conteúdo da prova declarada inadmissível, para proferir a sentença ou o acórdão (art. 157, § 5º, do CPP). Regra equivalente constava do § 4º do mesmo artigo, quando da reforma do CPP pela Lei nº 11.690/2008, o que acabou vetado pelo Presidente da República.

A incompatibilidade judicial[1001] se justifica pela própria contaminação do julgador com conteúdo de prova inadmissível, o que promoverá no juiz o inevitável enviesamento cognitivo sobre a corroboração de determinado fato. Assim, a regra trata de uma hipótese objetiva de imparcialidade do juiz, em razão da sua contaminação cognitiva. No entanto, o STF determinou a suspensão, "*sine die*", da eficácia da regra nas Medidas Cautelares das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, todas sob a relatoria do Min. Luiz Fux. As três primeiras, contudo, tiveram a liminar examinada pelo então Presidente da Corte, o Ministro Dias Toffoli. O relator referendou a decisão e, ainda, adotou, *per relationem*, a mesma fundamentação na última ADI.

Estas são as razões lançadas pelo Min. Dias Toffoli:

> De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa "conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível"? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse "conhecimento"? O juiz, após "conhecer" do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões

[1001] O termo aqui é tomado de empréstimo de Montero Aroca, que utiliza nos seguintes termos: "las causas de abstención y de recusación que atienden a la incompatibilidad de funciones procesales no se basan en circunstancia alguna ajena y previa al proceso, sino que esa circunstancia se origina en el proceso mismo y si el proceso no huberia incoado no huberia llegado a existir. El legislador no estima aquí que está en riesgo el ejercicio mismo de la función jurisdiccional con su actuación del Derecho objetivo, sino únicamente que esa actuación no se realizaría del modo procesalmente previsto por él al regular de una manera determinada el proceso." (MONTERO AROCA, Juan. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales: El sentido de las reglas de que *quie instruye no pueda luego juzgar* y de que *quien há resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso***, Valencia : Tirant lo blanch, 1999, p. 237.)

> interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo? A ausência de clareza do preceito é também capaz de gerar situações inusitadas. Imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida remete os autos ao juiz que o substituirá? Imagine-se, agora, que a câmara de um tribunal decida anular um processo por ilicitude da prova e determine o retorno dos autos à origem. Nesse caso, a câmara ficará impedida de julgar nova apelação? A vagueza do preceito e as inúmeras dúvidas que ele suscita, por si sós, colocam em dúvida sua constitucionalidade. Uma das facetas do princípio da legalidade, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, é que as leis sejam editadas, tanto quanto possível e adequado, com precisão, de modo que sejam aptas a efetivamente orientar a ação individual. Desse modo, promove-se previsibilidade e, consequentemente, segurança jurídica. Assim, a utilização de fórmulas legislativas excessivamente vagas viola a segurança jurídica e o princípio da legalidade.
>
> [...]
>
> O § 5º do art. 157 é também danoso ao princípio do juiz natural, por ser norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos para sua aplicação. Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão. Com efeito, Gustavo Badaró anota que existe o direito ao juiz certo, determinado segundo os critérios legais de competência, "que devem ser estabelecidos a partir de elementos claros e objetivos, que não permitam qualquer manipulação da individualização ou escolha do órgão que legitimamente irá julgar o processo". (Juiz natural no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157).
>
> [...]
>
> Por essas razões, neste juízo preliminar, próprio das medidas liminares, entendo ser o caso de suspensão do § 5º do art. 157 do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019."

Os motivos para o deferimento da liminar são de duas ordens: (*a*) a vagueza da norma, o que representa violação do princípio da legalidade e; (*b*) dano ao princípio do juiz natural.

Se a vagueza do dispositivo passar a ser parâmetro constitucional de violação do princípio da legalidade, teremos inúmeras regras legais implicadas nestes termos. A começar por inúmeras cláusulas abertas, de grande controvérsia de sentido, como é o caso, por exemplo, da cooperação processual. Seja como for, a suposta vagueza decorre da ausência de respostas que o Min. Dias Toffoli não encontrou para as perguntas que ele mesmo fez. Passa-se a respondê-las:

Pergunta 1: "*O que significa 'conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível'? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório?*" O ato de

conhecer é o primeiro passo para o interpretar. Somente é possível valorar aquilo que entra no âmbito de conhecimento de determinada pessoa. O dispositivo, portanto, afasta o julgador que, de qualquer modo, teve contato com a prova ilícita, mesmo que não tenha realizado a manifestação sobre sua valoração. Necessário salientar que a valoração da prova ocorre no imediato momento em que o julgador toma contato com o seu conteúdo. Conhecimento e valoração são, portanto, coexistentes e integram a própria cognição judicial. Na obra mais festejada pela doutrina sobre o tema, Kazuo Watanabe estabelece que a "cognição é um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo."[1002] Mesmo que o juiz não tenha manifestado a sua opinião jurídica sobre a valoração que deu à prova inadmissível, é óbvio notar que o simples contato com o seu conteúdo já enseja a própria cognição. Levando em consideração que a manifestação sobre a valoração da prova somente será realizada, em regra, na sentença, momento no qual o juiz analisa o mérito da causa, o que a regra do art. 157, § 5º, do CPP, busca é exatamente afastar o julgador do pronunciamento no qual faria a valoração, pois a finalidade da regra objetiva é impedir que o juiz persiga o mesmo resultado mostrado pela prova ilícita, fundamentando-se em outras provas.

Pergunta 2: "*Como se materializaria a demonstração desse "conhecimento"? O juiz, após "conhecer" do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo?*" A materialização do conhecimento pode se dar de duas formas: (*i*) pelo próprio reconhecimento do juiz, acerca da inadmissibilidade da prova pela ilicitude do meio obtido, circunstância na qual ele será competente apenas para essa análise; (*ii*) pelo próprio Tribunal, circunstância na qual o impedimento será dúplice, tanto do juiz de origem, como dos Desembargadores (ou Ministros), que reconheceram a prova como ilícita. A incompatibilidade cessa a função judicial imediatamente, pois se trata de uma causa objetiva de parcialidade judicial em decorrência de sua função. É, por assim dizer, uma hipótese especial de violação da imparcialidade, que, se não for comunicada pelo próprio juiz, pode ser alegada por quaisquer das partes, em qualquer grau de jurisdição, nomeadamente pela inexistência de qualquer exceção específica, não se aplicando o mesmo regramento do impedimento e suspeição. Trata-se, por conseguinte, de grave violação ao devido processo legal.

[1002] WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, 2.ed., Campinas : Bookseller, 2000, pp. 58-59.

Pergunta 3: "*Imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida remete os autos ao juiz que o substituirá?*" Sim.

Pergunta 4: "*Imagine-se, agora, que a câmara de um tribunal decida anular um processo por ilicitude da prova e determine o retorno dos autos à origem. Nesse caso, a câmara ficará impedida de julgar nova apelação?*" Na verdade, a incompatibilidade não será da Câmara, mas dos julgadores que funcionaram no julgado. Não se pode confundir o órgão colegiado com os seus componentes. Basta, portanto, o conhecimento da nova apelação pelos substitutos legais dos Desembargadores.

As respostas demonstram, à toda evidência, que não existe uma indeterminação tão grande assim no dispositivo ora comentado. Pelo contrário, há uma discordância valorativa e pessoal do próprio julgador sobre o sentido da norma.

Não há, portanto, qualquer intervenção no princípio da legalidade, pois a regra estabelece hipótese clara, objetiva, geral e abstrata para a incompatibilidade do julgador que conhecer de prova ilícita.

O argumento do "dano ao princípio do juiz natural" é pior ainda. O dano ocorreria pela possibilidade de "escolha" do julgador que passaria a conhecer do processo. Há um evidente uso do recurso do sofisma na construção. A incompatibilidade do juiz acarreta a remessa dos autos ao seu substituto legal. A regra se aplica a todas as causas de afastamento do juiz, seja por impedimento, suspeição, férias, vacância do cargo ou impedimento funcional. A exigência de juiz substituto legal é decorrência da própria garantia do juiz natural, que determina o conhecimento prévio das regras de competência, inclusive no caso de substituição.

A suspensão da regra, por conseguinte, é de todo reprovável.

3.3.4. Âmbito de proteção da publicidade (art. 5º, LX, da CF)

O art. 5º, LX, da CF, estabelece o direito fundamental da publicidade, nos seguintes termos: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". A regra é complementada pelo art. 93, IX, incluído pela EC nº 45/2004, que tem a seguinte redação: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação."

A regra estabelece que todos os atos processuais [*rectius*, procedimentais] serão públicos, em toda e qualquer mediação do Estado na constelação tripolar ou multipolar, seja para o estabelecimento de normas gerais e abstratas (processo perante a legislação), seja para o julgamento de casos concretos (processo perante a jurisdição e a administração). Trata-se de uma liberdade natural, ao contrário das anteriormente analisadas, pois a publicidade é conceito que a todos é comum.

A doutrina a trata sob dois enfoques: a publicidade interna e a publicidade externa. Aquela é a publicidade garantida para as partes e seus advogados no conhecimento de todos os atos processuais. Esta, por outro lado, é a publicidade para toda e qualquer pessoa da sociedade. A dicotomia possui uma falha analítica, pois a "publicidade interna" é garantida pelo exercício do contraditório, especificamente sobre seu elemento informação. Ninguém, sendo parte, pode ser privado de tomar conhecimento sobre atos processuais realizados. Isso caracteriza intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental do art. 5º, LV, da CF, e com base nele deve ser resolvido. Deste modo, o art. 5º, LX, da CF, trata apenas da chamada publicidade externa, que doravante será chamada, simplesmente, de publicidade.[1003]

Garantindo-se a publicidade, coloca-se o Estado sempre em permanente vigilância, não apenas pelas partes, que já possuem o acesso à informação por decorrência do contraditório, mas também à sociedade, possibilitando aos indivíduos em geral o conhecimento e a crítica sobre as decisões proferidas. Através da permissão do controle da opinião pública sobre as decisões estatais e a condução do procedimento, principalmente sobre o exercício da atividade jurisdicional, busca-se proteger as partes, por mais esta via, contra decisões arbitrárias e secretas. Mais do que isso, a função da publicidade (externa) é constranger o Estado a justificar-se nas tomadas de decisões (*Rechtfertigungstaat*), elemento essencial para a ampla *accountability* das atividades estatais.

Nada obstante o Poder Judiciário exerça função jurisdicional contramajoritária, é extremamente salutar que as suas decisões, nomeadamente as proferidas pelos Tribunais Superiores, sejam conhecidas e submetidas à crítica da sociedade, como forma de fortalecimento da democracia e das instituições republicanas.[1004] A crítica pode ser dirigida à interpretação realizada no processo hermenêutico e, por conta disso, aproveitada pela própria

[1003] O autor do presente trabalho adotou a dicotomia em outra produção, contudo, alterou seu posicionamento no presente trabalho. CARVALHO FILHO, Antonio. **Art. 189**, *in* Código de processo civil comentado, coordenação José Sebastião Fagundes Cunha *et alli*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 400.
[1004] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 443.

Corte, ou dirigida ao legislador ou constituinte derivado, proporcionando o aprimoramento da Constituição e das leis.

Pelo que se vê, o inciso LX do art. 5º da CF estabelece uma reserva legal qualificada,[1005] em decorrência do estabelecimento da finalidade específica da restrição ao direito fundamental, ao estabelecer que a limitação das liberdades somente se justifica por dois motivos: (*i*) para a preservação da intimidade das partes e interessados ou; (*ii*) para a proteção do "interesse social".

Note-se que todo limite, como já referido acima, representa uma intervenção no âmbito de proteção do respectivo direito fundamental. A limitação, mesmo autorizada pela reserva legal, também estabelece uma intervenção, que deve passar pelo filtro dos limites dos limites. No caso da reserva legal qualificada, adiciona-se ao filtro limitador a finalidade específica constitucionalmente estabelecida.

A intimidade é um direito fundamental previsto no art. 5º, X, da CF, considerada como inviolável. O movimento realizado pelo constituinte originário, ao prevê-la como reserva legal qualificada do direito fundamental da publicidade, foi verificar a potencial intervenção concreta, que atos públicos sobre fatos íntimos poderiam causar aos indivíduos. Assim, o constituinte antecipou-se, por experiência, ao legislador e já autorizou a limitação da publicidade nestes casos.

O legislador estabeleceu, no art. 189, incisos II, III e IV, do CPC, as hipóteses de segredo de justiça, mirando as causas potencialmente sensíveis e estrepitosas. O segredo de justiça nas ações de família (inciso II)[1006] representa uma limitação estabelecida *ope legis*, não podendo o juiz retirá-la. Trata-se de causa objetiva, em decorrência das sensibilidades dos temas tratados.

A proteção ao direito constitucional à intimidade (inciso III) impõe também, *ope legis*, o estabelecimento do segredo de justiça, no entanto, ao contrário do que acontece com o inciso anterior, pode-se limitar a publicidade apenas com relação a determinados atos, como é o caso da testemunha que depõe sobre fatos que envolvam a sua intimidade, ou então sobre documentos que estão protegidos por sigilo bancário ou fiscal (art. 773, parágrafo único, do CPC), por exemplo. Ainda, o segredo foi previsto por valoração *ope* legis para quaisquer processos em que se debata a sentença arbitral (art. 33 da L. 9.307/96), sua execução por

[1005] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 193.

[1006] Especialmente as "que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes."

cumprimento de sentença (arts. 523, 534, 536 e 538 do CPC) ou então o cumprimento da carta arbitral (art. 237, IV, do CPC/15), no qual conste a confidencialidade na convenção de arbitragem ou no compromisso arbitral. Garantiu-se aos indivíduos que elejam a arbitragem (espécie de convenção processual *lato sensu*) e estabeleçam a confidencialidade de possível litígio, tendo assegurados perante a jurisdição o mesmo tratamento sigiloso, em respeito à autonomia da vontade das partes.

O legislador ainda admitiu o segredo de justiça para um ato procedimental específico, não constante do art. 189, do CPC. A audiência de mediação ou de conciliação, que será conduzida por conciliadores ou mediadores profissionais (art. 165, §§ 2º e 3º, CPC), é regida pela confidencialidade (art. 166, do CPC), estendendo-se a "todas as informações produzidas no curso do procedimento [autocompositivo], cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes" (art. 166, § 1º, CPC). Trata-se de hipótese especial de segredo de justiça, que vai ao encontro da proteção da intimidade das partes, ao possibilitar a cada uma delas a manifestação de fatos, reconhecimento de direitos e negociação aberta a respeito da pretensão leva à juízo, mesmo que não queiram que estes elementos sejam aportados ao debate submetido ao conhecimento do magistrado. A confidencialidade, por conseguinte, imuniza as partes de quaisquer declarações ou manifestações durante a sessão autocompositiva, que sequer poderão ser usadas pela outra parte como objeto de prova ou alegação. Para atingir a sua finalidade, a própria confidencialidade impede o conhecimento das questões lá tratadas, inclusive pelo magistrado, salvo havendo manifestação das partes em contrário, o que configura um negócio jurídico processual de publicização das tratativas.

Voltando ao art. 189, do CPC, seu inciso I possibilita a limitação da publicidade para a proteção do "interesse público ou social". De pronto, há um problema, pois o texto constitucional estabeleceu como reserva legal qualificada apenas a limitação ao atendimento do interesse social, não havendo qualquer manifestação sobre o interesse público com possibilidade de restrição da publicidade.

Os direitos fundamentais constituem o alicerce funcional da República e da Democracia, uma vez que são constituídos para a proteção de interesses do indivíduo e da sociedade. Assim, os direitos fundamentais estão caracterizados pelo entrecruzamento de interesses públicos e interesses individuais constantemente.[1007] Isso impede que o "interesse

[1007] ABBOUD, Georges. **O mito da supremacia do interesse público sobre o privado a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos**

público" seja compreendido a partir de uma visão estatalista como sinônimo de interesse do Estado, ou mesmo interesse da legislação, da administração ou da jurisdição. A concepção clássica de interesse público, como interesse do Estado (argumento estatalista) e/ou do bem comum (argumento utilitarista), não representa, não pode ser utilizada como fundamento de restrição a qualquer direito fundamental, considerado isoladamente.

O interesse público, na verdade, guarda em si uma vagueza semântica enorme, pois, do ponto de vista estatal, tudo que ele proclamar como sendo "interesse público" poderá ser considerado pela suposta proteção da maioria ou pela manutenção do "bem comum". "Em outras palavras: a decretação do 'interesse público' é um ato arbitrário do Estado que, como um Midas, coloca o selo de 'público' em tudo que toca."[1008] É praticamente impossível realizar o controle do que é "interesse público" ou não, já que todo e qualquer ato judicial poderá ser o autoproclamador do interesse (público) do segredo, ou então a simples participação ou intervenção do Estado na demanda poderá suscitar um interesse público na cartola.

O interesse social, por sua vez, deve ser interpretado conforme os direitos fundamentais, de modo a impedir o subterfúgio de incorporar a retórica das ações institucionais do Poder Público[1009] como regra limitadora de direitos fundamentais.

Admitir o sigilo com base no interesse social visa proteger a intervenção que determinado debate processual, normalmente de direitos difusos e coletivos, possa gerar no âmbito de proteção de determinado direito fundamental coletivo. A regra é de dificílima concreção, levando em consideração que a publicidade, inclusive para as causas de interesses difusos e coletivos, serve para possibilitar o conhecimento e a crítica de todos os interessados.

Diante da complexidade social, o legislador, atendendo ao comando do constituinte originário, previu a possibilidade de limitação da publicidade com base no interesse social, muito embora a sua prática seja deveras inexistente.

O interesse social não pode ser utilizado como sinônimo do "interesse público". A inclusão da expressão "interesse público" no art. 189, I, do CPC, é inconstitucional, seja pela violação da reserva legal qualificada, seja porque o interesse público estatal não é suficiente para limitar o direito fundamental em questão.

---

fundamentais, Revista dos Tribunais, vol. 907/2011, p. 61 – 119, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, Maio / 2011, item 5. O mito da supremacia do interesse público sobre os direitos fundamentais, *revista eletrônica*.

[1008] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 758.

[1009] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 758.

Por fim, deve-se assentar à possibilidade do estabelecimento de convenção processual atípica, nos termos do art. 190, do CPC, para o estabelecimento de segredo de justiça pelas partes. Trata-se de opção dentro da área de poder da autonomia da vontade, através da qual a parte opta por não exercer, expressamente, o direito fundamental da publicidade.

3.3.5. Âmbito de proteção do direito fundamental à defesa técnica por advogado (art. 133, da CF)

A assistência por advogado representa um direito fundamental decorrente do disposto no art. 133, da CF. Embora não conste expressamente do texto constitucional, é decorrência da liberdade normativa naquilo que prevê que o "advogado é indispensável à administração da justiça." O constituinte poderia ser um pouco mais técnico ao tratar deste direito fundamental e não confundir os seus termos com o conceito de "justiça". Aqui, claramente, o termo é tomado como sinônimo da instituição Poder Judiciário.

De qualquer modo, a indispensabilidade e a essencialidade do advogado não são voltadas para a instituição Estatal, *interna corporis*, mas para a sua própria limitação. Isso decorre do tratamento legal e concretizador da função advocatícia no próprio procedimento. "[C]onquanto tenha ocupação profissional liberal privada, o advogado exerce – por via reflexa – papel público essencial no refreamento de eventuais excessos e desvios cometidos pelos exercentes da função jurisdicional."[1010]

A participação dos indivíduos como partes ou interessados perante o processo na jurisdição e na administração deve, em regra, ser mediada pela atuação técnica de advogado, que possui a habilitação necessária para tratar da defesa dos interesses do indivíduo perante o Estado. Trata-se da capacidade postulatória. "A representação da parte por um letrado legalmente habilitado permite que os atos do juiz sofram fiscalização técnica e, se errôneos, sejam impugnados. Portanto, onde se debilita a advocacia, ali a magistratura tende a perder-se. Pois que, onde a garantia falha, ali se abrem brechas a desgovernos."[1011] O juiz e o decisor administrativo são os presentantes do Estado, do exercício do poder institucionalizado. O advogado, por outro lado, é a voz do cidadão,[1012] representante do indivíduo, que atua permanentemente para resistir ao arbítrio.

[1010] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, p. 103.
[1011] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, p. 105.
[1012] PASSOS, J. J. Calmon de. **O advogado e o processo nos 20 anos do estatuto**, *in* Ensaios e Artigos, vol. II, Salvador : Editora JusPodivm, 2016, p. 454.

A lei, inclusive, ao concretizar o direito fundamental no procedimento cível, estabeleceu para a parte o ônus processual de ser representada por advogado, sendo que o seu descumprimento pelo autor acarretará a extinção do processo e, pelo réu, a desnecessidade de intimação específica dos demais atos procedimentais, por equiparação à condição de revel (art. 76, do CPC).

No procedimento penal, diante da relevância dos direitos tratados, o legislador garante ao réu que não constitui advogado, ou de qualquer modo perdeu a representação, a nomeação de defensor dativo (art. 263, do CPP), que, na prática, será o seu advogado. No procedimento penal, a exigência é tão relevante, que, no procedimento perante o Tribunal do Júri, o Juiz Presidente realiza verdadeira fiscalização garantístico-material acerca da qualidade técnica da defesa realizada em plenário, podendo declarar o réu indefeso no caso de patente falta de capacidade técnica do advogado-tribuno, dissolvendo o conselho de sentença e designando novo dia para o julgamento, com a nomeação de novo defensor (art. 497, I, do CPP).

Toda e qualquer restrição ao direito fundamental de assistência por advogado deve ser encarada como uma potencial intervenção. É por esta razão que o Estado se obriga a fornecer patrocínio aos desamparados e necessitados através das Defensorias Públicas ou, na sua falta– tão comum entre nós, diga-se –, por advogado dativo especialmente nomeado.

O art. 9º, da Lei nº 9.099/95, permite às partes a escolha entre a assistência ou não por advogado, nas causas de até 20 (vinte) salários-mínimos. Não se trata propriamente de uma restrição ao direito fundamental de assistência por advogado, uma vez que se coloca na autonomia da vontade das partes a escolha pelo patrocínio técnico ou não.

A inconstitucionalidade ocorrerá se a parte requerer o patrocínio de advogado, seja da defensoria pública, seja dativo especialmente nomeado, e isso lhe for negado. Por esta razão, o direito de exigir assistência por advogado perante o Juizado Especial não ocorre apenas no caso da outra parte estar patrocinada por advogado, ou se o requerido for pessoa jurídica ou empresário, como quer fazer crer o art. 9º § 1º, da Lei nº 9.099/95. O direito da assistência decorre diretamente do direito fundamental estabelecido pelo art. 133, da CF.

Um ponto interessante diz respeito ao teor da Súmula Vinculante nº 05, do STF: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição." O processo administrativo disciplinar é tipo de procedimento mediatório da decisão sancionatória no âmbito correicional contra determinado servidor público. O parâmetro operativo da constitucionalidade do dispositivo é o tratamento legal dado para a defesa dos interesses de acusado em procedimento penal sancionatório.

A Lei nº 8.112/90, no art. 156, ao tratar da defesa do servidor no procedimento administrativo disciplinar, prevê que "É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial." Ao que parece, o dispositivo em questão estabeleceu a possibilidade do exercício da autodefesa pelo servidor-acusado ou, alternativamente, a defesa técnica.

A interpretação do dispositivo sempre causou controvérsia perante o STJ. Em um primeiro momento, o Tribunal entendia que a defesa técnica em procedimento administrativo disciplinar era facultativa e estava dentro da margem de escolha do imputado.[1013]

No entanto, pouco depois, o STJ refluiu o entendimento, passando a entender pela imprescindibilidade da defesa técnica por advogado, editando a Súmula 343: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar." Os julgados que deram origem à súmula, em 21/09/2007, entendiam que o direito fundamental do contraditório em procedimento sancionatório, não poderia prescindir da defesa técnica.[1014]

Em 2008, o STF julgou o RE 434.059, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, que entendeu pela reforma de decisão anulatória de procedimento administrativo disciplinar, proferida pelo STJ, pela inexistência de defesa técnica. No julgado, após apresentar o conceito do direito alemão para o âmbito de proteção do contraditório, volta-se à vinculação da administração pública, na função sancionatória, aos direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório, mas que a exigência em questão não obrigava a defesa técnica. Para tanto, citou precedentes do STF neste mesmo sentido. O relator, no mesmo momento, propôs a criação da Súmula Vinculante nº 05. O julgamento do recurso e a aprovação da Súmula Vinculante foram unânimes.

Em 28/04/2021, na QO no MS 7.078/DF, aderindo à Súmula Vinculante nº 05, o STJ cancelou a Súmula 343.

No entanto, quer parecer que tanto a Súmula como a interpretação dada ao art. 156, da Lei nº 8.112/90, não estão conforme o direito fundamental da assistência por advogado.

Quando da promulgação da Constituição da República, a Lei nº 8.112/90 ainda não se encontrava em vigor. Deste modo, é necessário entender que o direito à defesa técnica por advogado habilitado em processos sancionatórios deveria ser regido pelo CPP, que, como se

---

[1013] Neste sentido, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 9076/SP. 6.ª T. rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 16.12.1999. Unânime. DJU, 21.02.2000.

[1014] RMS 20148 PE, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 27/03/2006; MS 10565 DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2006, DJ 13/03/2006; MS 9201 DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2004, DJ 18/10/2004.

viu, estabelece a necessidade de advogado, mesmo que dativo, no acompanhamento do acusado.

Esta regra, por conseguinte, passou a servir de regra de limitação como parâmetro constitucional das intervenções no âmbito de proteção à defesa técnica sempre que o indivíduo estivesse sujeito ao julgamento para a aplicação de pena retributiva.

O novo regime jurídico aplicado pelo art. 156, da Lei nº 8.112/90, deve ser encarado como uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental à defesa técnica, diante da desnecessidade de nomeação de defensor dativo pelo acusado que decidisse realizar sua autodefesa. Sem dúvida, isso representa uma restrição da liberdade normativa de defesa tecnicamente habilitada, que antes era obrigatória e agora passou a ser facultativa. A questão, por conseguinte, deve passar pelo exame da proporcionalidade.

Ao que parece, a finalidade do art. 156, da Lei nº 8.112/90, foi possibilitar ao acusado em procedimento administrativo a escolha sobre a forma de realizar a sua defesa. O meio escolhido foi autorizar a opção entre a sua autodefesa ou a defesa técnica por advogado. Tanto o fim quanto o meio são lícitos.

A adequação também se verifica, porque através da escolha do acusado atinge-se o fim almejado.

A questão ganha contornos interessantes na análise da necessidade. Ao que parece, o STF entendeu que a possibilidade de escolha contida no art. 156, da Lei nº 8.112/90, afastou a necessidade de nomeação de defensor dativo em favor do acusado que optasse por não contratar a defesa técnica. Aqui se verifica o problema, pois, se assim for, o art. 156, da Lei 8.112/90, optou por meio adequado, muito mais restritivo do que o meio possibilitado anteriormente à própria lei. Note-se que no caso do acusado em procedimento penal, também há a escolha da possibilidade, ou não, da contratação de advogado. No entanto, caso opte por não contratar ou na impossibilidade de fazê-lo, aceitará o advogado especialmente nomeado pelo juízo, ou então receberá a representação da defensoria pública.

A escolha do acusado entre constituir advogado, ou não, radica-se na sua autonomia da vontade e pode encontrar obstáculos em sua condição econômico-financeira. A imprescindibilidade de defensor dativo para a realização da defesa técnica encontra respaldo na conformação do próprio âmbito de proteção do direito fundamental do art. 133, da CF. Note-se que no modelo complexo de liberdade, a necessidade de nomeação possui respaldo na liberdade real do indivíduo, que não se confunde com as suas escolhas episódicas ou mesmo limitadas por circunstâncias alheias à sua vontade.

Considerar que o art. 156, da Lei nº 8.112/90, substitui a necessidade de nomeação de defensor dativo, por analogia ao art. 263, do CPP, no caso de ausência da constituição de advogado pelo acusado-disciplinar, representa meio que impõe mais restrição à liberdade protegida pelo direito fundamental, razão pela qual deve ser considerada inconstitucional.

Importante observar, com relação ao art. 156, da Lei nº 8.112/90, que se está diante da aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição, pois, no caso, se exclui das aplicações possíveis a interpretação de que o dispositivo dispensa a necessidade de nomeação de defensor dativo.

A Súmula Vinculante nº 05, por sua vez, é totalmente inconstitucional e, por conta disso, inválida, pela mesma argumentação apresentada acima.[1015]

Processo disciplinar perante a administração sem a presença de advogado em favor do acusado é carta em branco para o arbítrio. É possibilitar ao Estado, na qualidade de decisor, a realização de todo tipo de abuso, sem a fiscalização imediata de profissional habilitado. A aplicação de pena sem direito à defesa técnica não é julgamento em devido processo legal, é inquisição.[1016]

3.3.6. Âmbitos de proteções das limitações à prisão (art. 5º, LXI a LXVI, da CF)

A prisão é medida excepcional na fundação de qualquer Estado baseado nos direitos fundamentais. Ela representa, pois, uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental de liberdade geral e, por conta disso, deve encontrar justificação constitucional respectiva. Não há dúvida de que a privação da liberdade como sanção retributiva pela prática de crime encontra-se aceita como justificação suficiente para a respectiva limitação, em decorrência da previsão do art. 5º, LXI, da CF.

As demais hipóteses dos incisos LXI a LXVI do art. 5º da CF tratam da prisão provisória em processo penal, assim entendida a realizada antes da execução da sentença penal condenatória. Passa-se à análise sumária e por partes do âmbito de proteção de cada direito fundamental.

[1015] NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional [livro eletrônico]**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2019, art. 5º, item II) Diversos. Tópico: Administrativo. Falta de defesa técnica por advogado. Constitucionalidade. STF-V 5. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Capítulo 9 – Princípios orientadores do processo administrativo**, *in* Tratado de Direito Administrativo, vol. 5, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 628-644.

[1016] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. NUNES, Dierle José Coelho. **Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional**, Revista Consultor Jurídico, disponível em <https://bit.ly/3jjzpxm>, acesso realizado em 21/10/2021.

O inciso LXI estabelece que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei." Basicamente, o dispositivo, ao estabelecer a competência negativa para a prisão cautelar, prevê que apenas a prisão em flagrante delito (art. 302, do CPP) ou a determinada pelo juiz (prisão preventiva – art. 312, do CPP; prisão temporária – Lei 7.960/89) serão consideradas constitucionalmente autorizadas, com relação aos indivíduos em geral. Trata-se, por conseguinte, de uma reserva legal qualificada, que deve ser observada pelo legislador.

Verifica-se, ainda, que aos militares a reserva legal qualificada foi ampliada, ao permitir a prisão de caráter disciplinar (transgressão militar) ou no caso de crime propriamente militar, definidos em lei. Nestes casos, a lei poderá instituir que outra autoridade, que não o juiz, decrete a prisão. A Lei 13.967/2019, alterou o Decreto-Lei nº 667/1969, estabelecendo no art. 18, VII, a vedação de medida privativa e restritiva de liberdade em processo administrativo disciplinar militar, de policiais e bombeiros militares. Para além do avanço no tratamento civilizatório destes servidores, a alteração trará repercussões sobre o direito fundamental da igualdade material, com relação aos militares das forças armadas, especialmente em tempos de paz, que ainda respondem a medidas disciplinares, mesmo sem o respectivo processo, com prisão.[1017]

O inciso LXII representa direito fundamental que estabelece um dever específico para a autoridade executora ou homologadora da prisão, nos seguintes termos: "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada."

A norma tem dois sentidos: o primeiro é proporcionar ao juiz competente o controle a respeito da situação de flagrância da prisão, no caso de prisão em flagrante delito, e em todos os demais casos, a existência de possível excesso dos executores da prisão. Esta última finalidade passou a ser observada no Brasil, a partir do julgamento das ADI 5240 e ADPF 347, em 2015, oportunidade na qual o STF determinou a realização das audiências de custódia para toda e qualquer prisão realizada, em atenção ao disposto no art. 7.5, primeira parte, da Convenção Americana de Direitos Humanos e art. 9.3, primeira parte, do Pacto de Direitos Civis e Políticos. O controle da prisão, ainda, guarda relação direta com o dever decorrente do

[1017] Ver os Decreto nº 4.346/2002 (Regulamento Disciplinar do Exército – R-4), Decreto nº 88.545/83 (Regulamento Disciplinar para a Marinha) e Decreto nº 76.322/1975 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica - RDAER).

direito fundamental do inciso LXV do art. 5º, da CF, que determina ao juiz a obrigação de relaxar, imediatamente, a prisão ilegal.

O segundo é permitir que a família ou a pessoa indicada pelo preso tenham pleno conhecimento de sua prisão, para que possam realizar as medidas necessárias para salvaguardar os interesses do preso, seja para a constituição de advogado para defendê-lo, seja para a gestão de sua vida e negócios durante a privação de liberdade. Principalmente, a regra busca impedir o desaparecimento da pessoa que esteja sob a custódia do Estado, situação, infelizmente, comum durante o regime militar anterior à Constituição de 1988.[1018]

Em complementação ao direito fundamental anterior, o inciso LXIII garante ao preso que seja "informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado." O direito ao silêncio vai ao encontro da garantia de não-autoincriminação. É por isso que, mesmo nos primeiros momentos da prisão, o custodiado há que ser informado do seu direito ao silêncio. Qualquer interrogatório realizado com o preso, mesmo que informalmente pelos executores da prisão, sem a informação expressa a respeito do direito ao silêncio, terá por efeito a contaminação da prova colhida e as dela derivadas, pela ilicitude (inconstitucionalidade, na verdade) da omissão estatal de informação.

Ainda, não é possível que se criem obstáculos por lei, portaria, decreto ou qualquer ato concreto, para a assistência da família e de advogado ao preso. Qualquer impedimento neste sentido representa intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental e deve ser justificado constitucionalmente.

Sobre os seus direitos de informação, o inciso LXIV garante ao preso "à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial." O Estado Democrático de Direito é um Estado que se justifica. Por decorrência de seus direitos de *accountability*, deve-se garantir ao preso a identificação dos executores da prisão e, ainda, dos responsáveis por seu interrogatório. O Estado atua em ambiência pública e, em regra, os seus atos devem ser realizados em ampla publicidade. Tal regra possibilita ao preso o controle, também, sobre as pessoas que atuam diretamente na restrição de sua liberdade ou na colheita de seu interrogatório, inclusive para que ele possa comunicar eventual inimizade, perseguição ou atitudes do gênero.

[1018] CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") *vs*. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010: "o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos." Para detalhes ver o livro: **Habeas Corpus: que se apresente o corpo – a busca dos desaparecidos políticos no Brasil**, 1.ed., Brasília : Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Por fim, o inciso LXVI estipula, de forma especial, a excepcionalidade da prisão em flagrante delito: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". Na verdade, o Brasil tardou para dar proteção ao direito fundamental em questão, pois, até 2011, inúmeros presos em flagrante, sem decretação de prisão preventiva, permaneciam custodiados, mesmo prevista a liberdade provisória em lei. Somente com a alteração do CPP pela Lei 12.403/2011, tal situação alterou-se minimamente.

Pelo regime atual, após a homologação da prisão em flagrante, o juiz deverá tomar uma das duas alternativas: (a) decretar a prisão preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312, do CPP e inadequadas e insuficientes as medidas cautelares do art. 319 do CPP (art. 310, II, do CPP) ou; (b) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Não há possibilidade de manutenção do *status libertatis* do preso em suspenso por força da situação de flagrância. Na verdade, a prisão em flagrante se esgota a partir do exame de sua regularidade.

A sistemática procedimental anterior, por conseguinte, era flagrantemente inconstitucional, por conta do flagrante desrespeito à proibição lançada no art. 5º, LXVI, da CF.

3.3.7. Âmbito de proteção da vedação de prisão civil (art. 5º, LXVII, da CF)

A prisão civil por dívida, em regra, é vedada pelo direito fundamental do art. 5º, LXVII, da CF. Há, no entanto, a previsão de duas reservas legais qualificadas constantes do dispositivo, nas quais se autoriza a prisão civil como meio coercitivo para o cumprimento de obrigações de direito material: (a) o devedor de alimentos, cuja mora seja inescusável; (b) o depositário infiel.

Sobre o devedor de alimentos, o CPC possibilitou o cumprimento de sentença da obrigação alimentar, por decorrência do dever de assistência familiar, com a possibilidade da prisão civil como meio executivo coercitivo típico no art. 528, § 3º, do CPC.

Com relação ao depositário fiel, a partir da entrada em vigor do Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 11), em 24/04/1992 – que vedou qualquer prisão civil por obrigação contratual – e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.7), em 25/09/1992 – que proibiu todos os tipos de prisão civil, salvo da obrigação alimentar –, a regra que autorizava a prisão do depositário infiel, nos termos do art. 1.287, do CC/1916, tornou-se inconvencional.

No entanto, a jurisprudência do STF foi durante muito tempo arredia à tese da inconvencionalidade, sustentando que a prisão civil do depositário estava autorizada por regra constitucional.

O art. 652, do CC, mesmo depois de quase uma década da entrada em vigor dos tratados acima, repetiu a regra do art. 1.287, do CC/1916. Somente no final de 2008, com o julgamento conjunto dos HCs 87.585 e 92.566 e dos REs 349.703 e 466.343, este último tomado como *leading case*, o STF realizou a virada de sua jurisprudência para – através da questionável tese da "supralegalidade"[1019] dos tratados internacionais de direitos humanos, não aprovados conforme o art. 5º, § 3º, da CF (incluído apenas com a EC 45/2004, após o procedimento de ratificação e depósito dos tratados acima referidos) – estabelecer que a prisão civil por dívida diversa de alimentos estava proibida no Brasil. Um ano depois (16/12/2009), o STF editou a Súmula Vinculante nº 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito."[1020]

Fora deste debate até o momento travado, há corrente doutrinária,[1021] capitaneada por Luiz Guilherme Marinoni, que defende a prisão civil como meio coercitivo geral para a "efetivação das decisões judiciais." O argumento é tão peculiar que deve ser citado:

> Caso o objetivo da norma fosse o de proibir *toda e qualquer prisão*, com exceção dos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, *não haveria como explicar a razão pela qual deu conteúdo à prisão civil, dizendo que não haverá prisão por dívida*. É pouco mais do que evidente que a norma desejou proibir *uma determinada espécie* de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil. O que importa saber, assim, é a espécie de prisão civil que foi vedada. Se não há como fugir da ideia de que foi proibida somente uma espécie de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil, a prisão vedada somente pode ser a prisão por "débito".
>
> O entendimento de que toda e qualquer prisão está proibida *implica retirar qualquer significado da expressão "dívida"*. Afirmar que existem outras modalidades de dívida, que não apenas a pecuniária, e concluir que, para todas elas, está vedada a prisão, é dizer nada sobre a espécie de prisão proibida, mas simplesmente insistir na ideia de que a norma constitucional veda o uso da prisão civil como meio de execução e, deste modo, retirar qualquer significado da expressão "dívida".
>
> A interpretação do art. 5.º, LXVII, da CF, deve ser alçada a um nível que considere os direitos fundamentais, deixando-se claro que, apesar de ser necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio, muitas vezes o uso do meio de prisão pode ser imprescindível à tutela dos direitos fundamentais.

[1019] Para uma crítica da teoria da supralegalidade: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, pp. 47-49.

[1020] Há críticas contra a Súmula Vinculante por estabelecer a "ilegalidade" da prisão civil, quando a competência funcional do STF, em regra, inclusive para as Súmulas Vinculantes, é para o exame da inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

[1021] GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 245-246. ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **A utilização da prisão civil como meio executório atípico**, *in*: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). Medidas executivas atípicas. Salvador : Editora JusPodivm, 2018. pp. 93-109.

> Não há como negar que os direitos perdem sua qualidade quando não podem ser efetivamente tutelados. Além disto, é certo que o processo exige, diante de certas situações de direito substancial, o uso da coerção indireta. Entretanto, a multa não constitui a única forma de coerção indireta, e nem se pode dizer que é ela suficiente para a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Como é evidente, a multa não tem efetividade diante de um réu que não possui patrimônio. Portanto, a violação de direitos é muito fácil para pessoas inescrupulosas, uma vez que também não é difícil, por exemplo, que estas possam constituir um "testa-de-ferro" sem patrimônio para violar, sem qualquer preocupação, direitos da personalidade.
>
> Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que o ordenamento jurídico apenas proclama, de forma retórica, os direitos que não podem ser efetivamente tutelados sem que a jurisdição a tenha em suas mãos para prestar tutela jurisdicional efetiva. Perceba-se, por exemplo, que soará absolutamente falsa e demagógica a afirmação da Constituição Federal, no sentido de que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (art. 225, *caput*), se não for viável a utilização da prisão como meio de coerção indireta. Seria o mesmo que interpretar esta norma constitucional como se ela dissesse que o meio ambiente, embora fundamental para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente tutelado em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa. Ora, esta interpretação seria, para dizer o mínimo, incoerente.[1022] (*destaques no original*)

A proposição possui alguns argumentos que devem ser analisados: (*i*) o direito fundamental proíbe apenas prisão por dívida (débito) e não toda e qualquer prisão civil; (*ii*) entender de modo diverso é retirar o conteúdo da expressão dívida; (*iii*) o direito perde sua qualidade quando não podem ser tutelados, razão pela qual deve-se lançar mão de mecanismos "eficazes", como a coerção indireta, inclusive através da prisão, para uma tutela jurisdicional efetiva.

Mais uma vez, Luiz Guilherme Marinoni e seus seguidores confundem o plano do jurídico com o plano do político. Novamente, produzem doutrina prescritiva ao invés de descritiva. Repetem o artifício, já comum em sua produção, de espelhar na interpretação jurídico-dogmática ato de vontade, ao invés de conter-se frente a obviedade do texto. Como se vê, a construção opera em nível dogmático zero sobre os direitos fundamentais. Em termos gerais, a proposta é que o texto constitucional permite a prisão civil como forma de coerção de determinada pessoa para o cumprimento de obrigação específica (fazer, não fazer e entrega) ou, ainda, o cumprimento de decisão judicial.

[1022] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil, volume II**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 734-735.

Pois bem. A análise deve partir do texto do art. 5º, LXVII, da CF: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."

Como deve ser interpretada a expressão prisão civil por dívida? Como o gênero "prisão civil de qualquer espécie" ou, exclusivamente, "prisão civil para o cumprimento de obrigação pecuniária"? A questão não desperta grande interesse da jurisprudência, mas, por respeito ao debate doutrinário, passa-se à sua análise.

Uma primeira forma de abordagem é que a prisão é situação totalmente excepcional, frente ao direito fundamental de liberdade geral, como se viu no exame dos direitos fundamentais de limitação da prisão. Como regra geral, em relação aos indivíduos civis, ela é admitida, apenas, nos casos de flagrância na prática delituosa, ou por decisão judicial como prisão provisória de caráter cautelar da pretensão punitiva penal. Isso restou claro, inclusive, do exame anterior. A possibilidade da prisão representa uma reserva legal qualificada sobre o direito fundamental de liberdade, cujas finalidades devem ser atendidas da maneira acima referida.

Como se sabe, "prisão civil por dívida" é conceito jurídico indeterminado, que depende do direito infraconstitucional para o seu preenchimento. O dispositivo em exame foi criado pelo constituinte originário em 1988. Naquela altura, o ordenamento jurídico brasileiro não conhecia medidas executivas atípicas para o cumprimento das obrigações pecuniárias. O CPC/39 (art. 999[1023]), no que foi seguido pelo CPC/73 (art. 644[1024] em sua redação original), previa apenas uma medida coercitiva típica para a execução das obrigações de fazer e de não fazer, qual seja, a aplicação de "pena pecuniária" (multa) por dia de atraso, decorrente da chamada ação cominatória ou preceito cominatório.[1025]

[1023] CPC/39: Art. 999. Se o executado não prestar o serviço, não praticar o ato ou dele não se abstiver no prazo marcado, o exequente poderá requerer o pagamento da multa ou das perdas e danos, prosseguindo a execução nos termos estabelecidos para a de pagamento de quantia em dinheiro liquida, ou ilíquida, conforme o caso.

[1024] CPC/73: Art. 644. Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz.

[1025] "[…]. Para outras situações envolvendo obrigações de fazer e não fazer, esse código cuidava da 'ação cominatória', cujo regramento autorizava o magistrado a fixar multa já ao tempo da citação (retenha-se o ponto), no importe solicitado na petição inicial ou no valor convencionado entre as partes. Todavia, conforme anotado pela doutrina, a procedimentalização dessa ação (material) seria degradada com o advento do CPC/73, esvaziando-se esse poder judicial de emanar ordem ao ajuste comportamental no limiar do procedimento." PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PAULA FILHO, Alexandre de Moura Alves de. **Tutela contra o ilícito, prescindibilidade do dano e limites da cognição judicial: estudo de caso envolvendo a transgressão reiterada da legislação de trânsito (ACP nº 5009543-84.2015.4.04.7204/SC) visando a inibir futuros equívocos**, *in:* Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPRO, ano 14, n. 110, abr./ jun. 2020, pp. 17-36.

Importante salientar que o sistema previa duas medidas coercitivas típicas com a utilização da prisão civil: (*i*) para o cumprimento da obrigação alimentar, nos termos do art. 733, § 1º,[1026] do CPC/73 e; (*ii*) para a obrigação específica de restituir constante do depósito, nos termos do art. 1.287,[1027] do CC/1916. Em ambos os casos, a prisão não representa uma pena retributiva pelo ilícito praticado pelo requerido, mas medida coercitiva executiva, com prazo certo, visando estimular o seu comportamento para o adimplemento.

Apenas no início da década de 90, o legislador criou a técnica de execução das obrigações específicas pela aplicação de medidas atípicas (inominadas), *ope judicis*, nos art. 84, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Note-se, outrossim, que o próprio CDC foi imposição de direito fundamental específico, obra do constituinte originário (5º, XXXII, da CF).

A inovação legislativa provocou a reforma do CPC/73, através da Lei nº 8.942/1994, que proporcionou a execução da obrigação de fazer ou de não-fazer com as mesmas medidas atípicas, como se vê do art. 461, do CPC/73. Apenas em 2002, nova reforma pela Lei nº 10.444 ampliou a técnica coercitiva para as obrigações de entrega.[1028]

Necessário asseverar, outrossim, que, no final dos anos 80, não existia qualquer hipótese legal para que o juiz cogitasse a aplicação de medidas atípicas, de qualquer natureza, inclusive para o cumprimento de decisão judicial. Assim, o art. 5º, LXVII, da CF, servindo-se do parâmetro normativo do direito infraconstitucional da época (regra de limitação – *Schrankenregelung*, para aprofundamento ver item 2.6), estabeleceu competência negativa ao legislador para o estabelecimento de qualquer forma de prisão civil para a coerção de devedores. A expressão "dívida", do texto constitucional, não deve ser tomada no sentido estritamente técnico de prestação pecuniária de sujeito passivo para sujeito ativo. Seu sentido é mais amplo, deve ser entendido como qualquer situação jurídica capaz de colocar o indivíduo em posição de sujeito passivo de dever cível, incluindo as obrigações convencionais, legais e judiciais. Ora, se o legislador, responsável pela regulação da constelação triangular em primeiro grau, não

[1026] CPC/73: Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1° Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

[1027] CC/2016: Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos.

[1028] *Cf.* PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PAULA FILHO, Alexandre de Moura Alves de. **Tutela contra o ilícito, prescindibilidade do dano e limites da cognição judicial: estudo de caso envolvendo a transgressão reiterada da legislação de trânsito (ACP nº 5009543-84.2015.4.04.7204/SC) visando a inibir futuros equívocos**, *in:* Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPRO, ano 14, n. 110, abr./ jun. 2020, pp. 17-36

pode utilizar a prisão civil como coerção, quem dirá o julgador, que atua somente a partir do segundo nível, na solução concreta das constelações levadas ao seu conhecimento.

Realizar a leitura do direito fundamental em questão pela lente do direito infraconstitucional atual representa a sua própria deturpação. Nem se pode argumentar em possível "mutação constitucional", pois o que se alterou não foi o sentido do texto constitucional, mas apenas a abertura de novos poderes executivos para o juiz, nas obrigações específicas.

Mais do que isso. Como se sabe, toda e qualquer prisão civil tipicamente prevista no ordenamento jurídico é realizada como forma de coerção. As prisões decorrentes da mora da prestação alimentar e do depósito infiel eram formas de coagir psicologicamente o devedor ao adimplemento.

Estabelecer prisão civil como forma de sanção retributiva (pena) representa violação flagrante ao disposto no art. 5º, XXXIX, da CF, pois somente se admite a pena de prisão, nos crimes previstos em lei, observada a excepcionalidade da restrição da liberdade durante o curso do processo perante a jurisdição (art. 5º, LXI a LXVI, da CF).

Qualquer ordem judicial imposta contra indivíduo é decorrente ou de obrigação específica convencional ou de obrigação específica legal. A "dívida" utilizada no texto constitucional significa, portanto, a situação jurídica de sujeição passiva de determinado indivíduo para a prestação de obrigação convencional ou legal.

Este é o âmbito de proteção do art. 5º, LXVII, da CF, que, como se viu, estabelece apenas duas reservas legais qualificadas – exceções limitativas especialmente previstas pelo constituinte originário, que podem ser concretizadas pelo legislador –, quais sejam: a prisão pela mora na obrigação alimentar e a prisão pela mora na restituição do bem em depósito.

Querer alterar esse sentido é apenas um exercício de dourar a pílula frente o impalatável estímulo ao autoritarismo judicial, tão comum na doutrina ora criticada. A tática do esgarçamento do tecido dos direitos fundamentais para o atingimento de uma visão de mundo desejada é muito comum entre os processualistas neoconstitucionalistas, como é o caso de Marinoni. Verifica-se na tese a funcionalização dos direitos fundamentais, numa dimensão exclusivamente objetiva, como forma de aumento dos poderes estatais, em especial da função jurisdicional, abandonando-se quaisquer elementos dogmáticos, tais como o âmbito de proteção e a reserva legal. A tese de Marinoni, por tudo dito, não se sustenta.

3.3.8. Âmbito de proteção da pressuposição de inocência (art. 5º, LVII, da CF)

O art. 5º, LVII, da CF, prevê o direito fundamental da pressuposição de inocência nos seguintes termos: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." O seu âmbito de proteção é bastante simples de ser compreendido, diante da clareza do enunciado. O *status* de inocência do indivíduo, em razão da garantia de sua liberdade, somente se altera com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, não basta a sentença ou o acórdão condenatório para alteração do *status libertatis* individual, é necessário que se opere a coisa julgada, para que ela seja imutável e, com isso, o indivíduo passe de inocente para culpado.

O direito fundamental encerra uma competência negativa ao legislador, vinculando a administração e a jurisdição, vedando qualquer regulamentação que altere a situação de inocência ou culpabilidade, antes do trânsito em julgado.

Em outubro de 2016, por maioria apertada (6 a 5), o STF alterou entendimento consolidado desde 2009, para permitir a execução provisória da sentença penal condenatória, a partir do acórdão do segundo grau de jurisdição, na Medida Cautelar da ADC 44. Em novembro de 2019, quando do julgamento conjunto do mérito das ADCs 43, 44 e 54, o STF, novamente por maioria apertada (6 a 5), entendeu pela inconstitucionalidade da execução penal antes do trânsito em julgado.

O momento não é de análise dos argumentos lançados nas decisões. É importante compreender que a possibilidade, ou não, da execução provisória da pena deve ser analisada conforme o direito infraconstitucional para, depois disso, verificar se existe alguma intervenção no âmbito de proteção de algum direito fundamental.

De pronto, deve-se compreender que não existe regra infraconstitucional que autorize a execução provisória da pena, ao contrário do que ocorre no cumprimento de sentença cível.

A execução penal, desde antes da CF, é disciplinada pela LEP (Lei nº 7.210/84). O título V da referida lei regula a execução das penas em espécie, sendo que o art. 105, que inaugura a Seção I, estabelece o seguinte: "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução." Em regra simétrica, com relação à execução das penas restritivas de direito, o art. 147, da LEP, possui a seguinte redação: "Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar,

quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares." O mesmo regime jurídico é previsto para as penas acessórias (arts. 691 a 695, do CPP).

Ambas as regras estabelecem que o início da execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, somente ocorrerá a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória altera o *status* de inocência, própria de todos os indivíduos, para o de culpado, em decorrência da excepcionalidade da condenação imutável, razão pela qual deve-se dar início à execução da pena.

Não existe na LEP qualquer regra que autorize a realização da execução provisória da pena, tanto que os presos provisórios, lá tratados, são as pessoas que estão detidas por força de decisão judicial em decorrência dos requisitos legais de prisão preventiva ou prisão temporária, atendidos os requisitos, que denotam a excepcionalidade justificadora da restrição da liberdade.

A relação entre constituição do *status* jurídico de culpado do indivíduo e do início da execução da pena se dá pela conjugação do trânsito em julgado. Se é o trânsito em julgado que constitui a condição de culpado do indivíduo condenado e que marca o início da execução da pena, decorre da lógica cartesiana compreender que somente se autoriza a execução penal do considerado culpado. Todas as demais prisões são provisórias e devem possuir a excepcionalidade da fundamentação pelos requisitos legais (hipóteses de cabimento e fundamentação vinculada), que vão ao encontro da justificação constitucional para a intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental de liberdade.

Assim, qualquer alteração da decisão judicial ou alteração legislativa que busque a instituição de uma execução penal condenatória provisória, ou seja, antes do trânsito em julgado, deve ser analisada como intervenção ao direito fundamental da pressuposição de inocência e, por conta disso, desafia a justificação constitucional.

Não se nega a existência de grande clamor popular pela antecipação do momento de início da execução penal no Brasil. É exatamente neste momento em que os direitos fundamentais agigantam-se e limitam a atuação do Estado, por se tratar de obstáculo posto pelo Poder Constituinte originário.

A intervenção mais recente no direito fundamental em questão foi a inclusão da alínea "*e*" no inciso I do art. 492 do CPP, pela Lei nº 13.964/2019, que trata sobre a sentença no procedimento especial da competência do Tribunal do Júri. A regra estabelece que a sentença, no caso de condenação, "mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas,

com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos."

O principal argumento favorável à alteração legislativa sustenta que o Tribunal do Júri representa instituição *sui generis* no Poder Judiciário brasileiro, sendo que o veredito do Conselho de Sentença goza de soberania meritória, já que não poderá ser revisada, no mérito, por nenhum Tribunal. Contudo, ele não convence.

Não interessa a sistemática diversa da instituição do Tribunal do Júri com relação à possibilidade ou não de alteração do mérito decisório. O art. 5º, LVII, da CF, pela concretização decorrente dos arts. 105 e 147, da LEP, estabelece que a execução da pena somente se autoriza com o trânsito em julgado e, por conseguinte, a constituição do *status* de culpado do indivíduo. Até então, ele é apenas acusado, mesmo que tenha sofrido sentença penal condenatória. Tanto é assim que a LEP apenas trata por "condenado" o indivíduo com sentença penal condenatória transitada em julgado. Ou seja, para a LEP, culpado e condenado são sinônimos.

Essa construção encerra aquilo que se chamou no presente trabalho de liberdade normativa, já que é necessário que o direito infraconstitucional preencha o seu conteúdo jurídico.

Assim, o *status* jurídico do acusado com condenação em Tribunal do Júri com pena igual ou superior a de 15 anos, não se altera em relação a qualquer outro acusado. Ele não será considerado culpado, condenado ou executável até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Mesmo para os acusados insertos no suporte fático do dispositivo em tela, poderá haver a anulação ou a reforma técnica da sentença por inúmeros motivos descritos no art. 593, III, do CPP. Ainda, no exame dos recursos extraordinários (REsp e RE), é possível a mudança da sentença, nada obstante a intangibilidade do *meritum causæ*.

Repise-se, a vinculação entre o *status* de culpado e o início da execução, em vigor quando do advento da Lei nº 13.964/2019, estabelece o âmbito de proteção do direito fundamental da pressuposição de inocência, que serve de parâmetro de constitucionalidade da alteração, diante da intervenção realizada por ela no próprio direito fundamental do art. 5º, LVII, da CF.

É imperioso notar que a relação culpado-exequível representa a densificação material do próprio direito fundamental. Ignorar esta relação é esvaziar por completo a normatividade da condição de culpado do indivíduo. É, ainda, aniquilar o âmbito de proteção do direito fundamental em tela, pois a consideração do indivíduo como culpado será, apenas, sem implicações para o controle material dos atos de regulação relacionados.

A submissão do art. 492, I, *e*, do CPP, ao teste da proporcionalidade, acarreta sua reprovação logo de pronto. O fim da intervenção foi a criação da execução provisória de pena, para antecipar o início de seu cumprimento, nas condenações do Tribunal do Júri, de pena igual ou superior a 15 anos. O fim buscado não é apenas ilícito, ele é vedado constitucionalmente, já que o próprio art. 5º, LVII, da CF, o proíbe.

A condição de culpado, por todo exposto, é uma reserva de execução das condenações criminais. Ela não pode acontecer antes deste momento. É, portanto, evidente a inconstitucionalidade art. 492, I, *e*, do CPP, mesmo sem analisar inúmeros outros problemas.

Ao acusado condenado perante o Tribunal do Júri, persiste o regime da prisão preventiva, excepcionalidade no sistema, que deve buscar sua justificação constitucional, pelos requisitos legais do art. 312, do CPP. Por mais difícil que possa parecer para a maioria proba e ordeira da população brasileira, o direito fundamental em questão protege a todos, inclusive o pior dos criminosos. A avaliação política do poder constituinte originário estabeleceu este direito fundamental, dotado de cláusula pétrea, como limite à persecução penal executiva estatal. Apenas e tão somente uma nova Constituição poderá alterar este direito, pagando toda a sociedade o preço por essa escolha.

As irresignações sobre a regra já chegaram ao STF. Ainda em 2019, na MC no HC 174.759/CE, o Min. Celso de Mello concedeu liminar, de ofício, para suspender a execução provisória de pena do acusado, condenado pelo Tribunal do Júri, diante da aparente inconstitucionalidade do art. 492, I, *e*, do CPP.

Pende no STF o RE 1.235.340/SC (Repercussão Geral Tema 1068), no qual se analisa a ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, pela alteração do CPP. A relatoria é do Min. Roberto Barroso, que, no julgamento iniciado em abril de 2020, votou pela constitucionalidade da inovação, o que foi acompanhado pelo Min. Dias Toffoli, propondo a seguinte tese: "A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada". O Min. Gilmar Mendes, contudo, divergiu por entender pela inconstitucionalidade, propondo a seguinte tese: "A Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (art. 8.2.h), vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 do CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados." O julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do Min. Lewandowski.

Uma construção muito interessante da pressuposição de inocência foi apresentada por Eduardo Costa, na configuração de sua dimensão civil.[1029] O autor, corretamente, parte da premissa de que o processo ostenta unidade normativo-constitucional, razão pela qual os direitos fundamentais especiais do processo pertencem a ele e não a determinado procedimento civil, penal, arbitral, eleitoral, trabalhista etc. Neste sentido, predica:

> Nem mesmo a chamada "presunção de inocência" se cinge – como se sói sustentar – ao procedimento penal. Entendimento contrário configuraria captura pelo procedimentalismo penal e rejeição pelo procedimentalismo civil. De acordo com a CF-1988, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII). As expressões "culpado" e "sentença penal condenatória", tomadas *ipsis litteris*, podem sugerir o procedimento penal como o exclusivo âmbito de incidência do princípio. Entretanto, o dispositivo sofre de uma privação expressiva. Culpado é a situação do acusado que tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado. O problema é encontrar uma palavra que exprima a situação do demandado que tem contra si uma sentença civil de procedência transitada em julgado. Poder-se-ia dizer, por exemplo, que "ninguém será considerado devedor até o trânsito em julgado de sentença condenatória *obrigacional*". Todavia, o civil ou extrapenal transcende os limites do obrigacional. Daí também se poder dizer que "ninguém será considerado esbulhador ou turbador até o trânsito em julgado de sentença de reintegração possessória". Ou então que "ninguém será considerado desonesto até o trânsito em julgado de sentença condenatória de improbidade administrativa". A limitação das palavras se mostra ainda mais evidente quando se tem de exprimir a situação do demandado que tem contra si uma sentença de procedência com força declarativa ou constitutiva transitada em julgado. Isso mostra que o art. 5º, LVII, da CF-1988 é opaco. Ainda assim, trata-se de intransparência vencível. Afinal, a sua penúria palávrica não obsta que também se entreveja um conceito de "presunção de inocência civil ou extrapenal".[1030]

Foi observada por Eduardo Costa uma relação entre a culpabilidade (*lato sensu*) constituída pelas decisões das constelações triangulares e a definitividade de tal condição, decorrente do trânsito em julgado. É o trânsito em julgado da sentença que dota a execução de definitividade, com o consequente aumento dos poderes expropriatórios por sub-rogação contra o executado, sem a necessidade de qualquer garantia do credor.

É necessário notar, outrossim, que, no cumprimento provisório de sentença, são evitados atos de grande repercussão na esfera jurídica do executado. A transferência da posse, a alienação de bens e a satisfação do exequente, bem como outros atos que possam resultar em

---

[1029] Em construção similar: RAMOS, Glauco Gumerato. **Notas sobre o processo e sobre a "presunção" de inocência que lhe habita**, Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3m5QIE7>, acesso realizado em 23/10/2021.

[1030] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPRO, ano 14, n. 100, out./ dez. 2017, pp. 131-132.

grave dano ao executado, somente serão realizados com a contraprestação de caução suficiente e idônea do credor (art. 520, IV, do CPC).

A limitação da tutela executiva provisória de que trata o art. 520, IV, do CPC, vai ao encontro da tese da pressuposição de inocência civil. A regra constitui uma concretização da relação entre culpabilidade-executividade definitiva, que foi apresentada. O âmbito de proteção da pressuposição de inocência, tanto na esfera civil ou penal, é de que a execução definitiva não será realizada antes do trânsito em julgado da sentença.

A provisoriedade, tanto do cumprimento de sentença, quanto da execução por título executivo extrajudicial – considerada aquela cujos embargos à execução não tenham transitado em julgado – decorre da ausência constitutiva da definitividade, que Costa bem chamou de culpa civil *lato sensu*.

Assim, o provisório está limitado pela pressuposição de inocência civil, que, em regra, somente afastará os limites expropriatórios acima referidos, com a conversão da inocência em culpa.

O art. 521, do CPC, representa, por conseguinte, intervenção no direito fundamental da pressuposição de inocência civil, já que estabelece as seguintes hipóteses para a dispensa da caução: (*i*) nas obrigações alimentares; (*ii*) quando o credor demonstrar a necessidade da medida; (*iii*) quando pender o agravo do art. 1.042, do CPC e; (*iv*) quando a sentença estiver em consonância com súmula do STF ou do STJ ou conforme acórdão proferido em julgamento repetitivo.

Cada uma dessas hipóteses deve passar pelo teste da proporcionalidade.

Ao contrário do que acontece com a execução penal, o fim buscado para a execução civil é lícito, pois, havendo a satisfação ou a expropriação grave do executado, na eventual alteração ou desconstituição do título executivo, os danos causados são repetíveis pela tutela ressarcitória estatal, em decorrência da responsabilidade civil do exequente (art. 520, I, do CPC).

Deve-se passar, deste modo, para o exame da licitude do meio. Cada uma das hipóteses acima representa meios possíveis de realização da antecipação da satisfação e dos atos expropriatório graves contra o executado. Todos, em tese, são lícitos, pois não há proibição legal para quaisquer deles.

No exame da adequação, todas as hipóteses, da mesma forma, acarretam o atingimento do fim, já que se trata de simples ficção jurídica para levantamento da limitação constante no art. 520, IV, do CPC.

Como sói, o problema ocorre no exame da necessidade, no qual os meios são colocados em comparação entre si e somente o meio menos limitador da liberdade será considerado como constitucional.

Inicia-se o exame pelo inciso II do art. 521, do CPC. A demonstração de "situação de necessidade" do credor autoriza a desnecessidade de caução. Essa "situação de necessidade" não corresponde aos requisitos para a concessão da gratuidade judicial (art. 98, do CPC) ou então a falta de bens ou recursos para a prestação da caução. A "situação de necessidade" refere-se à falta de recursos financeiros mínimos para a subsistência do credor ou de sua família, que faz com que a satisfação do crédito esteja revestida de urgência, em decorrência do perigo de dano (*periculum in mora*). Trata-se de uma hipótese de tutela provisória executiva, no qual, para a cognição do juízo da execução, não é mais necessário examinar a probabilidade do direito, sendo, apenas, analisada a urgência qualificada. Ela pode ser tanto cautelar, quando autorizar a realização de atos processuais executivos de expropriação, quanto satisfativa, quando possibilitar a satisfação antecipada do credor. Na classificação das tutelas provisórias de Eduardo Costa, ela é uma tutela (cautelar ou satisfativa) pura de *periculum* extremado.[1031] Com efeito, o exame da "situação de necessidade" deve ser realizado pelo juiz, após pedido específico do credor, que deverá comprovar a situação de penúria, oportunizando-se o contraditório ao devedor.

A execução da prestação da obrigação alimentar familiar (art. 521, I, do CPC) é um caso especial de "situação de necessidade", que é presumida pelo legislador, tendo em vista o seu caráter de subsistência do respectivo credor (art. 1.695, do CC). Assim, estamos diante de uma tutela (cautelar e satisfativa) pura de *periculum* de extremidade presumida, nos dizeres de Eduardo Costa,[1032] levando em consideração a pressuposição legislativa da urgência. A hipótese do inciso I é uma espécie da hipótese do inciso II do art. 521, do CPC.

A hipótese do inciso III do art. 521, do CPC, refere-se à pendência do agravo do art. 1.042, do CPC, que se volta contra a decisão do juízo de admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário pelo Tribunal de origem (art. 1.030, do CPC), salvo quando a decisão estiver fundada em aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou julgamento de recursos repetitivos. Trata-se de uma pressuposição do legislador acerca das poucas chances de sucesso de provimento do agravo pelos Tribunais Superiores. É, pois, uma tutela executiva

---

[1031] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Art. 294**, *in* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo : Saraiva, 2016, p. 399.
[1032] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Art. 294**, *in* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo : Saraiva, 2016, p. 399.

de evidência sobre a definitividade, ou seja, aparência de que o acórdão recorrido transitará em julgado. É, por conseguinte, uma tutela pura de *fumus* de extremidade presumida, na classificação de Costa.[1033]

O mesmo pode ser dito sobre a hipótese do art. 521, IV, do CPC. A consonância com súmula do STF e do STJ ou a conformidade com acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, representa a evidência da definitividade, em decorrência da vinculação decisória do art. 927, do CPC. Por isso, o legislador presume que o recurso terá pouca chance de êxito. De igual modo, é um caso de tutela pura de *fumus* de extremidade presumida.

Do ponto de vista comparatístico dos meios, por conseguinte, deve-se examinar qual das duas tutelas representará menor restrição ao direito fundamental em questão: a tutela pura de *periculum* ou a tutela pura de *fumus*.

Ao que parece, todas estabelecem a limitação no mesmo grau, embora nas tutelas de evidência e na tutela de urgência de alimentos, o credor é mais favorecido, ao não assumir o ônus argumentativo e probatório da necessidade. Com efeito, todas as exceções devem ser consideradas constitucionais.

3.3.9. Âmbito de proteção da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF)

O inciso XXXVI do art. 5º da CF, estabelece a coisa julgada como um dos direitos fundamentais, ao prescrever que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". O dispositivo trata tanto da coisa julgada material (decisão de mérito) quanto da formal (decisão terminativa). Elas são liberdade normativas, pois os seus efeitos e suas características são ditadas pelo direito infraconstitucional, que passa a estabelecer os contornos de controle da constitucionalidade das intervenções futuras sobre o âmbito de proteção respectivo.

A discussão ganha maior relevo com a análise da coisa julgada material, levando em conta que a coisa julgada formal tem como efeito endoprocessual a inimpugnabilidade da sentença ou do acórdão no mesmo processo (art. 6º, § 3º, da LINDB), mas não impede que a parte ajuíze nova ação, com a mesma pretensão. Esta possibilidade, contudo, está limitada pela estabilização da coisa julgada formal, com relação à litispendência, à coisa julgada material e à perempção, bem como até a correção dos vícios que levaram ao indeferimento da petição inicial (art. 485, § 1º, I, do CPC), a extinção do processo por falta de pressuposto processual (art. 485,

[1033] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Art. 294**, *in* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo : Saraiva, 2016, p. 399.

§ 1º, IV, do CPC), à falta das condições da ação (art. 485, § 1º, VI, do CPC) e da existência de convenção de arbitragem ou de decisão arbitral que reconheceu a sua decisão (art. 485, § 1º, VII, do CPC).[1034]

A coisa julgada material garante a estabilização, a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença ou do acórdão com preclusão recursal (art. 502, do CPC) e não submetido à remessa necessária (art. 496, do CPC). Em regra, sempre que a legislação trata da coisa julgada, refere-se à material, diante de sua importância, já que garante a autoridade da decisão de mérito (*auctoritas rei iudicate*). Talvez esse seja um dos temas mais relevantes e mais pesquisados sobre o direito processual. Ela representa um limite ao poder de legislar e ao poder de decidir questões concretas já examinadas anteriormente pela autoridade competente.

O objeto examinado, neste trabalho, não tem o condão de rever todo o espectro dogmático a respeito da coisa julgada, já que este esforço merece uma – ou mais – monografia específica. O que se quer demonstrar é que a análise da coisa julgada, em especial da material, deve passar pelo exame de possível intervenção ao direito fundamental do *art. 5º,* XXXVI, da CF, e da respectiva justificação constitucional.

Temas como coisa julgada *secundum eventum probationis* e *secundum eventum litis*, da relativização da coisa julgada, da coisa julgada inconstitucional, da eficácia subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas, da coisa julgada em favor ou contra terceiro, da *collateral estoppel*, da coisa julgada frente às decisões vinculantes nas relações continuativas, da coisa julgada sobre questões prejudiciais etc., devem passar pelo exame minucioso da dogmática dos direitos fundamentais.

Há uma imensidão de temas a serem explorados a partir desta abertura, que não podem ser enfrentados neste momento, em decorrência da limitação do objeto.

3.3.10. Âmbito de proteção da duração razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF)

O direito fundamental da duração razoável do processo está previsto expressamente, incluído pela EC 45/20014, nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

[1034] NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**, 18.ed, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 1225-1226. PEIXOTO, Ravi. **A coisa julgada formal e o CPC/15**, *in* Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias, Salvador : JusPodivm, 2015, pp. 683-688.

O âmbito de proteção do direito fundamental é a garantia de que a tramitação do procedimento judicial e administrativo deverá durar o tempo necessário para o desenvolvimento adequado das oportunidades processuais das partes, conforme disposição em lei, evitando-se, por conseguinte, dilações desnecessárias da tramitação burocrático-administrativa do procedimento nas secretarias judiciais, bem como o alongamento dos prazos de conclusões judiciais, que constituem os verdadeiros "buracos negros" do tempo durante o procedimento.

Apenas o Estado está vinculado diretamente – como ocorre com todos os demais direitos fundamentais – razão pela qual a razoável duração do processo não deve ser utilizada contra as partes em geral e tampouco autoriza a criação de competências especiais para o Poder Judiciário.

Duração razoável não se confunde com rapidez na tramitação. O tempo previsto para o procedimento é um elemento garantístico do próprio devido processo legal. Decisões tomadas de forma acelerada tendem a ser impulsivas e apriorísticas, sem amadurecimento e pautadas em heurísticas, que apenas confirmam meras impressões e não permitem o conhecimento e deliberação sobre todas as alegações e provas produzidas pelas partes.

É direito fundamental dos indivíduos, por conseguinte, que o aparato burocrático-estatal do Poder Judiciário e da administração pública em geral funcione de modo eficiente para que os processos pendentes não se eternizem. A falta de estrutura física e de pessoal, bem como as deficiências na organização judiciária, que provocam os gargalos judicial e formam os enormes estoques processuais de vara, são, em regra, os grandes motivos, macroscópicos, para as reiteradas violações ao direto fundamental. É nesta perspectiva que o direito fundamental vincula o Poder Estatal, em todas as suas funções para empreender soluções aos problemas da conhecida morosidade judicial.

É exatamente neste espaço burocrático que a intersecção entre o direito e a ciência da administração ganha relevo, como forma de racionalizar o serviço, empreender rotinas de controles, funcionalizar tarefas, detalhar funções, empreender fiscalizações etc., tudo a partir de uma matriz central, que deve estabelecer padrões mínimos de trabalho e rotinas a serem seguidas, sob a organização e fiscalização direta do magistrado responsável.

No entanto, o Poder Judiciário ainda engatinha nessas soluções.

O chamado gerencialismo processual, que prega mecanismos de gerenciamento da Vara ou Tribunal (*court management*) e de gerenciamento do procedimento do caso (*case management*), tem seu espaço e objeto de estudo na administração judiciária *lato sensu*. No entanto, os seus defensores são os primeiros a romperem com essas barreiras e avançar contra

as microgarantias espraiadas no procedimento legalmente estabelecido, vendo, pelo menos uma das partes, como a responsável pela demora procedimental.

O equívoco é patente, contudo. A um, porque, em abstrato, o procedimento legalmente estabelecido no momento da inclusão do art. 5º, LXXVIII, da CF, representava, sob o olhar do legislador, duração razoável. A dois, porque, como salientado acima, os tempos mortos no procedimento, em regra, não são realizados pelas partes, submetidas ao regime da preclusão temporal. O problema da demora, em geral, está radicado no Poder Judiciário. A três, porque o exame sobre a intervenção do âmbito de proteção da duração razoável do processo, por ato da parte, deve ser realizado a partir da perspectiva da eficácia horizontal indireta, sendo que a intervenção é praticada pelo Poder Judiciário, frente ao abuso praticado pela parte.

Note-se, outrossim, que a parte que abusa de suas oportunidades procedimentais está sujeita à quebra dos deveres processuais (arts. 77 e 78, do CPC) e submetida aos tipos da litigância de má-fé (art. 80, do CPC) ou dos atos atentatórios à dignidade da justiça (arts. 161, 774, 903, § 6º e 918, parágrafo único, todos do CPC), formas especiais de improbidade processual. É dever do julgador, inclusive, prevenir e reprimir tais condutas ilícitas (art. 139, III, do CPC), evitando que os comportamentos procedimentais ilícitos da parte sejam estorvo ao direito fundamental da outra.

Ainda, o procedimento legal estabelecido tem por ilícita a postulação manifestamente protelatória, dotando o magistrado de poderes sancionatórios para a parte que assim age. Além do estabelecimento de multa punitiva sobre a postulação protelatória (arts. 80, VII, 918, parágrafo único e 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC), o legislador ainda estabeleceu regras de rejeição liminar dos embargos à execução opostos como mero obstáculo temporal (art. 918, III, do CPC), de preclusão lógica para determinados recursos, como o caso dos embargos de declaração, após os dois anteriores terem sido considerados protelatórios (art. 1.026, § 4º, do CPC), e de concessão de tutela de evidência, após a oportunidade de resposta (art. 311, I, do CPC). Ainda, deverá o juiz indeferir as provas consideradas impertinentes (arts. 357, II e III; 459, § 2º; 470, I, do CPC), como forma de evitar a aplicação de longo tempo em procedimentos probatórios flagrantemente inúteis.

Assim, o possível atraso por ato da parte recebe tratamento específico do legislador e deve ser objeto de conhecimento e decisão pelo julgador. A parte, por conseguinte, não está vinculada diretamente ao direito fundamental em questão. Sua vinculação decorre da lei. Não pode o juiz, por conseguinte, criar, alterar ou modular oportunidades procedimentais para as partes, sob o fundamento de que isso atende à "tutela" do direito fundamental da duração

razoável. A forma de proteção das partes contra a patologia postulatória gerada pela outra está prevista em lei, não admitindo criatividade judicial.

3.4. Processo e procedimento: diferentes e inseparáveis

Muito já foi produzido a respeito do tema. Não é a pretensão do presente trabalho investigar de forma completa as análises já realizadas sobre o tópico. O objetivo se volta à construção da relação processo-procedimento, de acordo com a visão dogmática do processo como direito fundamental.

O processo e o procedimento foram examinados a partir de dois pontos de observação: a relação jurídica processual e a finalidade do processo. O processo como relação jurídica que une partes e juiz faz com que o procedimento seja apenas a expressão desta relação. Neste sentido, o processo possui uma finalidade específica, em regra a tutela do direito material, enquanto o procedimento é despido de finalidade, caracterizando-se por ser mera técnica que disciplina, organiza e ordena a sucessão lógica do processo. Essa visão é própria do instrumentalismo processual, que vê no processo o instrumento para a manifestação do poder jurisdicional.[1035]

Coube a Elio Fazzalari dar início à reviravolta desta discussão, partindo do conceito de procedimento dado pela doutrina administrativista italiana.[1036] Ao invés de distinção entre processo e procedimento, há uma relação de inclusão entre eles, pois o processo é uma espécie do gênero procedimento, que se distingue de outros procedimentos em geral apenas por agregar um elemento especial em sua conformação, qual seja, o contraditório.[1037] Para Fazzalari, o ponto de partida era o conceito de procedimento. Sua definição estabelece que o procedimento se apresenta como uma sequência de "atos" conforme previsão legal.

Assim, o procedimento se forma por uma série de "faculdades", "poderes" e "deveres" conforme a "posição subjetiva" que cada norma estabelece. Os três "ângulos" (*agolazioni*) do procedimento são, portanto, norma, ato e posição jurídica, sendo que comumente se sobressaem, pelo uso corrente, os atos. É nesta perspectiva que ele se realiza de modo mais evidente, pois, do ponto de vista dos atos, o procedimento se desenvolve pela sucessão temporal

---

[1035] Neste mesmo sentido: FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**, Ottava Edizione, Padova : CEDAM, 1996, pp. 74-75. GONCALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, Rio de Janeiro : Aide Ed., 1992, pp. 66-68.
[1036] FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**, Ottava Edizione, Padova : CEDAM, 1996, p. 75.
[1037] GONCALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, Rio de Janeiro : Aide Ed., 1992, p. 68.

de atos concatenados, segundo a ordem estabelecida em lei. O efeito jurídico que se pretende com o procedimento não é decorrente do conjunto de atos complexos que o compõem. O efeito pretendido depende do ato final do procedimento, o seu resultado, que, em regra é uma decisão.[1038]

Nesta visão, o processo, como já salientado acima, é uma espécie de procedimento, com a característica especial de se desenvolver sob contraditório. Fazzalari assevera que o processo se caracteriza quando uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada pela participação não apenas do seu autor, mas dos destinatários dos seus efeitos, sempre em contraditório, para que o autor do ato deva levar em consideração, mesmo que não acolha as alegações na decisão, mas não podendo ignorá-las.[1039]

A tese de Fazzalari do processo como procedimento em contraditório está baseada na análise do *iter* procedimental processual. A perspectiva não rompeu com a forma bastante tradicional de enxergar o fenômeno, ou seja, a partir do ponto de vista de seu "resultado", no caso a decisão.

Nada obstante a relevante aquisição dogmática da tese de Fazzalari, que muito diz a respeito da fenomenologia do processo a partir de um procedimento desenvolvido em contraditório – já em uma visão forte, como direito de influência e dever de consideração –, a sua importação ao Brasil não pode ser realizada sem levar em consideração que o processo encerra um direito fundamental de resistência e que impõe diversos limites ao exercício do poder estatal.

Assim, a relação entre o processo e o procedimento exige a consideração de que eles são diferentes, porém, pelo menos para a manifestação do processo, são inseparáveis. Não existe materialização do processo sem procedimento, contudo pode haver materialização de procedimento sem processo.

O procedimento, *stricto sensu*, é o encadeamento de atos jurídicos sucessivos voltados a um fim. Ele pode ser conformado de qualquer modo e, semanticamente, será um procedimento. Contudo, a partir de uma visão constitucionalizada e constitucionalizante, o procedimento é o produto da matéria-prima do direito fundamental do processo (devido processo legal), concretizada pelo legislador.

A relação é simbiótica. O processo constitucionaliza o procedimento, enquanto o procedimento concretiza normativamente o conteúdo do processo. Embora diferentes, eles são

---

[1038] FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**, Ottava Edizione, Padova : CEDAM, 1996, pp. 78-79.
[1039] FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**, Ottava Edizione, Padova : CEDAM, 1996, p. 83.

inseparáveis na ordem jurídica. Não é demais afirmar, por conseguinte, que toda privação total ou parcial da liberdade ou dos bens, materiais ou imateriais, de qualquer pessoa, através de procedimento desprocessualizado é flagrantemente inconstitucional – salvo justificação constitucional – e qualquer processo desprocedimentalizado é inócuo em relação ao titular do respectivo direito fundamental.

É comum na doutrina clássica a utilização da origem etimológica do termo procedimento como decorrente da expressão latina "*procedere*" no sentido de seguir em frente, prosseguir. No entanto, como bem demonstra Aroldo Plínio Gonçalves, o verbo proceder, utilizado na flexão transitiva indireta, tem sentido um tanto diferente, pois significa uma relação de origem e descendência (isto procede de). Suas palavras são precisas no ponto:

> No latim, *processos, -a, -um*, é particípio passado de *procedo*, e *processos, -us*, é substantivo. A origem de processo é, portanto, do verbo *procedo, -is, -ere, -cessi, -cessum*, que teve dois sentidos próprios e alguns sentidos figurados. O primeiro sentido próprio, utilizado por CÉSAR (*De Bello Gallico*) e CÍCERO (*Tusculanae*), corresponde a avançar, alongar-se; o segundo, usado por TITO LÍVIO, refere-se a prolongar, continuar. Na mesma raiz, há, no latim, o verbo *progigno, -is, -ere, -genui, -genitum*, com o sentido próprio de prolongar a raça engendando, gerar, assim empregador por CÍCERO (*De Divinatione*), e o adjetivo *prognatus, -a, -um,* com sentido próprio de saído de, descendente de, como utilizado por HORÁCIO (*Sátiras*).
>
> Proceder é, também, "originar-se", "descender-se de" e procedimento é, também, "o originar-se de", e "o descender-se de".[1040]

O procedimento origina-se do processo através da concretização legislativa do direito fundamental. Trata-se de uma operação complexa, que, ao mesmo tempo, tem a potência de conferir normatividade ao devido processo legal e limitar o seu âmbito de proteção. Isso ocorre porque o dimensionamento do procedimento se relaciona diretamente com a definição das competências (no sentido amplo) para o exercício do poder estatal e a necessária proteção aos direitos fundamentais relacionados.

Deste modo, o direito fundamental do processo e o poder estatal são forças antagônicas em constante choque e conflito. Sempre que se avança com o poder, retrocede-se na mesma medida com a proteção conferida pelo processo. Ao contrário, sempre que se avança com a proteção do processo, regride-se com a potência do poder.

É importante notar que tanto na construção fazzalariana, quanto na que ora se realiza, o procedimento é um produto legislado. Ou seja, ele está previsto em lei. A diferença entre a construção ora proposta e a realizada por Fazzalari é que, para ele, o processo é resultado da

---

[1040] GONCALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, Rio de Janeiro : Aide Ed., 1992, p. 62.

atuação legislativa de estabelecimento do procedimento em contraditório. Basicamente, para a visão de Fazzalari, somente o contraditório seria o parâmetro de controle de constitucionalidade da lei procedimental.

Na posição adotada no presente trabalho, além de levar em consideração o conteúdo normativo do procedimento previsto em lei para a conformação da liberdade normativa do direito fundamental do processo, reconhece-se a existência de diversos direitos fundamentais especiais do processo, responsáveis pela recepção da ordem jurídica procedimental infraconstitucional, encerrando uma dimensão constitucional de processo "pré-legislativa", prevista no art. 5º, da CF, quais sejam: o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), a inadmissibilidade de provas ilícitas (inciso LVI), a pressuposição de não-culpa (inciso LVII), a subsidiariedade da ação penal privada (inciso LVIII), a publicidade dos atos processuais (inciso LX), a duração razoável do processo (inciso LXXVIII), dentre outras. Além disso, a própria noção de que o processo é uma liberdade complexa, que agrega sua perspectiva normativa, positiva, real e negativa, incrementa a noção de limite que se exige do Estado.

É exatamente nessa dimensão constitucional que se constitui o núcleo impenetrável do devido processo legal, responsável pela não recepção das regras procedimentais – em especial daquelas que preveem o exercício do Poder Estatal – em desacordo com os direitos fundamentais em tela, como é o caso, por exemplo, das regras que impõem toda sorte de inquisitoriedade na atuação do juiz, ante a adoção de normas de caráter acusatório no plano constitucional. A propósito, essa é mais uma razão para se considerar inaceitável o argumento de que há diferença entre o "modelo" de processo nas esferas cível e penal. O processo é um direito fundamental que condiciona os procedimentos nessas áreas, de acordo com o seu núcleo constitucional.

Não se pode considerar o processo como uma espécie de procedimento. Na verdade, o processo se utiliza do procedimento, porque este último representa um meio bastante eficaz para realizar a sua função, qual seja, a limitação do poder estatal.

Nesta esteira, a processualização do procedimento acarreta a concretização das diversas garantias constitucionais nos atos complexos do procedimento, condicionando os poderes e deveres do Estado e, a partir daí, equilibrando os poderes e deveres das partes.

O recurso figurado criado por Eduardo Costa, entre a macrogarantia e a microgarantia, possui especial finalidade didática no ponto. O processo seria a macrogarantia constitucional de liberdade da parte em relação ao poder estatal. No procedimento, através da atuação legislativa, são distribuídas microgarantias concretizadoras da macrogarantia processual,

conforme a oportunidade, o poder e o dever em questão. É nesta dimensão que se diz que o procedimento se utiliza da matéria-prima processual na sua formação.[1041]

O efeito jurídico do processo – e do procedimento – não é propriamente a decisão judicial, o "resultado" a que Fazzalari se refere. Tanto o processo e, por consequência, o seu procedimento, representam limites e obstáculos para o exercício do poder estatal. O resultado do processo civilizatório nos trouxe até este estado de coisas e ele deve ser observado a partir do titular do direito fundamental respectivo, ou seja, as partes e terceiros potencialmente prejudicados.

É através da mediação legislativa, realizada por meio da regulação estatal pela elaboração de leis procedimentais, que o legislador realiza a grave missão de avaliar o conteúdo normativo do direito fundamental do processo e dos demais direitos fundamentais processuais e, conforme a necessidade de tutela do direito material realizada pelo Poder (administrativo ou jurisdicional), estabelecer a medida de concretização e limitação dos mencionados direitos fundamentais.

Toda atuação legislativa é, portanto, potencialmente interventiva no âmbito de proteção do devido processo legal e dos demais direitos fundamentais, razão pela qual se exige a justificação constitucional.

Uma questão bastante tormentosa e que parte da doutrina abdicou de analisar[1042] diz respeito ao alcance das competências legislativas previstas nos arts. 22, I e 24, X e XI, da CF, ou seja, a definição daquilo que deve ser objeto de norma processual e de norma procedimental.

O ponto é relevante, pois a norma processual somente pode ser disciplinada pelo legislador federal (art. 22, I, da CF), com a exceção do juizado especial (art. 24, X, da CF), enquanto a norma procedimental possui competência concorrente com o legislador estadual (art. 24, XI, da CF).

[1041] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, pp. 45-54.

[1042] Em tese dedicada à definição do que seria norma processual e norma procedimental, Paula Sarno Braga, diante da divergência doutrinária na definição do que é processo e do que é procedimento, entendeu por concluir que "processo é procedimento. Que não há nada de processual que não seja essencialmente procedimental e vice-versa. Cada ato processual é também, em si, ato procedimental, e integra essa cadeia dirigida à produção normativa visada." E arremata: "Processo e procedimento são, em essência, noções indissociáveis entre si. E legislar sobre um significa legislar sobre o outro." BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: O problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro**, Salvador : JusPodivm, 2015, p. 161. Com o devido respeito, a igualação feita pela autora é reprovável. O fato de o processo se manifestar através do procedimento não o transforma na sua manifestação. Tampouco o inverso é verdadeiro. O processo atua em sua dimensão constitucional, como direito fundamental, limitador do poder do Estado. O procedimento (processualizado) espraia as garantias decorrentes do direito fundamental do processo pelos seus atos, dando "vida" ao limite constitucional. É um equívoco analítico dizer que ambos são iguais e que, por conseguinte, devem ser tomados por sinônimos.

A competência legislativa em matéria processual não tem por condão a disciplina a respeito do processo, pelo menos não no conceito ora utilizado no presente trabalho, como direito fundamental. O processo deve ser regulado através de norma formalmente constitucional ou então por norma materialmente constitucional (art. 5º, § 2º, da CF), cuja finalidade seja de incremento dos limites ao exercício do Poder Estatal.[1043]

A disciplina do "direito processual", de que tratam os arts. 22, I e 24, X, da CF (norma processual), indica a competência legislativa para o plexo de normas jurídicas que estabeleçam a competência e os poderes das autoridades estatais para decisões – dimensão do poder – e a promoção de ações, reclamações, pedidos e recursos pelos interessados e o seu respectivo procedimento (*stricto sensu*) com as comunicações processuais pertinentes, dando-se aos demais interessados oportunidade de resposta e produção de provas – dimensão das garantias. *Grosso modo*, a isso chama-se no presente trabalho de procedimento *lato sensu*.

É por esta razão que se diz que cabe ao legislador – federal para as matérias em geral e, também, ao estadual com relação aos juizados especiais – a competência de concretizar o direito fundamental do processo. É no desempenho desta função que o legislador deverá sopesar[1044] a intensidade e extensão do poder estatal frente o respectivo limite de proteção da parte.

Esta tensão entre poder e garantia é o mote de todo exame legislativo para o estabelecimento do procedimento. Por isso, pode-se afirmar que a disciplina legislativa do procedimento pode acarretar tanto a concretização do processo como a sua limitação.

É neste ponto que a dogmática dos direitos fundamentais, especificamente do limite dos limites, nos dará respostas sobre a existência, ou não, de justificação constitucional em determinados limites ao direito fundamental do processo.

Note-se, ainda, que cabe ao legislador a avaliação da necessidade ou não de diferenciação procedimental frente às necessidades de proteção e tutela do direito material, bem como sobre as formas de efetivá-lo.

A explicação para isso é bastante singela, nada obstante seja objeto de questionamento diuturno: o procedimento representa a concretização material do direito fundamental do

---

[1043] O desenvolvimento abaixo está de acordo com as premissas desenvolvidas por Crevelin e Pichioli. SOUSA, Diego Crevelin. SILVEIRA, Marcelo Pichioli. **ABDPRO #65 – Entre a alma e o corpo: o que diz o garantismo processual sobre as competências legislativas dos arts. 22, I e 24, XI, da CRFB**, Revista Empório do Direito, disponível em <http://bit.ly/2wagVGI>, acesso realizado em 20/09/2021.

[1044] Para o presente trabalho, a possibilidade de sopesamento e ponderação é de competência exclusiva do legislador, levando em consideração a necessidade de avaliação com critérios estritamente políticos, que fogem aos limites do direito. Neste sentido: CARVALHO FILHO, Antônio. SOUSA, Diego Crevelin de. PEREIRA, Mateus Costa. **O fundo eleitoral e a Covid-19**, Revista Consulto Jurídico, disponível em <https://bit.ly/3iwpfJq>, acesso realizado em 02/010/2021.

processo, previsto no art. 5º, LIV, da CF. O processo estabelece a impossibilidade de qualquer privação de liberdade ou de bens, em sentido *lato*, sem sua observância. Para o juiz, especificamente, se exige que observe e que se contenha nos termos do procedimento previsto em lei. É pelo procedimento, através da concretização do processo pelo legislador, que se baliza o exercício do poder estatal nos casos concretos.

Essa premissa transforma toda e qualquer teoria de flexibilização do procedimento pelo juiz em figura juridicamente natimorta. É dizer, no plano jurídico, não se sustenta qualquer teoria que dote o controlado de poderes para controlar aquilo que deve lhe controlar. Por isso, afirma-se que toda tese de flexibilização do procedimento é, antes de tudo, uma teoria de ciência política do processo, que ignora a dimensão juridicamente posta do direito fundamental previsto na constituição.

Desse modo, pode-se dizer que a matéria de direito processual que o legislador possui competência para disciplinar é aquela que visa concretizar/limitar o direito fundamental do processo através do estabelecimento do procedimento previsto em lei. Em outras palavras, a norma processual é aquela que estabelece o procedimento em sentido *lato*. Assim, a delimitação das regras gerais de competência, deveres e poderes judiciais, bem como as oportunidades, deveres, ônus e faculdades das partes e ainda os prazos respectivos são matérias reservadas ao disposto nos artigos 22, I e 24, X, da CF, sendo consideradas, pois, normas processuais, que estabelecem o procedimento.

A designação das normas como processuais decorre da sua matriz constitucional. Em outras palavras, a tarefa legislativa na definição de tais regras relaciona-se, diretamente, na concretização ou na limitação do direito fundamental do processo. Não se legisla especificamente sobre processo, mas sobre o procedimento. É por isso que Eduardo Costa tem razão em sua análise material a respeito dos chamados códigos de processo civil e penal. Na verdade, eles são códigos que estabelecem procedimentos.[1045]

Essa conclusão traz um problema para a interpretação do art. 24, XI, da CF. O dispositivo dota o legislador federal e estadual com competência concorrente para legislar sobre "procedimento em matéria processual". O procedimento é estabelecido com base na matriz constitucional do devido processo legal e demais direitos fundamentais especiais, cuja competência é exclusiva do legislador federal (art. 22, I, da CF), salvo no caso dos juizados especiais (art. 24, X, da CF).

[1045] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021, pp. 47-50.

A competência legislativa concorrente de que trata o art. 24, XI, da CF deve ser compreendida como a possibilidade de se legislar sobre os desdobramentos das normas processuais que estabeleceram o próprio procedimento. A matéria-prima desta legislação não é mais o direito fundamental do processo, mas a própria lei que o concretizou e/ou limitou. Seguindo o mesmo critério estabelecido acima, os legisladores federal e estadual têm competência concorrente para a criação de norma (de matriz) procedimental. A sua finalidade é, essencialmente, para a organização da burocracia dos serviços estatais de secretaria, com a finalidade de esmiuçar rotinas e atos materiais necessários para a prática de determinado ato processual.

Em 2018, foi promulgado o "Código de procedimento em matéria processual" no Estado de Pernambuco, Lei Estadual nº 16.397 de 04/07/2018. Para além de regras específicas de paráfrase do CPC ou do CPP, de positivação desnecessária, frente à imperiosa simetria diante da inexistência de competência do legislador estadual para a delimitação do procedimento, o "código de procedimento" estabelece, na verdade, o detalhamento para rotinas burocráticas do aparato estatal do Poder Judiciário, tais como a autuação, o registro, a distribuição, a expedição de cartas e mandados, os protocolos integrado e descentralizado, a expedição de certidões, os alvarás de levantamento, a carga dos autos etc.

A lei em questão não pode inovar em absolutamente nada em matéria procedimental, pois tal iniciativa é reservada ao legislador federal. Por outro lado, ela serve de exemplar paradigma para a organização e disciplina da burocracia estatal, limitando, inclusive, o festival de portarias e atos normativos judiciais, que visam tampar este vácuo legislativo.

3.5. Processo (procedimento) e igualdade

O relacionamento entre processo e igualdade é tema bastante recorrente e antigo na doutrina processual.

Na verdade, o direito fundamental de igualdade está sempre presente em qualquer constelação triangular, como norma relacional com a função precípua de dotar o indivíduo da pretensão de resistência contra tratamentos desiguais por parte do Poder Estatal.[1046]

O mecanismo de resistência (ou defesa) do direito fundamental de igualdade funciona, em termos metodológicos, de modo diferente dos demais direitos fundamentais. Na igualdade, ao contrário do que ocorre com os direitos de liberdade, não há um objeto (de liberdade)

[1046] MARTINS, Leonardo. **Direito fundamental de igualdade**, *in* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (orgs.). Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo : Saraiva e Almedina, livro eletrônico, item 2.3.

específico no âmbito de proteção. "Protege-se a relação entre normas cerceadoras ou promotoras dos diversos aspectos da liberdade de pelo menos dois grupos de titulares de direitos ou situações jurídicas comparáveis. O efeito por excelência da garantia continua sendo, porém, o mesmo: assegurar ao indivíduo uma posição jurídica de natureza público-subjetiva: o direito de resistir, desta vez não à intervenção na área de proteção de seu direito, mas ao tratamento desigual perante a lei (aplicação do direito – pelos poderes Executivo e Judiciário) ou pela lei (lei discriminatória injustificada)."[1047]

O *caput* do art. 5º garante dois tipos de igualdade: (*a*) a formal, que estabelece a igualdade *perante* a lei ou igualdade de aplicação da lei. Deve ser compreendida como um parâmetro constitucional "para a *aplicação* da lei infraconstitucional." Encerra uma competência negativa aos poderes legislativo, executivo e judiciário, para que não promovam "distinção de qualquer natureza", salvo com a devida justificação constitucional. "A igualdade, nesse contexto, é igualdade em sentido formal, pois implica proibição de distinção *pelo aplicador* do direito (Administração e Judiciário) que não esteja prevista *pela* ou *na* lei." Há uma precisa relação entre a igualdade formal e o direito fundamental de legalidade (art. 5º, II, da CF), já que os deveres em geral devem ser fixados por lei formal. No entanto, a igualdade e a legalidade neste exato sentido não garantem contra o arbítrio do legislador. Para isso, é necessário um outro sentido de igualdade: (*b*) a material, igualdade em sentido amplo, que, além do sentido acima, também carrega a noção de igualdade *da* ou *na* lei. Portanto, a lei, *per se*, deve atender ao direito fundamental da igualdade (no sentido material), por ser um de seus parâmetros normativos de constitucionalidade. Trata-se de um tipo de igualdade na criação do direito.[1048] Neste sentido, a lei poderá e, em alguns casos, deverá, realizar distinções quando forem necessárias para a garantia do direito fundamental à igualdade material.[1049]

Os dois sentidos existem para garantir que os decisores sobre o direito, em especial o executivo e o judiciário, observem parâmetros de aplicação da lei que busquem a igualação dos envolvidos, ou promovam a desigualação na medida da desigualdade legalmente prevista (igualdade formal);[1050] bem como para que haja o controle do legislador, ou do autor do ato

---

[1047] MARTINS, Leonardo. **Direito fundamental de igualdade**, *in* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (orgs.). Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo : Saraiva e Almedina, livro eletrônico, item 2.1.

[1048] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 4487.

[1049] MARTINS, Leonardo. **Direito fundamental de igualdade**, *in* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (orgs.). Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo : Saraiva e Almedina, livro eletrônico, item 1. MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**; tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco – São Paulo : Saraiva, 2016, pp. 588-591.

[1050] Neste sentido, NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição brasileira**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 129.

normativo primário (decretos, portarias, regulamentos etc.), com a finalidade de verificar a existência de discriminação na própria lei e se ela está justificada constitucionalmente (igualdade material).

Tal como ocorre com os direitos de liberdade, a igualdade encerra um dever geral de abstenção de discriminação, seja na aplicação da lei, seja na própria lei. Porém, é importante notar que o tratamento desigual na lei, por vezes, vai ao encontro da proteção constitucional da igualdade material. É neste sentido que apenas se proíbe o tratamento desigual sem fundamento, sendo que ao Estado cabe, pelo ônus argumentativo do princípio distributivo, a justificação da desigualdade.[1051]

A relação teórica entre liberdade e igualdade nem sempre foi tranquila. Há um mito de que a liberdade decorre do Estado Liberal, enquanto a igualdade decorre do Estado Social.[1052] Sem ignorar eventos históricos relevantes de conquistas civilizatórias de afirmação destes valores, é indispensável notar que, para a dogmática do direito fundamental, liberdade e igualdade não transportam o possível conflito para o plano constitucional. Os direitos fundamentais em questão estão colocados lado a lado, em posição de harmonia e despidos de qualquer hierarquia entre si.[1053]

Com efeito, o ajuste entre a margem de liberdade dada ao mais forte e a quantidade de proteção do mais fraco é de competência do legislador, que possui considerável espectro (de manobra) para solucionar os problemas de regulação, como forma de satisfazer as exigências políticas. Assim, a decisão política do legislador está diretamente submetida ao controle da justificação constitucional. Somente se admite qualquer intervenção em âmbito de proteção de direito fundamental de liberdade com justificação constitucional. O tratamento igual ou desigual constante em lei, por sua vez, sempre se realiza em medida comparatística. Leonardo Martins resume a tarefa dogmática:

[1051] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 4487. KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 7758. MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012, pp. 58-59.

[1052] Grande parte deste problema ocorre pela já criticada teoria das gerações ou das dimensões dos direitos fundamentais. Para uma crítica mais aprofundada: MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012, pp. 46 e ss.

[1053] "A exigência política do máximo possível de liberdade social entre em conflito com a exigência política do máximo possível de igualdade social: a liberdade social é também a liberdade de ação do mais forte, a igualade social é precisamente a igualdade de oportunidades do mais fraco. Pelo contrário, as garantias jurídico-fundamentais de liberdade e de igualdade encontram-se lado a lado numa relação não conflituosa." PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 4505.

> Assim, a diferença jurídico-dogmática entre os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade consiste na técnica e no método jurídico-constitucional adotados para se avaliar a presença ou não de suas violações. Isso pode ser reduzido à seguinte fórmula: enquanto as possíveis violações de garantias de liberdade, incluindo as violações do direito fundamental à propriedade, são examinadas com a análise da área de proteção do respectivo direito, da intervenção do Estado e com o questionamento da justificação da intervenção, as possíveis violações de garantias de igualdade são verificáveis por meio de um processo constituído por duas etapas, quais sejam: i. verificação do tratamento desigual; e ii. questionamento da possível justificação.[1054]

No nível da regulação do procedimento, como acima desenhado, cabe ao legislador analisar politicamente a necessidade de promover tratamentos iguais ou desiguais entre os envolvidos, a depender das necessidades da constelação triangular abstratamente regulada (igualdade material). A decisão política, por conseguinte, se submete ao controle de constitucionalidade material, voltado para a busca da justificação correspondente.

Regras legais como a inversão do ônus de prova (art. 6º, VIII, do CDC); prazos alongados para a Fazenda Pública (art. 183, do CPC), para a Defensoria Pública (art. 186, do CPC) para o Ministério Público (art. 180, do CPC) e para litigantes com procuradores de escritórios distintos nos processos físicos (art. 229, do CPC); a remessa necessária de sentenças contra a Fazenda Pública (art. 496, do CPC), são exemplos sempre lembrados quando se trata da relação processo e igualdade.

Sem a menor dúvida, o discrímen precisa ser devidamente justificado, caso contrário, será inconstitucional. Este controle de constitucionalidade com parâmetro na igualdade material sempre se dará com relação à lei. A inconstitucionalidade apenas afasta o tratamento desigual, mas não possibilita ao juiz a criação, no primeiro nível de regulação estatal, de novas regras para a igualar ou a desigualar, em razão da evidente ausência de competência constitucional.

No caso do direito processual, é antiga a relação entre processo e igualdade, tanto que se fala no "princípio da igualdade processual", como forma de assegurar a igualdade de tratamento das partes perante o Poder Judiciário. Nada mais natural. Como se viu acima, o procedimento instala concretamente a ambiência relacional da constelação triangular entre indivíduos que disputam determinado direito, mediados pelo juiz. Com efeito, toda manifestação deste tipo exige a incidência do direito fundamental da igualdade como forma de contrastar o decisor com a exigência de aplicação igualitária da lei. A incidência da igualdade formal não é pouca coisa. A sua manifestação clara se verifica na conexão com o direito fundamental contraditório, que necessita da igualdade para que sua normatividade seja plena,

---

[1054] MARTINS, Leonardo. **Direito fundamental de igualdade**, *in* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (orgs.). Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo : Saraiva e Almedina, livro eletrônico, item 2.2.

nomeadamente nas concretizações das faculdades postulatórias e instrutórias e nos meios de defesa de interesses. Mas também ela está diretamente vinculada ao regramento dos ônus e deveres processuais, bem como das sanções previstas por ilícitos praticados pelas partes.

O próprio CPC estabeleceu, no art. 7º, a regulação legal da igualdade processual nos seguintes termos: "Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório." A dimensão objetiva da concretização da igualdade formal está prevista no art. 139, I, do diploma processual civil, que estabelece como um dos deveres do juiz "assegurar às partes igualdade de tratamento".

É flagrante a pretensão do legislativo de concretizar o direito fundamental de igualdade em sua perspectiva formal, no tratamento realizado pelo juiz sobre as partes no procedimento judicial. Deste modo, cabe ao julgador realizar o tratamento igualitário de aplicação da lei de modo consentâneo com a noção do contraditório em seu sentido forte, previsto, inclusive no art. 10, do CPC.

Assim, sempre que ouvir uma parte, deve dar oportunidade correspondente à outra para que se manifeste, com a finalidade de levar em consideração o debate na decisão subsequente. Do mesmo modo, sempre que oportunizar a produção de prova a determinada parte, deve garantir o mesmo meio para a outra.

A dilatação do prazo por decisão judicial (art. 139, VI, primeira parte, do CPC) é um caso interessante de aplicação do direito fundamental de igualdade no sentido formal e material, não podendo ser visto como poder subjetivado nas mãos do julgador. O juiz não possui uma margem de discricionariedade para a alteração de prazos como lhe pareça melhor. É dizer, não integram o suporte fático da norma as escolhas subjetivas do julgador. O art. 139, VI, do CPC serve como um "facilitador comunicacional" entre os direitos fundamentais e as intervenções estatais, em especial as praticadas pelo Poder Judiciário. Representa, portanto, um alerta do legislador para as potenciais desigualdades formais de tratamento que podem ocorrer durante o procedimento, que devem ensejar o controle de constitucionalidade, com decisões corretivas de igualação legalmente autorizadas.

Assim, a ampliação de prazos somente é possível de dois modos: (*a*) por um imperativo de igualdade formal no contraditório (inconstitucionalidade por violação da igualdade formal entre as partes) – como no exemplo da defesa prévia em uma complexa ação de improbidade, na qual o prazo de 15 dias representa uma diferença injustificada de tempo para o exercício da defesa técnica em comparação ao tempo que o autor, normalmente o

Ministério Público, teve para o desenvolvimento da inicial; (*b*) quando o prazo, concretamente considerado, acarreta uma intervenção legal sem justificação constitucional diante da complexidade ou das dificuldades fáticas para a prática do ato processual (inconstitucionalidade por violação da igualdade material, que gera interferência no âmbito de proteção do devido processo legal). Com isso, verifica-se que a ampliação de prazo é um limitador dos poderes do juiz e de suas subjetividades, diante da vinculação direta aos direitos fundamentais (interpretação conforme os direitos fundamentais), não podendo ser tomado como catalisador de poderes.

No direito processual, a igualdade manifesta-se, em regra, pela igualdade formal, que encerra o conceito amplamente difundido da paridade de tratamento, consubstanciado na igualdade de oportunidades e de audiência.[1055] Porém, como não poderia deixar de ser, o controle de constitucionalidade pela igualdade material também é possível, sempre que uma situação específica e concreta exija.

Em ambas as manifestações, o direito fundamental de igualdade encerra um limite ao exercício do Poder Estatal. De modo algum, deve ser visto com uma válvula de empoderamento do Estado, em especial, do juiz, com a criação episódica de competências. Deste modo, é fundamental notar a necessidade de um controle dogmático da igualdade, com vistas a conter aquele que deve guardar o tratamento isonômico (igualdade formal) e controlar a constitucionalidade do tratamento desigual (igualdade material).

Completamente oposta à tese ora sustentada, como não poderia ser diferente, é a doutrina alinhada à teoria do processo justo, de matriz instrumentalista e neoconstitucionalista, que enxerga o processo como instrumento da jurisdição para a tutela do direito material, com uma decisão justa. Ora, se o processo deixa de ser direito fundamental e passa a ser aparato do poder, é elementar perceber que a igualdade também deixa de ser limite e passa a ser potência nas mãos do julgador.

Toda a construção da igualdade e sua relação com o processo justo tem como pano de fundo a necessidade de aflorar o juiz-antena, alimentado por Dinamarco. Não é por outro motivo que o mestre das arcadas busca colocar o juiz na posição de regulador da igualdade material "dentro do processo". É dizer, o julgador, para realizar justiça, deve promover "compensações" fáticas de posições jurídicas no procedimento, como forma de equilibrar o debate. Assim, "não basta [ao juiz] agir com igualdade em relação a todas as partes, é também indispensável neutralizar desigualdades. Essas desigualdades que o juiz e o legislador do

[1055] Neste sentido PEREIRA, Mateus Costa. **A paridade de armas sob a ótima do garantismo processual**, *in* Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017, pp. 247-265.

processo devem compensar com medidas adequadas são resultantes de fatores externos ao processo – *fraquezas de toda ordem*, como a pobreza, a desinformação, carências culturais e psicossociais em geral." (*destaques* no original)[1056]

Como em um passe de mágica, a necessidade de mediação legislativa na regulação de primeiro nível é abandonada pela doutrina instrumentalista. Ao juiz, no mesmo truque, é dada a competência do estabelecimento de regras de compensação de desigualdade no caso concreto. Com o devido respeito, a solução é flagrantemente inconstitucional, levando em consideração que a atuação proposta ao julgador encerra inarredável ativismo judicial.

Isso não bastasse, a prescrição pelo juiz de medidas de desigualação, a fim de satisfazer uma suposta igualdade de fato, não apenas rompe com a sua competência constitucional perante as demais funções do poder estatal, como também representa violação flagrante ao direito fundamental implícito da impartialidade.[1057]

Porém, os politólogos do processo encantaram-se com a proposta deste julgador capaz de realizar a justiça social no caso concreto. Mas, para isso, foi necessário romper com o âmbito de proteção da imparcialidade.

O direito fundamental de igualdade, segundo a Artur César de Sousa, possibilita ao juiz a supressão de dificuldades econômicas, sociais, técnicas e a proteção específica de determinado grupo de pessoas, como forma de possibilitar o cumprimento do "dever de tutela" (impróprio) da isonomia. Para isso, deve o juiz admitir a sua impossibilidade humana de adotar concretamente comportamento imparcial ou neutro na relação processual, devendo partir para uma postura de parcialidade positiva.[1058] A parcialidade seria positiva, porque exigiria do juiz postura ativa para o constante equilíbrio fático das partes, com vistas à superação das desigualdades sociais, culturais e econômicas.

A proposta da parcialidade positiva não opera no âmbito da dogmática do direito processual e tampouco na teoria do direito. Trata-se de uma proposta de ciência política da jurisdição não sujeita a controles jurídicos, possibilitando ao julgador a abertura axiológica, ideológica, política, social e ética, para a realização da justiça, como forma de buscar a máxima igualdade de fato entre as partes.

A pretensão, portanto, é consentânea com a proposta instrumentalista e neoconstitucionalista largamente criticada no presente trabalho. Sua pretensão é a criação de

---

[1056] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. I, 4.ed., São Paulo : Malheiros, 2004, pp. 208-209.
[1057] Em grande medida, isso foi observado por Dinamarco, inclusive. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. I, 4.ed., São Paulo : Malheiros, 2004, pp. 210-211.
[1058] SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz**, São Paulo : Almedina, 2018, pp.143 e ss.

uma espécie de realismo jurídico de aproximação com a jurisprudência dos interesses, no qual o juiz possa adequar a sua parcialidade e as formas do procedimento e do direito, para atender aos valores máximos de justiça no caso concreto.

A questão foge por completo da possibilidade de exame e de diálogo com a tese ora elaborada.

A supressão do direito fundamental ao juiz imparcial é a supressão mesma da igualdade formal do contraditório, é o abandono completo da contenção estatal e a vitória do arbítrio. A proposta da parcialidade "positiva" encerra uma violação ao próprio âmbito de proteção do devido processo legal, especificamente em suas liberdades negativa e positiva, pois admite ao julgador a atuação como parte na obtenção de provas, a adequação do procedimento para minorar desigualdades e a necessidade de se corrigir o direito para igualar as partes na decisão do caso, como forma de obtenção de justiça.[1059]

A proposta de Rafael Abreu, embora pretenda um "ativismo contido" do juiz no exame da igualdade, vai pelo mesmo caminho. O grande problema do autor foi cair na armadilha, já referida por Martins,[1060] de vincular a igualdade aos direitos fundamentais prestacionais (*status positivus*), consentânea com uma leitura de "gerações de direitos fundamentais".[1061] Já se demonstrou acima que não há constitucionalmente nenhuma hierarquia entre liberdade e igualdade e tampouco que houve uma sucessão de uma pela outra. A solução no plano legislativo deve ser objeto de verificação no caso concreto, com a finalidade de constatar a existência de justificação constitucional, seja para a interferência na liberdade, seja para o tratamento desigual.

Um dos fundamentos utilizados por Abreu é que houve uma "evolução" do constitucionalismo para romper com a noção de igualdade formal, tendo ela sido reestruturada como igualdade material plena, verificável, caso a caso, pelo juiz, naquilo que, com apoio em Bobbio, chamou de "igualdade nos direitos".[1062] Nada de novo em relação às propostas de Dinamarco e Souza, acima analisadas.

[1059] Para críticas aprofundadas sobre os pontos: SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 146-344.
[1060] MARTINS, Leonardo. **Direito fundamental de igualdade**, *in* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (orgs.). Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo : Saraiva e Almedina, livro eletrônico, item 2.3.
[1061] ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo [livro eletrônico]: posições processuais equilibradas e unidade do direito**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, item 1.3.
[1062] ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo [livro eletrônico]: posições processuais equilibradas e unidade do direito**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, item 1.2.1.2.

Como se viu, não houve qualquer "ultrapassagem" da igualdade formal para a igualdade material. Elas compõem o conteúdo normativo do mesmo direito fundamental de igualdade. A diferença decorre da vinculação do órgão estatal e da função por ele realizada.

Assim, para os órgãos responsáveis pela produção de norma geral e abstrata, ou mesmo para os produtores de normas concretas e específicas, há plena possibilidade de controle da constitucionalidade do enunciado normativo com base na igualdade material. Isso é muito claro com o legislador, pois a lei é o paradigma deste tipo de controle. Do mesmo modo, é possível realizar o controle de constitucionalidade de atos normativos em geral, como um decreto, regulamento ou edital do Executivo.

Com relação ao juiz, também é possível verificar a aplicação da igualdade material no controle da constitucionalidade decisória. A dogmática do *treat like cases alike*, ou seja, o tratamento equivalente de casos semelhantes, é uma boa métrica para estabelecer a comparação entre a decisão paradigma e a decisão controlada. É indispensável que se perquira, no caso concreto, a existência de justificação constitucional para que a mesma solução anterior não seja aplicada no litígio presente.

Outra situação em que isso se verifica com clareza diz respeito ao preenchimento das cláusulas gerais ou dos conceitos jurídicos indeterminados.[1063] A margem de operação interpretativa do julgador, neste caso, passa a ser controlada de modo muito parecida com o controle legislativo, observados os parâmetros já estabelecidos neste trabalho.

É importante notar, de forma definitiva, que a possibilidade de controle normativo pela igualdade material não altera os limites constitucionais da competência de cada um dos poderes. É dizer, o juiz não está autorizado a legislar ou a administrar, da mesma forma que o administrador não está autorizado a julgar, no sentido jurisdicional, ou a legislar. A igualdade material, portanto, é mais um componente do aparato de controle e contenção do poder.

A construção que se utiliza da igualdade para aumentar os poderes do juiz está relacionada, em grande medida, à sua compreensão como "direito a proteção", conforme desenvolvimento de Alexy e da construção da eficácia horizontal direta de Canaris, como analisada no item 2.4.2, *supra*.

No entanto, não há como concordar com a proposição. O monopólio da força e a necessidade de decisão do caso, com a definição da norma concreta pelo juiz, decorrência de um dever constitucional, não autoriza ao julgador o rompimento com o próprio direito. Tampouco, dota o julgador de competências constitucionais que não lhe são conferidas, tais

[1063] Neste sentido, MARTINS, Leonardo. **Direito fundamental de igualdade**, *in* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (orgs.). Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo : Saraiva e Almedina, livro eletrônico, item 3.

como a regulação primária das relações sociais. Ou seja, o dever de tutela impróprio (na expressão de Poscher) não altera a função de resistência do direito fundamental de igualdade (tampouco dos direitos de liberdade).

A finalidade da igualdade material, por conseguinte, é realizar o controle específico (concreto ou difuso) da norma, com o objetivo de verificar a existência de justificação constitucional para a discriminação contida. Sua função específica é de controle de constitucionalidade material.

A igualdade formal, por outro lado, tem finalidade relacional clara, ao estabelecer o tratamento igualitário dos indivíduos que se relacionam com o Estado, nomeadamente perante a administração e o judiciário. Não se admite, por conseguinte, o tratamento desigual de indivíduos que estejam formalmente na mesma posição, como, por exemplo, licitantes, partes, lançadores, concorrentes em concurso público etc. A função desta forma de igualdade é garantir a aplicação igualitária da lei que não tem vício de constitucionalidade.

Mixagens e incompreensões como as ora analisadas povoam a doutrina processual brasileira. São construções como essas que fundaram a razão da exploração do tema do presente trabalho.

3.6. A inexistência do direito fundamental do "devido processo substancial"

A "aproximação" entre os sistemas do *civil law* e do *common law* foi um dos gatilhos determinantes para a construção do "processo justo", em decorrência da concepção do *substantive due process*, produção teórica dos países anglo-saxões.

Em regra, no entanto, a doutrina não demonstra como essa aproximação ocorreu e tampouco como o conceito inglês e norteamericano de *substantive due process* foi introduzido no Brasil. Na verdade, sequer é apresentado – como de costume – o grande debate existente entre os adeptos da doutrina do *substantive due process* e seus opositores. Em regra, a inclusão do *substantive due process* na tradição brasileira vem acompanhada de alguns *slogans* – igualmente não esclarecidos –, apresentados em poucos parágrafos como se fossem certezas irrefutáveis, ligadas à noção de "*law of the land*" (direito local absorvível pela tradição e pelo costume), que veda qualquer lei que não seja "razoável" ou "racional".[1064]

[1064] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, 4.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2010, p. 129.

Não é o caso, no momento, de passar em revista a teoria do *substantive due process*[1065] dos países de *common law*. O caminho, no entanto, é verificar se o direito fundamental do art. 5º, LIV, da CF, coaduna-se com o seu conteúdo.

A diferença básica entre o *procedural due process* e o *substantive due process* relaciona-se com a finalidade de um e de outro. Embora ambos estivessem baseados na cláusula do devido processo legal (*due process of law*) da Décima Quarta Emenda da Constituição Americana, o primeiro (*procedural*) volta-se ao regramento e administração dos julgamentos, administração da Justiça (como instituição), direito de participação em decisões governamentais e a redução em geral do abuso do poder. O segundo (*substantive*) tem por objetivo o controle da validade das leis que violem os princípios da igualdade formal (*fairness*)[1066], justiça (*justice*)[1067] e dos direitos fundamentais individuais (*individual rights*).[1068]

Sua construção foi realizada, em grande parte, pela jurisprudência da Suprema Corte Americana, com a finalidade de justificação do *judicial review* sobre leis e atos governamentais estaduais e federais, período conhecido como "*Lochner era*".[1069]

O parâmetro de revisão utilizado no caso *Lochner* foi o conceito de "tradição" do *common law*, como direito que emana do povo, como prática corrente.[1070] Em outras palavras, a lei poderia ser considerada inconstitucional por sua irracionalidade. O desenvolvimento do

---

[1065] Para uma análise histórica da formação do *substantive due process* nos países de *common law:* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, 5.ed, Rio de Janeiro : Editora Forense, 2010, pp. 27-62. Também apresenta de modo adequado o *substantive due process*, nomeadamente na sua concepção original de contenção do poder estatal, NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal : (processo civil, penal e administrativo)**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 110/112.

[1066] A expressão é de difícil tradução, mas o seu sentido no vernáculo inglês é de tratamento imparcial, sem favoritismo ou discriminação, o que, na nossa tradição, está muito próximo do direito fundamental de igualdade formal.

[1067] O *common law* possui grande tradição no tratamento do direito e da "justiça", levando em consideração a importância histórica do direito consuetudinário revelado pelo juiz (teoria do *judge-made-law*) nos julgamentos, que passam a servir de referência para julgados posteriores, configurando, em grande medida, a caracterização do *stare decisis*. Foge ao escopo do presente trabalho analisar como essa tradição dialoga ou influencia outras tradições jurídicas, em especial a brasileira. Importante notar que o conceito de "justiça" nos países de tradição *common law* está muito vinculada à noção da tradição, do costume e das práticas realizadas pelas pessoas, mesmo sem regulação estatal. Não se trata, portanto, de um ideal abstrato, retirado de um "conjunto de valores", mas sim daquilo que se pratica (*law-in-action*).

[1068] SULLIVAN, E. Thomas. MASSARO, Toni M. **The arc of due process in American constitutional law**, New York : Oxford University Press, 2013, p. 5.

[1069] *Lochner v. New York* - 198 U.S. 45 (1905). Decisão disponível em <https://bit.ly/2QVACQk>, acesso realizado em 22/04/2021.

[1070] SCHAPIRO, Robert A. **Polyphonic federalism: toward the protection of fundamental rights**, Chicago : The University of Chicago Press, 2009, p. 39. SULLIVAN, E. Thomas. MASSARO, Toni M. **The arc of due process in American constitutional law**, New York : Oxford University Press, 2013, pp. 26-27.

substantive due process pela Suprema Corte representou a forma de controle dos atos de governo estaduais e federais, no período do final do Século XIX e começo do século XX.[1071]

A "*Lochner era*" durou até 1955, quando a Suprema Corte entendeu por realizar o *overruling* do precedente em *Williamson v. Lee Optical*.[1072] No julgado, o Tribunal asseverou, em tom de crítica, que estavam passados os dias de utilização da cláusula do devido processo contido na Décima Quarta Emenda para invalidar o direito estadual, a regulação de negócios e as condições das indústrias, por elas talvez serem insensatas (*unwise*), incautas (*improvident*) ou em desarmonia com determinada escola do pensamento.[1073]

A superação, contudo, não foi completa. O *substantive due process* passou a ser o parâmetro para o controle das limitações em liberdade individuais, tais como o direito ao casamento,[1074] o direito a manter relacionamento com a sua família extensa,[1075] o direito de visita dos avós,[1076] o direito de escolha de ter filhos e quando tê-los[1077] e o direito de autodeterminação sexual.[1078-1079]

Foge ao escopo do presente trabalho a análise profunda a respeito do *substantive due process* desde suas raízes norteamericanas e de seu desenvolvimento pela Suprema Corte e pela doutrina daquele país. O que interessa no ponto é demonstrar que seu desenvolvimento ocorreu em um sistema de *common law* e com uma Constituição bastante diversa da brasileira.

A importação da tese para um sistema de *civil law*, como o brasileiro, fundado a partir de uma Constituição fechada e analítica, como a CF, é de muito difícil realização, sem que se procedam a inúmeros *twists* lógicos e se promova um grande esgarçamento no texto constitucional.

O direito fundamental do art. 5º, LIV, da CF, não guarda em si e por si qualquer relação direta com o controle dos atos estatais. No caso brasileiro, o controle de constitucionalidade difuso está presente entre nós desde a primeira Constituição da República, de 1891.

[1071] SULLIVAN, E. Thomas. MASSARO, Toni M. **The arc of due process in American constitutional law**, New York : Oxford University Press, 2013, pp. 28-29. O que não se vê na obra brasileira que trata do assunto, com raras exceções, é que o desenvolvimento jurisprudencial do *substantive due process* sofreu duras críticas pela doutrina norteamericana, como mostram os autores ora citados.

[1072] 348 U.S. 483 (1955). Decisão disponível em <https://bit.ly/3gMWJDt>, acesso realizado em 22/04/2021.

[1073] Segue o excerto do original: "*The day is gone when this Court uses the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to strike down state laws, regulatory of business and industrial conditions, because they may be unwise, improvident, or out of harmony with a particular school of thought*."

[1074] *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

[1075] *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494.

[1076] *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000).

[1077] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Casey v. Population Services International*, 431 U.S. 678, 685–86 (1977).

[1078] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 562 (2003).

[1079] A lista dos julgados foi obtida em SULLIVAN, E. Thomas. MASSARO, Toni M. **The arc of due process in American constitutional law**, New York : Oxford University Press, 2013, pp. 29-30.

A adoção do *substantive due process* para tal finalidade é totalmente desnecessária e anacrônica, sendo um verdadeiro "ornitorrinco"[1080] doutrinário, levando em consideração que, no Brasil, o controle de constitucionalidade concentrado e difuso está expressamente previsto na CF.

A sua utilização no Brasil, nomeadamente pela jurisprudência do STF,[1081] visa a abertura da utilização normativa da "razoabilidade" como parâmetro do controle dos atos estatais e particulares.[1082]

Dentre os vários problemas da razoabilidade, está a sua própria definição. Da doutrina de língua inglesa, é comum a utilização do "*rule of reasonableness*", como uma "interpretação construtivista" do *substantive due process of law*, pela Suprema Corte Norte Americana, para o controle de validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais.[1083]

Segundo Canotilho, a razoabilidade serve de parâmetro de comparação para o juiz da *common law* de avaliação da dimensão do comportamento razoável, tendo em conta a situação de fato do caso precedente.[1084] A regra da razoabilidade tem a função de, a partir de comparações, estabelecer um direito mais justo.[1085] A razoabilidade caminha, *paripassu*, com as noções pouco produtivas da "harmonização" e do "balanceamento", que não apresentam qualquer rigor metodológico no enfrentamento dos casos.

O conceito de razoabilidade sofre de baixíssimo rigor dogmático, o que impede o controle de sua utilização. Para uma dogmática dos direitos fundamentais, ou mesmo do controle de constitucionalidade, a razoabilidade é um conceito de utilidade escassa. Seu recurso

---

[1080] A importação do *substantive due process* como forma de justificação do controle de constitucionalidade foi adjetivada, corretamente, por Rodrigo Ramina de Lucca, como um "ornitorrinco", diante da inexistência de qualquer relevância dogmática no Brasil. RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, item 6.3. O mito das decisões 'justas': a função do processo e do devido processo legal, nota 68, livro eletrônico.

[1081] Apenas alguns exemplos da utilização retórica do *substantive due process* para a justificação do controle de constitucionalidade através de critérios de "racionalidade" ou "razoabilidade": ADI 1.158-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29/12/1994, Plenário, *DJ* de 26/5/1995; ADI 1.511-MC, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16/10/1996, Plenário, *DJ* de 6/6/2003; AC 1.657-MC, voto do Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27/6/2007, Plenário, *DJ* de 31/8/2007; HC 102.094-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º/07/2010, *DJE* de 02/08/2010.

[1082] Essa é inclusive a defesa realizada por Ferraz Jr., sobre a qual se opõe no presente trabalho, nada obstante o costumeiro acerto do autor: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros tema**, Barueri : Manole, 2007, pp. 37-46. No mesmo sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**, São Paulo : Atlas, 2008, p. 101.

[1083] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, 5.ed, Rio de Janeiro : Editora Forense, 2010, pp. 60-61.

[1084] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6.ed., Coimbra : Almedina, 2002, p. 267.

[1085] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6.ed., Coimbra : Almedina, 2002, p. 269.

leva a "todos os subjetivismos possíveis, entendendo a proporcionalidade com uma abstração idealista enquanto 'constante busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos'. É evidente que tal 'equilíbrio' não pode ser racionalmente definido. Sua busca se limita na ocorrência de fórmulas retóricas para defender determinada escolha como equilibrada, correta ou mesmo 'justa'."[1086]

A razoabilidade é, sem dúvida, a grande responsável pelo descrédito que a proporcionalidade possui em vários setores da nossa doutrina, levando em consideração que elas sempre foram tratadas conjuntamente, naquilo que Barroso chama, elogiosamente, de "relação de fungibilidade" entre razoabilidade e proporcionalidade, o que, segundo o autor, permite o emprego em sinonímia de ambos[1087], motivo pelo qual defende o "princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade".[1088] Segue afirmando que a "razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça."[1089] O belo discurso, em tom panfletário e de "luta do bem contra o mal", segue sua cantilena ao conceituar o razoável como aquilo que "seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar."[1090]

A importação do *substantive due process* no Brasil teve o efeito maléfico de reduzir a noção da proporcionalidade – desenvolvida pela dogmática alemã dos direitos fundamentais, de limite dos limites (*Schranken-Schranken*), item 2.7 – a um mero exame de razoabilidade tendente à realização da "decisão justa".[1091] Não é por outro motivo que a proporcionalidade é vista com tanta desconfiança entre nós.

[1086] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 227.
[1087] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 7.ed., São Paulo : Saraiva, 2009, p. 230.
[1088] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 7.ed., São Paulo : Saraiva Educação, 2018, livro eletrônico, Capítulo II, item 2.
[1089] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 7.ed., São Paulo : Saraiva, 2009, pp. 230-231.
[1090] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 7.ed., São Paulo : Saraiva, 2009, p. 231.
[1091] Neste sentido é a construção de diversos defensores do devido processo substancial, dentre eles: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de diretos**, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 131-176. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Princípio do devido processo legal revisitado**, *in* Revista de Processo, v. 30, n. 120, fev. 2005, pp. 279-283. ANDRADE, Cássio Cavalcante. **O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal**, *in* Revista dos Tribunais, v. 103, n. 948, out. 2014, p. 83. POZZA, Pedro Luiz. **Devido processo legal e suas acepções**, *in* Revista Juris Plenum, v. 3, n. 13, jan. 2007, pp. 110-112. BOSCHI, José Antonio Paganella. **O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis petroriana**, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 14, n. 58, jan./fev. 2006, p. 235.

A noção de razoabilidade (e, por consequência, de proporcionalidade) como "equilíbrio" não possui qualquer rigor técnico-dogmático e não oferece quaisquer testes de controle. A razoabilidade se vale da ideia de que princípios e valores são argumentos que podem ser colocados em uma balança a partir de método de ponderação, em busca deste "equilíbrio". Assim, ela passa a ser vista como tipo de balanceamento e ponderação na perspectiva alexyana.

Em última análise, a razoabilidade visa um "dever interpretativo" de meio-fim em busca da "verdadeira justiça". Como já demonstrado no estudo sobre a proporcionalidade como limite dos limites, o "pensamento representa uma verdadeira capitulação incondicional da dogmática da proporcionalidade como importante elemento constituinte da dogmática geral dos direitos fundamentais!"[1092] A busca por este tipo de recurso retórico é comum entre aqueles que visam questionar as soluções políticas apresentadas pelo legislador na tutela de determinado direito. A discussão deixa de ser jurídica e se estabelece, exclusivamente, no plano das escolhas possíveis para a realização "ótima" de determinado valor ou princípio. É o que se chamou aqui de "terceiro turno" legislativo pelo judiciário.

A razoabilidade é critério de baixa densidade dogmática e que leva, em regra, a decisões subjetivadas e solipsistas na sua realização como possível "regra de equidade, prudência, ponderação, reciprocidade, moderação, bom-senso, razoabilidade [sentido estrito], equilíbrio ou qualquer outra qualidade e 'virtude' dessa natureza."[1093]

Quando muito, a razoabilidade pode ser entendida como insuportabilidade dos efeitos de determinada medida[1094], que se encontra absorvida no teste da adequação da proporcionalidade como limite dos limites, uma vez que "uma medida irrazoável [nesse sentido] jamais poderá ser considerada adequada, mas muitas medidas razoáveis podem revelar-se inadequadas para alcançar o propósito almejado."[1095]

LIMONGI, Celso Luiz. **O devido processo legal substantivo e o Direito Penal**, Revista da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 162. BELTRAME, Rúsvel. **Devido processo legal, direitos fundamentais e inquérito civil público**, Revista Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, ano 2, n. 3, p. 194. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?**, *in*: Garantismo processual : garantias constitucionais aplicadas ao processo, Brasília : Gazeta Jurídica, 2016, pp. 20-21. MENDES, Gilmar Ferreira. **Art. 5º, LIV**, *in* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (orgs.). Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo : Saraiva e Almedina, livro eletrônico, item b. Embora com um sentido próprio de razoabilidade, mas com efeitos muito parecidos: ÁVILA, Humberto. **O que é o "devido processo legal"?**, *in* Revista de Processo, vol. 163, Set. 2008, pp. 50-59.

[1092] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 229.

[1093] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 233.

[1094] LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, pp. 203-204.

[1095] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 254. Laurentiis defende a utilização da razoabilidade dentro do teste da

A importação brasileira do "devido processo substancial", ao contrário de pretender a limitação e o controle do poder a partir de recursos dogmáticos concretos, está relacionada a uma pretensão de correção da lei por critérios de justiça pessoais do julgador, que não possuem metódos objetivos de avaliação, impossibilitando a análise da fundamentação judicial dogmaticamente.

Na verdade, a doutrina que desenvolve a teoria do "processo justo" necessita da importação destemperada do *substantive due process*, para introjetar o conteúdo líquido de um suposto justo na atuação judicial, seja no controle do procedimento, seja para a decisão de mérito. Com isso, alcança-se a "fantochização" do direito, que passa a ser marionete nas mãos do seu controlador-mor, o juiz.

A doutrina brasileira, há muito, vem buscando ligar o direito material ao direito processual, com a finalidade de demonstrar a íntima relação entre um e outro, sendo que o direito processual somente existe em razão do direito material. Deste modo, se o processo consiste na efetiva realização do direito material, como forma de se alcançar a justiça no caso concreto,[1096] nada mais certo do que a correção episódica do direito pelo juiz para a realização ótima da tutela do direito material.

A abertura de poderes extralegais e extraconstitucionais para o Juiz, com vistas à realização política de finalidades ideológicas sectárias, é, ao fim e ao cabo, a premissa velada da utilização da retórica do *substantive due process* entre nós.

Tal hipertrofia de poderes está na contramão do conteúdo normativo dos direitos fundamentais, em especial do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), que visa a limitação do poder estatal e encerra inúmeras competências negativas, em especial à jurisdição.

O devido processo legal é, pois, um antagonista do chamado "devido processo substancial", ao menos como concebido no ordenamento jurídico brasileiro.[1097] Tal figura é produto de uma concepção de direito fundamental apenas em sua dimensão objetiva, que

---

proporcionalidade com limite dos limites, porém pretende sua incorporação após o teste da adequação. Nada obstante as razões lançadas pelo autor, entende-se que no particular, assiste razão a Dimoulis e Martins, levando em consideração que a insuportabilidade dos efeitos gerada pelo meio eleito, enseja a reprovação do teste da adequação. A absorção, neste sentido, é evidente. LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017, pp. 206-208.

[1096] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Escopo jurídico do processo**, Revista de Processo, vol. 203/2012, pp. 305-317, Jan./2012, revista eletrônica.

[1097] Como já estabelecido por diversas vezes no presente trabalho, não há qualquer pretensão universalista de exame do devido processo legal, razão pela qual eventual incompatibilidade com a figura em outros sistemas jurídicos não impede a sua adoção em outras realidades normativas. O exame dogmático, portanto, parte do texto e da normatividade brasileira.

desserve ao indivíduo e apenas empodera o Estado, o que, inevitavelmente, desnatura a própria essência do direito fundamental.

Com isso, conclui-se que na realidade brasileira não há como se admitir um devido processo substancial.

3.7. Processo e direitos de organização e procedimento

É bastante corriqueiro na doutrina em geral, seja de direito constitucional, seja de direito processual, a afirmação de que o processo é um direito fundamental de organização e procedimento.

Tal caracterização já caiu no lugar comum, inclusive, sendo que a grande maioria da doutrina sequer se dedica à análise acerca da própria categoria. É dizer, se o suposto direito de organização e procedimento significa um complexo de direito único (organização e procedimento) ou se corresponde a dois complexos de direitos distintos, embora eventualmente conectáveis (direitos de organização e direitos de procedimento). Mas este talvez seja o menor dentre os problemas da utilização de tal figura dogmática.

Sem a pretensão de realizar a historiografia teórico-dogmática do seu desenvolvimento, é inegável que a relevância dos direitos de organização e procedimento surgiu a partir do desenvolvimento da noção de "*status activus processualis*" por Peter Häberle.[1098] A tese foi apresentada por ocasião da exposição de Häberle na reunião anual da *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Associação de professores alemães de Direito Constitucional – tradução livre), em 1972, cujo tema proposto era "Direitos Fundamentais no Estado Prestacional" (*Grundrechte im Leistungsstaat*).

3.7.1. *Status activus processualis* de Peter Häberle

Não é novidade alguma a inclinação de Häberle para uma teoria social dos direitos fundamentais – nomeadamente por sua teoria institucional dos direitos fundamentais – que tinha como elemento nuclear a ideia da "sociedade aberta dos intérpretes da constituição", de caráter pluralista ("todas as forças pluralistas públicas"), influenciadora do juiz constitucional

[1098] HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, pp. 44-131.

no exame de determinada matéria, já que, em última análise, são tais forças as responsáveis pela "atualização pública" da interpretação.[1099]

Para ele, todos os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal clássica, devem ser considerados "direitos fundamentais sociais" ("*soziale Grundrechte*") no sentido mais amplo, pois caracterizam-se por serem uma consequência do desenvolvimento em direção a um Estado Social Constitucional e encontram-se na lógica do estado prestacional.[1100]

Foi ele um dos grandes difusores do conceito de constituição como cultura, ou seja, como retrato do desenvolvimento cultural de determinada sociedade, meio de autorretrato cultural de um povo, espelho de sua herança cultural e fundamento de suas esperanças. Nas pegadas de Herman Heller, Häberle defendia uma visão de constituição viva, que se desenvolve durante a própria vida. Entender os direitos fundamentais a partir do ponto de vista "científico-cultural" quer dizer que a "dignidade humana se interpreta com base antropológico-cultural do Estado constitucional, donde partem os direitos fundamentais como direitos humanos e dos cidadãos."[1101]

Em seu pensamento, é natural o constante câmbio do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, sendo que as teorias dos direitos fundamentais têm a função de representar apenas o meio necessário para o alcance de um fim, qual seja, a otimização da proteção dinâmica dos direitos fundamentais.

Esta proteção dinâmica ocorreria não apenas pelas dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, mas, essencialmente, pela tomada de consciência sobre uma dimensão "democrática", ou seja, a interpretação dos direitos fundamentais está na "base funcional" da democracia, devendo ser considerados como direitos de participação dos indivíduos, eis a base da construção da teoria do "*status activus processualis*".[1102]

Grosso modo, a ideia central do "*status activus processualis*" häberliano é a de garantir a participação política dos interessados na tomada de decisões de concretização e/ou limitação dos direitos fundamentais, nomeadamente pela administração pública, como forma de se evitar posteriores conflitos e, ainda, participar do processo decisório e interpretativo do próprio Tribunal Constitucional.

[1099] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 41.
[1100] HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, p. 92.
[1101] HÄBERLE, Peter. **El concepto de los derechos fundamentales**, *in* SAUCA, José Maria. Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Madrid : Universidad Carlos III de Madrid, 1994, pp. 102-103.
[1102] HÄBERLE, Peter. **El concepto de los derechos fundamentales**, *in* SAUCA, José Maria. Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Madrid : Universidad Carlos III de Madrid, 1994, pp. 104-105.

É por isso que Häberle sustenta que tal direito seria de *status activus*, pois integrante da esfera política de cada indivíduo. Ainda, considera-o como direito "*processualis*", ao estabelecer que a participação dos indivíduos interessados e a consideração desta participação pelos decisores deveriam ocorrer através de determinado procedimento.

A hipótese por ele defendida é a garantia da comunicação das partes envolvidas, desde o início, na tomada de decisão, representando um ganho democrático e que, em última análise, seria muito mais eficiente do que posterior demanda perante o Poder Judiciário.[1103]

Häberle defendia que cada direito fundamental possuía uma pretensão de participação pessoal do indivíduo, sempre que seus interesses concretos estivessem em jogo, daí a necessidade de constante informação. De forma mais específica, o "*status activus processualis*" teria a função específica de "fortalecimento do lado processual" dos direitos fundamentais, para o preenchimento da abertura material da cláusula do estado de bem-estar social. Assim, considera que toda dogmática do estado social é, antes de tudo, a dogmática dos direitos fundamentais.[1104]

Essa dogmática, para Häberle, está relacionada diretamente com a cláusula do estado de bem-estar social e o princípio da igualdade material, ambos condicionantes da visão do direito de resistência e das regras de organização estatal (competências).

O autor esclarece que o aproveitamento dessas premissas em favor da liberdade social necessita de melhor elaboração: a tríade da dignidade da pessoa humana, estado de bem-estar e democracia igualitária exige, no contexto social geral, o atingimento de um estado ótimo de liberdade real para todos. Isso significa que o Estado Prestacional deve criar as condições para que todos possam realmente fazer uso de sua liberdade. A liberdade não tem valor sem os pré-requisitos reais, para que o indivíduo seja capaz de reivindicá-la. Ele identifica, portanto, um "limite de sacrifício social" ("*soziale Opfergrenze*"). Essa liberdade real, por meio da igualdade, exige uma atividade estatal eficiente e de liderança, em busca de uma realidade ideal.[1105]

Neste estado de coisas, Häberle defende que é função da "dogmática" o desenvolvimento de procedimentos que sejam a diretriz para a legislação do Estado de bem-estar social (Prestacional), com vista de que os direitos fundamentais e o Estado constitucional sirvam ao objetivo de possibilitar uma vida livre, em equilíbrio social e em favor da humanidade ("justiça dos direitos fundamentais sociais" e "equalização").

[1103] HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, pp. 86-89.
[1104] HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, p. 92.
[1105] HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, pp. 96-97.

Destarte, defende a "socialização prática da liberdade de direitos fundamentais em uma dimensão de Estado Prestacional". "Socialização" compreendida como um processo permanente, aberto, que dota a liberdade "geral" de caráter público, sem descuidar do seu lado privado: ela se torna, de diversas formas, um bem público comum, na medida em que é valorizada pelo judiciário.[1106]

Segundo o autor, isso deve condicionar o objetivo da vontade política e do processo de tomada de decisão política, já que representa a resposta aos déficits de direitos fundamentais sociais. Assim, seria concretizada a liberdade da vida social como um todos em uma ordem fundamental livre (liberdade dos direitos fundamentais).

Em apertada síntese, a resenha acima demonstra que o objetivo principal de Häberle era de realizar uma reviravolta política no conteúdo dos direitos fundamentais, responsável pelo desenvolvimento doutrinário dos procedimentos necessários a serem adotados pelo Estado, para o atingimento de uma igualdade material suficiente a propiciar a liberdade real dos indivíduos, no gozo de direitos fundamentais em geral, sempre qualificados como "sociais".

A descrição desses procedimentos – que serviriam de modelo para o legislador – deveria levar em consideração a necessidade de comunicação e participação efetiva do interessado, como forma de legitimação da democracia direta.

A hipótese que sustenta todo desenvolvimento de Häberle é que o Estado Prestacional conforme os direitos fundamentais apenas se realiza quando os cidadãos são (realmente) livres e têm oportunidades ótimas de autodeterminação.[1107]

Com efeito, a proteção dos direitos fundamentais no Estado Prestacional não pode ser relegada à ideia de proteção judicial *a posteriori* (proteção jurídica em sentido estrito). Na verdade, o mecanismo deveria ser dúplice: proteção judicial por um lado e "proteção extrajudicial" (proteção jurídica em sentido amplo) através do "*status activus processualis"* de outro.[1108-1109]

[1106] HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, p. 99.
[1107] HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, p. 113.
[1108] HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, p. 121.
[1109] Aqui cabe a diferenciação que o autor faz sobre "direitos fundamentais" ("*Grundrecht*") e "interesses de direitos fundamentais" ("*Grundrechtsinteresse*"): o direito fundamental é o conteúdo factual que pode ser justificado como um direito público subjetivo ou reivindicação; o interesse pelos direitos fundamentais significa referências factuais aos direitos fundamentais que ultrapassam este limite – interesses que só podem ser protegidos de forma otimizada em processos extrajudiciais. (HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, p. 122.) A proteção legal em sentido amplo, por conseguinte, é formada pela proteção judicial e pela proteção extrajudicial, sempre realizadas no interesse do cidadão. Com isso, afirma que toda proteção legal no interesse do cidadão envolve um interesse público do Estado. (HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, p. 123.)

Importante esclarecer que a proteção extrajudicial de que trata Häberle é a realizada pela instância política (legislador e administrador), que deve garantir a comunicação institucionalizada, a participação, a publicidade individualizada e geral.

Como já referido acima, a proteção jurídica extrajudicial deve ter lugar através de procedimentos que condicionem (no sentido de limite político) a decisão. É aqui que reside o *status activus processualis* dos direitos fundamentais, ou seja, a exigência de que essa proteção ocorra de modo efetivo e através de mecanismos de democracia direta.

Sustenta o autor a necessidade de que o cidadão esteja em simbiose com o governo (legislativo e executivo), em arranjos de cooperação entre cidadãos, grupos organizados e o Estado.[1110] Com efeito, a proteção aos direitos fundamentais deve iniciar o mais cedo possível, antes que a "conquista" do direito fundamental crie um fato consumado de difícil reversão e que, muitas vezes, não atende às exigências sociais.

Nos termos tratados no presente trabalho, a pretensão häberliana não é propriamente de uma dogmática jurídica, mas de ciência política dos direitos fundamentais, pois voltada ao rearranjo de uma estrutura jurídica, que deveria ser relida pela doutrina – no sentido mais clássico como derivação da produção dos "doutos", no caso os professores de direito constitucional alemães –, que serviria de modelo procedimental a ser estabelecido pelo legislador.[1111] Em resumo, essa é a proposta do "*status activus processualis*".

[1110] HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, p. 127. A ideia de Estado Constitucional Cooperativo é figura central no desenvolvimento teórico de Peter Häberle. *Cf.* por todos: HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional cooperativo**, Rio de Janeiro : Renovar, 2007, *passim*.

[1111] Em parte, essa foi a crítica elaborada por Roman Herzog (1934 - 2017) na fase de debates após a apresentação de Häberle: HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972, p. 147: "*Ich muß gestehen, Herr* Häberle, *wenn ich ganz persönlich werden darf, ich beneide Sie um den Optimismus. Ich frage midi aber, — so wichtig all diese Arten von Sicht des Verfassungsrechts und überhaupt der Rechtsordnung sind — ob das eben nidit nur die eine Seite der Medaille ist; ob der Konflikt — ich will nicht sagen weginterpretiert, aber — so minimali- siert werden darf und kann, wie Sie uns das vorgeführt haben. Auf diese Weise, Herr* Häberle, *haben Sie auch weginterpretiert den Unterschied, die Grenze, zwischen Verwaltungs- und Verfassungsrechtspolitik und geltendem Verfassungsrecht. Wenn ich das pointiert sagen darf: Sollte meine soeben erschienene „Staatslehre" eine zweite Auflage erleben, so würde ich — wollte ich Ihnen folgen — sie eigentlich in „Deutsches Staatsrecht" umbenennen müssen. Ich sage das teils zustimmend, teils ablehnend, denn in vielem, was Sie uns hier vorgeführt haben, würde ich durchaus Ihrer Meinung sein, nur nicht sub specie geltendes Verfassungsrecht, sondern sub specie einer Verwaltungs- und Verfassungsrechtspolitik*".
Em tradução livre: Devo confessar, Senhor Häberle, se me permite ser muito pessoal, invejo seu otimismo. Mas eu me pergunto - por mais importantes que sejam todos esses tipos de visão do direito constitucional e do sistema jurídico em geral - se esta é apenas uma das faces da moeda; se o conflito - não quero dizer que seja interpretado, mas - pode e deve ser minimizado como você nos mostrou. Desta forma, Sr. Häberle, o senhor também interpretou a diferença, a fronteira, entre a política de direito administrativo e constitucional e o direito constitucional vigente. Se me permite dizer claramente: se meu recém-publicado "Teoria do Estado" tivesse uma segunda edição, eu - se quisesse segui-lo - teria de renomeá-lo para "Direito Constitucional Alemão". Digo isso em parte na afirmativa, em parte na negativa, porque em muito do que você nos apresentou aqui, eu definitivamente concordaria com você, apenas não na subespécie do direito constitucional vigente, mas na subespécie da política de direito administrativo e constitucional.

A pretensão de Häberle é, por conseguinte, política. Visa à democratização da tomada de decisões legislativas e administrativas pela participação dos interessados, a partir do pensamento alinhado ao ideal do Estado Prestacional, no estabelecimento do conteúdo pré-normativo ("principiológico") dos procedimentos necessários para a realização da participação acima, bem como da substância concretizadora dos próprios direitos fundamentais.

Embora não tenha feito referência à herança do termo *politeia*, como "ordenação dos poderes que dão forma à existência coletiva do conjunto dos cidadãos, em vista da realização de seus fins, o bem de toda sociedade",[1112] a premissa buscada está em consonância com este ideal, que serve de uma das bases do pensamento republicano. Sérgio Cardoso, portanto, conclui que a noção da participação é anterior ao conceito de direito fundamental, pois representa uma forma de legitimação política da *res populi* (coisa pública): "É por associar homens livres que esta forma de associação 'política' considera que todos devam ter alguma influência nas decisões relativas aos assuntos comuns, dispondo, assim, cada um de algum poder sobre os demais, de modo a escapar da condição de servil da obediência nua, sem contraparte."[1113]

A proposta häberliana do *status activus processualis* dialoga com a teoria dos *status* de Jellinek, para a criação de um direito político do indivíduo de participação política na concretização de seus direitos fundamentais. Jamais passou pela perspectiva de Häberle a criação de uma "nova função" para os direitos fundamentais a partir do *status activus processualis*, ou mesmo a abertura para a competência do juiz, para que, no caso concreto, realizasse a revisão positiva – prescritiva, portanto – das opções legais estabelecidas pelos legislador.

Nada obstante a genialidade do professor alemão, que influenciou sobremaneira a dogmática alemã e também a luso-brasileira, em razão da predileção de grandes autores como Canotilho e Gilmar Mendes pela produção häberliana, nota-se que a proposta do *status activus processualis* não ganhou espaço nos tribunais, seja no sentido apresentado por Häberle, seja em sentido esgarçado. Em pesquisa no Tribunal Constitucional Federal Alemão[1114] pelo termo "*status activus processualis*", não se encontra qualquer menção da corte. O mesmo aconteceu com as pesquisas realizadas no STF[1115] e no STJ.[1116]

[1112] CARDOSO, Sérgio. **Por que república? Notas sobre o ideário democrático e republicano**, *in* Retorno ao republicanismo, Belo Horizonte : Editora UFMG, 2004, p. 47.
[1113] CARDOSO, Sérgio. **Por que república? Notas sobre o ideário democrático e republicano**, *in* Retorno ao republicanismo, Belo Horizonte : Editora UFMG, 2004, p. 47.
[1114] Disponível em <https://bit.ly/3iFxjaU>, acesso realizado em 07/10/2021.
[1115] Disponível em <https://bit.ly/3ahbFoK>, acesso realizado em 07/10/2021.
[1116] Disponível em <https://bit.ly/3FAsiu6>, acesso realizado em 07/10/2021.

Não há dúvida alguma de que o desenvolvimento teórico da participação é essencial para a legitimação do exercício do poder e, ainda, para garantir que a decisão seja tomada a partir da consideração e influência das razões dos interessados. Na instância política, portanto, quanto mais participação houver pelo indivíduo, com a necessária informação e possibilidade de exercício concreto de influência, maior legitimidade guardará o sistema político-democrático, deixando de ser mera democracia delegativa, no dizer de Guillermo O'Donnel.[1117]

Do ponto de vista político, é extremamente louvável o esforço e o incremento da participação direta do cidadão nos rumos da política legislativa e das políticas públicas. A ideia, nada obstante sua beleza, é de grande dificuldade de implementação, principalmente pelos desafios de tempo e espaço, os quais podem ser reduzidos com recursos tecnológicos.

Seja como for, a necessidade de participação do indivíduo – referida por Häberle como integrante do *status activus processualis* – na tomada de decisão da coisa pública está mais perto de uma reivindicação política, voltada ao constrangimento do legislador e do administrador para o aumento do espaço democrático do cidadão.

3.7.2. Desvirtuamento de Häberle pela doutrina neoconstitucionalista

As ideias de Häberle, como demonstrado acima, são de grande relevância prática para o aumento do grau democrático de determinada sociedade. A convocação realizada pelo ilustre constitucionalista foi para a união de esforços da doutrina para comover juridicamente o legislador, em um "apelo" para a democratização dos espaços de decisão majoritária.

No entanto, a doutrina neoconstitucionalista viu na construção häberliana uma oportunidade para o aumento dos poderes do juiz, um de seus principais objetivos, diga-se.

O conceito de *status activus processuais* relacionado ao direito político fundamental de participação do cidadão, na regulação estatal legislativa e executiva de concretização dos direitos fundamentais, transformou-se em uma válvula de abertura para que o julgador passasse a realizar a correção do procedimento e dos eventuais déficits de organização estatal, possibilitando ao próprio magistrado a substituição do legislador – e do próprio indivíduo – no preenchimento do conteúdo concreteizador de determinado direito fundamental. É nesta perspectiva que Alexy apresenta os direitos de organização e procedimento, incluindo, dentre

[1117] O'DONNEL, Guillermo. Democracia Delegativa? *In* Novos Estudos, nº 31, Outubro de 1991, disponível em <https://bit.ly/3sw1O5D>, acesso realizado em 25/02/21

eles, as "normas direitos processuais".[1118] Importante compreender que os direitos de organização e procedimento, do modo como apresentado, estão alinhados com o modelo de "direitos a proteção" alexyano ou o "dever de proteção" (*Schutzpflicht*) canarisiano, conforme apresentados no item 2.4.2, *supra*.

Nada obstante Peter Häberle jamais tenha associado o *status activus processualis* com aquilo que chamava de "proteção judicial", é inegável que sua construção foi utilizada pelos neoconstitucionalistas para que os direitos fundamentais passassem a ser vistos como direitos de proteção, ganhando caráter de direitos a prestação e exigindo do Estado a criação de normas de organização e procedimento – vinculação do legislativo, ou a interpretação e aplicação concreta das normas procedimentais – vinculação do judiciário – para o atingimento de uma situação ótima de gozo.[1119]

Alexy, portanto, propõe a absorção do conceito de *status activus processualis* para a sua proposta de direitos de organização e procedimento,[1120] os quais, embora englobem elementos diferentes (procedimento e organização estatal), foram aglutinados pela similaridade da ideia de procedimento (como sucessão de atos). Assim, ele explica que "[p]rocedimentos são sistemas de regras e/ou princípios, para a obtenção de um resultado."[1121] Importante registrar, desde já, que Alexy elabora a partir de uma visão flagrantemente estatalista de procedimento, voltada à obtenção de determinado resultado. Esse é o pecado capital da teoria de Elio Fazzalari, ao assumir o processo como procedimento em contraditório, pois, como já referido, toma o procedimento como conjunto de atos voltado para um resultado, no caso, a decisão judicial. Neste trabalho, contudo, o conceito de procedimento é mais elástico do que isso. Ao menos, o procedimento processualizado é o produto legal da atividade do legislador em concretizar e limitar o devido processo legal, frente à necessidade de maior ou menor intensidade do poder ao juiz, de acordo com o direito material em jogo em determinada constelação triangular. Ele ruma em direção à decisão, não porque o procedimento busca isso,

---

[1118] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, pp. 450-451.

[1119] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 474.

[1120] Do que é acompanhado por significativa parte da doutrina constitucional, inclusive sem qualquer análise crítica. Neste sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6.ed., Coimbra : Almedina, 2002, pp. 957-959. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo IV,** 3.ed., Coimbra Coimbra Editora, 2000, pp. 94-93. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 13.ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018, pp. 186-187, 201-202.

[1121] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 473.

mas porque a atividade jurisdicional – exercício de poder estatal – é voltada para a solução de um caso concreto.

A construção alexyana prossegue com a utilização do procedimento como a "palavra-chave" para a efetivação do direito fundamental. Diz ele: "Se o resultado é obtido por meio da observância dessas regras e/ou respeito aos princípios, então, ele deve, do ponto de vista procedimental, ser classificado positivamente. Se ele não é obtido dessa forma, ele é, do ponto de vista procedimental, defeituoso, e deve ser, por isso, classificado negativamente. Esse conceito amplo de procedimento engloba tudo o que está incluído na fórmula 'realização e asseguração dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimento'."[1122]

O "conceito amplo de procedimento", responsável pela efetivação dos direitos fundamentais, passa a gerir toda incidência dos direitos em questão, a partir de uma perspectiva objetiva (e estatal, portanto), para velar para o sucesso de sua implementação, tanto na esfera pública, quanto na espera particular. É por isso que Alexy afirma que, "a despeito das visíveis diferenças, as normas do direito contratual e as normas do direito processual definem igualmente um procedimento: as primeiras estabelecem como se pode produzir uma obrigação contratual; as segundas, um julgamento. Ao mesmo tempo, o conceito amplo de procedimento faz com que fique claro o que é relevante na idéia de procedimento no âmbito dos direitos fundamentais. As normas de organização e procedimento devem ser criadas como forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais."[1123]

O desenvolvimento dos direitos de organização e procedimento a partir da dimensão objetiva autônoma de dever de (ou direito a) proteção propõe uma finalidade específica para o procedimento, que é a efetivação dos direitos fundamentais no sentido episodicamente pretendido pelos próprios neoconstitucionalistas. Assim se posiciona Sarlet: "é possível extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado material deles. Neste contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo sofrem influência

[1122] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 473.
[1123] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 473.

da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais."[1124]

Aqui é fundamental compreender o movimento realizado pelo neconstitucionalismo na construção do sentido dos direitos de organização e procedimento. Há a instrumentalização do procedimento, como ferramenta nas mãos do Estado, para a realização de determinado objetivo substancial de preenchimento dos direitos fundamentais, mesmo que através de interpretação promovida pelo próprio judiciário. O procedimento, portanto, serve para a realização do conceito "ótimo" ou do conceito "justo" dos direitos fundamentais.

Na verdade, a pretensão é de utilização do procedimento como retórica jurídica para que o judiciário possa atuar de forma "legítima" em ativismo e substituição do próprio legislativo. É aqui que o procedimento serve como arrimo para a desneutralização política do judiciário.[1125] Como se, pela utilização e observância de determinado procedimento, o juiz estivesse autorizado a realizar a correção do direito posto. O procedimento passa a ser a legitimação do exercício do poder jurisdicional para fora de sua competência.[1126] Ou seja, uma legitimação meramente retórica, na contramão da tese da legitimidade pelo procedimento de Luhmann.[1127]

Houve uma completa distorção da proposta de Häberle, com a ressignificação do *status activus processualis*, não mais compreendido como um direito político de participação, mas como uma abertura ativista do próprio judiciário. O uso axiomático da produção häberliana é evidente.

O procedimento e, por consequência, a organização do poder estatal, que deveriam servir de demarcações concretas dos limites impostos pelos próprios direitos fundamentais,

---

[1124] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 13.ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018, p. 156.

[1125] Neste sentido, CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 194-200.

[1126] Isso se vê claramente na proposta instrumentalista: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 82.

[1127] Importante asseverar que embora Luhmann e o seu "Legitimidade pelo procedimento" sejam utilizados axiomaticamente pela tese neoconstitucionalista, é indispensável notar que a proposição do célebre sociólogo jurídico alemão vai na contramão de uma "legitimidade" através do procedimento estabelecido pelo juiz. A construção luhmanniana é de percepção do procedimento como um elemento de "institucionalização do conflito". Mais do que isso, ele apresenta uma série de fatores legitimantes para além da própria decisão judicial. "Todas as características sistemáticas dum procedimento, que anteriormente apresentamos em teoria, têm de cooperar para o atingir este resultado: o procedimento tem de ser diferenciado por meio de normas jurídicas específicas da organização por meio duma separação de papéis socialmente institucionalizada, como um sistema especial de ação; tem de adquirir uma certa autonomia graças a ligação com as normas jurídicas para se poder individualizar, por meio duma história própria; tem de ser suficientemente complexo para poder submeter ao debate os seus conflitos e poder deixar na incerteza, durante algum tempo, as soluções desses conflitos." (LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 101.)

passam a servir, pela própria retórica da necessidade de proteção do direito, para a hipertrofia dos poderes estatais, em especial da jurisdição.

Nesta ordem de ideias, o procedimento e a participação passam a ser vistos como condições de imunização do arbítrio, como se a simples observância de determinado procedimento ou mesmo a garantia de informação, reação e influência da parte, tivesse o condão mágico de evitar a prática de abusos de poder. A instrumentalização do procedimento, por consequência, promove o rompimento com as bases constitucionais de limitação do poder e oferece, sem qualquer cerimônia, o arbítrio estatal como resposta.

As doutrinas que enxergam o processo como um "instrumento" para a "proteção jurídica efetiva"[1128] necessitam da conformação do direito fundamental do processo como sendo integrante da categoria de direitos a proteção, especificamente no subgrupo dos direitos de organização e procedimento.

Um dos maiores problemas desta concepção é que o procedimento – que deveria espraiar as garantias processuais de modo adequado para cada ato e oportunidade processual, como forma de proporcionar concretamente a limitação do exercício do poder estatal, garantindo as zonas de liberdade das partes e interessados – passa a ser manietado pelo próprio juiz, a quem o procedimento deveria controlar. O respeito ao "contraditório" e à "fundamentação exaustiva" tornam-se as senhas para os defensores de uma plasticidade procedimental "protetora dos direitos fundamentais", que de pronto viola e ofende o primeiro direito fundamental a que deveria ter atenção, qual seja, o devido processo legal.

Dizem que a legitimidade da decisão está diretamente apoiada no grau de participação que o procedimento proporciona e deve estar alinhado para salvaguardar a tutela do direito material, justificando a mutação episódica de cada procedimento a partir da necessidade de cada causa.[1129] O que se pretende, na verdade, é a mixagem de direitos fundamentais com o exercício do poder, para que, em nome de direitos fundamentais, a jurisdição tenha competência para tudo, pelo simples poder de decidir. O limite passa a ser o impulso. A titularidade do direito que dota o indivíduo da pretensão de resistência contra intervenções estatais passa a ser desprezada pela dimensão objetiva. Tudo em nome de um juiz total, com habilitações jurídicas, axiológicas e políticas, capaz de ser o redentor de todos os males da sociedade, a partir do seu agir "processual."

[1128] Para além de todos os autores revisados e citados acima, verifica-se que Alexy encontra-se também alinhado com o pensamento: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 488 e ss.

[1129] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil, volume I**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 432-444.

3.7.3. Deveres de organização e direito ao procedimento.

Como se viu, a categoria de direitos de organização e procedimento, como concebida pelo neoconstitucionalismo, é imprestável para a dogmática do direito fundamental do processo. Mais do que isso, ela é imprestável para explicar todos os demais direitos fundamentais, pois serve apenas de retórica vazia para a abertura do sistema jurídico para a colonização política, mediante a atuação judicial.

Numa visão de direito de resistência, que marca a análise ora realizada, as figuras da organização e do procedimento possuem características e funções bastante distintas, nada obstante ostentem pontos de contato e zonas de interseção.

Busca-se compreender uma noção dogmática de organização, que não corresponda ao conceito político, indispensável para a formação do Estado de unidade organizada de decisão e ação,[1130] que se estabelece, claramente, como uma organização formal e complexa. Seja como for, a organização é termo relacionado diretamente à atividade do Estado, levando em consideração que diz respeito às distribuições de competências constitucionais entre os "poderes" (funções) legislativo, executivo e judiciário, nas esferas federal, estadual e municipal, criação de instituições para a realização das competências em questão, detalhamento de cada um dos órgãos das instituições, com competências específicas de divisão de trabalho. Isso se verifica a partir do título III, da CF, que estabelece a organização do Estado.

Além desta acepção, é possível construir – em termos de teoria do Estado, de ciência política ou teoria sociológica – um conceito de organização estatal, que estabeleça o arranjo para o desempenho de funções específicas ou a prestação de direitos garantidos nos termos da lei. É o que podemos chamar de organização para "tarefas", que constitui o conceito dogmático dos deveres de organização estatal em uma perspectiva microscópica. Cabe à lei o estabelecimento do detalhamento de determinada estruturação estatal para a realização de fins específicos ou direitos individuais. No mais das vezes, a lei pode delegar essa regulamentação da administração burocrática para o poder responsável pela execução da "tarefa", o qual não poderá inovar na ordem jurídica, como se sabe.

Sem a menor dúvida, existem vários direitos fundamentais, em regra, os direitos de prestação material, que necessitam do detalhamento da organização estatal para definição de regras financeiro-orçamentárias, estrutura física e de pessoal, critérios de definição dos sujeitos

[1130] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**, São Paulo : Editora Mestre Jou, 1968, pp. 273-283. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado**, São Paulo : Saraiva, 1938, pp. 8-16.

ativos da prestação, métodos de fiscalização etc., para a execução completa do dever constitucional correspondente. O desdobramento específico organizatório encerra inúmeras medidas administrativas de encadeamento relacional entre órgãos da própria burocracia estatal ou entre os indivíduos que pretendam determinado direito. Para intermediar estas relações, o Estado se utiliza do procedimento como meio comunicacional, com a finalidade de atingimento de determinado objetivo. Note-se, pois, que nem todo procedimento dentro de uma ambiência organizacional encerrará um procedimento processualizado. Apenas e tão somente o procedimento que tenha o potencial de afetar a esfera jurídica de uma pessoa em seus direitos concretamente compreendidos deverá se submeter ao direito fundamental do devido processo legal.

Nessa primeira noção, o dever de organização corresponde ao desdobramento do dever legislativo de implementação e concretização de determinado direito fundamental. No caso do Brasil, como se sabe, a existência de um catálogo vasto de direitos sociais de prestação material, opção política do constituinte originário de vinculação do legislador, ainda se sofre com a mora legislativa, seja pela inércia política do legislador, seja pelo drama da "falta de recursos financeiros", seja pela impossibilidade fática de cumprimento de todas as "promessas constitucionais." Esses problemas, em que pese a enorme gravidade, não são objeto de exame no presente trabalho.

Além dos direitos fundamentais de prestação material, é possível extrair outros deveres de organização estatal em decorrência do monopólio da força e da vedação da autotutela. A estrutura do próprio Poder Judiciário, sua divisão competencial e organização judiciária, com a divisão de trabalho entre Varas, Juízes, Desembargadores, Câmaras, Turmas, Ministros e respectivos servidores (*lato sensu*), também encerram a compreensão em questão. Cabe à lei criar a estrutura e, sendo o caso, delegar ao poder respectivo a regulamentação fática de seu funcionamento.

É importante compreender que, em uma dimensão dogmática, a mora legislativa nesta estrutura deve buscar o remédio existente no próprio sistema jurídico. No caso brasileiro, como já salientado, as formas de combater a intervenção no âmbito de proteção de determinado direito fundamental por omissão de regulamentação legislativa são o mandado de injunção ou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Antes da lei, a pretensão individual de concretização do dever organizatório é essencialmente política e somente pode ser exercida juridicamente pela via do mandado de injunção, já que a ação direta de inconstitucionalidade possui legitimados bem mais restritos.

Não cabe ao juiz o acesso direito ao direito fundamental ou ao dever organizatório constitucionalmente previsto e, em substituição à necessária mediação legislativa, passar a estabelecer o detalhamento organizatório e procedimental para a execução de determinado direito. Para a compreensão dogmática, a questão é simples, falta competência ao juiz. Do ponto de vista da ciência política, falta legitimidade ao julgador, pois ele não foi eleito como representante do povo para tal tarefa.

Com isso, deve-se compreender que o direito fundamental ou o dever constitucional de organização não encerra em si a substância necessária para a definição e detalhamento da conformação estrutural e procedimental necessária para realizar a execução (efetivação) daquele direito ou dever. Direitos fundamentais, como se viu, são normas fragmentárias e necessitam do preenchimento político por aqueles que ostentam legitimidade de representação direta do povo, no caso, os legisladores.

A análise é semelhante com relação ao direto ao procedimento. O procedimento em sentido *lato* pode ser compreendido como qualquer sucessão de atos coordenados para determinada finalidade. Como se viu acima, a organização estatal se utiliza do procedimento como meio comunicacional entre seus órgãos e particulares. Há direito ao procedimento, portanto, estabelecido em lei.

Nos casos nos quais a atuação comissiva estatal possa gerar abalo à esfera jurídica do indivíduo, entra em cena o direito fundamental do devido processo legal, que institui a necessidade de observância e vinculação do decisor ao procedimento legalmente estabelecido. Nesta perspectiva, o direito ao procedimento (processualizado) reveste-se de caráter de garantia individual.

Tanto no caso dos deveres de organização, como no caso do direito ao procedimento, não existe um acesso místico a um "modelo" ideal de organização ou de procedimento. Os modelos são criações teóricas de determinados pensadores, a partir de uma observação histórica ou então de imaginação de um estado de coisas.

Não há como defender a vinculação do legislador a determinado modelo teórico pela simples autoridade da "razão" (razão prática kantiana). Obviamente, modelos podem servir de inspiração para o debate legislativo de concretização de estrutura e de procedimento. É natural, inclusive, que isso aconteça, pois um dos papéis da teoria do direito é municiar o parlamento, com soluções de *lege ferenda*.

No entanto, é inadmissível que se elaborem deveres jurídicos de pronta coação social pela simples elaboração teórica.

O chamado "modelo cooperativo de processo" caiu nesta armadilha. As suas bases pretendem estabelecer um "novo" modelo de "divisão de trabalho" entre os participantes da relação processual, pautado na colaboração do juiz com as partes [1131] e das partes com o juiz,[1132] com vistas a criar uma verdadeira comunidade de trabalho.[1133]

A construção rege-se por uma visão essencialmente "ética" do processo, orientado pela busca da verdade[1134] e pelos deveres decorrentes da boa-fé objetiva. Ainda, sustenta-se uma redefinição do papel do juiz na condução do procedimento, através de um "dever de engajamento", pelo qual desempenha dupla relação com as partes, é paritário no diálogo e assimétrico na decisão.[1135]

Como se sabe, o "modelo cooperativo de processo" decorre da produção do "processo justo", que é um "aprimoramento" da construção estatalista do instrumentalismo processual, sob os influxos do neoconstitucionalismo. A sua função primordial é o redimensionamento completo do devido processo legal para uma dimensão objetiva, promovendo a sua absorção pela jurisdição para o desempenho do justo a partir de critérios metajurídicos e não contrastáveis, conforme demonstrado no capítulo 1.

A proposta teórica, contudo, nada obstante a previsão da cooperação como norma fundamental no art. 6º do CPC de 2015, em nada altera os âmbitos de proteções dos direitos fundamentais geral e especiais do processo.

A cooperação, seja em sua dimensão normativa, seja em sua dimensão teórica, não representa uma imposição para que o legislador ou o juiz realize a "correção" da organização estatal ou do procedimento legal. Como ideia, ela deve ser testada frente ao direito posto. Neste particular, Diego Crevelin já demonstrou que a tese não traz nada de novo que possa ser implementado de *lege lata*.[1136] Como norma, ela deve possuir justificação constitucional nas intervenções causadas ao devido processo legal e nos demais direitos fundamentais do processo.

É necessário desfazer a ilusão doutrinária sobre a possibilidade do atingimento de uma proteção ideal, ou mesmo ótima, através do Direito. Toda argumentação de plasticidade

---

[1131] Modelo proposto por Daniel Mitidiero: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil [livro eletrônico]: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019

[1132] Modelo proposto por Miguel Texeira de Sousa e Fredie Didier Jr.: SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**, 2.ed, Lisboa : LEX, 1997, pp. 65-67

[1133] Modelo de Dierle Nunes: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, 1.ed., 4.reimpr., Curitiba : Juruár Editora, 2012, pp. 201-252.

[1134] Modelo de Vitor de Paula Ramos: RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus de prova no processo civil [livro eletrônico]: do ônus ao dever de provar** – 2.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018.

[1135] MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil [livro eletrônico]: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, parte 2, Item 2.1.1.

[1136] Para uma análise aprofundada: SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 345-384.

procedimental parte dessa premissa existente no plano da pragmática, que nunca é devidamente demonstrada. Na verdade, para que a plasticidade procedimental, a partir deste argumento, fosse possível, seria indispensável a demonstração, caso-a-caso, de que o "ajuste" do procedimento realizou concretamente, indene de qualquer dúvida ou risco, a melhor proteção dos direitos materiais em jogo, tanto do autor, como do réu, diga-se. Contudo, essa situação "ótima" reside apenas no imaginário do seu defensor. É parte da poesia, que busca encantar o leitor esperançoso em "dias melhores", na possibilidade de "levar a história para o rumo certo", na viabilidade da busca do "Bem", em sua noção mais idealizada.

Com o devido respeito, essas construções sofrem de um problema grave que revela o grau de infantilidade política e jurídica de nossa sociedade. Ainda há a esperança de que a emancipação do indivíduo se dê através do direito e pelas mãos do magistrado, visto como tutor social. Há muito, essa impossibilidade já foi denunciada pela doutrina, especialmente por Calmon de Passos[1137] no Brasil.

A descrição teórica de determinada organização ou de determinado procedimento, que concretize certo direito fundamental em um grau ótimo, é tarefa realizada no plano da teoria do direito com a perspectiva de *lege ferenda*. As alterações de organização ou de procedimento que são sugeridas de modo diverso daquilo previsto em lei vigente como mero ajuste interpretativo ou, então, como correção de entendimento a partir da perspectiva de *lege lata*, não passa de simples pretensão política prescritiva. Esta clareza de entendimento ainda está por vir, seja em nossa doutrina, seja em nossa comunidade jurídica.

Para a dogmática dos direitos fundamentais do processo, a organização e o procedimento têm relevância apenas a partir de sua regulação legal e do grau de intervenção que realizam. Não se duvida, contudo, que os direitos fundamentais possuem a potencialidade normativa para o condicionamento de procedimentos legais e para a delimitação da organização do poder estatal, mas isso, como se disse, é obra do alinhamento do dever geral de abstenção de intervenções não justificadas.

Direitos fundamentais, independentemente da dimensão analisada ou do "*status*" que ostentem, têm a finalidade de limitar o poder estatal, conforme o seu âmbito de proteção respectivo. Especificamente o processo – devido processo legal, art. 5º, LIV, da CF – representa um direito fundamental de liberdade normativa que visa proteger a esfera jurídica de todos os indivíduos contra o abuso do poder estatal. Este direito fundamental é abastecido por outros

[1137] PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania e efetividade do processo, *in* Ensaios e artigos, vol. I, Salvador . Editora Juspodivm, 2014, p. 395. PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada, *in* Ensaios e artigos, vol. I, Salvador . Editora Juspodivm, 2014, p. 380

direitos dele desdobrados – contraditório, publicidade, imparcialidade etc –, que se manifesta concretamente através do procedimento legalmente estabelecido, uma vez que encerra uma liberdade preenchida por norma jurídica.

A verificação de procedimento ou de competência de poder (organização) que seja ofensiva – interventiva – ao direito fundamental do processo, no plano jurídico, somente se dá a partir da prática da intervenção e após o exame da ausência de justificação constitucional. Certamente, o exame pode ser realizado *ex ante*, na análise da constitucionalidade, em tese, de determinada lei – durante o processo legislativo – ou de ato normativo ou administrativo – perante a própria administração pública. Aos indivíduos em geral, salvo a possibilidade de participação direta no processo legislativo ou administrativo, a manifestação sobre a intervenção em direito fundamental de sua titularidade ocorre *a posteriori*, seja do ato comissivo, seja do ato omissivo.

O procedimento processualizado, por assim dizer, é aquele estabelecido por lei, que goza de presunção de constitucionalidade. Levando em consideração que o objetivo último do procedimento é impedir a atuação abusiva do poder estatal, principalmente do jurisdicional, em proteção às esferas de liberdade das partes, é fundamental atentar que o magistrado está impedido de alterar de ofício as regras procedimentais postas. Mesmo que provocado, a alteração do procedimento do processo perante a jurisdição somente pode acontecer quando demonstrada a intervenção legislativa no âmbito de proteção do processo sem a respectiva justificação constitucional.

Neste caso, é importante salientar, mais uma vez, que a tutela do direito material é de competência do poder jurisdicional. O processo, por outro lado, não realiza a tutela do direito em questão. A finalidade última do processo é garantir que o poder não atue fora das balizas constitucionais e legais estabelecidas. Assim, não cabe ao processo a "tutela do direito material", como defende parcela significativa doutrina. Esse tipo de entendimento é aquele que busca a fagocitose do processo pelo próprio poder, passando a utilizá-lo como seu instrumento e ferramenta.

Os que admitem a manipulação plástica do procedimento pelo juiz para a tutela do direito material são exatamente os primeiros a autorizar intervenções jurisdicionais no âmbito de proteção do direito fundamental do processo, sem a devida justificação constitucional. Isso representa um parodoxo, pois toda argumentação por eles defendida é que a flexibilização procedimental tem por função a defesa e proteção dos direitos fundamentais, porém, realizam-na, fulminando o próprio direito fundamental base da existência do procedimento.

Assim, conclui-se que os direitos fundamentais não possuem, em si, uma dimensão de organização (poder) ou de procedimento (meio). Na verdade, a forma como se estabelece o poder ou o procedimento pode acarretar a concretização material do direito fundamental ou então a sua limitação ou intervenção. A defesa teórica do conteúdo organizatório e procedimental no próprio direito fundamental é antes de tudo uma disputa política, arrastada para o ambiente do direito.

3.8. Processo, efeito horizontal e dever de proteção do direito fundamental

Grande parte da deturpação do conceito do processo como direito fundamental, do modo como retratado no presente trabalho, decorre da visão da eficácia horizontal direta do direito fundamental e, ainda, dos deveres de proteção, em perspectiva objetiva.[1138]

Na verdade, pode-se dizer que grande parte das deturpações surgem a partir de uma suposta "colisão" entre os direitos fundamentais do "acesso à ordem jurídica justa" e do "devido processo legal", sendo que o procedimento, decorrente do devido processo legal, não pode obstar a justiça em favor daquele que tem razão.

Na verdade, as construções utilizam-se da eficácia horizontal direta ou do dever de proteção, ambos institutos próprios da dogmática dos direitos fundamentais, para operar os efeitos jurídicos que o próprio intérprete quer de antemão. São, por conseguinte, instrumentalizados a serviço de determinada causa.

A tônica deste estudo, nomeadamente no Capítulo 1, foi demonstrar que a doutrina majoritária do direito processual, além de deturpar um dos seus objetos de estudo, no caso o processo, possui um déficit metodológico sensivelmente grave, ao não estabelecer quaisquer parâmetros operativos para as construções propostas. A dogmática dos direitos fundamentais foi instrumentalizada para prescrever aquilo que, segundo os autores, seria a "melhor" resposta

---

[1138] Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico]**, 1.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, 7.3 Os direitos fundamentais e suas eficácias horizontal e vertical MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 82-88. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, item 3.2.3.1. A eficácia direta objetiva dos direitos fundamentais. RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus de prova no processo civil [livro eletrônico]: do ônus ao dever de provar** – 2.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, 3.1.1. Do dever de produzir provas no plano constitucional; o direito fundamental à prova, sua eficácia vertical e sua eficácia horizontal mediada pela vertical. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 17.ed., Salvador : Editora JusPodivm, 2015, pp. 54-55. GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 98-99.

para o cotidiano. Como já alertado, o conceito de direito, a sua validade e o modo de resolução dos problemas jurídicos não possui qualquer padrão, o que impede o controle da atividade jurisdicional de forma adequada.

Assim, o direito fundamental do processo (justo) e o direito fundamental do acesso (à ordem jurídica justa), para além da deturpação da substância do seu âmbito de proteção, passam a ser relidos apenas a partir da perspectiva objetiva de "dever de proteção". Com efeito, eles formam uma bomba de hidrogênio nas mãos do juiz para a explosão do sistema jurídico, possibilitando ao julgador, a partir da necessidade de "proteção" dos direitos fundamentais ao "processo justo" e à "ordem jurídica justa", realizar todo tipo de correção no direito posto, sem qualquer parâmetro de controle.

3.9. Colisão entre os direitos fundamentais do processo e o acesso à jurisdição

3.9.1. Definição de parâmetros para a colisão

O problema das colisões entre direitos fundamentais é tratado na doutrina brasileira a partir da teoria dos princípios de Robert Alexy. A colisão é tratada como critério para a diferenciação entre regras e princípios, já que os princípios (direitos fundamentais), como mandados de otimização (ou "dever ser ideal"), não comportam aplicabilidade imediata como as regras (mandamento de determinação), não se resolvendo por subsunção. Assim, princípios colidentes devem ser submetidos à ponderação. A colisão, como forma de embate entre princípios ou direitos fundamentais, não exige que um dos princípios seja considerado inválido e tampouco que haja nele uma "cláusula de exceção". Há, segundo Alexy, a análise fático-jurídica de precedência de um princípio sobre o outro, sob determinadas condições. No entanto, alterando-se as condições, a solução pode ser diversa.

No entanto, como se viu, o conceito de direito fundamental como princípio se estabelece não a partir daquilo que ele é e de qual a sua função, mas pelo método de solução das colisões em constelações triangulares. É exatamente sobre o método proposto por ele para a solução da colisão, a ponderação, que a tese de Alexy ganhou mais atenção de seus adeptos. Nos casos concretos, os princípios aparecem com pesos diferentes ("dimensão de peso"), tendo precedência os de maior peso.[1139] Esse é o esboço da lei do sopesamento, que realiza a ponderação otimizadora de princípios.

[1139] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 93-94.

A colisão entre direitos fundamentais, no modelo alexyano, utiliza o conflito entre direitos fundamentais como justificação para intervenção no princípio não preponderante. O método, contudo, não deve prosperar. Sua utilização, como já salientado alhures, desfuncionaliza os direitos fundamentais, transformando-os em molas propulsoras do poder estatal, como direito a proteção. Com isso, os direitos fundamentais ficam dependentes da ponderação, em um sentido próprio de "concordância prática",[1140-1141] na busca dos "princípios superiores". O mecanismo, ao buscar a otimização real do princípio, a partir da perspectiva da autoridade judicial, faz desaparecer as figuras dogmáticas da intervenção e dos limites dos limites (*Schranken-Schranken*), já que a atuação do juiz na "proteção" do direito fundamental preponderante jamais pode agredir a esfera de qualquer indivíduo. A ponderação das colisões torna-se, assim, a porta de entrada para mecanismos interventivos estatais, sem qualquer

[1140] A sua utilização mais comum entre nós decorre da doutrina de Konrad Hesse, embora a ideia original seja de Smend e tenha sido desenvolvida, antes de Hesse, por Bäumlin. Neste sentido: FISCHER-LASCANO, Andreas. **Crítica à concordância prática**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, pp. 44-46. A noção praticamente comum da "concordância prática" é da figura do "equilíbrio" entre duas grandezas, imagem muito próxima do método do sopesamento de Alexy. Seguem as palavras de Hesse: "Em conexão estreita com isso está o princípio da *concordância prática*: bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em 'ponderação de bens' precipitada ou até 'ponderação de valor' abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a *ambos* os bens devem ser traçados limites, para que ambos possa chegar a eficácia ótima. Os traçamentos [*sic*] dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto ser proporcionais; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos. 'Proporcionalidade' expressa, nessa conexão, uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz o melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma 'finalidade' constante e um 'meio' variável ou vários. Ela fica clara, por exemplo, na 'ação recíproca' (equivocadamente assim indicada) entre liberdade de opinião e lei geral limitadora no artigo 5º da Lei Fundamental: trata-se de concordância prática pela coordenação 'proporcional' da liberdade de opinião por um lado, dos bens jurídicos protegidos por 'leis gerais', por outro. Sobre isto, que *é* proporcional em cada caso particular o princípio não diz nada; ele indica, todavia, como diretiva contida Constituição e, por causa disso, obrigatória, a direção e ele determina o procedimento no qual uma resolução constitucional somente deve ser procurada. – 'Ponderação de bens' carece, para suas valorações, de uma tal diretiva; a ela falta não só o apoio sustentador, mas ela cai também sempre no perigo de abandonar a unidade da Constituição. O mesmo vale, quando a relação entre concessões e restrições de liberdade jurídico-constitucionais é determinada no sentido de uma *presunção inicial a favor da liberdade* (*in dubio pro libertate*), motivo pelo qual não é possível ver nessa presunção um princípio de interpretação constitucional." HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 66-67, nr. 72.

[1141] Alexy buscou justificar a sua proposta de ponderação e sopesamento como indo ao encontro da concordância prática de Hesse: "O modelo fundamentado apresentado aqui evita uma série de dificuldades que estão frequentemente associadas ao conceito de sopesamento. Ele faz com que fique claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro de 'forma precipitada'. De acordo com esse modelo o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização. Nesse sentido, o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado *princípio da concordância prática*." ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 173.

controle. Dessa maneira, direitos fundamentais transformam-se em normas autorizativas de intervenções descontroladas.[1142]

Toda solução para colisão de direitos fundamentais em uma constelação triangular, que se utiliza da lógica da "concordância prática" a partir de uma noção de unidade valorativa da Constituição, na qual se pretende possível a realização de um "equilíbrio" ou de uma "equalização" entre os direitos em jogo, representa uma pretensão política de buscar uma solução perfeita, a partir da perspectiva do ótimo de Pareto. Como já referido em tantos momentos neste trabalho, a dogmática reconhece sua incompletude e sua imperfeição, levando em conta que o seu objeto de análise e seus mecanismos de operação são limitados, não podendo lançar mão de toda e qualquer medida para realizar o "ótimo".

Fischer-Lescano demonstrou como esse tipo de pretensão – de um observador neutro, capaz de perceber a ordem unitária de valores, encadear os valores preponderantes e decidir conforme essa escala – tem por premissa um decisor – normalmente um juiz –, que se coloca com privilégio cognitivo em relação à própria sociedade e demais funções do Poder Estatal.[1143] A concordância prática não oferece fundamentação racional, verificável e, por conseguinte, *accountable*, para a análise dos valores e de uma suposta ordem geral deles. Falta, por conseguinte, um sistema racionalmente reconhecível, discutível e hierarquizado para determinar a classificação de valores, que possibilite uma ponderação com base neles. Böckenförde, desde 1974, adverte que a ponderação de valores parte da escolha, pelo intérprete, do valor superior, que prepondera sobre os inferiores e, assim, desconsidera todas as relações existentes entre eles. O apelo a uma ponderação de valores rejeita a análise das intervenções através da justificação constitucional; pelo contrário, ela utiliza as supostas colisões de direitos fundamentais para encontrar a solução deste conflito em outro lugar, que não no próprio direito posto, buscando fornecer um verniz de racionalidade aparente, que apenas esconde a sua real motivação e justificativa. É, por isso, que ela diz que, em termos práticos, a ponderação de valores representa "uma fórmula de ocultação do decisionismo judicial ou interpretativo" (*eine Verhüllungsformel für richterlichen bzw. interpretatorischen Dezisionismus*).[1144]

Neste sentido, o responsável pela compatibilidade dos valores e a determinação daqueles que valem passa a ser o juiz. Böckenförde novamente mostra que a decisão judicial,

---

[1142] Em sentido semelhante: FISCHER-LASCANO, Andreas. **Crítica à concordância prática**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, pp. 38-43.

[1143] FISCHER-LASCANO, Andreas. **Crítica à concordância prática**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, p. 47.

[1144] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation**, *in* Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 27. Jahrgang, heft 35, Frankfurt am Main : C. H. Beck August 1974, p. 1534.

nomeadamente a da jurisdição constitucional, assume o papel fundamental na concretização de direitos fundamentais, que, por isso, recebem caráter constitucional e passam a vincular o legislador. Isso promove a alteração do centro de gravidade do exercício do Poder Estatal: o legislador passa a ser um mero "emissor de diretivas",[1145] o que resulta na gradual transição do estado legislativo parlamentar, para o estado da jurisdição constitucional.[1146]

Na verdade, além da colisão de direitos fundamentais, há uma efetiva colisão de funções dos direitos fundamentais, já que toda ponderação e concordância prática estão pautadas em um dever de proteção, que exige um agir estatal em determinada sentido, em antagonismo à típica função de resistência.[1147]

Tudo isso se passa em meio ao império dos valores, sob o mecanismo da razão prática, a partir de uma abordagem de dimensão objetiva de direitos fundamentais, a partir do modelo de direitos a (deveres de) proteção, que passam a ser especificadas pela jurisdição. Isso promove a ruína da separação dos poderes, que se baseia na distinção clara entre legislar e aplicar a lei. Na feliz expressão de Böckenförde, o Tribunal se torna um forte órgão político (não partidário), com a pretensão de ser o "Aerópago Constitucional" (*Verfassungs-Areopag*).[1148] Nesta dinâmica, a escolha de Ministros do STF e dos demais Tribunais Superiores e a aprovação de juízes, em geral, em concurso público, tornam-se mais relevantes do que as próprias eleições para os cargos majoritários e proporcionais.[1149]

Poscher já demonstrou que Alexy e Canaris, ao concentrarem-se nos direitos fundamentais como princípios e deveres de proteção, partem da noção de que a vinculação dos direitos fundamentais ocorre para além do Estado, implicando também os particulares.[1150]

O problema da concordância prática é o mesmo da base do instrumentalismo processual – e de suas correntes afins – e do neoconstitucionalismo. Acredita-se em um super-humano, no alto de seu gabinete palaciano, capaz de encontrar as soluções para todos os tipos de problemas sociais, coletivos e individuais, através do acesso a valores superiores e

---

[1145] A expressão é de FISCHER-LASCANO, Andreas. **Crítica à concordância prática**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, p. 47.
[1146] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Grundrechte Als Grundsatznormen: Zur Gegenwärtigen Lage Der Grundrechtsdogmatik**, *in* Der Staat, vol. 29, n°. 1, 1990, pp. 24-25.
[1147] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 196.
[1148] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Grundrechte Als Grundsatznormen: Zur Gegenwärtigen Lage Der Grundrechtsdogmatik**, *in* Der Staat, vol. 29, n°. 1, 1990, p. 25.
[1149] Infelizmente, o exame das colisões pelo STF, segundo sua jurisprudência, tem seguido, em grande parte, os modelos decorrentes da concordância prática. Para análise de alguns casos: MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos individuais e suas limitações: Breves reflexões**, *in* Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, Brasília : Brasília Jurídica, 2000, p. 298-311.
[1150] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 69.

universais. Esse ser mítico não existe. Todas as pessoas partem de preferências, vieses, heurísticas, idiossincrasias, traumas e outros fatores que condicionam suas escolhas de valores.

A complexidade social vem aumentando em razão das novas dinâmicas de comunicação, de estabelecimento de comércio e de relacionamento interpessoal, em virtude da redução das fronteiras territoriais e tempo-espaciais, proporcionada pelos inúmeros giros tecnológicos vivenciados nos últimos 20 (vinte) anos.

A aposta na concordância prática e na solução de colisões por ponderação representa a "heresia de que as placas tectônicas sociais poderiam ser administradas pelo topo de enormes montanhas de neve eterna, onde se encontrariam os valores supremos e os princípios."[1151]

Deve-se buscar uma alternativa, que tenha contornos dogmáticos mais precisos e que possibilite uma solução que seja controlável pelos interessados, através da construção de uma dogmática da colisão entre direitos fundamentais.

De pronto, é importante compreender que a colisão não acontece diretamente entre direitos fundamentais. Antes de qualquer coisa, a colisão ocorre entre interesses opostos de indivíduos, cujas pretensões, comportamentos ou condutas acarretam a invasão no âmbito de proteção de um direito fundamental.[1152] É aquilo que a doutrina tradicional chama de "exercício arbitrário da liberdade" (*wildwüchsigem Freiheitsgebrauch*).[1153] Ou seja, pelo exercício de um direito fundamental, passa-se a limitar faticamente a liberdade alheia. Da colisão fática, passa-se para a colisão jurídica. A solução dogmática para o conflito de interesses fáticos deve ser realizada através do exame do efetivo confronto entre os dois direitos fundamentais.[1154]

A colisão de direitos fundamentais é, por conseguinte, o método de justificação constitucional da intervenção do direito fundamental de um, sobre o direito fundamental de outra pessoa.

É importante, portanto, realizar a separação entre a (*i*) colisão em abstrato e a (*ii*) colisão em concreto. São fenômenos diferentes e que possuem tratamento distinto.

A colisão em abstrato é expediente reservado ao legislador,[1155] para impor limitações aos direitos fundamentais sem reserva legal, pelo chamado direito constitucional de colisão

---

[1151] FISCHER-LASCANO, Andreas. **Crítica à concordância prática**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016, p. 56.
[1152] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 198.
[1153] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3303. KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 5513.
[1154] POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, p. 198.
[1155] KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 5510.

(item 2.6.1, *supra*). A reserva legal é decorrente da previsão do poder constituinte sobre potenciais colisões, autorizando o legislador a intervir, de modo mais amplo, na reserva simples, ou mais restrito, na reserva qualificada.[1156]

A intervenção por colisão é possibilidade restritivíssima para o legislador promover os ajustes entre potenciais ou efetivos conflitos entre direitos fundamentais em constelações multipolares ou triangulares, sempre no plano abstrato.

Note-se que o legislador não está autorizado, pela simples competência constitucional de legislar, a utilizar a colisão de direitos fundamentais como trunfo,[1157] ou seja, a colisão não é o expediente para a realização do poder, pelo exercício do poder. O legislador tem sobre si o ônus argumentativo do princípio distributivo para a justificação constitucional da intervenção realizada no direito fundamental colidente. A utilização de um direito fundamental como limite para outro direito fundamental sem reserva exige a fundamentação específica, estabelecendo, outrossim, os contornos da colisão, o estudo dos âmbitos de proteção de cada direito colidente, seus pressupostos e significados dogmáticos, como forma de controlar a intervenção em questão.[1158]

As colisões concretas, por sua vez, são aquelas que se apresentam nas constelações triangulares ou mesmo nas multipolares, submetidas à solução da administração pública ou da jurisdição. No caso da limitação concreta de direito fundamental por colisão, ao contrário do que ocorre com o legislador, não pode o juiz ou o administrador passar a regulamentar a situação restritiva de forma concreta. O exame aqui ocorre a partir da reflexividade dos direitos fundamentais sem reserva legal, em decorrência da eficácia horizontal indireta. Nestes casos, caberá, em última análise, ao Poder Judiciário o exame sobre a colisão e a respectiva justificação constitucional para a intervenção em um dos direitos fundamentais colidentes.[1159] As colisões concretas submetem-se à regulação das colisões abstratas por conta da reserva de lei. Assim, somente se autoriza a inaplicabilidade da lei que interveio na colisão abstrata aplicável ao caso concreto, no caso de sua inconstitucionalidade. Aqui, também a simples

---

[1156] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3380. KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 5611.

[1157] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3382, nr. 241-345. KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 5611, nr. 383-387.

[1158] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 206.

[1159] No mesmo sentido, DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 212.

competência constitucional para o administrador ou para o juiz não o autoriza a promover limitações nos direitos fundamentais.[1160]

Muito dificilmente, haverá uma colisão de direitos fundamentais propriamente, sem que haja uma pretensão de correção do direito posto, para uma opção política melhor. Isso, contudo, revela o uso exclusivamente retórico da colisão, para o acesso direto da solução jurídica, para as opções no plano político.[1161]

O exame dogmático da colisão, em especial da concreta, deve ocorrer de modo criterioso, como forma de verificar o efetivo choque de interesses fáticos protegidos por direitos fundamentais, sobre os quais não haja regulação primária estatal (legislativa).

1) Identificação dos direitos fundamentais colidentes: não se trata de examinar os valores "por trás" do direito fundamental. O exame no ponto é formal. Deve-se apontar precisamente os direitos fundamentais, expressos ou materialmente existentes, que estão em rota de colisão, em decorrência dos interesses antagônicos dos indivíduos.

2) Prelibação da colisão: o exame no ponto é negativo. 2.1) Caso um dos direitos fundamentais tenha reserva legal expressa, a justificação da intervenção não pode se dar pela colisão, uma vez que caberá apenas ao legislador a sua fixação.[1162]

3) Descrição dos âmbitos de proteção: para verificar a colisão, é indispensável que os âmbitos de proteção dos direitos fundamentais pretensamente colidentes sejam expressamente descritos, possibilitando, assim, verificar se o comportamento de um dos indivíduos, pelo exercício de um direito fundamental, interveio no âmbito de proteção do direito fundamental do outro indivíduo. Somente com a descrição precisa do alcance do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, é que o exame da intervenção não poderá ser realizado. Deste modo, aquilo que não se enquadra no âmbito de proteção de um direito fundamental não deve ser impedido com base na colisão concreta.[1163]

[1160] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3382, nr. 241-345. KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 5611, nr. 383-387.

[1161] Concorda-se, a princípio, com a posição de Ralf Poscher, sobre a impossibilidade da existência de colisões concretas de direitos fundamentais entre indivíduos. O que há, na verdade, é uma discordância entre as normas de regulação primária, que estabelecem os deveres de abstenção e tolerância nas constelações triangulares. Neste sentido: POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003, pp. 201-203. Os critérios, doravante estabelecidos, estão colocados em decorrência da possibilidade hipotética de colisão concreta horizontal, que pode ocorrer por conta da complexidade das relações sociais.

[1162] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle, pos. 3380. KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 5611.

[1163] KINGREEN, Thorsten. POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**, 36 Auflage, Heidelberg : C.F. Müller, 2020, pos. 5546.

4) Existência de prévia regulação legislativa: para as intervenções já realizadas pelo legislador, em decorrência do direito constitucional de colisão. Havendo a regulação estatal no plano legislativo, não se pode justificar a intervenção pela colisão em concreto, mas deve-se analisar se a regulação é uma intervenção justificada. Isso fulmina, em grande parte, a existência de colisões verdadeiramente concretas. Não se pode utilizar a colisão como uma retórica para o terceiro turno legislativo.

5) Identificação precisa da intervenção: aqui, deve-se descrever, concretamente, qual é a intervenção realizada no âmbito de proteção de um direito fundamental, que se encontra acobertado pelo direito fundamental do agressor. Somente haverá colisão se a intervenção ocorrer por comportamento de um indivíduo, que realizou o uso arbitrário de sua liberdade, em situação não regulada previamente.

6) Exame da proporcionalidade: por fim, passa-se à análise da proporcionalidade como limite dos limites, conforme os seus 4 (quatro) testes, quais sejam, licitude do fim, licitude do meio, adequação e necessidade.

Dificilmente, o exame chegará ao final.

O modelo dogmático apresentado visa o exame das citadas colisões entre o direito fundamental do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) e o direito fundamental do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) ou direitos fundamentais especiais do processo.

3.9.2. Âmbito de proteção do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF)

No capítulo 1 deste trabalho, a pretensão foi demonstrar que o conceito de "processo justo" representa uma criação teórica não amparada pelo direito posto, que visa, exclusivamente, estabelecer ferramentas e mecanismos que servem ao propósito neoconstitucionalista de empoderamento judicial, a partir da apreensão de direitos fundamentais como deveres de proteção, em dimensão objetiva, para a ponderação de valores, tendentes à correção do ordenamento jurídico.

A pretensão até o momento foi demonstrar que este tipo de modelo rompe completamente com os limites do próprio direito e não se trata de um enfoque dogmático, mas de uma pretensão política nas mãos do julgador. Os problemas desta visão já foram analisados de forma detida.

Resta para este trabalho estabelecer a relação entre direito fundamental do acesso à jurisdição e dos direitos fundamentais do processo, para que a construção seja plenamente

compreendida e todas as fronteiras com as posições instrumentalistas, cooperativistas e adequacionistas sejam visivelmente estabelecidas.

Grande parte das intervenções que a doutrina estabelece para o devido processo legal e demais direitos fundamentais especiais do processo, na perspectiva apresentada neste estudo, se devem à leitura teórica do direito fundamental do art. 5º, XXXV, da CF. Sustentam-se, inclusive, colisões constantes entre o direito em questão e todo e qualquer direito fundamental que imponha limites ao exercício do poder (ou seja, todos os direitos fundamentais), a partir de uma construção de "acesso à ordem jurídica justa."

O exame da colisão, concreta ou abstrata, depende dos requisitos apontados acima. No caso, por exemplo, passa-se à análise da colisão entre os direitos fundamentais do art. 5º, XXXV e do art. 5º, LIV, ambos da CF. Como se vê da redação de ambos, não há reserva legal para qualquer deles.

Com efeito, deve-se examinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, no juízo de verificação da colisão.

O direito fundamental do devido processo legal teve seu âmbito de proteção já descrito no item 3.2, *supra*, ao que se remete o leitor.

O direito fundamental do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) necessita de descrição. Parte-se do texto: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A primeira proposição decorrente do enunciado é de uma evidente competência negativa legislativa. Em decorrência do monopólio da violência pelo Estado e da vedação ordinária da autotutela como forma lícita de resolução de conflitos, é vedado à lei proibir o acesso ao Poder Judiciário para a tutela de qualquer pretensão material, seja ela repressiva ou preventiva. Se a lei, responsável pela regulação das relações sociais no primeiro nível, não pode promover a exclusão do acesso, é óbvio que atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, seja de regulamentação, seja de organização da burocracia estatal, também não podem realizar o impedimento. Trata-se, no caso, de uma competência negativa absoluta, que proíbe a exclusão do acesso à jurisdição.[1164]

[1164] Carl Schmitt não considera a ação um direito fundamental, mas uma "garantia institucional" (*institutionelle Garantien*), pois o objeto de proteção não é uma liberdade específica, mas apenas a prevenção de eliminação do instituto. (SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**, translated by Jeffrey Seitzer, Durham : Duke University Press, 2008, pp. 208-210) Ao que parece a posição schmittiana é, de certo modo, estatalista, ao excluir do direito fundamental da ação conteúdo de liberdade em favor do indivíduo. A ação, como se verá, caracteriza-se por um poder, que denota uma liberdade normativa individual.

Os atos estatais de imposição de requisitos, limites, filtros e obstáculos representam intervenções no direito fundamental em questão, necessitando, por conseguinte, da respectiva justificação constitucional, uma vez que essas barreiras poderão promover a exclusão concreta do acesso ao Poder Judiciário.

O direito fundamental em questão possui conteúdo protetivo mais amplo do que a competência negativa ora analisada. Ele encerra o que se conhece como direito fundamental de ação (processual),[1165] que é o poder de provocar a jurisdição para a resolução de quaisquer desacordos a respeito da norma jurídica aplicável em determinado caso concreto, decorrente da pretensão material oriunda do desacordo na relação entre os interessados, ou nas hipóteses legalmente estabelecidas nas quais a decisão judicial seja indispensável.

O direito fundamental de provocar o Estado para a tutela jurisdicional de direitos e interesses, sobre o qual está obrigado em virtude do monopólio da jurisdição e da proibição da autotutela, representa o âmbito de proteção. Como se sabe, a ação não condiciona o resultado e tampouco a decisão jurisdicional, ou mesmo a proteção que será realizada, pois ela depende do desenvolvimento do contraditório e da observância do procedimento legalmente estabelecido. O direito fundamental de ação é o poder de exigir do Estado a solução do conflito sobre a norma concreta do caso.

Importante asseverar, outrossim, que o direito fundamental da ação vincula o Estado, não havendo qualquer espraiamento direto para o particular. Assim, o devedor, que, na relação material, deixa de realizar a prestação a que está obrigado (mora), não se torna o sujeito passivo da relação decorrente do exercício da ação. O sujeito passivo, no caso concreto, é sempre a jurisdição, pois obrigada a resolver o conflito, daí decorre a noção de vedação ao *non liquet*. O não decidir representa violação concreta ao art. 5º, XXXV, da CF.[1166]

O devedor em mora, por exemplo, é o sujeito passivo da ação de direito material, por força da pretensão material que surge ao socorro do direito do credor. O credor se vale da Ação de direito processual, por força da impossibilidade de resolução lícita do conflito decorrente da mora por outro meio. Assim, ele lança mão do poder fundamental de convocar a jurisdição para a tutela de seu direito material.

A ação (processual), tal qual o devido processo legal, é uma liberdade normativa que depende da legislação para que seja concretizada. É através do regime jurídico da petição

---

[1165] O qualificativo processual é utilizado por parcela da doutrina, por influência de Pontes de Miranda, para diferenciar de sua ação de direito material.

[1166] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição brasileira**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 213.

inicial,[1167] nas mais variadas pretensões de direito material, que se verifica a existência, abstrata ou concreta, para o exercício do poder de exigir do Estado a tutela jurisdicional. Além desses parâmetros, os requisitos formais para acesso à jurisdição, como as taxas e custas processuais, também podem ser intervenções ao direito fundamental,[1168] decorrendo daí, como conteúdo da liberdade normativa do direito fundamental em questão, a disciplina da gratuidade judicial.

Quando do exame das intervenções deste direito fundamental, é necessário delimitar se o obstáculo se volta contra o exercício concreto do exercício da ação (processual), ou se o obstáculo se relaciona diretamente com a ação de direito material, ou a pretensão que se busca exercer em Juízo. A princípio, requisitos para a descrição dos fatos e fundamentos jurídicos (causa de pedir) e a especificação do pedido (art. 319, III e IV, do CPC) ou mesmo a juntada de documento indispensável para a propositura da ação (de direito material), são exigências legislativas para o delineamento da pretensão de direito material, não representando, por conseguinte, intervenção sobre o direito fundamental de ação (art. 5º, XXXV, da CF). A intervenção ao direito fundamental em questão somente pode começar a ser cogitada a partir da impossibilidade fática de cumprimento dos requisitos acima e da decisão judicial que ignora tal inviabilidade.

Existem, ainda, limites materiais ao exercício do poder jurisdicional, tais como as restrições cognitivas ou mesmo as restrições executivas. Estes limites não impedem o acesso à jurisdição e tampouco o exercício da ação. Tais limites surgem na conformação do direito fundamental do devido processo legal e demais direitos fundamentais especiais do processo, já analisados.

Entende-se que o direito fundamental da ação (ou do acesso à jurisdição) não se confunde com o direito fundamental do devido processo legal e tampouco é um direito fundamental especial do processo. Ele representa um direito fundamental autônomo, que guarda sua relação direta com o dever de tutela (impróprio, nas palavras de Poscher), decorrente da vedação da autotutela. Sem a menor dúvida, há uma relação de proximidade com os direitos

---

[1167] Não se pode confundir o direito fundamental de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, da CF) com o direito fundamental de ação (art. 5º, XXXV, da CF). Como ensina Nery Jr.: "O direito à tutela jurisdicional não se confunde com o direito de petição, este último garantido pela CF 5º XXXIV, *a*, conforme experiência haurida do estado liberal. O direito de petição é conferido para que se possa reclamar, junto aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder. O direito de petição é um *direito político*, que pode ser exercido por qualquer um, pessoa física ou jurídica, sem forma rígida de procedimento para fazer-se valer, caracterizando-se pela informalidade, bastando a identificação do peticionário e o conteúdo sumário do que se pretende do órgão público destinatário do pedido, Pode vir exteriorizado por intermédio de *petição*, no sentido estrito do termo, *representação*, *queixa* ou *reclamação*." NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição brasileira**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 211.

[1168] Neste sentido é a Súmula 667, do STF: "Viola a garantia constitucional do acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa."

fundamentais do processo, já que o exercício da ação é realizado em ambiente procedimental-processualizado, mas isso não promove a confusão de um com o outro.

Com razão Nelson Nery Jr., ao estabelecer que o direito de ação garante a tutela jurisdicional adequada. A adequação aqui não se refere a qualquer adaptação procedimental, ou ao aumento de poderes do juiz. Adequada é a tutela que realiza a proteção do direito material ao tempo e modo necessários para sua preservação. É por isso que, mesmo que não houvesse previsão legal, as tutelas de urgência cautelar e antecipada seriam constitucionais, pois existem pretensões que necessitam de asseguramento ou mesmo de satisfação antecipada para que não caiam em absoluto vazio. Não é por outra razão que o acesso é garantido para a proteção de ameaça a direito.[1169]

Isso não quer dizer que o direito fundamental do acesso à jurisdição possibilita ao juiz o rompimento de suas competências constitucionais e das respectivas limitações, com a finalidade, exclusiva, de cumprimento do dever de decidir. O direito ao acesso à jurisdição não garante o sucesso da pretensão material exercida. O sucesso ou o insucesso depende de outras variáveis, que não se relacionam com o âmbito de proteção do art. 5º, XXXV, da CF. Em outras palavras, o direito fundamental do acesso à jurisdição não possibilita ao juiz a ampliação de seus poderes e competências para se desincumbir da tarefa de julgar. Esse conteúdo não está no âmbito protetivo do direito fundamental. Se estivesse, ele deixaria de ser um direito fundamental e passaria a ser uma norma de competência e organização do Estado.

Exatamente neste ponto é que a doutrina do "processo justo" realiza pulverização dos direitos fundamentais. Com efeito, o direito fundamental do acesso à jurisdição é lido não como o âmbito de proteção constitucionalmente descrito, mas como um direito fundamental para o acesso à ordem jurídica justa, não havendo qualquer descrição do modo como isso será controlado. Esta ordem jurídica justa coloniza o conteúdo do devido processo legal e demais direitos fundamentais do processo, instrumentalizando-os sob a perspectiva estatalista de ampliação dos poderes jurisdicional. Tudo que se produziu até o momento sobre flexibilização processual, dinamização do ônus de prova, poderes instrutórios do juiz, poderes executivos etc., sob a perspectiva do instrumentalismo, cooperativismo ou adequacionismo, parte desta premissa. A isso, somam-se *slogans* performativos, tais como a construção da "efetividade

[1169] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição brasileira**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 210.

processual",[1170] do "direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo",[1171] dentre tantos outros, de maior ou menor ressonância.

Os adeptos desta visão realizam o esgarçamento do direito fundamental do art. 5º, XXXV, da CF, para passar a prescrever ao invés de descrever. Sob o argumento de estarem realizando dogmática, operam no nível da ciência política da jurisdição, para ditar aquilo que entendem ser o "bom", o "justo", o "racional" e o "ideal".

A dinâmica das colisões entre os direitos fundamentais do acesso à jurisdição e do devido processo legal ocorre a partir do esgarçamento do sentido acima referido. Revela-se, na verdade, como uma invenção doutrinária para a consecução de objetivos ou pretensões teóricas de determinados setores. Não passam de um simples truque, de um passe de mágica, um encantamento.

Qualquer suposta colisão que parta da visão de "acesso à ordem jurídica justa" e/ou do "processo justo" é dogmaticamente incorreta, pois decorre de construções não previstas na Constituição e de conteúdos metajurídicos.

Em regra, a utilização dos critérios estabelecidos acima para a identificação das colisões demonstrará que toda a vasta produção doutrinária que trilha este caminho busca apenas satisfazer pretensões políticas a partir de discurso pseudojurídico.

3.9.3. Flexibilização do procedimento como resultado da colisão – análise crítica

Um exemplo muito claro sobre essa pretensão diz respeito à produção da flexibilização procedimental, como acesso à ordem jurídica justa e de tutela do direito material.

Para os seus defensores, a flexibilização decorre do princípio da "adequação do procedimento",[1172] que se justifica pela "necessidade de se empregar maior efetividade possível ao direito processual." Com efeito, "o princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de se encarar este fenômeno." Quando se fala em tutela jurisdicional, vem à mente o princípio

---

[1170] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, 2.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2007, pp. 24-26.

[1171] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil, volume I**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 247-262.

[1172] Fredie Didier Jr. sustentava a diferença entre a adequação e a adaptabilidade. Essa última, seria a responsável pela flexibilização procedimental por iniciativa judicial. (DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**, *in* Revista dos Mestrandos em Direito Econômico da UFBA, n. 9, jan-dez. 2001, Salvador : Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001, pp. 235-237.) Adaptabilidade é apenas uma expressão específica da adequação, que pode ser levada a efeito tanto pelas partes como pelo legislador. Seja como for, ao se falar de adequação judicial do procedimento ou flexibilidade procedimental, se está a referir àquilo que Didier chamou de adaptabilidade neste trabalho.

da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), que deve ser lido como o direito a "tutela jurisdicional qualificada", compreendida não apenas como a "simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada."[1173] É nesse sentido que Marinoni sustenta que "não basta, porém, afirmar a constitucionalização do direito de ação para que esse seja efetivamente assegurado. Uma evolução adequada do sistema de distribuição de justiça equivaleria à predisposição de procedimentos adequados à tutela dos novos direitos. A inércia do legislador – ao menos para desenhar procedimentos adequados às novas situações carentes de tutela – conduz a uma interessante e generosa posição doutrinária: a do direito à adequada tutela jurisdicional". É por isso que "o princípio da inafastabilidade garante a tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito substancial."[1174]

A questão fica um pouco mais clara com a aproximação feita por Cambi e Neves, ao estabelecerem que "[a] partir da exegese do artigo 5º, inc. XXXV, da CF, o rigor procedimentalista e o apego demasiado e incondicional aos procedimentos legalmente fixados têm de ceder lugar à perspectiva instrumentalista, que considera o processo e o procedimento como meios viabilizadores da prestação de tutela jurisdicional adequada. Com efeito, é necessário o abrandamento das disposições legais e a sua moldagem ao caso concreto, pois o procedimento não precisa ser tão cartesiano para assegurar isonomia e segurança às partes."[1175]

Essa é a tônica de toda a análise da doutrina processual sobre a adaptação procedimental. Há uma tendência de realizar a concordância prática do art. 5º, XXXV, da CF, em sua leitura esgarçada, com o art. 5º, LIV, da CF, para pender a "balança" em favor do poder. A proposta não pode ser aceita de modo algum, já que o direito fundamental do acesso à jurisdição, que representa um limite ao Estado, como visto acima, passa a ser simplesmente uma regra de poder, que captura o devido processo legal e o coloca à ampla disposição do exercente do poder, isto é, o juiz.

A flexibilização do procedimento, por conseguinte, não possui qualquer incompatibilidade com o "princípio" do devido processo "constitucional", pelo contrário,

---

[1173] DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**, *in* Revista dos Mestrandos em Direito Econômico da UFBA, n. 9, jan-dez. 2001, Salvador : Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001, pp. 229-230.
[1174] MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, pp. 203-204.
[1175] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. **Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil**, *in* Novo CPC doutrina selecionada, v. 1: parte geral, Salvador : Editora JusPodivm, 2015, p. 485.

"[m]odernamente, a cláusula do devido processo compreende o direito constitucional a um procedimento adequado, isto é, conduzido sob o pálio do contraditório, aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida."[1176] Esse "devido processo constitucional" tem dois sentidos, um substancial (já criticado no item 3.6, *supra*) e outro formal. O formal "nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, conforme as regras previamente estabelecidas. Não há, todavia, necessidade de que estas regras abstratamente consideradas sejam fixadas pela via legislativa, tampouco que sejam modeladas genericamente, sem possibilidade de adequação judicial, demanda a demanda. Assim, desde que a flexibilização do procedimento não tolha dos litigantes o acesso à justiça, o direito de ação e de defesa na amplitude prevista na Constituição Federal e nas normas procedimentais, é plenamente possível a ocorrência de variações rituais, boa parte delas, aliás, tendentes exatamente a potencializar a eficácia das garantias constitucionais citadas (ampliação de prazos abstratamente considerados por circunstâncias ligadas à dificuldade da defesa, afastamento da rigidez concernente à preclusão a bem da verdade real etc.); desde que mantida a previsibilidade das variações rituais, algo que é assegurado com contraditório útil, plenamente possível a flexibilização com respeito a esta faceta do devido processo constitucional."[1177]

A mixagem entre as figuras retoricamente recriadas, a partir do direito fundamental do acesso à jurisdição e do devido processo legal, está escancarada pelos adeptos da flexibilização. Trata-se de uma "concordância prática" originária de um discurso puramente político, sem qualquer apego aos rigores dogmáticos e com o desprezo completo pela função de resistência dos direitos fundamentais em questão. Na realidade, fabrica-se uma suposta colisão entre o direito de acesso à jurisdição e do devido processo legal, para satisfazer a sanha de agigantamento de poderes do juiz, sempre encarando o processo como uma ferramenta para o cumprimento de seu dever de prestação da tutela jurisdicional.

Processo e acesso à jurisdição são relidos como regras de poder, deixando o seu *locus* constitucional de direitos fundamentais, o que realiza a noção central do processo como instrumento da jurisdição, argumento comum entre instrumentalistas, cooperativistas e adequacionistas.

[1176] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**, São Paulo : Atlas, 2008, p. 100.

[1177] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**, São Paulo : Atlas, 2008, p. 101.

Alinhado à premissa criticada, Paulo Mendes, em tese dedicada à relação entre o processo e a segurança jurídica, sustenta que se deve buscar a "*segurança pelo processo*" (segurança jurídica externa)[1178] e "*segurança no processo*" (segurança jurídica interna). Nesta última, está radicada a ideia de "processo justo", já que, de acordo com o autor, o processo não é mera técnica despida de valores, pois submetido a fatores culturais. Refere que a própria construção da legitimidade democrática do Poder Judiciário, por decorrer do Poder do povo, seria o fundamento em si do "*império dos valores*" no direito. Assim, o "processo seguro" e justo é aquele preocupado com a efetividade dos direitos materiais (resultado) e a sua adequação (forma), para o alcance da prestação jurisdicional justa. Defende, por conseguinte, que a "*segurança processual não pode ser pensada de maneira particularizada, mas sim como um instrumento de segurança do ordenamento jurídico considerado em seu todo*", ou seja, uma segurança ideal e ótima.[1179]

Assevera que, no Século XX, experimentamos um amadurecimento institucional da jurisdição, que proporcionou uma maior confiança social de seu atuar, razão pela qual há "sólidos fundamentos a justificar maior credibilidade do Poder Judiciário, o que justifica a possibilidade de lhe conferirem maiores poderes sem déficit de segurança".[1180]

A flexibilidade procedimental decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois conforma o modo como o Poder Estatal, em suas variadas funções, deve se portar. Defende uma noção de eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais contra o próprio particular,[1181] razão pela qual a observância de um procedimento rigidamente disposto em lei poderá acarretar o sacrifício do direito material, pela eclosão de um "*tempo patológico*" (demora procedimental excessiva), tendo por efeitos "*danos marginais*" àquele que tem razão.[1182]

[1178] A primeira (segurança pelo processo) se estabelece por dois vetores: (a) *Segurança-cognoscibilidade*: a previsibilidade das regras que conformam o procedimento, não apenas pela atuação da legislação, insuficiente a seu modo de ver, mas também pela atividade criativa dos precedentes à brasileira. (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, parte II, item 2.1.1.) b) *Segurança-realização*: a garantia para a sociedade de que "*as situações jurídicas materiais serão amplamente tuteladas por um Estado colaborador, aberto ao diálogo e preocupado com os valores democráticos de proteção da dignidade das pessoas*". OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, parte II, item 2.1.2.

[1179] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, parte II, item 2.2.

[1180] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, parte II, item 3.2.2.2.

[1181] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, parte II, item 3.2.3.1.

[1182] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, parte II, item 3.2.3.5.

Por este motivo, defende que um "procedimento mais dúctil" (flexível), mesmo que pelas mãos do juiz, "*garante segurança jurídica*". Assim, os princípios do devido processo legal e do acesso substancial à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) "exercem uma constante pressão sobre os operadores do direito para zelarem por uma conformação processual que confira a idônea (adequada, efetiva e tempestiva) tutela aos direitos."[1183]

A flexibilidade procedimental como elemento de segurança jurídica deve ser vista por dois prismas: a) flexibilidade-adaptabilidade e; b) flexibilidade-conveniência. Esta última seria exclusiva das partes, através de negócio jurídico processual. Essa flexibilidade acarretaria uma "renúncia" ao direito fundamental ao processo justo, já que as partes estabeleceriam regras próprias ajustadas ao próprio caso. Ela é facultativa. A flexibilização-adaptabilidade, por outro lado, é sempre obrigatória, pois "é dever do legislador, do juiz e das partes zelar por tal adaptação". Tal dever decorre da "*pressão*" exercida pelos "direitos fundamentais do processo justo e do acesso substancial da justiça". É, pois, uma adaptação em abstrato – pelo legislador – e concretamente – pelo juiz e pelas partes – com a finalidade última de zelar pela adequada tutela de direitos.[1184] Assim, cabe ao juiz estabelecer o procedimento individual e específico, em concreto, para a melhor tutela do direito material, em um aparente controle de constitucionalidade aditivo,[1185] ou então na superação da norma legalmente estabelecida em razão de sua derrotabilidade, diante da inadequação ou da insuficiência para a situação concreta,[1186] por ser considerada "injusta".[1187]

Embora reconheça que não existe uma cláusula geral de flexibilização judicial do procedimento no CPC, assevera que sua possibilidade decorre da verificação de que a rigidez procedimental não reflete mais um ideal de segurança. "Com efeito, a rota processual estabelecida pelo juiz deve, em primeiro lugar, constituir um meio adequado para a idônea prestação jurisdicional, ou seja, que proporcione o acesso substancial à justiça, preservadas as garantias processuais dos litigantes." Se o juiz entender por inadequado, pode alterar o procedimento. É, portanto, uma verdadeira cláusula geral de flexibilização do procedimento,

---

[1183] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez àe flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter BrasilEditora Revista dos Tribunais, 2018, parte III, Capítulo 1, item 1.2.

[1184] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez àe flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter BrasilEditora Revista dos Tribunais, 2018, parte III, Capítulo 2, item 2.3.

[1185] REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**, Salvador : Editora Juspodivm, 2017, p. 71

[1186] REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**, Salvador : Editora Juspodivm, 2017, p. 77.

[1187] REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**, Salvador : Editora Juspodivm, 2017, p. 76.

sem previsão legal (por mais paradoxal que isso seja). A adequação processual é a "verdadeira garantia da estruturação do processo justo". Processo adequado, com instrumentos capazes de conferir a atuabilidade tempestiva dos direitos, sem prejuízo de garantias processuais.[1188]

Por fim, o autor estabelece os limites para a adaptabilidade procedimental pela iniciativa do juiz, que podem ser enumerados da seguinte forma: a) respeito à colaboração, especificamente no dever de consulta e no dever de esclarecimento; b) respeito ao contraditório, decorrente da consulta; c) observância das preclusões, impedindo-se a repetição de oportunidades processuais ultrapassadas; d) fundamentação da decisão flexibilizadora, como forma de conformar o seu controle racional; e) observância dos precedentes, nomeadamente daqueles que impuseram o cumprimento de determinada flexibilização ou de sua impossibilidade; f) respeito à autonomia privada, ou seja, deve o juiz prestar obediência aos negócios processuais estabelecidos pelas partes e, mais do que isso, quando atuar em uma performance ativa na conformação da adaptação do procedimento para o processo justo e seguro, deve fazê-lo de "*mãos dadas*" com os jurisdicionados, pois eles possuem um "*verdadeiro direito bloqueador*" em relação a posturas judiciais que entenderem inadequadas ou inconvenientes.[1189]

Uma característica comum entre os hiperpublicistas brasileiros é a utilização sempre romântica do termo "justo" como um grande *slogan* de correção das injustiças do direito legislado. Porém, não há um sequer que defina o conteúdo do "justo" e tampouco a quem se destina essa "justiça". Pelo contrário, o "justo" opera apenas no âmbito da legitimação retórico-discursiva (portanto, comunicacional) de uma dogmática que finca sua sustentação na corda-bamba.

Embora nem todos se deem conta disso, a construção sobre a qual elaboram pressupõe um fundamento de validade jusnaturalista para o direito positivado. É dizer, o direito que é injusto não é direito (*lex iniusta non est lex*). Abre-se, assim, um método de controle moral do direito, chamado precisamente de "moralismo jurídico" por Dimoulis.[1190]

Essa deformação de um direito fundamental do acesso à tutela jurisdicional adulterou todos os demais direitos fundamentais do processo, a começar pela noção do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). Não é por outra razão que se criou a expressão "processo justo" – já

[1188] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, parte III, itens 1.1. e 1.2.
[1189] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, parte III, item 2.
[1190] DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**, 2. ed. – Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018, pp. 38-49.

amplamente combatida –, que passou a ser visto como um instrumento a serviço da própria jurisdição, para a tutela adequada, efetiva, tempestiva e justa dos direitos materiais.

Todavia, os direitos fundamentais do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) e próprio acesso à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) possuem normatividade e conteúdo completamente distintos do desenhado pela tese de Paulo Mendes. Eles são direitos de resistência, pois oponíveis contra o Estado como forma de evitar, concretamente, intervenções injustiçadas nos respectivos âmbitos de proteção (dever geral de abstenção).

O direito de acesso à tutela jurisdicional não visa o agigantamento do Poder Judiciário e a criação de poderes implícitos ou mesmo a correção do direito por uma ordem jurídica supostamente justa. Isso significaria a implosão da separação dos poderes estabelecida no art. 2º, da CF e a modificação da norma de direito fundamental, para norma de organização e competência do Estado.

O seu âmbito de proteção tem por conteúdo o resguardo da liberdade individual para buscar a tutela jurisdicional, sempre que entender que outrem provoca lesão ou ameaça o seu direito subjetivo. Veda-se, expressamente, ao Estado, diretamente pela atuação legislativa e indiretamente pela atuação executiva e jurisdicional, a imposição de obstáculos para o exercício da ação (processual) ao Poder Judiciário.

Não se vê no âmbito de proteção, por conseguinte, a hipertrofia de poderes jurisdicionais para o atingimento de um "ideal de justiça". A razão para isso é simples. Caso tal ocorresse, não estaríamos a tratar de um direito fundamental, mas sobre o poder jurisdicional (jurisdicionalística). Essa separação entre a dimensão subjetiva do direito fundamental e o exercício do poder é essencial para compreender a confusão empreendida pela tese da flexibilidade.

Pode-se dizer o mesmo sobre o devido processo legal. Poucos conceitos foram tão distorcidos quanto o dele. A mixagem dos ideais de "acesso substancial à justiça" e "processo justo" massacraram o real âmbito de proteção do devido processo legal. Para o restabelecimento de sua dignidade constitucional, é necessário entender que esse direito fundamental protege a especial liberdade individual da defesa de interesses em juízo (no caso do processo perante a jurisdição). Assim, é dele que se extrai a estrutura esquelética do processo (Eduardo Costa). O devido processo legal e os demais direitos fundamentais processuais servem de matéria-prima para o estabelecimento do procedimento legal. Da matéria-prima das liberdades (dimensão da processualística), é que se concretiza o regramento procedimental das liberdades perante o poder judiciário (procedimentalística).

A finalidade última do processo, nesta dimensão, não é a tutela material de direitos. Quem realiza a tutela de direitos é o poder jurisdicional. A proteção contra a lesão ou ameaça a lesão de direitos é realizada preventivamente ou repressivamente pelo Poder responsável pelo acertamento dos direitos. O processo, por outro lado, tem por finalidade e função preservar a liberdade operacional das partes e impedir (pelas competências negativas decorrentes) que o exercício do poder jurisdicional descambe para arbitrariedades.

O que se pretende demonstrar é que, tomadas as coisas com seus devidos contornos, não existe qualquer colisão entre os direitos fundamentais do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). O que há, no caso, é a pretensão política de correção do procedimento, a partir da perspectiva estatalista de melhor tutela de determinado direito material, a partir das escolhas do próprio Estado, concretamente falando. A pretensão é de poder sem contenção e justificação, para realizar aquilo que os seus adeptos pensam ser o melhor.

Há um flagrante desprezo pela figura do legislador e, especialmente, do requerido e do devedor, enaltecendo-se o juiz e o credor, este último visto como verdadeira "vítima do sistema". Não tardará para que esta mesma doutrina veja o acusado como um inimigo do Estado e passe a enxergar o Ministério Público como o justiçador social, se é que isso ainda não aconteceu.

Repise-se, no caso específico da tese da flexibilização, não existe qualquer colisão concreta entre os direitos fundamentais do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) e devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). No máximo – e aqui a presente tese pode auxiliar no debate com os instrumentalistas e afins –, há regras legais estabelecidas no procedimento que poderiam acarretar intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental do acesso à jurisdição, o que teria de ser examinado a partir da dogmática dos limites aos limites. Sobre aquilo que já foi regulado pelo legislador, em conformação ao devido processo legal, não é permito ao intérprete (aplicador do direito) realizar o acesso direto do direito fundamental, para artificialmente chocá-lo com outro direito fundamental. Concretamente, o que existe é que determinada regra legal estabelece uma intervenção ao âmbito de proteção de um direito fundamental. O exame a intervenção e sobre a justificação já foi suficientemente elaborado.

Salvo regras de "judiciário defensivo" – aquelas que buscam "proteger" o Poder Judiciário de determinadas demandas e/ou recursos, que promovem claramente uma intervenção no âmbito de proteção do art. 5º, XXXV, da CF –, dificilmente encontrar-se-á regras no procedimento, por concretização das garantias do devido processo legal, ou mesmo

dos demais direitos fundamentais do processo, que encerrarão intervenções no âmbito de proteção do acesso à jurisdição.

Isso porque o direito fundamental em tela não garante o exercício do poder, mas o acesso à proteção estatal das pretensões. O poder é limitado pelos direitos fundamentais, dentre eles o devido processo legal. Regras de limitação de meios de provas, de poderes cognitivos do juiz e de poderes executivos não representam, em absoluto, limites ao direito fundamental do acesso à jurisdição, pois não invadem o seu âmbito de proteção. Eles são, na verdade, concretizações dos direitos fundamentais do processo, através da atividade legislativa.

O procedimento, em regra, é conformado por lei. Essa concretização legislativa, estabelecida por normas processuais, tem por matéria-prima o devido processo legal e outros direitos fundamentais do processo. Pode ocorrer, em tese, que, a pretexto de concretizar o direito fundamental, o legislador intervenha no âmbito de proteção indevidamente e sem justificação constitucional. Nesse caso, a regra deve ser declarada inconstitucional. Pode ocorrer que o legislador deixe margem "discricionária" para a atuação judicial na concretização do procedimento, como acontece nas "cláusulas abertas" procedimentais. Por essa razão, é possível que, no caso concreto, determinada medida judicial que intervenha no direito fundamental do devido processo legal não tenha justificação constitucional, ocasionando a inconstitucionalidade do ato (ou da interpretação).

Conforme essas premissas, é indispensável que aquele que sofra a intervenção resista ativamente contra ela, uma vez que a defesa dos direitos fundamentais está no âmbito de controle individual, em decorrência do âmbito de proteção da liberdade geral (autogoverno e autodeterminação), já que o indivíduo não precisa justificar a não utilização da pretensão de resistência em questão.

Sem descartar as vedações da atuação de ofício do juiz que descambem para comportamento de parte, por força da impartialidade (imparcialidade objetivo-funcional), a própria competência estatal do Poder Judiciário acarreta a impossibilidade de "correção" de ofício do procedimento, diante da vedação de criatividade normativa.

Não existe a suposta "flexibilidade-adaptabilidade", seja por dever das partes, seja por dever judicial. A adaptação procedimental por dever das partes não se sustenta pelo simples motivo de que elas não estão diretamente vinculadas aos direitos fundamentais e os negócios processuais representam evidente direito e faculdade. A vinculação direta das partes, como já defendido alhures, se dá pela lei. O Poder Judiciário somente poderá "adequar" o procedimento, quando devidamente autorizado por lei e diante de flagrante inconstitucionalidade por

intervenção em direito fundamental geral ou especial do processo, sem justificação constitucional.

A concretização do processo – enquanto direito fundamental – em procedimento legislado conforma e limita o exercício do poder jurisdicional, densificando a reflexividade dos direitos fundamentais na constelação triangular. Repise-se, a segurança-realização não autoriza o juiz a customizar o procedimento para que haja "maior efetividade" na tutela dos direitos materiais pelas razões já amplamente expostas.

Ao contrário do defendido por Paulo Mendes, os negócios jurídicos processuais não significam uma "renúncia aos direitos fundamentais" do processo. Em razão do princípio distributivo da dogmática dos direitos fundamentais, os particulares podem resistir ou não às intervenções nos seus direitos fundamentais sem qualquer justificação. Por outro lado, a intervenção estatal sobre os direitos fundamentais sempre necessita da justificação constitucional.

Quando as partes celebram uma convenção processual, impondo para si, por exemplo, regra menos protetiva do que as estabelecidas em lei, estão em pleno exercício e gozo de seus direitos constitucionais de resistência, optando, através do ajuste, a não exercer a proteção do direito fundamental e elegendo a aplicação do regramento contratual.

Não pode o juiz conformar o procedimento para aquilo que entende mais "justo", "correto", "adequado", "eficaz" para a tutela de direito material. Há uma noção simples a basear a conclusão: ao tutelar o "direito material" de uma das partes pela adequação procedimental, o juiz, necessariamente, "destutela" os direitos fundamentais do processo da outra parte. É apenas poder através de violência institucionalizada, sem base jurídica.

A advertência de Araken de Assis é precisa no ponto:

> A garantia do devido processo protege as partes contra regras processuais arbitrárias (…). Esse direito fundamental processual é a fonte primária da rigidez dos procedimentos predeterminados na lei processual. Do contrário, o processo não seria o devido, ou seja, conforme ao direito processual, mas caminho previamente desconhecido e alterado consoante os humores do órgão judiciário e diretor do processo. O rito há de ser previsível. É muito difícil, nessa matéria, aceitar procedimento 'mais ou menos aberto à criação do juiz' e admitir que, respeitadas as 'regras do jogo', reduzem-se as insatisfações com o resultado do processo. Ou se respeitam as regras do jogo, no procedimento rígido, ou as regras podem ser alteradas no curso do jogo, *ope judicis*, gerando desconfiança e revolta. A ideia só é boa no plano das abstrações e o art. 190 do NCPC a sepultou definitivamente. Trazida à realidade, a parte inevitavelmente perguntar-se-á o motivo pelo qual, na sua causa, a autoridade judiciária adotou certo procedimento, mas em outra causa análoga modificou o itinerário, e inexiste explicação satisfatória para essa diversidade. O direito fundamental do devido processo há de proteger as partes contra os surtos

> autoritários do próprio órgão judiciário e eles expressam-se, em geral, na manipulação do procedimento.[1191]

Analisam-se, a seguir, duas teses flexibilizadoras, cujas críticas demonstrarão os respectivos equívocos com clareza.

3.9.4. Flexibilização do procedimento pela instrumentalidade das formas

A regra da sanabilidade de nulidades pela instrumentalidade das formas (art. 277, do CPC) é utilizada como fundamento para a flexibilização do procedimento. O texto legal prescreve o seguinte: "Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade."

O argumento central da teoria da flexibilização é que a lei que institui o procedimento estabeleceu "mero meio", sendo que o mais importante são os "fins de cada ato e o escopo final do processo." Com isso, sustenta-se que o ordenamento jurídico deu menos importância para o respeito ao procedimento do que aquilo que a prática observa. "E sendo assim, ainda que haja no sistema uma forma predisposta à tutela do direito, possível se verificar para o conjunto não é admissível outra escolha, mais adequada aos objetivos do próprio processo, já que o importante ao final é que a forma se modela à tutela, e não o contrário."[1192] Com esses argumentos, incentiva-se a prática de atos potencialmente nulos pelo juiz, em alteração às formas procedimentalmente previstas, para o atingimento do fim buscado pelo ato processual, já que o julgador prevê, antecipadamente, que não haverá prejuízo e que a alteração do rito imporá uma solução mais rápida e adequada ao litígio.[1193]

Em primeiro lugar, a regra da instrumentalidade das formas disposta no art. 277, do CPC, é concretizadora do devido processo legal. Garante que o procedimento não retrocederá, quando houver nulidades decorrentes da inobservância de determinada forma, alcançando-se a finalidade do ato, não havendo quaisquer prejuízos para a parte (arts. 279, § 2º e 283, parágrafo único, do CPC).

O conceito de nulidade, que opera no plano da validade do ato jurídico, tem por premissa a vinculação do juiz e dos atos judiciais (*lato sensu*) à observância do procedimento

---

[1191] ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 412.
[1192] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**, São Paulo : Atlas, 2008, p. 104.
[1193] Neste sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, 2.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2007, pp. 62-72.

legalmente estabelecido.[1194] A regra do art. 277, do CPC, tem por suporte fático a ocorrência acidental da nulidade. Trata-se da inobservância da forma legalmente estabelecida por imperícia no cumprimento dos detalhes materiais para a sua prática. Ela é uma regra que toma por válido o ato potencialmente inválido pela obtenção do resultado previsto na lei. É o típico exemplo da citação ou da intimação da parte, que foi recebida por terceiro, mas que informou devidamente a parte, que compareceu, em tempo, para a prática do ato respectivo.

Todo exame do art. 277, do CPC, sobre a validade do ato processual potencialmente inválido ocorre *a posteriori*. O controle judicial sobre a sanabilidade do ato inválido é realizado em retrospectiva.

O que foi defendido por Gajardoni com a aplicação da instrumentalidade das formas de modo antecipado, como fundamento da flexibilização procedimental, não é a tutela adequada e tempestiva do direito material. Sua mira está voltada para a minimização dos embaraços que o procedimento legalmente posto estabelece para a atuação dos juízes-gerencialistas e de suas respectivas varas. O foco central é a "eficiência" do próprio órgão de poder e não, propriamente, o suposto direito material de uma das partes.

Apoderam-se da regra de sanabilidade de nulidades do art. 277, do CPC (instrumentalidade das formas), para possibilitar ao juiz, *a priori*, a prática de atos nulos, a partir da sua intuição, abstrata e hipotética, de que não gerarão prejuízo e que, em tese, alcançarão a finalidade, mesmo com o descumprimento do procedimento previsto em lei.

Em outras palavras, é a capitulação pelo poder de uma regra de sanabilidade de nulidade, que somente deveria socorrer às partes. Ela passa, como em um passe de mágicas, a servir o Estado, para a deformação do procedimento, para as práticas que facilitam a própria atuação do poder.

A utilização, *a priori*, da instrumentalidade das formas, como retórica para a flexibilização procedimental, representa um prejuízo em si, por se revelar em uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental do devido processo legal. Não há, no caso, qualquer limite concreto ou abstrato por suposta colisão com o direito fundamental do acesso à jurisdição. Há simples vontade de alterar o limite jurídico da atuação judicial pelo procedimento legalmente posto, para permitir ao juiz controlado a sua alteração.

[1194] A lição decorre da própria noção de ato processual como adequação da conduta a um modelo de atividade prefixada na lei. Neste sentido, PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**, Rio de Janeiro : Editora Forense, 2009, p. 77.

3.9.5. Flexibilização do procedimento pelo trânsito de técnicas especiais do procedimento

Em todas as suas manifestações públicas, Fredie Didier assevera que a marca fundamental do CPC de 2015 é a sua "condição de procedimento hiperflexível",[1195] nada obstante não exista um dispositivo no código que preveja a possibilidade de flexibilização de regras procedimentais a partir do juiz.

Em livro em coautoria com Leonardo Cunha e Antonio Cabral, Didier defende que a possibilidade de flexibilização do procedimento pelo juiz (*case management*), como uma hipótese de "procedimento especial", pela utilização do "livre trânsito de técnicas especiais de procedimento", por força do art. 327, § 2º, do CPC, representa uma "verdadeira cláusula geral de flexibilização procedimental". Satisfeitos os requisitos do art. 327, § 1º, do CPC, o "legislador, corretamente, determina que se adapte o procedimento comum, de modo a inserir técnica diferenciada prevista em procedimento especial (codificado ou não)".[1196] Daí, "pode-se extrair a conclusão de que o procedimento comum é *adaptável, maleável e flexível,*[1197] *bem diferente do modelo tradicional; de que ele é receptivo à incorporação, ainda que episódica de técnicas diferenciais pensadas para procedimentos especiais*. *O procedimento comum passa a ser território propício para a inserção de técnicas procedimentais desenvolvidas para a tutela de determinados direitos. Essa cláusula geral pode ser a fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento da adequação do procedimento. De todo modo, ao menos há uma certeza: o procedimento comum, no processo civil brasileiro, não é rígido*."[1198] (destaques no original)

Com tal visão não se pode concordar.

O art. 327, § 2º, do CPC, possui um alcance muito menor do que a doutrina adequacionista propõe. Ele autoriza a utilização de determinados atos ou oportunidades de tutela (chamada impropriamente de técnica) do procedimento especial, na cumulação simples ou sucessiva de pedidos. Como já analisado, a diferenciação do procedimento legalmente

---

[1195] DIDIER JR., Fredie. Palestra Flexibilização procedimental no grupo de pesquisa Teoria Contemporânea do Direito Processual – UFPE, sob a coordenação de Leonardo Carneiro da Cunha. Disponível em <https://bit.ly/3BsW2Xb>, acesso realizado em 15/06/2020.

[1196] DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, p. 70.

[1197] Neste sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Art. 327**, *in* **Comentários ao código de processo civil**, coordenadores Angélica Arruda Alvim [et al.], São Paulo : Sataiva, 2016, p. 438. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Art. 327**, *in* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, coordenadores Teresa Arruda Alvim [et al.], São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 831. CERQUEIRA, Társis Silva de. **A nova face do procedimento comum do novo Código de processo civil diante dos procedimentos especiais: uma proposta de interpretação do art. 327, § 2º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC**, *in* Revista de Processo, n. 273, nov. 2017, item 3.1.

[1198] DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, pp. 70-71.

estabelecido se dá de acordo com a necessidade de tutela e especificidades do direito material, que são objeto de análise e decisão pelo legislador. Com efeito, havendo pedido cumulado de forma simples[1199] ou mesmo sucessiva,[1200] que seja adstrito ao procedimento especial, é possível a utilização, em tese, de determinadas formas específicas de proteção do direito, desde que não haja incompatibilidade com o procedimento comum.

Não há aqui qualquer autorização para que o juiz passe a moldar o procedimento *a posteriori*.

Os próprios exemplos utilizados por Didier, Cunha e Cabral demonstram que o art. 357, § 2º, do CPC, não se trata de hipótese de flexibilização. Na verdade, a falta de repertório dogmático para enfrentar as questões sugere a utilização da solução encantadora da adequação procedimental.

Exemplo 1:

> a técnica da cognição limitada no procedimento possessório (irrelevância da alegação de domínio) pode ser aplicada no procedimento comum, caso se cumulem pedidos possessório e de resolução de contrato. Se isso ocorrer, o procedimento seria o comum, mas a cognição, *em relação ao pedido possessório*, seria limitada. Esse dispositivo, cujo alcance ainda precisa ser dimensionado, é muito rico.[1201]

Como se sabe, é comum a promoção de pretensão de resolução do contrato de promessa de compra e venda pelo inadimplemento das prestações, com a pretensão, sucessiva, da reintegração de posse. Na verdade, como demonstra Araken de Assis, a posse do requerido sobre o imóvel tem por causa o negócio jurídico objeto da ação desconstitutiva. Na realidade, a restituição do imóvel ao promitente-vendedor, com o desfazimento da promessa, não ocorre por força de um "esbulho" virtual, mas pela eficácia repristinatória (*ex tunc*)[1202] da própria resolução contratual, nos termos do art. 182, do CC, que se aplica por analogia ao caso.[1203] Assim, sequer haverá qualquer análise sobre a existência ou não de esbulho, a perda da posse

---

[1199] A cumulação simples caracteriza-se pela reunião de ações diversas e independentes, que a única relação em comum é a conexão subjetiva com o requerido (art. 327, do CPC). ASSIS, Araken. **Cumulação de ações [livro eletrônico]**, 1.ed. baseada na 5.ed impressa, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, item 74.

[1200] A cumulação sucessiva, por sua vez, é aquela na qual o acolhimento do segundo pedido depende da procedência do primeiro. Pede-se o acolhimento dos dois pedidos, mas há uma relação de dependência do primeiro em relação ao segundo pedido. ASSIS, Araken. **Cumulação de ações [livro eletrônico]**, 1.ed. baseada na 5.ed impressa, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, item 75.

[1201] DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, p. 71.

[1202] Para aprofundamento sobre a eficácia desconstitutiva na resolução do negócio: MIRANDA, Pontes de. **Direito das obrigações: extinção das dívidas e obrigações, dação em soluto..., tomo XXV**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 427-428

[1203] ASSIS, Araken. **Cumulação de ações [livro eletrônico]**, 1.ed. baseada na 5.ed impressa, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, item 81.3.

causal do promissário-comprador acarretará a retomada da posse pelo promitente-vendedor. Não há qualquer "câmbio de técnicas", pois o pedido não será analisado pela tutela possessória *stricto sensu*.

No caso, o pretenso promissário-comprador pode pedir, em reconvenção, a declaração da usucapião, sob o fundamento conexo de que sua posse não é causal, levando em conta que a promessa de compra e venda já havia sido extinta e, por conseguinte, sua posse era *ad usucapionem.*

Exemplo 2, apropriando-se de exemplo apresentado por Arruda Alvim:[1204]

> É possível que o autor requeira "em ação condenatória por perdas e danos cumulada com pedido de reintegração de posse, a citação por edital e a intimação do Ministério Público disposta no art. 554, § 1º, do CPC, relativas a ações possessórias com grande número de pessoas no polo passivo. Se isso não for incompatível com o rito ordinário – e de fato não é –, não há prejuízo da adoção de técnicas procedimentais mistas".[1205]

No caso, não há qualquer câmbio de técnica do procedimento especial para o rito comum. A ação possessória possui regra própria de cumulação da pretensão condenatória por perdas e danos (art. 555, I, do CPC), aplicando-se o regramento especial da manutenção e da reintegração de posse (arts. 560 a 565, do CPC).

Exemplo 3:

> Aplica-se à investigação de paternidade o procedimento comum do CPC, em conjunto com as peculiaridades determinadas na Lei n. 8.560/1992, especialmente os arts. 2º. 2º-A e 7º.

A Lei nº 8.560/1992 trata da investigação de paternidade em geral. O art. 2º trata do procedimento oficioso de averiguação de paternidade, iniciado pelo tabelião de registro de pessoas naturais, não sendo aplicável a qualquer procedimento de ação de investigação de paternidade. A lei confere legitimidade extraordinária para o Ministério Público promover a ação de investigação (art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.560/1992), mas isso não altera em absolutamente nada o procedimento futuro.

O art. 2º-A (incluído pela Lei nº 12.004/2009) incluiu regra, em seu *caput*, já prevista no CPC, da admissão de todos os meios de prova, indo ao encontro do direito fundamental do contraditório. O § 1º do dispositivo (renumerado pela Lei nº 14.138/2021) apenas estabeleceu a presunção da paternidade ao requerido que se recusar a realizar o exame de DNA, indo ao

---

[1204] ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015 [livro eletrônico]**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, item 1.4.
[1205] DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, p. 71.

encontro da Súmula 301, do STJ. O novo § 2º (incluído pela Lei nº 14.138/2021) disciplina a prova pericial de pareamento genético para o caso de o suposto pai ser falecido, mera regra de especificação de um meio de prova.

O art. 7º, por sua vez, estabelece a possibilidade da cumulação sucessiva da ação de alimentos contra o requerido cuja declaração de paternidade se pretende. Ela não autoriza, contudo, a fixação de alimentos de ofício pelo juiz, pois é indispensável a manifestação da parte sobre a sua necessidade, produzindo, inclusive, prova neste sentido.

É preciso entender que tanto a ação de investigação de paternidade, como sua cumulação com a ação de alimentos, segue o procedimento comum, não havendo qualquer ajuste episódico pelo julgador.

Finalmente, exemplo 4:

> O art. 7º da Lei nº 8.429/1192 autoriza a decretação da indisponibilidade dos bens do acusado de prática de ato de improbidade. O dispositivo concretiza um dos comandos normativos decorrentes do § 4º do art. 37 da CF. Trata-se, claramente, de medida que visa à efetivação de uma tutela cautelar, asseguradora de futura pretensão pecuniária de ressarcimento dos prejuízos causados em razão do ato ilícito. Há decreto de indisponibilidade, sem que, no entanto, haja apreensão dos bens tornados inalienáveis – nesse ponto, distingue-se essa medida cautelar do arresto e da de sequestro. A indisponibilidade recairá sobre tantos bens quantos bastem para o ressarcimento do prejuízo, circunstância que impõe ao autor da ação o ônus de apresentar a respectiva estimativa e o lastro probatório mínimo dessas informações.
>
> A regra pode ser aplicada à ação civil pública, à ação popular, à ação de combate à corrupção (art. 19, Lei n. 12.846/2012) ou ação de improbidade em que se pleitear o *ressarcimento* ao erário em razão da prática de atos de improbidade – a aplicação das *sanções* típicas a tais atos, por outro lado, depende necessariamente da técnica especial prevista na Lei n. 8.429/1992.
>
> Há duas razões para a aplicação dessa regra nos demais procedimento para a tutela coletiva: *a)* primeiro, trata-se de tutela cautelar da pretensão ressarcitória, e não da pretensão punitiva – como pretensão ressarcitória pode ser veiculada em outros procedimentos, não há razão para ela não vir acompanhada da regra que lhe assegura uma especial forma de obtenção da tutela cautelar; *b)* segundo, o art. 327, § 2º, do CPC, autoriza a importação para o procedimento comum de técnicas especiais, desde que compatíveis com o procedimento comum para a tutela coletiva e a possibilidade de obtenção de tutela de evidência cautelar é evidentemente compatível com o procedimento comum (art. 300 e 311, CPC).[1206]

O excerto possui muitos problemas dogmáticos. O primeiro foi qualificar a medida de indisponibilidade, recentemente derrogada da Lei de Improbidade Administrativa, pela reforma da Lei nº 14.230/2021, de medida cautelar *stricto sensu*. Não o é.

[1206] DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**, Salvador : Editora JusPodivm, 2018, p. 71.

A doutrina processual parte de uma visão binária entre tutela de urgência e tutela de evidência para justificar todas as formas de exercício do poder jurisdicional antes da sentença. Contudo, o universo fractal do ordenamento jurídico é bem mais rico.

As tutelas preventivas voltam-se a proteger interesses que, pela urgência ou por previsão legal, não podem esperar a decisão final sem que haja risco de grave prejuízo. Chama-se este gênero de tutela preventiva *lato sensu*, cujas espécies são: (a) tutela preventiva *stricto sensu*; (b) tutela de urgência cautelar; (c) tutela de urgência satisfativa. Em todas elas, há verificação de urgência, contudo, com uma diferença de grau.

A tutela preventiva *stricto sensu* sempre protege situações em que há uma aparência de periculosidade, aquilatada, *prima facie*, pelo legislador. Em razão disso, não há uma presunção sobre o *periculum in mora*, pelo contrário. Eduardo Costa ensina que neste tipo de tutela "*está-se diante de situação de 'periculum in mora atenuado ou enfraquecido': não se trata, necessariamente, de risco de dano provável e/ou iminente, mas de risco de dano meramente possível e/ou remoto*."[1207]

Não se exige na tutela preventiva em sentido estrito o *periculum in mora* na mesma intensidade (grau) da "urgencialidade" cautelar ou satisfativa. Pode-se dizer que são exemplos de tutela preventiva *stricto sensu* o mandado de segurança preventivo (art. 1º, da Lei nº 12.016/2009), a liminar em reintegração ou manutenção de posse com força nova (art. 562, do CPC/15) e a antiga indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa (redação original do art. 7º, da Lei nº 8.249/92[1208]).

A antiga liminar de indisponibilidade não guarda relação com o arresto cautelar. A distinção não é por conta da forma como a ordem será efetivada, como pretende a trinca criticada. A indisponibilidade ou o arresto cautelar de dinheiro pode ocorrer por bloqueio eletrônico de ativos e se concretiza exatamente do mesmo modo. A diferença é que o arresto cautelar exige sempre a demonstração da dilapidação patrimonial do devedor (urgência), que deve ser interrompida (tutela *ex post facto*) pelo Poder Judiciário, como forma de assegurar o resultado útil da pretensão ressarcitória do credor.

Na antiga indisponibilidade, por outro lado, a dilapidação patrimonial pelo suposto ímprobo é evitada (tutela *ex ante*), com base no risco possível de frustração da pretensão de

---

[1207] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 294. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo [orgs.]. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 401.

[1208] Art. 7° Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.
Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

ressarcimento. Isso somente é viável em razão da ponderação realizada previamente pelo legislador, que entendeu por assegurar uma proteção maior ao patrimônio público. Com razão, novamente, Eduardo Costa, ao sustentar que "*[a] indisponibilidade de bens a que alude a Lei de Improbidade Administrativa, p. ex., mais se assemelha a uma caução forçada constituída in initio litis do que a um arresto*".[1209]

Assim, a antiga liminar de indisponibilidade está no plano da mera "preventividade", pois o que se pretende é resguardar um bem jurídico relevante por meio de uma tutela rápida definida em lei.

Importante asseverar, outrossim, que a derrogada indisponibilidade não impedia e não impedirá a promoção de quaisquer medidas cautelares para assegurar o resultado útil do processo. Elas poderão ser amplamente utilizadas, contudo, a regra será a necessidade de verificação da urgência *ex post facto*, em geral, concretizada pela dilapidação patrimonial do devedor.

O maior equívoco do exemplo, contudo, é a utilização da medida específica da indisponibilidade, pensada concretamente para o caso da improbidade administrativa, como regra geral da tutela ressarcitória do erário. Na falta de uma regra geral, que autorizasse a medida de indisponibilidade, com seus contornos originais da Lei de Improbidade Administrativa, não é possível a sua utilização em outras pretensões.

Ainda, os autores em tela pretendem o pinçamento de determinada forma de tutela especial de pretensão específica e sua generalização, sem cumulação de pedido, como se não houvesse socorro aos interesses nas demais tutelas coletivas. Antes da generalização da tutela antecipada e da tutela cautelar, esse expediente era utilizado pela práxis, como, por exemplo, na vetusta "reintegração de posse de servidor público", pela qual se utilizava analogicamente da tutela possessória de força nova, para a recolocação do servidor em suas funções.

Atualmente, contudo, os autores da ação civil pública, da ação popular, da ação de combate à corrupção e tantas outras formas de tutela do erário público não necessitam da antiga indisponibilidade da Lei nº 8.429/92 para a proteção do resultado útil do provimento final. Eles podem, facilmente, lançar mão de uma cautelar com efeitos equiparados à da indisponibilidade, devendo demonstrar a probabilidade do direito e o *periculum in mora*.

Uma última observação sobre o ponto: falar em "tutela de evidência cautelar" é uma contradição em termos. A tutela cautelar, do modo como estabelecido pelo CPC, como regra generalizada para todos os casos, representa forma de tutela preventiva de direitos, que sempre

[1209] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 294. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo [orgs.]. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 401.

necessita da urgência como seu requisito para o deferimento da medida. Qualquer tutela de asseguração sem urgência não será propriamente cautelar, mas uma tutela preventiva *stricto sensu*, como salientado acima.

A utilização da "técnica processual diferenciada", de que trata o art. 327, § 2º, do CPC, é faculdade da parte, que promove a cumulação de pedidos e depende diretamente de seu pedido expresso, que somente não será aplicada pelo juiz no caso de incompatibilidade com o procedimento comum.

A pretensão de Fredie Didier Jr., e dos demais que o seguem é colocar no § 2º do art. 327 do CPC alcance que ele não possui.

Como se sabe, o professor baiano foi um dos principais juristas a auxiliar os relatores do projeto de lei do CPC de 2015 na Câmara dos Deputados. Um de seus objetivos declarados inúmeras vezes, fato notório não apenas no meio acadêmico, era emplacar um artigo com uma "cláusula geral de adaptação procedimental", tal como existente no CPC português.[1210] No entanto, os parlamentares rejeitaram a proposta.[1211]

3.9.6. Déficit dogmático da flexibilização procedimental

Os adeptos da flexibilização operam apenas no nível da ciência política ou da teoria do direito. Eles expressam aquilo que gostariam que o processo, o procedimento e a jurisdição fossem, segundo seu modo de ver.

Nessa perspectiva é que se defende que o Poder Judiciário está submetido ao império da lei (legalidade constitucional). O procedimento, estabelecido a partir da lei, que concretiza a matéria-prima constitucional do devido processo legal e de outros direitos fundamentais processuais, vincula rigidamente o Poder Judiciário. É assim que se fala em rigidez procedimental, rigidez a partir e em decorrência da lei com relação ao órgão que exerce o poder.

[1210] CPC portugês, art. 547.º O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.
[1211] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 119. CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. **Flexibilização procedimental no novo código de processo civil**. Revista de Direito Privado, vol. 64, Out - Dez/2015, pp. 219-259. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas Executivas Atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, p. 100.

O procedimento legal nas mãos do juiz é rígido feito cerâmica, destarte, não admite dobras extraordinárias.[1212]

Para os partidários da adequação procedimental, apenas o Poder Judiciário poderia flexibilizar o procedimento, em flagrante descumprimento da lei procedimental, por julgá-la injusta ou inadequada, em razão do suposto "excesso de formalismo".

Qualquer outro agente ou servidor público, integrante dos poderes legislativo ou executivo, que agisse em flexibilização procedimental, sofreria no mínimo a anulação do ato e estaria submetido aos rigores da (lei de) improbidade administrativa, nos termos do art. 11, da Lei nº 8.249/92.

A tese da flexibilização utiliza-se de um expediente bastante comum na doutrina hiperpublicista brasileira, que revela o barateamento do *status activus processualis* de Häberle. O contraditório (como sinônimo de participação), manejado pelos deveres anexos da cooperação, e a fundamentação decisória encerram a noção de que o juiz pode (ou seja, tem competência para) decidir como melhor entender para a realização da justiça, desde que "dialogue" com as partes através da consulta e do esclarecimento, deixando-se influenciar (noção de contraditório forte do formalismo-valorativo) e, posteriormente, fundamente sua decisão. Dando ares de "democraticidade" para sua decisão, com a "participação ativa" das partes, ele tem a licença para (quase) tudo. Assim, o contraditório e a fundamentação (que são direitos de resistência também) passam a servir como legitimadores do empoderamento judicial. É o típico raciocínio judicial do "posso, porque decido".

No entanto, o contraditório e a fundamentação não servem como legitimadores de condutas judiciais ou como autorizadores de descumprimento da legalidade constitucional. Eles são limites (competências negativas) para a atuação estatal, pois, como direitos fundamentais do indivíduo, "desservem" a jurisdição. É dizer, caso haja a intervenção a esses direitos fundamentais, a parte poderá resistir (juridicamente) ao ato estatal não justificado constitucionalmente. Assim, eles não são, em si, um antídoto ao comportamento autoritário, pois, mesmo observando o contraditório e a fundamentação, o juiz ainda pode violar o direito, em flagrante conduta abusiva.

[1212] CARVALHO FILHO, Antonio. **Pequeno manual prático para o debate instrumentalista (e afins) vs garantistas processuais**, *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3CTOqgI>, acesso realizado em 29/09/2021. CARVALHO FILHO, Antonio. **Medidas executivas atípicas e processo justo**, *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3allUZd>, acesso realizado em 05/10/2021. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas Executivas Atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021, pp. 165-166.

Existem atos que, por sua natureza, não podem ser realizados pelo Poder Judiciário por estar despido de competência (funcional) constitucional para tanto, diante da separação e da dispersão dos poderes. A jurisdição deve operar, portanto, sob a premissa constitucional do "decido, porque posso", ou seja, porque há competência e em respeito aos limites competenciais estabelecidos pela Constituição. É exatamente aqui que está estribado o vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e à lei.

Importante notar, em resumo, que os direitos de organização e procedimento, como defendido pela doutrina neoconstitucionalista e pela doutrina instrumentalista e correntes afins, visam romper completamente com o conteúdo normativo do devido processo legal e dos demais direitos fundamentais do processo.

Não há uma licença judicial para adequação episódica do procedimento sem a declaração de inconstitucionalidade, sendo vedada a atuação de ofício do juiz, já que o "suposto prejudicado" deve resistir à intervenção supostamente sofrida.

3.9.7. Interpretação do art. 139, VI, do CPC

Retomando o diálogo com Paulo Mendes. O autor trabalha com a noção externa de "processo seguro", dividindo-a em duas acepções: segurança-cognoscibilidade (previsibilidade)[1213] e segurança-realização (efetividade).[1214]

A cognoscibilidade é um modo de observação da segurança jurídica no tempo, sob o ponto de vista finalístico-material. Ela representa elemento próprio das variantes linguísticas do texto que conformam os sentidos interpretativos (pós giro ontológico-linguístico). Ela significa que somente há segurança jurídica se o cidadão tiver capacidade de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis. Ou seja, o texto necessita de "*determinabilidade*", uma certeza relativa de sentido. Difere, por conseguinte, da "*determinação*", capacidade total de conhecimento de conteúdos normativos previamente, certeza absoluta de sentido. Todo signo (texto), por ser um elemento da linguagem, é interpretável, por esta razão o seu conteúdo é determinável (cognoscível). Em outras palavras, em qualquer momento, o texto normativo deve ser acessível, pela publicidade,

[1213] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, parte II, item 2.1.1.
[1214] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018, parte II, item 2.1.2.

e inteligível por seus termos. Quanto mais fechado forem os elementos semânticos do texto, mais vinculado estará o intérprete.[1215]

A observação pode ser realizada na perspectiva dinâmica, tanto para o passado como para o futuro.

Para o passado, ela se caracteriza pela confiabilidade, ou seja, uma "estabilidade na mudança". Deve-se proteger situações jurídico-subjetivas consolidadas (ato jurídico perfeito, coisa julgada etc.) e exige-se nas alterações de regramento, nomeadamente das relações de trato sucessivo, regra de transição que impeça surpresas. Deste modo, não se exige do direito a "imutabilidade" do sistema. O direito legislado muda, como mudam as interpretações das normas jurídicas. Deve-se evitar, contudo, alterações legislativas violentas ou guinadas jurisprudenciais, através de mecanismos que perfaçam a racionalidade da mudança.[1216]

Para o futuro, podemos ver a segurança jurídica de duas formas, como previsibilidade ou calculabilidade. A primeira, a que inclusive Paulo Mendes se refere como sendo a sua "segurança-cognoscibilidade", traz uma noção de certeza absoluta sobre a capacidade de antecipar as consequências jurídicas da conduta própria ou alheia. Seria uma garantia de conhecer hoje o direito de amanhã. A realidade mostra que a segurança jurídica não se comporta deste modo. A possibilidade de mudança de orientações exige que as consequências jurídicas sejam calculáveis, ou seja, garantam uma elevada capacidade de prever os efeitos de atos e fatos. É uma capacidade de antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos das normas.[1217]

Quanto ao fim, a segurança jurídica exige que o direito seja *cognoscível* (determinável e inteligível atemporalmente), *confiável* (que as mudanças sejam suaves) e *calculável* (possibilidade de antever as possibilidades interpretativas).

Nessa perspectiva, aceitar a alteração do procedimento por iniciativa judicial durante o processo (enquanto situação jurídica), significa fulminar qualquer capacidade de calculabilidade (segurança para o futuro) e cognoscibilidade (segurança atemporal – conhecimento prévio do texto normativo e inteligibilidade) das partes a respeito do procedimento que será aplicado no caso concreto.

As partes, em procedimentos regidos pela lei, estabelecem suas estratégias para a defesa de seus interesses e pretensões de acordo com as interpretações sobre o texto. Ou seja, conhecem e determinam os sentidos possíveis do texto (cognoscibilidade) e calculam as suas

---

[1215] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**, 5.ed., São Paulo : Malheiros, 2019, pp. 268-269.
[1216] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**, 5.ed., São Paulo : Malheiros, 2019, p. 269.
[1217] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**, 5.ed., São Paulo : Malheiros, 2019, pp. 270-271.

opções (calculabilidade). Mesmo que o juiz consulte as partes antes da mudança episódica do procedimento e fundamente a sua decisão, é de clareza solar que não haverá cognoscibilidade e tampouco calculabilidade sobre os destinos procedimentais.

Contra essa construção, a doutrina afirma que o art. 139, VI, do CPC, já permite ao juiz o aumento de prazos e a alteração da ordem de produção das provas, hipótese clara de flexibilização procedimental.

A questão é importante para o presente trabalho.

Inicia-se pela alteração da "ordem" de produção probatória.

Nada obstante a previsão topográfica dos meios de prova no CPC (depoimento pessoal, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial), não existe uma regra legal que estabeleça a ordem legal entre eles na fase instrutória.

É certo que a prova documental deve ser apresentada juntamente com os articulados (petição inicial e contestação), como disposto no art. 434, do CPC. Porém, para as provas produzidas na fase instrutória, não existe uma ordem legalmente estabelecida entre os meios dispostos.

O art. 361 do CPC merece detida reflexão. Ele estabelece uma aparente ordem para a produção das "provas orais", fixando que, primeiramente, serão ouvidos o perito e assistentes técnicos sobre os esclarecimentos da prova pericial e, na sequência, as partes em depoimento pessoal e, por fim, as testemunhas arroladas, sempre iniciando pelo autor e depois pelo réu.

O art. 477, do CPC, estabelece que o laudo pericial será protocolado pelo menos 20 dias antes da audiência de instrução e julgamento. Contudo, tal regra sofre constante controle concreto de constitucionalidade, mesmo que implícito, pela injustificada intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) para a designação da audiência de instrução e julgamento apenas após a conclusão do laudo.

A experiência mostra que a prova pericial, em regra, possui incidentes, debates e complexidades que não possibilitam o seu encerramento com a antecedência legalmente estabelecida em relação à audiência de instrução e julgamento. Note-se que, apresentado o laudo pericial, ele deve ser submetido ao contraditório dos assistentes técnicos e das partes no prazo de 15 (quinze) dias (art. 477, § 1º, do CPC). Ato contínuo, o perito deverá manifestar-se sobre as divergências no prazo de 15 (quinze) dias (art. 477, § 2º, do CPC). Somente a soma dessas duas oportunidades processuais, sem contar o "tempo morto" das providências de intimação da secretaria, já extrapola o prazo de antecedência de 20 dias para a audiência.

Desde modo, vai ao encontro dos direitos fundamentais do processo a realização da audiência de instrução e julgamento em paralelo à produção da prova pericial.

Nada impede, por conseguinte, que os esclarecimentos posteriores sobre o laudo sejam prestados por escrito, como, diga-se, ocorre largamente na prática. Seja como for, mesmo passada a audiência de instrução e julgamento, representa direito da parte postular pela produção de esclarecimentos orais por peritos e assistentes em audiência especialmente designada para isso.

A alteração da ordem de produção de provas não pode ser lida como uma "liberdade" ou "discricionariedade judicial" para antecipação da instrução probatória.

A antecipação de prova somente ocorre por iniciativa da parte, utilizando-se da produção antecipada de provas, da justificação prévia – quando a análise de tutela antecipada ou cautelar necessitar de prova técnica ou oral –, ou por negócio jurídico processual.

É defeso ao juiz mudar a fase procedimental para a produção probatória sem pedido expresso ou ajuste das partes.

Mais do que isso, não pode o juiz subverter o conteúdo do contraditório na colheita de prova. Não está o juiz autorizado a inverter a ordem de oitiva das testemunhas, colhendo primeiro as do requerido e depois as do requerente, salvo se "as partes concordarem" (art. 456, parágrafo único, do CPC), que significa, em última análise, um negócio jurídico processual que independe de homologação judicial.

Não é possível realizar uma inversão "*pró-efetividade*" ou "*pró-economia 'processual'*" (ou seria jurisdicional?) para o "aproveitamento do ato", ouvindo-se as testemunhas do autor e as do réu presentes, redesignando-se o ato para a oitiva das ausentes arroladas pelo autor, por exemplo. Isso significaria uma violação ao direito fundamental do contraditório, sem justificação constitucional.

A primeira parte da regra do art. 139, VI, do CPC, disciplina a possibilidade da ampliação de prazos e representa, sem dúvida, uma verdadeira cláusula aberta de ajuste procedimental específico.

Ao contrário do que a doutrina pretende, isso não significa que o juiz possua uma margem maior subjetiva para a alteração de prazos como lhe pareça melhor. Pelo contrário, a cláusula aberta serve como um "facilitador comunicacional" entre os direitos fundamentais e as intervenções estatais (e judiciais, em especial).

Assim, a ampliação de prazos somente é possível (*a*) por um imperativo de igualdade no contraditório (inconstitucionalidade por violação à igualdade de tratamento). Atualmente, o prazo para contestação da ação de improbidade administrativa – que alterou o § 7º do art. 14, da Lei nº 8.429/92, pela Lei nº 14.230/2021, extinguindo a oportunidade de defesa prévia, de constitucionalidade duvidosa, diga-se – é de 30 (trinta) dias. Pode ocorrer que em caso

excepcionalmente complexo, tal prazo estabeleça uma diferença injustificada de tempo para o exercício da defesa técnica, com relação ao tempo que o autor teve para o desenvolvimento da inicial e elaboração de suas teses e exame documental.

Outra hipótese ocorre (*b*) quando o prazo legalmente fixado estabelece uma intervenção concreta sem justificação constitucional, seja diante da complexidade ou das dificuldades fáticas para a prática do ato processual (inconstitucionalidade sobre o devido processo legal), bastante comum para as hipóteses de emenda por falta de documento essencial.

Em ambas as hipóteses, é indispensável a manifestação da parte afetada pela intervenção, resistindo a ela e pedindo atuação judicial.

A cláusula aberta de ampliação de prazo é um limitador dos poderes do juiz e de suas subjetividades, diante da vinculação direta aos direitos fundamentais (interpretação conforme os direitos fundamentais), não podendo ser tomado como catalisador de poderes.

Já a "segurança-realização" não se relaciona diretamente com o processo, mas sim com o exercício do poder jurisdicional (mais um sintoma de confusão entre as dimensões da jurisdição e do processo). Esse aspecto se refere à eficácia normativa da proteção do direito subjetivo (ou coletivo). A tutela jurisdicional de um direito material somente é possível se realizada observando-se as "*regras do jogo*", ou seja, o procedimento posto, seja pela lei, seja pelas partes por negócio jurídico processual. A concretização do processo – enquanto direito fundamental – em procedimento legislado conforma e limita o exercício do poder jurisdicional, densificando a reflexividade dos direitos fundamentais alhures mencionada. Repise-se, a segurança-realização não autoriza o juiz a customizar o procedimento para que haja "maior efetividade" na tutela dos direitos materiais pelas razões já amplamente expostas.

CONCLUSÃO

Ao final, pouco deve ser dito. A tônica de todo trabalho está descrita no subtítulo da tese: a desconstrução do "processo justo" e a edificação do devido processo legal. Como toda obra, o desfazer exige grande esforço, ainda mais quando os alicerces do pensamento estão totalmente escondidos, sem acesso claro ao "dono do prédio".

A obra intelectual gera mais sofrimentos e traumas para ser desfeita. Assumir-se equivocado, dar um passo atrás e reestruturar todo o pensamento, após anos de convicções sólidas em determinado sentido, é tarefa que poucos conseguem realizar com êxito.

A história do hiperpublicismo processual confunde-se com a própria história do ensino do direito processual no Brasil. Mudar essa realidade é uma tarefa geracional.

De qualquer modo, quem não compreende o modo de agir do instrumentalismo processual (do formalismo-valorativo e do neoprocessualismo) e sua operação de degeneração do sistema do direito, tendo como "soldado invisível" o neoconstitucionalismo e sua ânsia por um judiciário hipertrofiado e absoluto, não conseguirá se livrar do discurso bonito, regado com ares de bom mocismo, dos defensores do "processo justo".

Foi esse o caminho oferecido durante a primeira parte desta obra, oferecida para aqueles que ostentam a virtude da dúvida, tanto sobre os argumentos criticados quanto sobre a crítica.

Pode-se dizer, em uma visão cética sobre a atuação judicial, que, pela simples humanidade do juiz, recluso ao seu gabinete, em regra sozinho, ou no máximo acompanhado por poucos pares nos julgamentos coletivos, realizar o julgamento de qualquer causa a partir de critérios metaéticos de justiça é praticamente impossível. A impossibilidade não reside na falta de virtudes do julgador, ou mesmo na sua incapacidade de compreender o que é ou não é justo, mas pela simples razão que o justo é proporcionalmente tão indeterminado quanto cada um dos componentes da população brasileira ou mundial.

É por esta razão que a tradição estabeleceu que as decisões sobre o justo, ocupante do sistema da moral, deve ser comunicada para o direito, através da operação de representantes do povo, legitimamente eleitos, para o estabelecimento de lei formal, em assembleia constituída especificamente sobre isso. A própria pluralidade deste ambiente gerará permanentes insatisfações de parte a parte, fazendo com que indivíduos sempre pensem que a legislação poderia ser melhor. A justiça, por conseguinte, é um fim geralmente inalcançável.

Dentro do sistema do direito, contudo, não há como operar com o código moral para a definição do que é justiça, pois, como ensinou Luhmann, se isso ocorrer, o direito deixa de ser um sistema autônomo e passa a ser colonizado por outro. Em resumo, o juiz opera no código do direito. O julgamento com critérios de justiça é um não-julgamento de direito. E nisso reside o paradoxo do hiperpublicismo e da teoria do "processo justo". O juiz, investido de jurisdição pelo sistema do direito, passa a negar o próprio sistema para uma decisão "melhor". Isso corresponde, em último análise, à própria negação da jurisdição. O juiz, então, atua apenas com violência transformadora e renovadora, ele é o fim e o começo de tudo, nada existe antes ou depois. Ele passa a ser o senhor absoluto de tudo.

Essa visão, contudo, deturpa as bases mais sólidas da estrutura republicano-democrática fundada no Brasil, em especial com os alicerces da própria Constituição.

Waldron explica que a Constituição prevê o empoderamento estatal pelo estabelecimento de instituições que permitem às pessoas, de forma cooperada e coordenada, perseguir projetos e atingir objetivos que sozinhas não conseguiriam.

Dentre essas instituições, destacam-se aquelas nas quais representantes da comunidade reúnem-se em assembleias para debater e estabelecer leis, ou seja, legisladores que deliberem com autoridade pública e em nome de todos. Estabelecem-se cortes e tribunais para interpretar as leis e resolver as disputas existentes em nome de toda a sociedade. Ainda, firmam-se organizações armadas para manter a paz em sociedade e instituições permanentes para a administração de acordo com aquilo que foi legislado. Isso não bastasse, as constituições modernas devem capacitar instituições e pessoas para lidar com outros Estados no plano internacional, com poderes para o comércio, a paz e a guerra.

As Constituições fundam, em grande medida, empoderamento de pessoas comuns em uma democracia, permitindo que elas controlem as fontes do direito e participem do aparato do governo para a realização de suas aspirações legítimas.[1218]

[1218] WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**, Cambridge & London : Harvard University Press, 2016, pp. 34-43.

Aos estados organizados deste modo, não se reconhece nenhum outro soberano interno ou externamente que não seja o seu próprio povo. Dessa maneira, a tomada do poder pelo povo representa um antecedente e, por vezes, a causa para a elaboração de uma constituição escrita.

Por essa perspectiva, portanto, não é a constituição quem empodera o povo. O poder ou o empoderamento – entendido como o ato de dotar alguém de poder – do soberano é sempre anterior à Constituição, pois, em regra, se realiza através de rupturas pelo jogo político ou por revoluções, como a história nos mostra.[1219] A constituição surge sempre depois da consolidação do poder deste soberano.

O que Waldron chama de "empoderamento constitucional" (*constitution empower*) é a organização do poder estatal e o estabelecimento de diversos procedimentos para o exercício de suas funções através de normas jurídicas. Isso é, senão, uma forma de limitação jurídica dos representantes do povo, que exercem em seu nome, o poder estatal.

A limitação do poder estatal realiza-se em duas frentes: (*i*) pela organização do Estado e das instituições que exercem o poder estatal e; (*ii*) pelo estabelecimento de limites positivos e negativos ao exercício do poder frente aos indivíduos.

Tome-se como exemplo a Constituição da República Federativa do Brasil: a partir do Título III, verifica-se vasta disciplina da "Organização do Estado", a respeito da organização político-administrativa (arts. 18-19), dos bens e competências da União (arts. 20-24), dos Estados federados (arts. 23-28), dos Municípios (arts. 23, 29-31), do Distrito Federal (art. 32) e Territórios (art. 33). Há, ainda, a disciplina da intervenção da União em Estados (art. 34) e dos Estados nos seus Municípios (art. 35), conforme os requisitos do art. 36. No art. 43, há a disciplina a respeito das regiões para a articulação de medidas administrativas e políticas públicas. Por fim, há o tratamento das regras constitucionais atinentes à administração pública (art. 37) e o regime de servidores públicos (arts. 38-41) e dos militares (art. 42). O Título IV, por sua vez, trata da "Organização dos poderes", com disciplina específica a respeito do Poder Legislativo (arts. 44-75), do Poder Executivo (arts. 76-91) e do Poder Judiciário (arts. 92-126). Ainda neste título, há a disciplina a respeito de funções essenciais à Justiça, tais como o Ministério Público (arts. 127-130), a Advocacia Pública (arts. 131-132) e Particular (art. 133) e a Defensoria Pública (arts. 134-135). Poder-se-ia seguir com a análise dos Títulos V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), VI (Da Tributação e do Orçamento), VII (Da Ordem Econômica e Financeira), VIII (Da Ordem Social) e IX (Das Disposições Constitucionais Gerais), no entanto, para o escopo deste trabalho, basta o que foi exposto. Em

[1219] O poder como fenômeno é muito mais forte, em termos físicos, do que uma norma jurídica. O poder apenas se mantém controlado pelo jurídico, porque o soberano assim deseja.

todos esses Títulos, temos regras que impõem limites ao exercício do poder estatal. O suposto empoderamento afirmado por Waldron já nasce devidamente estribado por normas jurídicas constitucionais, com a finalidade de disciplinar o modo como o Estado deve realizar o seu mister.

O Estado Moderno, autonomamente considerado como pessoa jurídica, estabelecido com base na soberania popular nas democracias constitucionais, se organiza e se manifesta a partir dos representantes eleitos e não eleitos do povo e ainda pelo arsenal de servidores públicos e militares que compõem a sua estrutura, conforme funções devidamente descritas e repartidas no texto constitucional.

Não raro o Estado exacerba suas ações (comissivas e omissivas) por iniciativa dos exercentes do Poder. Por essa razão, o estabelecimento de limites positivos e negativos ao exercício do poder frente aos indivíduos visa, em última análise, à realização plena da soberania popular e do desenvolvimento de suas raízes democrático-republicanas, nomeadamente para a preservação das liberdades individuais, para a exigência das prestações sobre as quais o Estado se comprometeu e para o exercício ativo da cidadania. *Grosso modo*, dentre esses limites, estão os direitos e garantias fundamentais.

O importante neste ponto é entender a clivagem entre os direitos fundamentais e o Poder. Este é limitado diretamente por aqueles. Em outras palavras, o poder estatal, centralizador da violência institucionalizada, não vê, por si, quaisquer limites para a realização de seus desejos, anseios e objetivos. São os direitos fundamentais, normalmente contemporâneos com a fundamentação da ordem jurídica estatal, os responsáveis pelo controle e imposição da última fronteira jurídica para a proteção dos indivíduos contra o Estado.

É dizer, os direitos fundamentais sempre terão a função de controle e limite do Estado a partir do indivíduo. Qualquer interpretação que utilize os direitos fundamentais como mola propulsora para o empoderamento do Estado é violadora da sua própria essência jurídica e política.

É com base nessas premissas que o estudo do processo como direito fundamental foi elaborado.

A apresentação do processo a partir de uma dogmática dos direitos fundamentais, estribada em uma visão de direito de resistência, a partir do aporte metodológico de análise das intervenções nos respectivos âmbitos de proteção dos diversos direitos fundamentais que protegem o processo foi grande objetivo deste trabalho.

É tarefa de todo processualista evitar a funcionalização do processo ao exercício do poder estatal. É missão deste processualista compreender a força do legal e não se seduzir pelos encantos do poder e pela ilusão da justiça monocrática.

O processualista deve compreender que o aumento do poder estatal é seguido da intervenção do direito fundamental que o contém. A autorização do juiz para o ajuste do procedimento representa carta branca para que o controlado se libere de seu controle. Confiar apenas na autocontenção do juiz é o mesmo que se atirar na jaula dos leões: por mais bem intencionados que os leões estejam, você acabará, mais cedo ou mais tarde, sendo devorado.

O ponto de partida de todo estudo de direito processual corresponde ao ponto final desta tese: Processo é direito fundamental e, como tal, apenas serve para limitar o poder do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**, 3. ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro [livro eletrônico]**, 5.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**, Belo Horizonte : Editora Letramento, 2021.

ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional pós-moderno**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABBOUD, Georges. **Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazida pelo ativismo judicial**, *in* Jurisdição e hermenêutica constitucional – em homenagem a Lenio Streck, Rio de Janeiro : GZ Editora, 2017.

ABBOUD, Georges. **O mito da supremacia do interesse público sobre o privado a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais**, Revista dos Tribunais, vol. 907/2011

ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual**, Revista de Processo, vol. 166/2008, Dez. 2008, pp. 27-70, *versão eletrônica*.

ABBOUD, Georges. **Submissão e juristocracia**, Revista de Processo, vol. 258/2016, ago/2016, pp. 519-527.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo**. Diálogos entre discricionariedade e democracia, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 242/2015, Abr / 2015, p. 21 – 47.

ABBOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque. **A relativização da coisa julgada material injusta: um estudo à luz da teoria dos enunciados performativos de Jonh L. Austin**, *in*: Revista de Processo vol. 284/2018, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, out. 2018.

ABBOUD, Georges. CAMPOS, Ricardo. **A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado**, *in* Fake News e regulação [livro eletrônico], São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito [livro eletrônico]: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**, 5.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

ABBOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo**, Revista de Processo, vol. 245, jul. 2015, pp. 351-377, versão eletrônica

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo [livro eletrônico]: posições processuais equilibradas e unidade do direito**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ACKERMAN, Bruce. **We the people, vol. 3: The civil rights revolutions**, Cambridge : The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. **A Jurist Confronting Himself: Carl Schmitt's Jurisprudential Thought**, *in* The Oxford Handbook of Carl Schmitt, edited by Jens Meierhenrich and Oliver Simons, New York : Oxford University Press, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo : Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. **A defense of Radbruch's Formula**, *in* Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order, edited by David Dyzenhaus, Portland : hart Publishing, 1999, p. 13-39.

ALEXY, Robert. BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho: La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral**, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001, Edição *Kindle*.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **El deber ser ideal y la optimización**, *in* Ensayos sobre la teoria de los princípios y el juicio de proporcionalidade, Lima : Palestra Editores, 2019.

ALEXY, Robert. **Sobre la estructura de los princípios jurídicos**, *in* Ensayos sobre la teoria de los princípios y el juicio de proporcionalidade, Lima : Palestra Editores, 2019

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **La imparcialidade judicial y el debido processo**, *in* Revista Ratio Juris, vol. 9, nº 18.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Sistema procesal: Garantía de la Libertad**, Lima : A & C Ediciones, 2018.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **O garantismo processual**, *in*: Ativismo Judicial e Garantismo Processual, Salvador : Editora JusPodivm, 2013

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil [livro eletrônico]**, ed, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015 [livro eletrônico]**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda. **Embargos de declaração [livro eletrônico]**, ed, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Efetividade, Segurança, Massificação e a proposta de um "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas"**, *in* Revista de Processo, vol. 196, Jun/2011, p. 237-274 (versão eletrônica).

AMARAL, Paulo Osternak. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015

ANCHIETA, Natascha. **22. Garantismo Processual e teoria unitária do processo: breves reflexões**, Portal Contraditor.com, disponível em < https://bit.ly/3mTQrF1 >, acesso em 31/08/2021.

ANCHIETA, Natascha. **Breves reflexões acerca da garantia do "duplo grau"**, Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/2XhbK8Z>, acesso realizado em 15/10/2021.

ANDRADE, Cássio Cavalcante. **O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal**, *in* Revista dos Tribunais, v. 103, n. 948, out. 2014.

AQUINO. José Carlos Gonçalves Xavier; NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal [*livro eletrônico*]**, 1. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **A utilização da prisão civil como meio executório atípico**, *in*: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). Medidas executivas atípicas. Salvador : Editora JusPodivm, 2018.

ARENDT, Hannah. **On revolution**, London : Penguim Books, 1990

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 1.ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, livro eletrônico.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo [livro eletrônico]**, 3.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos [livro eletrônico]**, 10.ed., São Paulo . Thomson reuter Brasil, 2021

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken. **Processo civil, volume II : parte geral : institutos fundamentais: Tomo 1**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 965.

ASSIS, Araken. **Cumulação de ações [livro eletrônico]**, 1.ed. baseada na 5.ed impressa, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

AUSTIN, J. L. **How to do things with words**, Harvard University Press, 1975.

ÁVILA, Humberto. **O que é o "devido processo legal"?**, Revista de Processo, Vol. 163, Set. 2008, versão eletrônica.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5.ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 16.ed., São Paulo : Malheiros Editores, pp. 163-184.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Capítulo 9 – Princípios orientadores do processo administrativo**, *in* Tratado de Direito Administrativo, vol. 5, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 628-644.

BADARÓ, Gustavo Henque. **Juiz natural no processo penal [livro eletrônico]**, 1.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**, *in* Revista Brasileira De Estudos Políticos, 90, pp. 69-170, disponível em <https://doi.org/10.9732/4>, acesso realizado em 01/10/2021.

BARAK, Ahron. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, Cambridge : Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 7.ed., São Paulo : Saraiva Educação, 2018, livro eletrônico.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 7.ed., São Paulo : Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, 240, 2005, https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**, Rio de Janeiro : Zahar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2009

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, 3.ed, São Paulo : Malheiros Editores, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenônomeno processual?**, *in* Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo, José Roberto do Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra, Elie Pierre Eid (coords.), Brasília : Gazeta Jurídica, 2016

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz** [livro eletrônico], 1. ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, tópico 1.2. A instrumentalidade do processo.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 5.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BELTRAME, Rúsvel. **Devido processo legal, direitos fundamentais e inquérito civil público**, Revista Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, ano 2, n. 3

BENEDUZZI, Renato Resende. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BERLIN, Isaiah. **Liberty**, Oxford : Oxford University Press, 2002.

BETHGE, Herbert. **Der Grundrechtseingriff**, 1. Bericht von Prof. Dr. *Herbert Bethge*, *in* VVDStRL 57, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, São Paulo : Ícone, 1995

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Grundrechte Als Grundsatznormen: Zur Gegenwärtigen Lage Der Grundrechtsdogmatik**, *in* Der Staat, vol. 29, n°. 1, 1990

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation**, *in* Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 27. Jahrgang, heft 35, Frankfurt am Main : C. H. Beck August 1974.

BÖKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte**, Frankfurt : Suhrkamp, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 29.ed., São Paulo : Malheiros Editores,

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Art. 327**, *in* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, coordenadores Teresa Arruda Alvim [et al.], São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOROWSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales**, *in* Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, n.º 59, mayo-agosto 2000.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis petroriana**, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 14, n. 58, jan./fev. 2006.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**, Salvador : JusPodivm, 2008.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: O problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro**, Salvador : JusPodivm, 2015

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal**, São Paulo : Saraiva, 2012

BULIGYN, Eugenio. **Alexy y el argumento de la Corrección**, *in* ALEXY, Robert. BULYGIN, Eugenio. La pretensión de corrección del derecho: La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001, Edição *Kindle*.

BÜLOW, Oskar von. **Gesetz und Richteramt**, Leipzig : Duncker und Humblot, 1885, disponível em <https://bit.ly/2LnGFH0>, acesso realizado em 03/09/2021.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones proesales y los presupuestos procesalies**, Buenos Aires : Libreria El Foro, 1868,.

BUMKE, Christian. **Ausgestaltung von Grundrechten: Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtingung der Vertragsfreheit**. Tübingen : Mohr Siebeck, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. **Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual**, Civil Procedure Review, v. 12, n.2: maio-ago. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. **Imparcialidade e impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal**, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 149, jul. 2007

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual [livro eletrônico]: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Convenções em matéria processual**, *in* Revista de Processo, vol. 241, Mar/2015, p. 489-516 (versão eletrônica).

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**, *in* Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fuz, Nelson Nery Jr, Teresa Arruda Alvim (coords.), São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. **Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil**, *in* Novo CPC doutrina selecionada, v. 1: parte geral, Salvador : Editora JusPodivm, 2015.

CAMBI, Eduardo. DOTTI, Rogéria. PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. MARTINS, Sandro Gilbert. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de Processo Civil Completo [livro eletrônico]**, 2.ed., São Paulo : Thomson Reuters, 2019

CAMBI, Eduardo. HASS, Adriane. SCHMITZ, Nicole. **Princípio da cooperação processual e o novo CPC**, *in* Revista dos Tribunais, vol. 984, Out/2017, p. 345-384 (versão eletrônica).

CAMBI, Eduardo. OSIPE, Nathan Barros. **Colaboração no processo previdenciário**, *in* Revista de Processo, vol. 228, Fev/2014, p. 283-307 (versão eletrônica).

CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos fundamentais e direito privado**, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 2ª Reimpressão da Edição de 2003, Coimbra : Almedina, 2009, pp. 91 e ss.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6.ed., Coimbra : Almedina, 2002

CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental guarantees of parties in civil litigation: Comparative constitutional internacional, and social trends**, *in: Stanford Law Review*, vol. 25, nº 5, May, 1973, , disponível em < https://bit.ly/3gnuoTN >, acesso realizado em 17/04/2021.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, tradução do original de NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*. – Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **La "política del diritto" de Calamandrei: coerenza e attualita de um magistero**, *in*: *Estudios em homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo III – Derecho Procesal, México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, disponível em < https://bit.ly/3gnuoTN >, acesso realizado em 17/04/2021.

CARDOSO, Sérgio. **Por que república? Notas sobre o ideário democrático e republicano**, *in* Retorno ao republicanismo, Belo Horizonte : Editora UFMG, 2004.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Precedentes judiciais ou "direito jurisprudencial mecânico"?**, Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), ano 24, n. 93, jan./mar. 2016.

CARVALHO FILHO, Antonio. **A pandemia do virus autoritário**, *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/31xFWyo>, acesso realizado em 08/11/2021.

CARVALHO FILHO, Antonio. **Art. 189**, *in* Código de processo civil comentado, coordenação José Sebastião Fagundes Cunha *et alli*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CARVALHO FILHO, Antonio. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Falta de fundamentação como "estado de exceção": uma visão a partir da deficiência endoprocessual e do ativismo judicial**, *in* Processo e Liberdade: estudo em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa, Londrina : Thoth, 2019.

CARVALHO FILHO, Antônio. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Flexibilização do processo: ideias a partir de Calmon de Passos**, *in* Direito, Processo e Garantia: Estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos, Antônio Carvalho Filho e Eduardo José da Fonseca Costa (orgs), Londrina : Editora Thoth, 2021..

CARVALHO FILHO, Antonio. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Recuperação judicial e o voluntarismo judicial**, Revista Brasileira de Direito Processual, n. 106, abr./jun. 2019.

CARVALHO FILHO, Antônio. **Democracias frágeis e o limite do poder**, Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3CEYmL1>, acesso realizado em 24/09/2021.

CARVALHO FILHO, Antonio. **Medidas executivas atípicas e processo justo**, *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3allUZd>, acesso realizado em 05/10/2021.

CARVALHO FILHO, Antonio. **Pequeno manual prático para o debate instrumentalista (e afins) vs garantistas processuais**, *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3CTOqgI>, acesso realizado em 29/09/2021.

CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual**, *in:* Diálogos de Teoria do Direito e do Processo, Salvador : Editora JusPodivm, 2018

CARVALHO FILHO, Antonio. SOUSA, Diego Crevelin de. PEREIRA, Mateus Costa. **Réquiem às medidas judiciais atípicas nas execuções pecuniárias**, Londrina : Thoth, 2020.

CARVALHO FILHO, Antônio. SOUSA, Diego Crevelin de. PEREIRA, Mateus Costa. **O fundo eleitoral e a Covid-19**, Revista Consulto Jurídico, disponível em <https://bit.ly/3iwpfJq>, acesso realizado em 02/010/2021.

CARVALHO, José Maurício de. **O tema da cultura na filosofia brasileira**, *in:* Utopia y Praxis Latinoamericana, año 7., nº 17, Junio, 2002, pp. 87/108, disponível em <https://bit.ly/3sJTxuw>, acesso em 25/04/2021.

CARVALHO, Luciana Benassi Gomes, **Medidas Executivas Atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021.

CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **A resistência ao instrumentalismo**, *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3wZtx1X>, acesso realizado em 18/11/2021.

CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Juízes representam o povo?**, *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3wpQ2wJ>, acesso realizado em 08/11/2021.

CASSESE, Sabino. **In praise of Mauro Cappelletti**, *in: International Journal of Constitutional Law*, Volume 14, Issue 2, April 2016, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mow029>, acesso realizado em 16/04/2021.

CASSIRER, Ernst. **An Essay on man: An introduction to a Philosophy of Human Culture**, Garden City : Doubleday Anchor Books, 1944.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, 5.ed, Rio de Janeiro : Editora Forense, 2010.

CERQUEIRA, Társis Silva de. **A nova face do procedimento comum do novo Código de processo civil diante dos procedimentos especiais: uma proposta de interpretação do art. 327, § 2º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC**, *in* Revista de Processo, n. 273, nov. 2017.

CHIARLONI, Sergio. **Il nuovo art. 111 Const. e il processo civile**, *in:* Rivista di Diritto Processuale 4/1.010, Anno LV, 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**, 2.ed., Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria geral do processo**, 16.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2000

CIPRIANI, Franco. **El proceso civil italiano entre revisionistas y negocionistas**, *in* Proceso civil e ideología, Juan Motero Aroca (coord), Valencia : Tirant lo blanch, 2006, p. 59.

CIPRIANI, Franco. **En el centenario del reglamento de Klein - El proceso civil entre libertad y autoridad**. Bari, Itália, 1995. Disponível em <https://bit.ly/2BqKVnT>, acesso realizado em 13/04/2021.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie constituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)**, *in*: Revista de Processo, vol. 90/1998, pp. 95-150.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti Ispano-Latinoamericani**, *in*: Revista de Processo, vol. 112/2003, Out-Dez 2003, pp. 159-176.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa**, *in*: Revista de Processo, vol. 116/2004, Jul-Ago 2004, pp. 97-158.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatística**, *in*: Revista de Processo, vol. 108/2002, Out-Dez 2002.

Conselho Nacional da Justiça, **Justiça em Números 2021**, Brasília : CNJ, 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca Costa. **Garantismo, Liberalismo e Neoprivatismo**, Revista Empório do Direito, Disponível em <http://bit.ly/2UjxgCx>, acesso realizado em 31/08/2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca, **ABDPro #40 – Notas para uma garantística**, disponível em https://goo.gl/Cifusf, consulta realizada em 15.01.2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **#75 – Processo como coisa**, Revista Empório do Direito, Disponível em <https://bit.ly/3gOcRnf>, acesso realizado em 31/08/2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **120. Processo: garantia antijurisdicional ou contrajurisdicional?** *in* Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3BbS454>, acesso realizado em 04/10/2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **ABDPro 15 – Breves meditações sobre o devido processo legal**. *In:* Revista Empório do Direito, <http://bit.ly/2KF9KAu>, acesso em 05/04/2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Art. 294**, *in* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo : Saraiva, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Art. 927**, *in* Código de processo civil: comentado, São Paulo : Almedina, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **As garantias arquifundamentais: não criatividade e imparcialidade**, *in* Revista Empório do Direito, disponível em <http://bit.ly/2YEit7T>, acesso realizado em 07/06/2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**, Salvador : JusPodivm, 2018

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial**, Revista Brasileira de Direito Processual : RBDPro. – ano 21, n. 82, (abr./jun. 2013) – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPRO, ano 14, n. 100, out./ dez. 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**, vol. I, Londrina : Editora Thoth, 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. SOUSA, Diego Crevelin. **Art. 144**, *in* Novo Código de Processo Civil comentado, tomo I, São Paulo : Editora Lualri, 2017, pp. 187-206.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo**, *in*: Ativismo Judicial e Garantismo Processual, Salvador : Editora JusPodivm, 2013.

COSTA, Moacir Lobo da. **O direito público subjetivo e a doutrina de Duguit**, *in* Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, n.º *47*, 1952, disponível em http://bit.ly/3qJI6mj, acesso realizado em 21/02/2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal,** Curitiba : Juruá, 1998.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**, tradução da Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano – 3.ed., Rio de Janeiro : Forense, 1993.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Art. 327**, *in* **Comentários ao código de processo civil**, coordenadores Angélica Arruda Alvim [et al.], São Paulo : Sataiva, 2016.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **#46 – Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa**. *in* Revista Empório do Direito, coluna Garantismo Processual, disponível em <bit.ly/3bHxMF2>, acesso realizado em 14/03/2021.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Desafios metaéticos à doutrina do processo justo**, *in* Revista de Processo, versão *online*, vol. 308, out./2020, pp. 17-31

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**, 2.ed, Salvador : JusPodivm, 2018.

DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. **A Coisa Julgada sobre Questão como concreção do princípio da Boa-Fé**, *in* Revista de Processo Comparado, vol. 10, Jul-Dez/2019, p. 139 – 150 (versão eletrônica).

DANTAS, Rodrigo D'Orio. **A imparcialidade no divã [livro eletrônico]**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e direito constitucional**, 2.ed, Belo Horizonte : Del Rey, 2016.

DELFINO, Lúcio. **Código de Processo Civil Comentado**, Belo Horizonte : Fórum, 2020.

DELFINO, Lúcio. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Persiste a situação de desdém legislativo dos assessores judiciais**, *in:* Revista Consultor Jurídico, 2015, disponível em <https://bit.ly/32C64FF>, acesso em 20/04/2021.

DELFINO, Lúcio. ROSSI, Fernando F. **Juiz contraditor?**, *in* Diálogos de Teoria do Direito e Processo, Salvador : Editora JusPodivm, 2018

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal [livro eletrônico]**, 7.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e estado democrático de direito**. 2. ed. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2012

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 17.ed., Salvador : Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal, vol. 3.**, 13.ed., Salvador : JusPodivm, 2016

DIDIER JR., Fredie. **Palestra Flexibilização procedimental no grupo de pesquisa Teoria Contemporânea do Direito Processual – UF**PE, sob a coordenação de Leonardo

Carneiro da Cunha. Disponível em <https://bit.ly/3BsW2Xb>, acesso realizado em 15/06/2020.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**, São Paulo : Saraiva, 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**, *in* Revista dos Mestrandos em Direito Econômico da UFBA, n. 9, jan-dez. 2001, Salvador : Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**, 10.ed., Salvador : Editora JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**, Salvador : Editora JusPodivm, 2018.

DIETRICH, William Galle. **ABDPro #84 – O processo: a história natural do seu sufocamento**, *in* Revista Empório do Direito, 2019, disponível em <https://bit.ly/2SFVVpB>, acesso em 25/05/2021.

DIMOULIS, Dimitri. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Problemas de concretização e limitação**, *in* Revista dos Tribunais, vol. 832, Fev/2005, versão eletrônica.

DIMOULIS, Dimitri. **Igualiberdade: notas sobre a crítica dos direitos humanos**, *in Ius Gentium*, vol. 7, n. 1, jan./jun. 2016.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional : controle de constitucionalidade e remédios constitucionais** – 7.ed. – São Paulo : Thoson Reuters Brasil, 2020.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 7. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2020.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito** – 2. ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1996

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de direito processual civil**, vol. I, 4.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, tomo I, 3.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2000

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno,** tomo II, 3.ed., São Paulo, Malheiros, 2000

DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, **Teoria geral do novo processo civil**, 3.ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2018

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Memórias de um processualista**, São Paulo : Malheiros, 2021.

DIPP, Gilson. **Prefácio da Edição Brasileira**, Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2008, pp. 7 e 8, disponível em <https://bit.ly/3AvNPjU>, acesso realizado em 10/10/2021.

DOLMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura Novit Curia e Causa de Pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DOUTOR, Maurício Pereira. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação**, Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2019.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição** [livro eletrônico]: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo, 1.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional [livro eletrônico]**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017

FARIAS, Cristiano Chaves. **O Ministério Público Interveniente (custos legis) e a possibilidade de pleitear a antecipação dos efeitos da tutela: a busca da efetividade do processo**, *in* Revista de Processo, vol. 111, Jul-Set/2003, p. 38-52 (versão eletrônica).

FARIAS, Cristiano Chaves. **Os Juizados Especiais Cíveis como Instrumento de Efetividade do Processo e a atuação do Ministério Público**, *in* Revista de Processo, vol. 117, Set-Out/2004, p. 135-160 (versão eletrônica).

FARINELLI, Alisson. CAMBI, Eduardo. **Conciliação e mediação no Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010)**, *in* Revista de Processo, vol. 194, Abr/2011, p. 277-306 (versão eletrônica).

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**, Ottava Edizione, Padova : CEDAM, 1996

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 70;

FERRAZ JR., Tércio Sampaio, **Palestra de abertura dos Seminários da Feiticeira 2018**, disponível em <https://bit.ly/2HXRhNs>, acesso em 18/02/2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros tema**, Barueri : Manole, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**, 5.ed., São Paulo : Atlas, 2016.

FERRAZ, Luciano. **Segurança Jurídica positivada: interpretação, decadência e prescritibilidade**. *in:* Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul/set. 2010, versão digital.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7.ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2012, Apple Books.

FERREIRA, Daniel. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Divisão funcional do poder do Estado: entre o ativismo judicial e o garantismo processual**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 28, n. 109, jan./mar. 2020.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**, 6. ed. – Madrid : Editorial Trotta.

FISCHER-LASCANO, Andreas. **Crítica à concordância prática**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016

FREITAS, Helena. **Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo**, Belo Horizonte : Editora D'Plácido, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**, São Paulo : Atlas, 2008.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Introducción**, *in* Derecho degenerado. Teoría Jurídica y Juristas de Cámara en el Tercer Reich, de Bernd Rüthers, Madrid : Martial Pons, 2016.

GOLDSCHIMDT, James. **Teoría general del processo**, Buenos Aires : Editorial Labor, 1936.

GOLDSTEIN, Leslie Friedman. **From Democracy to Juristocracy**, *in* Law& Society review, vol. 38, nº 3, 2004

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do** processo, Rio de Janeiro : Aide editora, 1992.

GRANT, James. **The Rise of Juristocracy**, *in* The Wilson Quarterly, vol. 34, nº 2, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**, 6.ed., 2ª tiragem, São Paulo : Malheiros, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro, vol. 1**, 6.ed., São Paulo: Saraiva, 1989

GRINOVER, Ada Pelegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Introdução**. *in:* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto – 11.ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2017, p. 7 e 8.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem Julgados das Conclusões do Tribunal de Alçada Criminal**, São Paulo : Editora Max Limonad, 1985.

GUASTINI, Ricardo. **A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana**, *in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel (Orgs.). A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1988

HÄBERLE, Peter. **El concepto de los derechos fundamentales**, *in* SAUCA, José Maria. Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Madrid : Universidad Carlos III de Madrid, 1994.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional cooperativo**, Rio de Janeiro : Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HADELMANN, Frank. **Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi Law**, *in* Ratio Juris, vol. 18, nº 2, June 2005.

HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, 3.ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**, São Paulo : Editora Mestre Jou, 1968.

HERZOH, Roman. *in*: HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**, VVDStRL 30, Berlim : Walter de Gruyter, 1972

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, tradução da 20.ed. alemão de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRSCHL, Han. **Juristocracy – Political, not Judicial**, *in* The Good Society, vol. 13, nº 3, Penn State University Press

HIRSCHL, Ran. **Toward juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalism**, Cambrigde : Harvard University Press, 2007.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**., parte II, capítulo XXI.

HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. JOBIM, Marco Félix. **A justificação como elemento da sentença**, *in* Revista de Processo, vol. 274/2017, Dez/2017, p. 99-157 (versão eletrônica).

JELLINEK, George. **System der subjektiven öffentlichen Rechte** – Freiburg : Mohr, 1892.

JELLINEK, George. **Teoria General del Estado** – Mexico : FCE, 2000.

JESTAEDT, Matthias. **Wissenschaft Im Recht: Rechtsdogmatik Im Wissenschaftsvergleich**, *in* JuristenZeitung, vol. 69, nº. 1, 2014, pp. 5 e 6, disponível em <www.jstor.org/stable/24552129>. Acesso em 13/03/2021.

JOBIM, Marco Félix. CARVALHO, Fabrício de Farias. **Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do código de processo civil de 2015**, *in* Revista de Processo, vol. 298, Dez/2019, p. 77-104 (versão eletrônica).

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos recursos cíveis [livro eletrônico]**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015

KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**, *in* Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas, A. Kaufmann e W. Hassemer (orgs), Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KEIL, Geert. POSCHER, Ralf. **Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives**, New York : Oxford University Press, 2016.

KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**, 3.ed., Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2012

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado**, São Paulo : Saraiva, 1938.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6.ed., São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 248-251

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**, Salvador : Editora JusPodivm, 2013.

LADEUR, Karl Heinz. CAMPOS, Ricardo. **Entre teorias e espantalhos – deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens**, *in* Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo : Edições e Publicações Brasil, 1933.

LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no direito constitucional : origem, modelos e reconstrução dogmática** – São Paulo : Malheiros Editores, 2017

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**, Belo Horizonte : Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, Belo Horizonte : Mandamentos, 2002.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Prefácio**, *in* Günter Dürig, Escritos reunidos, 1952-1983, São Paulo : Saraiva, 2016, p. 11.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiro estudos**, 13.ed., Belo Horizonte : Editora Fórum, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, 13.ed., Belo Horizonte : Forum, 2016.

LERCHE, Peter. **Übermaß und Verfassungrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers na die Grundsätze der Verhältnismässinkeit und der Enforderlichkeit**, Köhl : Carl Heymanns, 1961.

LIMONGI, Celso Luiz. **O devido processo legal substantivo e o Direito Penal**, Revista da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, v. 2, n. 1.

LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais**: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva, Revista de Informação Legislativa, n. 182, abr./jun. 2009, pp. 52 e 53.

LOPES JR., Aury. **A instrumentalidade garantista no processo penal**, disponível em <https://bit.ly/3DGAwji>, acesso em 31/08/2021.

LOPES JR., Aury. **Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 230-237, 2015. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.13>, acesso realizado em 29/09/2021.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal**, Revista Consultor Jurídico, disponível em <https://bit.ly/3ABt8Da>, acesso realizado em 13/10/2021.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Coisa julgada e justiça das decisões**, *in* Revista de Processo, vol. 116/2004, Jul-Ago/2004, p. 372-400 (versão eletrônica).

LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. **El denominado "processo justo"**, *in* Revista de Derecho *Ius et Ratio*.

LORENCINI, Bruno César. **3. Garantias da magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios. Vedações dos magistrados. Promoções dos magistrados. Remoção, disponibilidade e aposentadoria dos magistrados**, *in* Crises dos Poderes da República: judiciário, legislativo e executivo, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, vol. 2: o Século XX**, São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010.

LÖWENTHAL, Paulo Friedrich Wilhelm. **As origens do devido processo legal substancial e o seu desenvolvimento na suprema corte norte-americana**, Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 75, Abr-Jun 2011.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**, Salvador : Editora JusPodivm, 2015

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a fazenda pública (*ex vi* art. 741, parágrafo único, do CPC)**, *in* Revista de Processo, vol. 141, Nov/2006, p. 20-52 (versão eletrônica).

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**, México D.F. : Universidad Iberoamericana, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**, Oxford : Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **The unity of the legal system**, *in* Autopoietic law – a new approach to law society, by Gunther Teubner, Berlin, New York : de Gruyter, 1987.

LUHMANN, Niklas. **Theory of society, vol. 1**, Stanford : Stanford University Press, 2012

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado**, *in*: *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 13, 2009, disponível em <https://bit.ly/3uXYvFA>, acesso realizado em 17/04/2021.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado**, *in*: *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 13, 2009, p. 280, disponível em <https://bit.ly/3uXYvFA>, acesso realizado em 17/04/2021.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, Salvador : Editora JusPodivm, 2015.

MARANHÃO, Juliano. CAMPOS, Ricardo. **Fake news e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamento constitucionais**, *in* Fake News e regulação [livro eletrônico], São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**, 6.ed, São Paulo : Malheiros Editores, 2000

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1º ao 69**, vol. I, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil,** vol. XV, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Direitos fundamentais processuais**, *in:* SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, 7.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2018, livro eletrônico

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico]**, 1.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014

MARINONI. Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil : teoria do processo civil, vol. 1** – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil, volume II**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, vol. I, Rio de Janeiro : Forense, 1965.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil, vol. I,** 12.ed., São Paulo: Saraiva, 1987

MARTINS, Leonardo. **Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do direito administrativo**, *in* Espaço Jurídico, vol. 18. n. 2 – Joaçaba : Ed. Unoesc, mai/ago 2017, p. 446, https://doi.org/10.18593/ejjl.13301

MARTINS, Leonardo. **Direito fundamental de igualdade**, *in* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (orgs.). Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo : Saraiva e Almedina, livro eletrônico, 2018

MARTINS, Leonardo. **Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas**, *in* Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 5, nº 2, Julho/Dezembro-2004.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais**, *in* Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 11/2017, pp. 261-297, versão eletrônica.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais.** Volume 2: Liberdade de consciência e crença, liberdades de expressão e de comunicação social, liberdades artísticas e científica – São Paulo : Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, 2018.

MARTINS, Sandro Gilbert. **Processo, procedimento e ato processual: o plano da eficácia**, Rio de Janeiro : Elsevier, 2012

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Princípio do devido processo legal revisitado**, *in* Revista de Processo, v. 30, n. 120, fev. 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da existência**, 17.ed., São Paulo : Saraiva, 2011

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico : plano da eficácia, 1ª parte**, 6.ed., São Paulo : Saraiva, 2010.

MELO, Gustavo de Medeiros. **O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo**, *in:* Processo e Constituição: Estudo em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do brasil, após 40 anos**, *in:* Quaestio Iuris, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, DOI: 10.12957/rqi.2015.1881.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Art. 5º, LIV**, *in* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (orgs.). Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo : Saraiva e Almedina, livro eletrônico

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2004

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos individuais e suas limitações: Breves reflexões**, *in* Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, Brasília : Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, 3.ed., 2007.

MENDONÇA, Luis Correia. **Vírus autoritário e processo civil**, *in*: Julgar nº 01, 2007

MENGER, Anton. **Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich**, Tübingen : H. Laupp'schen Buchhandlung, 1890.

MERTEN, Detlef. **Der Grundrechtsengriff**, 3. Aussprache und Schlußworte, *in* VVDStRL 57, 1997.

MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**; tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco – São Paulo : Saraiva, 2016, edição eletrônica

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, tomo IV, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 141.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Direito das obrigações: extinção das dívidas e obrigações, dação em soluto..., tomo XXV**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012

MIRANDA, Gilson Delgado. PIZZOL, Patrícia Miranda. **Processo civil – Recursos**, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo IV,** 3.ed., Coimbra Coimbra Editora, 2000.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil [livro eletrônico]: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019

MITIDIERO, Daniel. **Accountability e transparência da justiça civil [livro eletrônico]: uma perspectiva comparada**, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**, tese de doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, disponível em <https://bit.ly/3u2W6JL>, acesso realizado em 25/04/2021.

MITIDIERO, Daniel. **Corte superiores e cortes supremas : do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Direito fundamental ao Processo Justo**, *in* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 45, Nov-Dez/2011.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**, 1.ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, livro eletrônico

MONTERO AROCA, Juan. **La paradoja procesal del siglo XXI: Elegir entre la libertad (processo penal) y el dinero (proceso civil)**, México D.F. : Tirant lo Blanch, 2014

MONTERO AROCA, Juan. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales: El sentido de las reglas de que *quie instruye no pueda luego juzgar* y de que *quien há resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso***, Valencia : Tirant lo blanch, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V**, 11.ed., Rio de Janeiro : Forense, 2004

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Dimensiones sociales del processo civil**, *in:* Temas de direito processual, quarta série, São Paulo : Editora Saraiva, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **El neoprivatismo em el proceso civil**, *in* Proceso civil e ideologia, coordenador Juan Montero Aroca, Valencia : Tirant lo blanch, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz**, *in*: Temas de Direito Processual Civil. Sétima Série. São Paulo : Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo**, *in* Revista Forense, vol. 370, *separata*

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os temas fundamentais do direito brasileiro nos autos 80: Direito processual civil**, *in:* Temas de direito processual, quarta série, São Paulo : Editora Saraiva, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo**, *in* Revista de Processo, ano 27, vol. 105, jan-mar. 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo**, *in:* Temas de direito processual, quarta série, São Paulo : Editora Saraiva, 1989

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturante do direito**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008

Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**, Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2008.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**, 3. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, livro eletrônico.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**, 12.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**, 6.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, 18.ed., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional [livro eletrônico]**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JR, Nelson. ABBOUD, Georges. ***Stare decisis vs* Direito Jurisprudencial**, *in* Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil, Salvador : Editora JusPodivm, 2013, pp. 485/514. ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**, São Paulo : Editora Atlas, 2015

NERY JR., Nelson e ABBOUD, Georges. **O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto**, *in* Revista Brasileira de Direito Processual, ano 24, n. 93, Belo Horizonte : Editora Forum.

NEUMANN, Franz. **A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa**, *in* Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 9, jul./dez. 2014, Belo Horizonte : Editora Fórum

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de direito processual civil – volume único**, 8.ed. Salvador : Editoria JusPodivm, 2016

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, 1.ed., 4.reimpr., Curitiba : Juruár Editora, 2012.

O'DONNEL, Guillermo. Democracia Delegativa? *In* Novos Estudos, nº 31, Outubro de 1991, disponível em <https://bit.ly/3sw1O5D>, acesso realizado em 25/02/21

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **A Instrumentalidade do Processo e o Formalismo-Valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira)**. Revista dos Tribunais Online, Revista de Processo, vol. 293, p. 19-47, Jul./2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, 4.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Escopo jurídico do processo**, Revista de Processo, vol. 203/2012, pp. 305-317, Jan./2012, revista eletrônica.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, Revista de Processo, vol. 113/2004, pp. 9-21, Jan-Fev/2004, Revista eletrônica.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. NUNES, Dierle José Coelho. **Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional**, Revista Consultor Jurídico, disponível em <https://bit.ly/3jjzpxm>, acesso realizado em 21/10/2021.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo [livro eletrônico]: da rigidez à flexibilização processual**, 1.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2008..

OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica teoria processual**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017, livro eletrônico

PASSOS, Aline Araújo. **Duplo grau de jurisdição: compreensão constitucional do princípio e análise do tema sob a perspectiva das reformas introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 10.352/2001**, tese de doutorado apresentada ao PPGD da PUCSP, 2005, disponível em <https://bit.ly/3lGOnz6>, acesso realizado em 14/10/2021.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania e efetividade do processo, *in* Ensaios e artigos, vol. I, Salvador . Editora Juspodivm, 2014.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada, *in* Ensaios e artigos, vol. I, Salvador . Editora Juspodivm, 2014

PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**, Rio de Janeiro : Forense, 2002

PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**, Revista de Processo [*versão eletrônica*], vol. 102/2001, Abr - Jun / 2001, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**, *in* Ensaios e artigos, vol. I, Salvador . Editora Juspodivm, 2014.

PASSOS, J. J. Calmon de. **O advogado e o processo nos 20 anos do estatuto**, *in* Ensaios e Artigos, vol. II, Salvador : Editora JusPodivm, 2016.

PASSOS, J. J. Calmon de. **O processo administrativo na Constituição de 1988**, *in* Ensaios e artigos, vol. I, Salvador . Editora Juspodivm, 2014.

PAULSON, Stanley L. **Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the "Guardian" Controversy of 1931**, *in* The Oxford Handbook of Carl Schmitt, edited by Jens Meierhenrich and Oliver Simons, New York : Oxford University Press, 2016

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, Salvador : Editora JusPodivm, 2015.

PEREIRA, Mateus Costa. **A paridade de armas sob a ótima do garantismo processual**, *in* Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017.

PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo: fundamentos ao garantismo processual brasileiro**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2020.

PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PAULA FILHO, Alexandre de Moura Alves de. **Tutela contra o ilícito, prescindibilidade do dano e limites da cognição judicial: estudo de caso envolvendo a transgressão reiterada da legislação de trânsito (ACP nº 5009543-84.2015.4.04.7204/SC) visando a inibir futuros equívocos**, *in:* Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPRO, ano 14, n. 110, abr./ jun. 2020.

PEREIRA, Mateus Costa. **#16 – Da teoria "geral" à teoria "unitária" do processo: um diálogo com Eduardo Costa, Igor Raatz e Natascha Anchieta; em resposta à Fredie Didier**, Revista Empório do Direito, disponível em < https://bit.ly/2YmOaIc >, acesso em 31/08/2021.

PERROT, Roger. **Le principe du doble degré de juridiction et son évolution em droit judiciaire privé français**, *in* Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, v. III, Milão : A. Giuffre, 1979.

PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009, Edição Kindle.

PORTO, Sérgio Gilberto. USTARROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009.

POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**, Tübingen : Mohr, 2003.

POSCHER, Ralf. **Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles**, *in* Ratio Juris, vol. 22, n. 4, Dec./2009, pp. 430-432.

POSCHER, Ralf. **Palestra "Resuscitation of a Phantom?"**, <https://bit.ly/3oqfb6K>, acesso realizado em 11/11/2021.

POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle**, *in* Ratio Juris, vol. 33, n. 2, Jun. 2020.

POSCHER, Ralf. **Teoria de um fantasma – A malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto**, *in* Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social, São Paulo : Saraiva, 2016

POZZA, Pedro Luiz. **Devido processo legal e suas acepções**, *in* Revista Juris Plenum, v. 3, n. 13, jan. 2007.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais: teoria geral**, 2.ed. – Coimbra : Coimbra Editora, 2010.

RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo? A formação da "teoria geral do processo" sob a ótica do garantismo processual**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021

RAATZ, Igor. **Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira**, Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 11, n. 11, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Five Minutes of Legal Philosophy (1945)**, *in* Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, nº. 1 (Spring, 2006).

RADBRUCH, Gustav. **Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht**, *in Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 1, Nr. 5 (August 1946).

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona : Atelier, 2007. BECK, Francis Rafael. **A Doutrina da Cegueira Deliberada e sua (In)aplicabilidade ao Crime de Lavagem de Dinheiro**, *in*: Lavagem de Dinheiro. São Leopoldo : Unisinos, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2.ed., São Paulo : Saraiva, 2015.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil: aprsentação do debate**, *in*: Ativismo Judicial e Garantismo Processual, Salvador : Editora JusPodivm, 2013.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Notas sobre o processo e sobre a "presunção" de inocência que lhe habita**, Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3m5QIE7>, acesso realizado em 23/10/2021.

RAMOS, Glauco Gumerato. **O deslegitimante ativismo judicial do juiz constitucional**, *in* Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), ano 22, n. 88, out./dez. 2014.

RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional**, Salvador : Editora JusPodivm, 2019.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus de prova no processo civil [livro eletrônico]: do ônus ao dever de provar** – 2.ed., São Paulo : Thomson Reuter Brasil, 2018

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 7.ed, 1º vol., São Paulo : Editora Saraiva, 1975.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 2.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1972.

REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à Epistemologia Jurídica**, São Paulo : Editora Saraiva, 1968

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1994.

REICHELT, Luís Alberto. **Em busca de subsídios para a compreensão do direito fundamental ao devido processo legal na realidade brasileira: considerações sobre o direito ao *due process of law* na tradição inglesa entre os séculos XII E XVIII**, Revista de Processo, vol. 303, maio 2020.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **A fórmula Radbruch e o risco do subjetivismo**, *in* Revista Consultor Jurídico, disponível em < https://bit.ly/3wMFHLH>, acesso realizado em 09/11/2021.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**, 2. ed, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**, Revista *Meritum*, v. 5, n. 2, jul./dez. 2010, disponível em <https://doi.org/10.46560/meritum.v5i2.1054>, acesso em 27/09/2021.

ROQUE, André Vasconcelos, *et al*. **Apelação, filtros e causas módicas: toda causa deve ser decidida duas vezes?**, Migalhas, disponível em <https://bit.ly/3ALOZaS>, acesso realizado em 14/10/2021.

ROSS, Alf. **Tû-Tû** – São Paulo : Quartier Latin, 2004.

ROSSI, Júlio César. **Neoconstitucionalismo: do protagonismo judicial ao cataclismo da separação de poderes**, *in* Direito, processo e garantia: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos, Londrina : Editora Thoth.

ROSSI, Júlio César. **O garantismo estrutural**, Portal Contraditor, disponível em <https://bit.ly/3BEGP5F>, acesso realizado em 01/10/2021.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**, São Paulo : Editora Atlas, 2015.

RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado. Teoría Jurídica y Juristas de Cámara en el Tercer Reich**, Madrid : Martial Pons, 2016.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição – Conteúdo e alcance**, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 88. KUKINA, Sérgio Luiz. **O princípio do duplo grau de jurisdição**, Revista de Processo, vol. 109, jan./mar. 2003.

SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II – Grundrechte**, 3. Auflage, Berlin : Springer-Verlag, 2017.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como guardião da Constituição : democracia ou guardiania?** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014, p. 107.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**, Salvador : Editora JusPodivm, 2018.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Filosofia e história da cultura**, vol. I, São Paulo : Livraria e Editora Logos, 1962.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Filosofia e história da cultura**, vol. II, São Paulo : Livraria e Editora Logos, 1962.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Filosofia e história da cultura**, vol. III, São Paulo : Livraria e Editora Logos, 1962.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12. ed. – Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015, edição Kindle

SARLET, Ingo Wolfgang. GODOY, Arnaldo Sampaio de Morais. **História Constitucional da Alemanha: Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental**, Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, 7.ed., São Paulo : Editora Saraiva, 2018, livro eletrônico

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**, *in* Neoconstitucionalismo, 1.ed., Rio de Janeiro : Forense, 2009.

SCHAPIRO, Robert A. **Polyphonic federalism: toward the protection of fundamental rights**, Chicago : The University of Chicago Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. **Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effec**t, *in* Boston University Law Review, vol. 58, no. 5, November 1978, p. 717. SCHAUER, Frederick. **The Generality of Law**, *in* West Virginia Law Review, vol. 107, no. 1, Fall 2004, p. 234.

SCHAUER, Frederick. **The force of the law**, Cambridge : Harvard University Press, 2015.

SCHENKEL, Silvan. **Der Deutsche Juristentag 1933 in Leipzig**, disponível em <https://bit.ly/3qnqAH2>, acesso realizado em 09/11/2021.

SCHLINK, Bernhard. MARTINS, Leonardo. **Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais**, *in* Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 11/2017, pp. 261-297, versão eletrônica.

SCHMITT, Carl. **Colloquio Radiofonico del 1º Febbraio de 1993**, *in* Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste a cura di Giorgio Agamben, 2.ed., Vicenza : Neri Pozza Editora, 2012.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**, Durham and London : Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **On the Three Types of Juristic Thought**, translated from Über die drei Arten des rechtwissenschaftlichen Denkens (1993), London : Pareger, 2004.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. (orgs.). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlin : Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 505-511, disponível em <https://bit.ly/3snxKcK>, acesso realizado em 23/03/2021.

SILVA, Beclaute Oliveira. **Contornos da fundamentação no Novo CPC**, *in* Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias, Salvador : Editora JusPodivm, 2015.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 3.ed., 2ª tiragem, São Paulo : Malheiros, 1999, pp. 88-134.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2.ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2010

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1.ed., 3ª tiragem, São Paulo : Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação constituição e sincretismo metodológico**, *in* _____. Interpretação constitucional, São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 118.

SOUSA, Diego Crevelin de. **Impartialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**, Belo Horizonte : Casa do Direito, 2021.

SOUSA, Diego Crevelin de. **Segurando o juiz contraditor pela impartialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 24, n. 96, out./dez. 2016.

SOUSA, Diego Crevelin de . SILVEIRA, Marcelo Pichioli. **ABDPRO #65 – Entre a alma e o corpo: o que diz o garantismo processual sobre as competências legislativas dos arts. 22, I e 24, XI, da CRFB**, Revista Empório do Direito, disponível em <http://bit.ly/2wagVGI>, acesso realizado em 20/09/2021.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**, 2.ed, Lisboa : LEX, 1997, pp. 65-67

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**, São Paulo : Almedina, 2018.

SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutórios do juiz: a prova *ex officio* e a quebra da imparcialidade judicial**, Belo Horizonte : Editora Letramento – Casa do Direito, 2021

STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: uma introdução a sua História do Século XVI ao XXI**, São Paulo : Editora Saraiva Educação, 2018, p. 150.

STOLLEIS, Michael. **The law under Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany**, Chicago : The University of Chicago Press, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte : Letramento, 2017, pp. 103-108. KELLY, J. M. **a short history of western legal theory**, Oxford : Clarendon Press, 1992, pp. 320-325.

STRECK, Lenio Luiz. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito**, *in* Revista de Informação Legislativa, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**, *in* Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 1, n. 1, Jan./Jun. 2009

STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**, Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 7, 2010, disponível em https://goo.gl/gu8VJm, acesso em 03.10.17.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 78, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mai./jun. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 5.ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. BARRETO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o Canto das Sereias: Sobre Ativismos Judiciais e os Perigos da Instauração de um "terceiro turno da Constituinte"**. *in:* Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Franca, v. 2, n. 1, 2010, https://doi.org/10.21207/1983.4225.62

SUAREZ, Rosana. **Nota sobre o conceito de Bildung (Formação cultural)**. Kriterion, BH, nº 112, DEZ 2005, pp. 191-198. Disponível em <https://bit.ly/3sOJvbz>, Acesso em 25/04/2021.

SULLIVAN, E. Thomas. MASSARO, Toni M. **The arc of due process in American constitutional law**, New York : Oxford University Press, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEUBNER. Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, São Paulo : Saraiva, 2016

TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um "pós-pós-positivismo" no Brasil**, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

TROCKER, Nicolò. **Il nuovo articolo 111 della constituzione e il giusto processo in matéria civile: profili generali**, *in:* Rivist Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 2/387, anno LV, 2001.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e constitutuzione: problemi di diritto tedesco e italiano**, Milão : A. Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: **jurisdição, ação e processo penal,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**, Princetown : Princetown University Press, 1999.

VITORELLI, Edison. **O devido processo legal nos precendentes da suprema corte dos Estados Unidos: um contributo para a história das garantias processuais**, *in* História do Processo, São Paulo : ABDPro/Exegese, 2018.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**, São Paulo : Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Clarity, Thoughtfulness, and the Rule of Law**, *in* Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives, New York : Oxford University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**, Cambridge & London : Harvard University Press, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre o princípio do devido processo legal**, Revista dos Tribunais, vol. 646, agosto de 1989, versão eletrônica

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**, *in:* Participação e processo, São Paulo : Editora Revita dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, 2.ed., Campinas : Bookseller, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Filosofia e características básicas dos Juizados Especiais de Pequenas Causas**. *in*: Juizados Especiais de Pequenas Causas. Lei n° 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

WEAVER, Richard M. **Ideas have consequences**, Chicago : The University of Chicago Press, 2013.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça** – 2.ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, livro eletrônico.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil, vol. I**, São Paulo : Marcial Pons, 2014

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**, 10.ed, Madrid : Trotta, 2011.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. XIV, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2016

ZANETI JR., Hermes; GOMES, Camila de Magalhães. **O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo**. Revista de direitos difusos. São Paulo, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, v. 53, ano XI, mar. 2011

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: do modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2.ed., São Paulo : Editora Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Formalismo-Valorativo e o Novo Processo Civil**. Revista dos Tribunais Online, Revista de Processo. vol. 272. Out. 2017.

ZANETI JR., Hermes. **Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)**, *in* AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo**.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The new german law of obligations historical and comparative perspectives**, Oxford : Oxford University Press, 2005