

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

RENZO CAVANI

PROCESSO JUSTO

**Princípio, direito fundamental e modelo de processo do Estado
Constitucional**

**PORTO ALEGRE
2014**

RENZO CAVANI

PROCESSO JUSTO

Princípio, direito fundamental e modelo de processo do Estado Constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre – RS

Abril, 2014

RENZO CAVANI

PROCESSO JUSTO

Princípio, direito fundamental e modelo de processo do Estado Constitucional

Data de defesa: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Daniel Mitidiero (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor examinador Humberto Ávila

Professor Doutor examinador Sérgio Mattos

Professor Doutor examinador Cláudio Ari Mello

Conceito: _____

Porto Alegre, abril de 2014

*À memória do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,
por ser um dos responsáveis dessa longa caminhada,
das melhores que eu já percorri*

*The arc of the moral universe is long,
but it bends towards justice.*

Martin Luther KING Jr.

*Mon Dieu! C'est bien facile d'être bon,
le malaisé c'est d'être juste.*

VICTOR HUGO, *Les Misérables*
(diálogo entre JAVERT e Jean VALJEAN)

*Lo studio del diritto processuale è quello che più da vicino
ci permette di avvicinarci a cogliere, e quasi direi di ascoltare,
come fa il medico quanto appoggia l'orecchio al petto del malato,
il palpito della giustizia.*

Piero CALAMANDREI, «Processo e giustizia»

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Daniel Mitidiero, meu querido orientador, mestre e amigo, pela sua contagiante emoção para encarar os maiores desafios da nossa disciplina, pela sua abertura ao diálogo crítico e sincero e, sobretudo, pela cega confiança depositada em mim para estudar e pensar o processo civil junto com ele. Esse trabalho, nem nenhuma das coisas boas que me aconteceram nos últimos dois anos, teriam sido possíveis sem sua iniciativa. Esse texto é demonstração da minha admiração de discípulo e meu carinho de amigo.

Ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (†), brilhante estudioso e figura inesquecível da processualística brasileira. Apesar de ter apreendido, com o tempo, a analisar criticamente sua grande contribuição intelectual, foi a leitura do seu já clássico *Do formalismo no processo civil* que me fez sonhar, ainda na graduação, com me aperfeiçoar academicamente no Brasil. Mesmo que a vida não tenha me permitido compartilhar uma sala de aula com ele na UFRGS, é para o Senhor, seja onde estiver, que vai dedicado este trabalho.

Aos Professores Doutores Klaus Koplin e Sérgio Mattos, que participaram na minha banca de qualificação, aportando ideias novas e construtivas críticas sob um clima de amizade e mútuo respeito. Sua humildade é e será uma constante lição de vida para meu futuro como docente e pesquisador.

Ao staff profissional do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS, em especial a carismática Rose, pela gentileza e amabilidade para atender todas as minhas dúvidas e inquietações ao longo de todo esse período de convívio.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Tecnológico e Científico (CNPq) por ter me concedido a bolsa graças à qual ingressei no Programa de Pós-graduação da UFRGS, sem a qual nada disso teria sido possível.

Aos amáveis funcionários da biblioteca do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), por terem me atendido pacientemente –e sempre com um sorriso no rosto– ao longo dos incontáveis dias que passei pesquisando nas instalações da biblioteca.

A Jonathan Darcie e Paulo Mendes, além da sua inexaurível amizade e parceria, por terem lido diversas partes da minha dissertação, corrigindo meu português e formulando rigorosas críticas que foram decisivas para aprimorar a pesquisa. Trata-se de dívida impagável que mantereí com vocês, meus caros irmãos.

A Pablo Miozzo e Vitor de Paula Ramos, por terem me dedicado muitas horas do seu tempo para discutir as principais ideias vertidas nesse trabalho, sobretudo no que tange à jusfilosofia, à teoria geral do Direito e à epistemologia. Sem suas brilhantes inquietações e provocações minhas ideias teriam ficado vazias e opacas. As bondades que possam ter estas linhas devem-se, em grande medida, a vocês. Já os erros, produto da minha teimosia, são inteiramente meus.

Uma menção especialíssima merece Vitor de Paula Ramos, porque graças a ele adentrei-me em muitos campos da insuperável cultura brasileira, o que só me fez amar ainda mais este país. E também por teres viajado tantas canções comigo, e porque há ainda muitas por viajar, meu querido Vitor.

Aos meus caros colegas brasileiros do Programa de Pós-graduação e da Faculdade de Direito da UFRGS: Artur Carpes, Daniela Silveira, Jonathan Darcie, Luiza Teixeira, Maria Angélica Feijó, Otávio Domit, Otávio Motta, Pablo Miozzo, Paulo Mendes, Rafael Abreu, Rodrigo Oliveira, Ronaldo Kochem e Vitor de Paula Ramos, pelo constante apoio e amizade. Já disse o inesquecível Vinícius de Moraes que *«a vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro nesta vida»*. Por isso, guardo a profunda esperança de encontrá-los mais uma vez.

Aos meus amigos brasileiros e peruanos: àqueles, por me permitirem fazer de Porto Alegre minha segunda casa, e do Brasil, meu segundo país; a eles, por torcerem tanto por mim, apesar da distância e das saudades recíprocas. Sendo que meu trabalho trata sobre justiça, não é possível mencionar nenhum deles sem cometer uma injustiça com outros. Meu agradecimento vai para todos, sem exceção.

A minha família, de quem só tive apoio, compreensão e ânimos quando no peito apertavam desesperadamente as saudades por estar de volta na minha terra. Pelo amor, pela paciência e pela coragem, esse trabalho foi escrito pensando em vocês.

Finalmente, a Lenora, de quem roubei incontáveis horas para escrever este trabalho. Seu amor, apoio, compreensão e respeito não têm limites, e eles não me fornecem mais do que intensa felicidade. Nossos caminhos encontraram-se sem desejá-lo e espero, com o maior entusiasmo do mundo, que apesar de termos de olhar para diferentes oceanos por um tempo, nossos horizontes, assim como no final o faz o próprio mar, se juntem em um só.

RESUMO

A pesquisa desenvolvida visa a investigar a respeito do processo justo e qual deve ser sua dimensão na teoria do processo civil contemporâneo. Para isso, partindo da existência entre uma separação entre Direito e moral busca-se, primeiro, identificar o Estado Constitucional com um modelo valorativo ideal, em que dignidade é fundamento, verdade e segurança meios, e a liberdade e igualdade fins, sendo que todos eles conectados a seu modo com a noção de justiça. Indaga-se se de fato existe uma indissociabilidade entre Estado Constitucional e justiça para, ainda no plano valorativo, conceber o processo justo como *modelo*, cuja característica principal é a formação de um sistema direcionado à obtenção de uma decisão justa. Tenta-se demonstrar que decisão justa é aquela proferida em respeito da correção procedimental, que visa a apurar os fatos mediante a busca pela verdade e que contém uma adequada interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, tudo isso dirigido à tutela dos direitos. Posteriormente, verifica-se se a ordem jurídica brasileira espelhou em grau razoável os valores que inspiram o modelo de Estado Constitucional, para, a partir daí, passar a entender o processo justo como sobreprincípio e direito fundamental, precisando as consequências normativas que essas categorias pressupõem. Trabalha-se na identificação de qual seria o estado ideal de coisas a ser realizado próprio do sobreprincípio do processo justo e, finalmente, definem-se os comportamentos que servem à promoção do fim, consistindo esses nos deveres organizacionais do Estado decorrentes da eficácia vertical ínsita ao seu *status* de direito fundamental.

Palavras-chave: Processo justo – justiça – positivismo jurídico – Estado Constitucional

SUMMARY

This research seeks to study the fair trial and what its role should be in the contemporary theory of civil procedural law. To do this, starting from the existence of a separation between Law and morality it is intended to, first, identify the *Constitutional State* as an ideal model of values, where dignity is foundation, truth and legal certainty are mediums and freedom and equality are the ultimate purpose, being that all of these are connected to the notion of justice. It is inquired if there actually exists indissociability between the Constitutional State and justice itself so that, while still in the value dimension, it is possible to conceive the fair trial as a model, whose main characteristic is the formation of a procedural system oriented towards the obtaining of a just legal decision. It is intended to demonstrate that a just legal decision is that which is emitted in respect to the correctiveness of the procedure, that it seeks to verify the facts through the search for the truth and that it contains an adequate interpretation and application of the right to the merits, all being directed to the protection of rights. Subsequently, it is verified whether the Brazilian legal system reflected, in a reasonable degree, the values that inspire the model of the Constitutional State, so that, from that point, proceed to understand the fair trial as a principle and a fundamental right, specifying the normative consequences that these categories presuppose. Furthermore, this research works on the identification of what would the ideal ought to be accomplished of that principle and, finally, it defines the behaviors that positively work towards its purpose, consisting in the State's organizational duties, originating from the vertical efficacy that is intrinsic to its status of fundamental right.

Key-words: Fair trial – justice – legal positivism – Constitutional State – Rule of Law

RESUMEN

La investigación desarrollada busca estudiar el proceso justo y cuál debe ser su presencia en la teoría del proceso civil contemporáneo. Para ello, partiendo de la existencia de una separación entre Derecho y moral se busca, primero, identificar el Estado Constitucional como un modelo valorativo ideal, en donde la dignidad es fundamento, la verdad y seguridad medios y la libertad e igualdad fines, siendo que todos ellos están conectados a su modo con la noción de justicia. Se indaga si, de hecho, existe una indisociabilidad entre Estado Constitucional y justicia para, aún en el plano valorativo, concebir el proceso justo como *modelo*, cuya característica principal es la formación de un sistema procesal orientado a la obtención de una decisión justa. Se intenta demostrar que decisión justa es aquella emitida en respeto de la corrección procedimental, que busca verificar los hechos mediante la búsqueda por la verdad y que contiene una adecuada interpretación y aplicación del derecho al caso concreto, todo ello dirigido a la tutela de los derechos. Posteriormente, se verifica si el ordenamiento jurídico brasileño reflejó en grado razonable los valores que inspiran el modelo de Estado Constitucional, para, a partir de allí, pasar a entender el proceso justo como sobre-principio y derecho fundamental, precisando las consecuencias normativas que esas categorías presuponen. Se trabaja en la identificación de cuál sería el estado ideal de cosas a ser realizado propio del sobreprincipio del proceso justo y, finalmente, se definen los comportamientos que sirven para la promoción de su fin, consistiendo éstos en los deberes organizacionales del Estado provenientes de la eficacia vertical ínsita a su *status* de derecho fundamental.

Palabras-clave: Proceso justo – justicia – positivismo jurídico – Estado Constitucional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO – «PROCESSO JUSTO»: UMA JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA	15
---	-----------

PARTE I – O PROCESSO JUSTO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO NO DIREITO INTERNACIONAL E ESTRANGEIRO	27
--	-----------

1. Origem do <i>due process of law</i> , as Constituições do Pós-guerra e a influência na América Latina	27
2. Reconhecimento legislativo do processo justo nos instrumentos internacionais.....	34
2.1. Instrumentos internacionais universais.....	34
2.2. Instrumentos internacionais regionais	35
3. O processo justo na jurisprudência das cortes internacionais	38
3.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos	38
3.2. Corte Europeia de Direitos Humanos	39
4. O processo justo na perspectiva do direito estrangeiro	42
4.1. O <i>fair trial</i> na Inglaterra	43
4.2. O <i>due process of law</i> e a proteção contra o arbítrio nos Estados Unidos	45
4.3. Alemanha: o <i>fairen Verfahren</i> como decorrência do <i>Rechtsstaatsprinzip</i>	49
4.4. O <i>procés équitable</i> francês	50
4.5. Espanha e a <i>tutela judicial efectiva</i>	52
4.6. O <i>giusto processo</i> na Itália	54

PARTE II – O PROCESSO JUSTO COMO <i>MODELO</i> DE PROCESSO DO ESTADO CONSTITUCIONAL	59
--	-----------

1. A importância de definir o que se entende por «modelo»	59
2. «Procedural justice»: solução ao problema da justiça no processo?.....	61
3. Premissa: o problema da justiça na filosofia e na filosofia do Direito	64
4. Justiça, moral e positivismo	67
4.1. A justiça no pensamento de Immanuel KANT	70
4.2. A justiça em Hans KELSEN e Gustav RADBRUCH	90
4.3. <i>Segue</i> . Influência no debate entre H. L. A. HART e Lon FULLER	102

4.4. A dimensão moral e a dimensão positiva do Direito: reapreciação da doutrina kantiana	110
5. A justiça como <i>valor</i> e como <i>valor positivado</i> . Justiça e juridicidade	115
6. Por uma concreção do <i>modelo ideal</i> do Estado Constitucional	119
6.1. Dignidade humana como <i>fundamento</i> do Estado Constitucional. A liberdade e igualdade como <i>fins</i> do Estado Constitucional	124
6.2. Segurança jurídica e verdade como <i>meios</i> . Segurança jurídica como <i>realização</i> . Justiça e verdade: a dimensão epistêmica do Direito e do processo civil	133
6.3. «Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»: uma síntese da necessidade de justiça no processo. A tutela dos direitos como fim do processo civil do Estado Constitucional ...	141
7. Por uma teorização da decisão justa. Elementos para sua conformação	145
7.1. Correção do procedimento: o respeito aos direitos fundamentais processuais e à legalidade procedimental	149
7.2. Adequada apuração dos fatos da causa substanciada na busca pela verdade no processo	153
7.3. Adequada individualização do segmento normativo, interpretação do texto (ou do elemento não textual) e aplicação da norma no caso concreto mediante lógica e argumentação jurídica	159
7.4. Positivismo, moral e interpretação: uma reflexão	171
8. Dimensões do modelo de processo justo	174

PARTE III – O PROCESSO JUSTO COMO *CONCEITO NORMATIVO*: PRINCÍPIO E DIREITO FUNDAMENTAL

1. Do <i>modelo</i> ao <i>conceito normativo</i>	176
2. Processo justo <i>vs.</i> devido processo legal. O devido processo legal nos ordenamentos brasileiro e peruano	177
3. O processo justo como sobreprincípio	184
3.1. Princípios e regras	185
3.2. Sobreprincípios e normas de segundo grau (metanormas)	187
3.3. O sobreprincípio do processo justo	190
3.3.1. Consagra o direito positivo brasileiro o modelo de Estado Constitucional?.....	190
3.3.2. A (re)construção do princípio do processo justo. Indeterminação do texto normativo contido no art. 5, LIV, CF. Necessidade de o intérprete trabalhar com base em cláusula geral	198

3.3.3. <i>Segue</i> . Processo devido: uma regra?	203
3.3.4. <i>Segue</i> . Definição do estado ideal de coisas a ser realizado	204
3.3.5. O processo justo entendido como sobreprincípio: eficácias e funções	208
3.3.6. Inafastabilidade do princípio do processo justo. Interações com o sobreprincípio da segurança jurídica	214
4. O processo justo como direito fundamental	219
4.1. Fundamentalidade formal e material	220
4.2. Titulares, destinatários e eficácia do direito fundamental ao processo justo.....	221
4.3. O processo justo como direito à organização e ao procedimento.....	226
4.4. <i>Segue</i> . Implicações para o Estado-administrador como seu destinatário	228
4.4.1. Eficiência e racionalização dos recursos do Judiciário.....	228
4.4.2. <i>A bonne administration de la justice</i>	232
4.5. <i>Segue</i> . Implicações para o Estado-legislador como seu destinatário	235
4.6. <i>Segue</i> Implicações para o Estado-juiz como seu destinatário	238
4.6.1. O processo justo como direito <i>guarda-chuva</i> : abrangência da totalidade de direitos fundamentais processuais. <i>Interpretação</i> dos textos constitucionais à luz do processo justo	238
4.6.2. Conflitos entre os direitos fundamentais processuais que compõem o direito fundamental ao processo justo: o recurso à razoabilidade e à proporcionalidade para sua harmonização. <i>Aplicação</i> das normas processuais à luz do processo justo.....	242
4.7. Insuficiência de conceber o processo justo como direito à organização e ao procedimento? O processo justo como <i>direito a uma decisão justa</i>	246
CONCLUSÕES	250
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	252

INTRODUÇÃO

«PROCESSO JUSTO»: UMA JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA

Falar de *processo justo* impõe uma justificação do nome escolhido. «Processo justo» não é um *slogan*, nem um termo vazio, nem uma importação acrítica de uma «moda», como, por vezes, é do gosto da doutrina hodierna.

«Processo justo», tal como aqui entendido, é produto de uma reflexão crítica sobre as categorias que sejam capazes de refletir o *modelo* de processo cuja construção é exigida pelo *modelo* de Estado Constitucional. Esse último, entendido como *ideia* –e não como fenómeno histórico– por sua vez *está inspirado e pensado* a partir de uma dimensão valorativa. É exatamente por isso que, diferente de importante doutrina italiana,¹ não usamos aspas no momento de falar de processo justo. E não o fazemos porque, ao final desse trabalho, queremos demonstrar que se trata de uma *categoria real e presente nas nossas preocupações como juristas e processualistas*.²

Com efeito, somos cientes que no trabalho intelectual do estudioso do Direito é absolutamente imprescindível a justificação das escolhas semânticas. As palavras dizem algo e têm um significado que não pode ser simplesmente deixado de lado, sob pena de o esforço próprio da elaboração conceitual ser inútil por não haver um uso adequado da linguagem que se apropria o jurista.

Isso nos leva, também, a combatermos, nesse trabalho, posições órfãs de um suficiente aprofundamento na jusfilosofia e na teoria do Direito que, sem perceber da sua

¹ Cfr. todos os trabalhos de Luigi Paolo COMOGLIO, em que o jurista usa aspas para falar do processo justo.

² Especificamente sobre o processo justo, sem prejuízo de aprofundarmos sobre o tema, podem-se consultar: Sergio CHIARLONI. «Giusto processo, garanzie processuali e giustizia della decisione». In *Revista de processo*; Luigi Paolo COMOGLIO, «Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica». In *Il «giusto processo»*; Serge GUINCHARD e outros. *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4^a ed.; Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 615 ss.; Artur Cesar de SOUZA. «Justo processo ou justa decisão». In *Revista de processo*; Michele TARUFFO. «Idee per una teoria della decisione giusta». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*; Nicolò TROCKER. «Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: Profili generali». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.

nula contribuição à construção de um processo civil melhor, se resignam a negar a possibilidade da importância da justiça.³

Embora sejamos convictos que o *conceito* de Direito independe de qualquer experiência empírica ou cultural, isso não elimina o fato de o direito positivo *ser um produto do homem*, portanto, cultural, por não se encontrar *in rerum natura*. E o processo civil, na dimensão do direito positivo, é um *fenômeno cultural*.⁴ Com efeito, já dissera Mauro CAPPELLETTI que «todo sistema processual é, na verdade, o espelho fiel da concepção da vida que domina num lugar dado e num momento dado da história dos povos»,⁵ e, nas palavras de Galeno LACERDA em fundacional ensaio, «se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme o caráter de fato cultural»⁶.

³ Como é o caso, entre outros, de Antonio María LORCA NAVARRETE. «El denominado “proceso justo”». In Gonzáles Álvarez, Roberto (coord.). *Constitución, ley y proceso*, p. 232. Afirma o professor espanhol: «El “proceso justo” lo es “justo” porque es garantía de la aplicación de las garantías procesales. Pero, ¡atención! nada más. No es “justo” porque en él se establezca la “verdad” (o sea, la manoseada “justicia”, “mi justicia” o “tu justicia”). Como mucho, el “proceso justo” –que lo es “justo” por aplicar inexorablemente las garantías procesales–, lo que garantiza no es la “verdad” (o sea, la “justicia”) sino el “convencimiento” de la parte respecto de que se ha desarrollado un “proceso justo”. De ahí que el concepto de “justicia” no se garantiza en ningún caso porque será extremadamente difícil que el “proceso justo” convenza a ambas partes al existir siempre un “ganador” (que insistirá en la “verdad” –o sea, la “justicia”– de sus pretensiones) y un “vencido” (que puede insistir e insistirá, igualmente, en la “verdad” –o sea, la “justicia”– de sus pretensiones a pesar de haber sido vencido). Luego, el “proceso justo” tan sólo garantiza la aplicación de las garantías procesales. No la “verdad” (o sea, la “justicia”), que no existe –se entiende, “verdad” (o sea, la “justicia”)–». Apenas podemos dizer que a rebater esses argumentos –fracos, em nossa visão– está destinado este trabalho.

⁴ Entre os autores que salientaram a relação entre processo e cultura podemos mencionar os seguintes: Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, p. 92 ss.; Fritz BAUR. «Il processo e le correnti culturali contemporanee (rilievi attuali sulla conferenza di Franz Klein dal medesimo titolo)». In *Rivista di diritto processuale*; Mauro CAPPELLETTI. «Aspetti sociali e politici della procedura civile (riforme e tendenze evolutive nell’Europa occidentale e orientale)». In *Processo e ideologie*; Mauro CAPPELLETTI. «Ideologie nel diritto processuale». In *Processo e ideologie*; Mauro CAPPELLETTI. «Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione “civil law” – “common law”». In *Rivista di diritto civile*, p. 31-64; Vittorio DENTI. «Le ideologie del processo di fronte al problema sociale». In *Processo civile e giustizia sociale*; Vittorio DENTI. «Diritto comparato e scienza del processo». In *Rivista di diritto processuale*; Galeno LACERDA. «Processo e cultura». In *Revista de direito processual civil*; Daniel MITIDIERO. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 11 ss.; Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil – Pressupostos lógicos, éticos e sociais*, 2ª ed. p. 25 ss.; Michele TARUFFO. «Cultura e processo». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.

⁵ Mauro CAPPELLETTI. «Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione “civil law” – “common law”». In *Rivista di diritto civile*, p. 48.

⁶ Galeno LACERDA. «Processo e cultura». In *Revista de direito processual civil*, p. 75. E continua o processualista gaúcho: «Nela, na verdade, se reflete toda uma cultura, considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade. Costumes

Como o próprio direito positivo, o processo civil é pensado e feito por pessoas em um contexto histórico, social, ideológico e político determinado, visando a tutelar determinadas necessidades e interesses. Ocorreu no período romano das *legis actiones*, em que o rigoroso formalismo respondeu à grande valoração que Roma, como povo antigo que era, tinha pelos ritos solenes e pelo elemento religioso.⁷ Assim também aconteceu com o processo liberal do século XIX, situado num contexto em que o marcado individualismo e a garantia de liberdade contra a ingerência do Estado exigia, em caso de conflito, um meio para a classe burguesa discutir os seus direitos patrimoniais. Portanto, essas experiências histórico-positivas respondem principalmente a *opções ideológicas*.⁸

Com efeito, como registra Michele TARUFFO ao falar dos fins que o processo persegue em um contexto determinado, «se trata, de fato, de escolhas que se colocam no plano da política do direito e da cultura social prevalente no sistema jurídico em questão». Isso quer dizer que «*estas escolhas são essencialmente ideológicas, sendo influenciadas pelos valores que se consideram dominantes e dignos de ser atuados em um determinado contexto sócio-político, antes do que jurídico*»⁹.

A última constatação de TARUFFO é útil para entender que valores e «o jurídico» não podem ser confundidos (aqueles influenciam esse último) e, ademais, que *por trás* do ordenamento positivo encontram-se valores que o inspiram. Essas premissas são de enorme importância para esse trabalho. Existe, entre Direito e valores (moral), separação e não

religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes».

⁷ Rudolf von IHERING. *El espíritu del derecho romano*, vol. 3, p. 605 ss. No entendimento de Galeno LACERDA. «Processo e cultura». In *Revista de direito processual civil*, p. 77-78, «o rito absorve o procedimento, naquelas sociedades primitivas em que a religião natural domina o meio cultural. Aí, o processo assume um caráter eminentemente formalista e simbólico. A palavra e o ato adquirem um valor mágico. E este prepondera sobre quaisquer cogitações de justiça individual. A preocupação maior é eliminar o conflito para o bem-estar do grupo. E como a cultura está dominada pelo simbolismo do ritual religioso, este haverá de impor a forma solene e rígida do procedimento».

⁸ Após de identificar a *cultura técnica* no processo civil como aquilo que se ocupa de construir, interpretar e aplicar o mecanismo processual, Michele TARUFFO. «Cultura e processo». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 71, afirma que «stabilire che il processo civile deve essere finalizzato a risolvere controversia sulla base della libera competizione delle parti individuali private, come accadeva nei codici processuali “liberali” dell’800, e come qualcuno sostiene ancora oggi, non è frutto di una scelta tecnica: è il risultato di una opzione ideologica».

⁹ *Ibidem*, p. 70 (grifos nossos). No sucessivo, no caso de grifos nas citações textuais apenas faremos a indicação quando forem aqueles adicionados por nós.

conexão, mas eles servem como base para sua *construção*. Eles, naturalmente, podem ser de todo tipo: desde a dignidade humana até a superioridade racial, e a conformidade ou inconformidade do Direito a respeito deles não é capaz de retirar-lhe a qualidade de jurídico.

Neste trabalho parte-se da premissa de que as ordens processuais civis não necessariamente refletem o modelo do Estado Constitucional nem seu modelo de processo. É uma diferença entre experiência concreta e modelo ideal. Para que um ordenamento positivo se adira ao modelo de Estado Constitucional, aquele *deve ser construído a partir de determinados valores*, porque não qualquer valor dá origem a esse *modelo de Estado*, que não pode ser confundido, aliás, com um fenômeno histórico. É preciso identificar, portanto, quais os fatores que lhe dão estruturação –tudo, ainda, na dimensão filosófica. Se é possível admitir que o *modelo* de Estado Constitucional começou a ser plasmado, com diferente intensidade, em diversos ordenamentos a partir das Constituições do Pós-Guerra (trazendo, por óbvio, enormes reflexos na concepção do processo civil desde aquele então), isso não deve levar-nos à confusão de enxergarmos o Estado Constitucional como *ideal* mas afirmando, simultaneamente, que se trataria de *realidade histórica*. Seria uma inadmissível equivocação entre duas dimensões bem diferentes e, ademais, incorrer-se-ia na falsidade histórica de fazer tábua rasa e crer que, a partir de um momento histórico determinado tal o qual ordenamento passou a ser, por arte de magia, um «Estado Constitucional». Os direitos positivos evoluíram de diferentes maneiras e se chegaram a consagrar o *modelo* de Estado Constitucional –tal como aqui é entendido, frise-se– certamente o fizeram *em diferente medida e grau*.

O modelo de Estado constitucional e os valores que o inspiram (concretamente: fundamento, meios e fins) consagram um determinado ideal ao qual é importante se aproximar cada vez mais, muito embora ele possa ser inatingível. Saliente-se: um *modelo não é um dever-ser*. Apenas constitui um sistema valorativo que, se adotado, traça um patamar ao qual se aproximar cada vez mais. De fato, olhando as experiências e reformas de muitas ordens jurídicas, apesar das terríveis circunstâncias do mundo atual, nos últimos dois séculos e principalmente desde o Segundo Pós-Guerra, é possível dizer que se

lograram diversas conquistas em matéria de direitos da pessoa humana. Prova disso é, por exemplo, a chamada «quarta dimensão dos direitos fundamentais».¹⁰

Um ordenamento que consagra o modelo de Estado Constitucional incorpora, *em maior ou menor medida, mas sempre em grau razoável*, os valores que o inspiram. Eles são, concretamente, a liberdade, a igualdade, a dignidade, a segurança jurídica e a verdade. Todos eles, tal como será demonstrado, remetem à *justiça*. Neste exato ponto é necessário fazer uma advertência: este trabalho parte de uma convicção profundamente positivista, pelo menos na seara da separação entre moral e Direito.¹¹ Não será nossa intenção solucionar os problemas do positivismo sobre a autoprodução do Direito porque não é esse o objetivo do trabalho (inclusive, sendo o direito positivo uma criação humana, é difícil pensar que a origem deva estar no interno do sistema jurídico). Buscamos, apenas, partir de uma teoria com solidez e racionalidade suficientes para trabalharmos nossas ideias. Destarte, somos convictos que os valores que são incorporados por um ordenamento jurídico deixam de sê-lo e passam a serem autênticas normas jurídicas.

De outro lado, aceitamos também que o positivismo clássico e seus seguidores não se preocuparam por desenhar um sistema de valores e a partir daí qualificar uma experiência positiva concreta, quer analisando o grau de justiça (sem que isso importe em prejuízo da sua validade), quer contribuindo ao seu progresso. A explicação disso é que trabalhar com um sistema de valores não forma parte da ciência jurídica, mas da filosofia. É

¹⁰ Para uma teorização sobre o tema, cfr. Ingo Wolfgang SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., p. 45 ss.; Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 247 ss., esp. p. 262-266.

¹¹ Segundo Luis Fernando BARZOTTO. *O positivismo jurídico contemporâneo*, 2ª ed., p. 19, as duas teses que o positivismo pretendia rejeitar é a *conexão entre direito e moral* e a *conexão entre direito e política*: «a originalidade do positivismo está no seu critério de juridicidade. É este que lhe permite obter um conceito autônomo de direito. Para ressaltar essa originalidade do positivismo e do seu conceito de direito é oportuno situá-lo face a outras duas concepções, que esquematicamente podem ser chamadas de “jusnaturalismo” e “realismo”. Para o jusnaturalismo, a nota definidora do jurídico, ou critério de juridicidade, é a justiça: “Não se considera lei o que não for justo” (Sto. Tomás de Aquino). Para o realismo, o que define o direito é a sua eficácia, isto é, o comportamento efetivo presente em uma dada comunidade. Podemos dizer que o jusnaturalismo propõe um conceito ético ou valorativo de direito, ao passo que o realismo propõe um conceito sociológico do direito: “a eficácia é a nota característica do direito, segundo a visão sociológica da Jurisprudência”. Esses dois critérios são recusados pelo positivismo pelas razões já expostas. O positivismo não adota como critério identificador do jurídico “aquilo que é justo”, pelo subjetivismo e incerteza proveniente da multiplicidade de concepções de justiça; exclui-se também “aquilo que é eficaz”, pelo risco do arbítrio e a conseqüente imprevisibilidade que segue a este». Neste trabalho nos focaremos com maior preponderância na primeira dessas teses, ou seja, a separação (ou conexão) entre direito e moral, pelo fato de a justiça ser o tema principal.

natural, portanto, que o positivismo não tenha participado da discussão sobre modelos valorativos que inspiram determinadas ordens jurídicas. Embora concordemos com isso, somos convictos de que os problemas não acabam com a *pureza metodológica*.¹² Ela é muito importante, é verdade, mas o jurista não só descreve seu ordenamento: é um *must* que ele saiba *como seu direito positivo pode ser cada vez melhor*. É por isso que o esforço de trabalhar com modelos valorativos que ajudem a olhar criticamente uma ordem jurídica particular está direcionado, de forma direta, à contribuição com a ciência jurídica.

Considerando o anterior, para nós existe uma drástica diferença entre o modelo de Estado Constitucional (que, como modelo, associa-se a um sistema valorativo) e um ordenamento que chegue a consagrar, *em grau razoável*, esse modelo. Daí que seja possível dizer que «justiça» e «modelo de Estado Constitucional» sejam elementos indissociáveis. Essa afirmação dá-se apenas em um contexto valorativo. Já o modelo, se incorporado por um ordenamento jurídico, desenha um *ideal* para que a própria ordem possa se aperfeiçoar continuamente. Portanto, o Estado (aqui como instituição jurídica) tem a tarefa de trabalhar na constante edificação do direito positivo à maneira de espelhar, tanto quanto possível, os valores-diretrizes do modelo de Estado Constitucional. Trata-se, para sermos mais rigorosos, de um esforço por positivizar os valores sempre da forma mais adequada possível (tarefa que só pode ser feita pelo legislador), embora eles sempre possam colidir e, já no plano jurídico, devam ser sacrificados para prestigiar outros.

Nessa seara, este trabalho visa a delimitar os contornos da noção «processo justo» e por isso propõe-se entendê-lo a partir de um duplo viés: processo justo como *modelo* e como *conceito normativo*. Cada um deles será trabalhado, respectivamente, nas partes II e III.

Antes delas, entretanto, temos a parte I, que começa com a exposição das raízes históricas do processo justo, seu reconhecimento nos instrumentos internacionais de direitos humanos (universais e regionais) e na jurisprudência dos tribunais internacionais.

¹² Trata-se, como é claro, do ponto de partida da famosa *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen. *La teoría pura del Derecho*, 2ª ed., p. 1 ss. (é a primeira edição de 1936, mas a referência à segunda edição não é da versão original alemã, senão da edição espanhola, que data de 1946); *Teoria pura do direito*, 8ª ed., p. 1 ss. (trata-se da oitava edição brasileira da segunda edição alemã de 1960).

Tudo isso, apenas *em certa medida*, liga-se com o já clássico conceito do devido processo legal. Mas essa parte do trabalho tem um primeiro propósito específico: demonstrar que os conceitos vinculados semanticamente e em conteúdo a «processo justo» nas principais experiências do direito estrangeiro (*right to a fair trial, due process of law, faire Verfahren, procès équitable, tutela judicial efectiva, giusto processo*), possuem particularidades muito próprias, condicionadas pelo ordenamento positivo e pela forma como a doutrina e jurisprudência trabalham com aqueles conceitos. Não é possível fazer tábua rasa e pretender equiparar, sob um único conceito, outros que diferem entre si.

Entretanto, apesar dessas notórias particularidades, a parte II visa a demonstrar que é possível construir um *modelo de processo do Estado Constitucional independentemente de qualquer ordenamento positivo*. É esse o segundo propósito específico: muito embora a terminologia que se decida usar (aqui se optou por falar de «processo justo»), tal modelo constitui um parâmetro mínimo de todo e qualquer sistema que se adscruva ao Estado Constitucional. *Em nossa visão, o processo civil enquadrado em um ordenamento cuja Constituição adere-se a esse modelo de Estado, adota automaticamente o modelo do processo justo na mesma medida em que o modelo de Estado Constitucional é recolhido*. A razão disso é que o fundamento, meios e fins do Direito do Estado Constitucional não diferem aos do processo, porque esse é um instrumento daquele. Mediante o processo o Direito é capaz de realizar-se. Se um ordenamento jurídico consagrou de forma defeituosa ou inadequada um valor, então o processo padecerá da mesma imperfeição. Mas o importante aqui é que o modelo de Estado Constitucional (ligado à justiça) vem acompanhado de um modelo de processo que, naturalmente, *deve ser capaz de trazer justiça na prática*.

Sendo um modelo, nesta dimensão o processo justo reflete um *ideal*. Ao igual do que o modelo de Estado Constitucional, ele é um desenho prévio a qualquer experiência concreta. Isso se encontra em direta relação com o entendimento do que seja justiça no processo e seu papel naquele modelo. É preciso, portanto, realizar tarefa inédita na doutrina processualística: justificar desde uma perspectiva filosófica o uso do termo «justiça» ao falar de *processo justo*. Para isso valer-nos-emos, principalmente, dos fundamentos kantianos e, também, dos trabalhos de alguns dos mais importantes jusfilósofos que,

embora severamente críticos, partem de KANT para entender o papel da justiça na *construção* do Direito, seu fundamento (dignidade), seus meios (segurança e verdade) e seus fins (liberdade e igualdade), assim como a própria noção de Estado Constitucional. Estabelecidas as linhas teóricas que caracterizam esse modelo de Estado, delimitar-se-á como é que essa justiça condiciona o modelo de processo civil. E isso é dado mediante a *decisão justa*, que implica correção no procedimento, adequada apuração dos fatos e adequada individualização do segmento normativo, interpretação do texto normativo e aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

A parte III, de outro lado, preocupa-se já não com desenhar um modelo ideal, mas com desenvolver o processo justo *a partir da experiência jurídica brasileira*, isto é, como *conceito normativo*, reconhecido no ordenamento positivo do nosso país. Daí que ele deva se entender como *princípio* e como *direito fundamental*, em ambos os casos com fortes implicações na prática: (i) Como *princípio* (ou melhor, como *sobreprincípio*), nas suas ligações com as normas de segundo grau (*metanormas* ou postulados normativos hermenêuticos e aplicativos) e com os subprincípios e regras que o compõem estruturalmente, tudo desde o prisma das diversas *eficácias* ínsitas a ele pelo fato de ser entendido a partir de tal categoria normativa.¹³ (ii) Como *direito fundamental*, a partir da titularidade e dos destinatários, portanto, dos direitos e seus correlativos *deveres organizacionais* a cargo do Estado.¹⁴ Cobra vital importância aqui o desenvolvimento do *conteúdo* daqueles deveres, ou seja, as *prestações* que o Estado-administrador, o Estado-legislador e o Estado-juiz estão obrigados a outorgar e, conseqüentemente, as *limitações* a que estão sujeitos.

O processo justo como *conceito normativo*, portanto, é capaz de refletir integralmente a *totalidade do fenômeno do processo civil na sua relação com a Constituição de um ordenamento positivo específico, neste caso, o brasileiro*.

¹³ Como resulta evidente, trabalhar-se-á aqui com as ideias de Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 13ª ed.

¹⁴ Fazem ênfase nos deveres organizacionais como correlato do *direito fundamental ao processo justo*, Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 618 e ss.

Mas não deve entender-se que o processo justo como *modelo* e como *conceito normativo* sejam dimensões estanques. Muito pelo contrário, compreendendo a justiça como *conceito ideal*, a partir do qual pode ser avaliada toda experiência jurídica concreta, o modelo do processo justo pressupõe os fundamentos jurídico-filosóficos essenciais sobre os quais se estrutura o direito positivo. A justiça que o Estado Constitucional deve alcançar *tem de ter* reflexos nas normas constitucionais e infraconstitucionais, do contrário não pode se cogitar em adoção de dito paradigma. E como foi assinalado, sendo o Estado Constitucional um modelo de Estado que traça um ideal a ser atingido (que não é um dever-ser), a recepção pelo direito positivo dos valores que o inspiram (portanto, normas jurídicas) pode variar, aproximando-se em maior ou menor grau deles. Já com a instituição da normatividade haveria um autêntico dever-ser.

Por exemplo, a verdade é um valor que inquestionavelmente importa para o Direito do Estado Constitucional, mas a sua positivação pode variar: é possível que a busca pela verdade, embora jamais possa ser absoluta, seja plasmada com maior ou menor ênfase. A isso contribui, por exemplo, o número de *exclusionary rules* ou a disciplina sobre os poderes probatórios de ofício do juiz. *Trata-se, portanto, de uma recepção mais ou menos adequada do valor verdade*. Mas um ordenamento positivo em que dito valor tenha sido negado, *sem afetar sua validade jurídica*, não pode ser chamado de Estado Constitucional. O tema da verdade demonstra a importância de teorizar um modelo ideal de processo justo: sendo que ele consagra uma adequada apuração dos fatos consubstanciada na busca da verdade como exigência para chegar a uma decisão justa, bem pode servir de baliza para determinar o grau de fidelidade da legislação e do agir do Judiciário em um contexto histórico concreto, diante do modelo de Estado Constitucional.

Exatamente por isso é que no momento de analisar o processo justo como conceito normativo no direito brasileiro, contrastar-se-á aquele modelo ideal com as decorrências que este tem (sobreprincípio e direito fundamental). Desde um âmbito *valorativo* passa-se a um âmbito estritamente *normativo*. O dever-ser encontra-se apenas neste último.

Expostas assim as coisas, é mister fazermos alguns esclarecimentos. Pelas razões que serão explicadas no percorrer do trabalho, acreditamos não ser possível identificar *due*

process of law (nem devido processo legal) com *processo justo*. Eles pertencem a contextos diferentes, o que condiciona severamente o impacto que ambas as noções têm na prática. Um exemplo disso seria a dificuldade de entender o *due process of law* sem levar em conta o chamado *substantive due process of law* (imprestável na realidade brasileira).

Da mesma maneira, descarta-se trabalhar aqui com a categoria que historicamente visou a explicar a separação dos planos do direito material e do direito processual: a *ação*.¹⁵ A respeito, é possível identificar, a princípio, uma *perspectiva conceitual* e uma *perspectiva funcional* na teorização sobre a ação ao longo dos anos.¹⁶ O que marca a diferença entre uma e outra é, basicamente, (i) a progressiva importância dos estudos de direito comparado com o consequente afastamento das preocupações meramente dogmáticas (sendo essas uma profunda herança da cultura pandectística que condicionou o programa de trabalho da *Scuola* fundada por CHIOVENDA¹⁷), e (ii) a constitucionalização das chamadas «garantias processuais», entre as quais se encontra, naturalmente, o *direito de agir em juízo* ou, simplesmente, a *ação*. Na perspectiva conceitual, a ação é entendida estritamente como um *conceito lógico-jurídico*;¹⁸ na perspectiva funcional, a ação é compreendida como uma *garantia constitucional* capaz de abranger as outras «garantias processuais».¹⁹

Precisamente o que se busca é dotar ao *processo justo* de uma dimensão adequada e, dadas as suas próprias particularidades, *demonstrar que não é intercambiável com qualquer outro conceito*. Desta maneira, não procuramos apenas uma noção capaz de abranger a totalidade dos direitos fundamentais processuais (o devido processo legal e, em certa medida, a ação, são capazes de fazê-lo), mas também refletir a respeito do papel do processo civil no marco do Estado Constitucional e sobre as *exigências de justiça* que são seu fundamento e que, portanto, lhe impõe.

¹⁵ Daniel MITIDIERO. *Elementos para uma teoria...*, p. 91.

¹⁶ Como resulta cristalino, nosso trabalho está muito longe de querer analisar as teorias sobre a ação por tratar-se de esforço já realizado por autorizada doutrina: cfr. Riccardo ORESTANO. «*Azione. I. Azione in generale. a) Storia del problema*». In *Enciclopedia del diritto*, p. 785 ss. (bibliografia: p. 825 ss.); Elio FAZZALARI. «La dottrina processualistica italiana...», p. 287 ss.; Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 19 ss.; Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, v. 1, 5ª ed., p. 163 ss.

¹⁷ Daniel MITIDIERO. «O processualismo e a formação do Código Buzaid». In *Revista de processo*, p. 170 ss.

¹⁸ Giovanni TARELLO. «Quattro buoni giuristi per una cattiva azione»; Elio FAZZALARI. «La dottrina processualistica italiana: dall'«azione» al «processo» (1894-1994)». In *Rivista di diritto processuale*.

¹⁹ Luigi Paolo COMOGLIO. *La garanzia costituzionale di azione e il processo civile*, p. 140 ss.

O processo civil do Estado Constitucional deve ser pensado a partir da *tutela dos direitos* porque esse é seu *fim*.²⁰ E por que? Porque, conforme será sustentado, o Direito do Estado Constitucional tem por fundamento a *dignidade* e por fins a *liberdade e igualdade*, todas elas realizadas através da *segurança jurídica* e da *verdade*. Todos esses elementos podem ser reconduzidos à ideia de justiça, que os abrange. O processo civil não pode ter por fim o Estado porque o paradigma em que se insere –o Estado Constitucional– tem por fim a pessoa humana. Nesse sentido, a valoração pela pessoa humana não pode ser estranha ao processo civil.

A ação não representa mais o divisor de águas entre direito material e direito processual: essa função, em nossa opinião, é cumprida hoje pelo binômio «*tutela-técnica*».²¹ Se é bem verdade que resulta ser importante diferenciar conceitualmente ambos os planos, já não pode existir mais uma preocupação puramente conceitual que não tenha o condão de refletir-se na prática. À diferença da ação, entender o processo civil a partir da ligação entre tutela do direito e técnica processual faz com que possa ser identificado o *resultado* que o processo, como *meio* que é, deve alcançar, e a forma como ele deve se estruturar.

Entretanto, o processo civil do Estado Constitucional *jamais* poderá cumprir com seu fim (tutelar os direitos) se não for capaz de se conformar idoneamente para obtenção de uma *decisão justa e, de fato, chegar a obtê-la*. Só com a promoção da justiça material no caso concreto é possível outorgar proteção *efetiva, adequada e tempestiva* às situações jurídicas substanciais que são discutidas no marco do processo. E como resulta de fácil constatação, à decisão justa só pode se chegar após um *processo justo*.

²⁰ Daniel MITIDIERO. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 17-18.

²¹ Amplamente, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 145 ss., 249 ss.; Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela inibitória – Individual e coletiva*, 4ª ed., p. 115 ss.; Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1, p. 246 ss.; Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela – Da tutela cautelar à técnica antecipatória*, p. 54 ss. (possui tradução espanhola realizada por nós: *Anticipación de tutela – De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*); Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 633 ss.; Renzo CAVANI. «¿Veinte años no es nada? – Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil y un diagnóstico para el Perú». In *Gaceta civil & procesal civil*, p. 261 ss.; Renzo CAVANI. «¿Qué es la tutela inhibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos». In *Gaceta civil & procesal civil*, p. 173 ss.

Note-se bem a linha de raciocínio até aqui desenvolvida e que nos interessa salientar: a recepção do valor justiça (nas suas dimensões de dignidade, liberdade e igualdade, e também segurança jurídica e verdade) por um ordenamento jurídico faz com que ele consagre o Estado Constitucional *e não qualquer outro modelo de Estado*. Esse valor, direcionado ao processo, traz com ele um modelo ideal, em que a decisão justa assume uma relevância decisiva. Tal ordenamento positivo recepciona *em maior ou menor grau* essas exigências valorativas do Estado Constitucional (mas sempre *em grau razoável*) e, como consequência disso, o processo civil deve estar estruturado de forma a espelhar o mais possível aquele modelo. Em outras palavras, no âmbito do processo civil do Estado Constitucional é possível falar de *processo justo* exatamente porque tal modelo de Estado conforma-se a partir do valor justiça (senão não poderia ser qualificado como tal) e, portanto, resulta uma necessidade o fato de o processo chegar a decisões o mais justas possíveis. O Estado Constitucional, portanto, exige que o processo civil (direito positivo) deva espelhar-se tanto quanto possível no *modelo de processo justo*. A partir daí é que poderemos analisar a correspondência do processo civil brasileiro a esse modelo, através do recurso ao processo justo como conceito normativo –concretamente, sobreprincípio e direito fundamental.

Em apertada síntese, é tudo isso que queremos desenvolver.

Desta maneira, a partir de uma conjunção do direito constitucional, teoria geral do Direito, filosofia do Direito e o processo civil –disciplinas sem as quais este último ficaria órfão de suporte conceitual– esse trabalho busca desenvolver o *conceito* de processo justo e demonstrar sua utilidade na fundamentação teórica para o trabalho na prática. Sua bondade, portanto, será julgada apenas se for proveitosa para construir um melhor Direito não para os juristas, mas para o homem «pé-no-chão».

PARTE I

O PROCESSO JUSTO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO NO DIREITO INTERNACIONAL E ESTRANGEIRO

Sumário: 1. Origem do *due process of law*, as Constituições do Pós-Guerra e a influência na América Latina.- 2. Reconhecimento legislativo do processo justo nos instrumentos internacionais.- 2.1. Instrumentos internacionais universais.- 2.2. Instrumentos internacionais regionais.- 3. O processo justo na jurisprudência das cortes internacionais.- 4. O processo justo na perspectiva do direito estrangeiro.- 4.1. O *fair trial* na Inglaterra.- 4.2. O *due process of law* e a proteção contra o arbítrio nos Estados Unidos.- 4.3. Alemanha: o *fairen Verfahren* como decorrência do *Rechtsstaatsprinzip*.- 4.4. O *procès équitable* francês.- 4.5. Espanha e a *tutela judicial efectiva*.- 4.6. O *giusto processo* na Itália.

1. ORIGEM DO *DUE PROCESS OF LAW*, AS CONSTITUIÇÕES DO PÓS-GUERRA E A INFLUÊNCIA NA AMÉRICA LATINA

Sendo o *due process of law* um conceito que historicamente refletiu aquelas garantias mínimas do cidadão que, no contexto de um processo judicial, deviam ser respeitadas, é possível dizer, a princípio, que a origem do *processo justo* é também a do *due process of law*.

É bem conhecido que o capítulo 39 da *Magna Charta Libertatum* de 1215 é a origem do *due process of law*, ainda que ela não utilize expressamente esse termo, e sim «*per legem terrae*» que depois veio a ser «*law of the land*».¹ Já o *due process* foi usado pela primeira vez em um *statute* de Eduardo III em 1354.² Por sua parte, o espírito do *law of the land* e as liberdades reconhecidas pelo Rei passaram através da experiência judicial

¹ Segundo a interpretação do célebre juiz inglês Edward Coke. Cfr. Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 18.

² «None shall be condemned without trial. Also, that no Man, of what Estate or Condition that he be, shall be put out of Land or Tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to Answer by due Process of Law», segundo Vincenzo VIGORITI. *Garantize costituzionali del processo civile*, p. 25, nota 1. Cfr., Samuel ISSACHAROFF. *Civil Procedure*, 3ª ed., p. 3; Jefferson Aparecido DIAS. «Princípio do devido processo legal». In Olavo de Oliveira Neto; Maria Elizabeth de Castro Lopes (orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*, p. 25 ss.

inglesa, plasmando-se no *Habeas Corpus Act* de 1679,³ no *Bill of Rights* de 1688 e no *Act of Settlement* de 1701.⁴

A tradição inglesa do *law of the land* passou para os primeiros textos legislativos das colônias americanas. Com efeito, apenas como exemplo, nos *Bill of Rights* de Maryland (1767),⁵ Virginia (1776),⁶ Pennsylvannia (1776),⁷ e Massachusetts (1780)⁸ aparece reconhecido o antigo termo inglês. Nada obstante, na Emenda V da Constituição dos Estados Unidos de América de 1787 e, posteriormente, na Emenda XIV de 1868,⁹ aparece

³ Para uma análise da *Magna Carta* e do *Habeas Corpus Act*, cfr. Fábio Konder COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 5ª ed., p. 71 ss.

⁴ Saliente-se que a expressão «*due process of law*» não foi utilizada em nenhum desses textos, mas consagraram-se diversas garantias a favor dos cidadãos. Diga-se, de passagem, que o *Act of Settlement* foi redigido para garantir a sucessão protestante no trono da Inglaterra e reforçou o sistema parlamentar. Nada obstante, na parte IV, lê-se que «(...) that all the laws and statutes of this Realm for securing the established religion, and the rights and liberties of the people thereof, and all other laws and statutes of the same now in force, may be ratified and confirmed, and the same are by His Majesty, by and with the advice of the said Lords Spiritual and Temporal, and Commons, and by authority of the same, ratified and confirmed accordingly» (grifos nossos).

⁵ Art. 19º. «That every man, for any injury done to him in his person or property, ought to have remedy by the course of the Law of the Land, and ought to have justice and right, freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the Law of the Land».

Art. 24º. «That no man ought to be taken or imprisoned or disseized of his freehold, liberties or privileges, or outlawed, or exiled, or, in any manner, destroyed, or deprived of his life, liberty or property, but by the judgment of his peers, or by the Law of the land (*amended by Chapter 681, Acts of 1977, ratified Nov. 7, 1978*)».

⁶ «Section 8. That in all capital or criminal prosecutions a man has a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgment of his peers».

⁷ «IX. That in all prosecutions for criminal offences, a man hath a right to be heard by himself and his council, to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the witnesses, to call for evidence in his favour, and a speedy public trial, by an impartial jury of the country, without the unanimous consent of which jury he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; nor can any man be justly deprived of his liberty except by the laws of the land, or the judgment of his peers».

⁸ «XI. Every subject of the Commonwealth ought to find a certain remedy, by having recourse to the laws, for all injuries or wrongs which he may receive in his person, property, or character. He ought to obtain right and justice freely, and without being obliged to purchase it; completely, and without any denial; promptly, and without delay; conformably to the laws».

«XII. No subject shall be held to answer for any crime or offence, until the same is fully and plainly, substantially and formally, described to him; or be compelled to accuse, or furnish evidence against himself. And every subject shall have a right to produce all proofs, that may be favorable to him; to meet the witnesses against him face to face, and to be fully heard in his defence by himself, or his council, at his election. And no subject shall be arrested, imprisoned, despoiled, or deprived of his property, immunities, or privileges, put out of the protection of the law, exiled, or deprived of his life, liberty, or estate; but by the judgment of his peers, or the law of the land».

⁹ Já a Emenda V disciplina: «*No person shall be (...) deprived of life, liberty, or property without due process of law (...)*», enquanto a Emenda XIV, seção 1, garante que «*(...) nor shall any State deprive any person of*

consagrado expressamente o «*due process of law*».¹⁰ Tratou-se da culminação do desenvolvimento da adaptação da Magna Carta como limitação não apenas do Poder Executivo, mas inclusive de leis editadas pelo Legislativo. À diferença da *Parliament sovereignty* presente na Inglaterra, os colonos americanos entenderam que as restrições deviam ser feitas ao poder como um todo.¹¹

No outro canto do mundo, na doutrina processualística da Itália e Alemanha, o conceito de «ação» (*azione, Klagerecht, Rechtsschutzanspruch*), até a primeira metade do século XX, encontrava-se fortemente impregnado por um forte conceitualismo que condicionou os estudos sobre o processo civil. Prova disso é a chamada teoria abstrata da ação (cujo desenvolvimento deu-se na segunda metade do século XIX),¹² as teorias concretistas da ação,¹³ destacando entre essas últimas a de CHIOVENDA¹⁴ e, inclusive, a chamada teoria eclética de LIEBMAN, que visava a conciliar ambas as correntes mesmo sem

life, liberty, or property, without due process of law». Para um aprofundado estudo sobre o sistema estadunidense entre nós, cfr. Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*.

¹⁰ Em «The Federalist», conjunto de artigos escritos por James MADISON, John JAY e Alexander HAMILTON para promover o sistema de governo federativo e a consequente aprovação da Constituição, não aparece nenhuma explicação do fato de ter-se excluído a expressão «law of the land» e usado, no seu lugar, o «due process of law». Nada obstante, existem diversas referências à Constituição estadunidense como a «supreme Law of the Land», mas jamais mencionam a expressão *due process of law*, cfr. Alexander HAMILTON; John JAY; James MADISON. *The Federalist*, p. 79, 110, 135, 152, 158, 160, 161, 192, 235, 336. Entretanto, a ligação é estreita, já que existem decisões da *Supreme Court* fazendo analogia do *due process of law* com as garantias da Magna Carta, tais como *Hurtado v. California* (110 U.S. 516, 531 (1884)), *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* (59 U.S. (18 How.) 272, 276 (1855)), *Twinning v. New Jersey* (211 U.S. 78, 106 (1908)), todas referidas por Laurence TRIBE. *American Constitutional Law*, 2ª ed., p. 664.

¹¹ Cfr. Samuel ISSACHAROFF. *Civil Procedure*, 3ª ed., p. 4.

¹² Cfr. Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 62 ss.

¹³ *Ibidem*, p. 31 ss.

¹⁴ Giuseppe CHIOVENDA. «L'azione nel sistema dei diritti». In *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930); Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., p. 41-49. Criticamente, sobre a teoria de CHIOVENDA, cfr. Giovanni TARELLO. «L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale» (a que teve uma forte réplica de LIEBMAN. «Storiografia jurídica “manipolata”»). In *Rivista di diritto processuale*, defendendo CHIOVENDA); Giovanni TARELLO. «La riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice di procedura civile»; Giovanni TARELLO «Quattro buoni giuristi per una cattiva azione», todos esses ensaios publicados em *Dottrine del processo civile – Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*; Michele TARUFFO. «Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*; Michele TARUFFO. «Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*; Franco CIPRIANI. «Il 3 febbraio 1903 tra mito e realtà». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*; Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed., p. 184-185; Antonio do Passo CABRAL. «Alguns mitos do processo (I): a contribuição da *prolusione* de Chiovenda em Bolonha para a teoria da ação». In *Revista de processo* (criticando fortemente, por sua vez, a CIPRIANI).

abandonar um viés claramente conceitual.¹⁵ A preocupação principal residia na construção de sistemas, elaboração de conceitos e o aperfeiçoamento da ciência processual. No entanto, com o advento das novas cartas fundamentais passou-se a enxergar esse problemático conceito como *precisamente aquilo que estava reconhecido na norma fundamental*.

Após a Segunda Grande Guerra vieram à lume a *Costituzione* italiana de 1948 e a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (*Grundgesetz*) –de longe, as cartas constitucionais europeias mais importantes desse período– consagrando sem uma disposição sem precedentes na história da ordem jurídica desses países: a garantia constitucional do *direito de agir em juízo*.¹⁶

Concretamente no que tange à situação dos estudos sobre o processo na Itália, o referido conceitualismo só começou a ser superado a partir da década de 1950, não só pela influência da *Costituzione* de 1948 ou pela aquisição da consciência, por parte da doutrina, do distanciamento do processo civil da realidade social,¹⁷ mas também pelo uso do direito

¹⁵ Enrico Tullio LIEBMAN. «L'azione nella teoria del processo civile». In *Problemi del processo civile*, teoria cuja formulação final deu-se só na terceira edição do seu *Manuale di diritto processuale civile* de 1973. Ela pode ser apreciada na sétima edição que consultamos: Enrico Tullio LIEBMAN. *Manuale di diritto processuale civile*, 7ª ed., p. 139 ss. Criticamente contra essa teoria, entre muitos, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed., p. 185-188.

¹⁶ A *Costituzione della Repubblica Italiana*, no seu art. 24º, diz o seguinte: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interesse legittimi». No caso da *Gundgesetz* alemã, existem diversos artigos que garantem este acesso aos tribunais. O mais expressivo é o art. 19º, alínea 3, primeira parte: «Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial» (*Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf). Sobre ambos os artigos têm-se escrito milhares de páginas. Por todos, respectivamente, Luigi Paolo COMOGLIO. *La garanzia costituzionale di azione e il processo civile* e Nicolò TROCKER. *Processo civile e Costituzione*. No Brasil, tendo em conta a época, cfr. Ada Pellegrini GRINOVER. *As garantias constitucionais da ação*. Na verdade, como indica Nicolò TROCKER. «La Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo...». In *La formazione del diritto processuale europeo*, p. 179, «le costituzioni europee dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento non avvertono il bisogno di includere nel catalogo dei diritti fondamentali, accanto alle garanzie sostanziali di libertà dei cittadini ed in aggiunta al presidio istituzionale della separazione dei poteri, anche talune garanzie specifiche di contenuto processuale. E ciò diversamente da quanto avviene nel mondo anglosassone, prima con la *Magna Charta* del 1215 e poi con l'*Habeas Corpus* ed i *Bill of Rights*».

¹⁷ Como o confessou o próprio CALAMANDREI. «Processo e giustizia». In *Rivista di diritto processuale*, p. 278, «il peccato più grave della scienza processuale di quest'ultimo cinquantennio è stato secondo me proprio questo: di aver separato il processo dal suo scopo sociale; di aver studiato il processo come un territorio chiuso, come un mondo a sè, di aver creduto di poter creare intorno ad esso una specie di superbo isolamento staccandolo sempre più profondamente da tutti i legami col diritto sostanziale, da tutti i contatti coi problema di sostanza; dalla giustizia insomma». Salientaram também o *aspetto social do processo*, cfr. Mauro

comparado, que serviu para quebrar o férreo dogmatismo herdado da doutrina alemã. Prova disso são os trabalhos fundacionais de Piero CALAMANDREI,¹⁸ Mauro CAPPELLETTI,¹⁹ Vittorio DENTI,²⁰ Vincenzo VIGORITI,²¹ Luigi Paolo COMOGLIO,²² Nicolò TROCKER,²³ entre outros. Foi assim como, no afã de buscar novas respostas, deixou-se de olhar para a Alemanha e começou-se a estudar profundamente o direito anglo-saxão e estadunidense. E uma das «descobertas» que mais chamou a atenção da doutrina italiana foi precisamente o *due process of law*,²⁴ ao ponto de identificar dito conceito com aquele reconhecido no artigo 24 da Carta Constitucional italiana. O próprio COMOGLIO inicia sua já clássica monografia de 1970 afirmando que as garantias processuais *deixaram de ser instituições puramente teóricas, sendo agora uma realidade jurídica*.²⁵

A partir daí surgiu uma forte tendência a entender a ação já não a partir do seu aspecto puramente processual, mas com base no seu nível constitucional, tal como exprime TARUFFO:

Em época mais próxima a nós, a “cultura da garantia” (outra cultura, não só processualista, mas também processualista, e não só italiana) envolveu também o processo civil, quer constitucionalizando a garantia da ação e da defesa, quer ensejando a uma elaboração doutrinária e jurisprudencial, que representa, ao final de qualquer decênio, o fruto mais importante da concessão do processo como instrumento fundamental de garantia dos direitos reconhecidos na lei. A jurisdição constitui um dos poderes fundamentais do Estado e é finalizada com a atuação do direito. Neste contexto, as partes vêem garantidos todos os seus “direitos processuais”, mas não são mais os protagonistas exclusivos da competição processual. Ainda mais, eles se servem da garantia representada pela jurisdição para obter a tutela das suas situações jurídicas substanciais.²⁶

CAPPELLETTI. «Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato». In *Processo e ideologie*; Vittorio DENTI. *Processo civile e giustizia sociale*, esp. p. 13 ss., 53 ss.

¹⁸ Piero CALAMANDREI. «Processo e democrazia». In *Opere giuridiche*, p. 618 ss.

¹⁹ Mauro CAPPELLETTI. «Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale». In *Processo e ideologie*; «Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano». In *Proceso, ideologías, sociedad*; «Il diritto comparato e il suo insegnamento in rapporto ai bisogni della società moderna». In *Processo e ideologie*.

²⁰ Vittorio DENTI. «Il diritto di azione e la Costituzione». In *Rivista di diritto processuale*, p. 116-124.

²¹ Vincenzo VIGORITI. *Garanzie costituzionali del processo civile*.

²² Luigi Paolo COMOGLIO. *La garanzia costituzionale di azione e il processo civile*.

²³ Nicolò TROCKER. *Processo civile e Costituzione*.

²⁴ Como é o caso da monografia supracitada de Vincenzo VIGORITI. *Garanzie costituzionali del processo civile*, p. 1, registrando que «nel confronto *common law – civil law* (...), da un lato, si avverte profonda la diversità di concezioni giuridiche, ma si intuisce, dall’altro, un nucleo comune, un *common core*, la ricerca si fa impegnativa, perentoria l’esigenza di penetrare le differenze, di svelare il contenuto di formule destinate a concretizzare valori comuni».

²⁵ Luigi Paolo COMOGLIO. *La garanzia costituzionale di azione e il processo civile*, p. 3.

²⁶ Michele TARUFFO. «Cultura e processo». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 73.

Esta nova forma de conceber o processo civil respondeu à *evolução social e cultural*, sendo que «o objetivo da cultura técnica deveria ser o de construir instrumentos processuais eficientes e funcionais à consecução da finalidade consistente na tutela dos direitos dos cidadãos».²⁷ A ação, assim, passou a ser já não um direito potestativo nem um direito à sentença de mérito, mas uma verdadeira garantia constitucional, com inspiração ideológica totalmente distinta às teorias da ação anteriores. Daí que, segundo COMOGLIO, não seja possível transferir ao plano constitucional o debate teórico das concepções tradicionais,²⁸ o que se explica inclusive no fato de ele afirmar que a garantia de defesa está integrada no direito de ação.²⁹

No caso da Alemanha, embora o caráter mais cauto da *Grundgesetz* para consolidar diversos direitos,³⁰ fica fora de toda dúvida a intenção do constituinte alemão de consagrar um Estado democrático e social de Direito, colocando a pessoa como fundamento do

²⁷ *Idem*, p. 73. De outro lado, Nicolò TROCKER. «Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: Profili generali». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 384, faz referência a uma opção cultural para explicar a consagração das garantias processuais nas Constituições posteriores à Segunda Grande Guerra: «Il fenomeno non si riduce però ad una “costituzionalizzazione” in senso formale. Vi è in esso una precisa opzione culturale, un atteggiamento ideologico che mira a consacrare stabilmente determinati principi (o idee-cardine) del processo che sono destinati a condizionare nel tempo la credibilità e l'accettabilità delle forme di tutela giudiziaria e delle strutture processuali. In sostanza, si mira a superare l'ambiguità concettuale di un processo che in termini strettamente tecnici e strumentali dovrebbe sempre essere neutro, non potendosi qualificare a rigore, né come “giusto”, né come “ingiusto”, poiché tali aggettivazioni sembrano proprie non già el mezzo, ma del risultato decisorio cui esso conduce».

²⁸ Luigi Paolo COMOGLIO. *La garanzia costituzionale di azione e il processo civile*, p. 136 ss. Anos mais tarde («Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale». In *Rivista di diritto processuale*, p. 466), citando abundante bibliografia, o jurista chega à mesma conclusão: «Che la tradizionali teorie dell'azione abbiano da decenni esaurito la loro funzione storica, per lasciare spazio ad una visione più moderna del processo e della tutela giudiziaria, nella prospettiva costituzionale, è constatazione indiscutibile». Da mesma posição é Vittorio DENTI. «Il diritto di azione e la Costituzione». In *Rivista di diritto processuale*, p. 121: «Non basta, infatti, affermare l'avvenuta costituzionalizzazione di quel diritto “civico” nel quale già in precedenza una parte della dottrina scorgeva il *proprium* dell'azione; ovvero rilevare che nei limiti in cui un diritto soggettivo (o un interesse legittimo) trova riconoscimento sul piano sostanziale, il legislatore non può negarne la tutela processuale. La norma costituzionale, infatti, muove dal riconoscimento di ciò che il diritto di azione è istituzionalmente (ossia, “l'agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi”) e mira a garantirne, nei confronti del legislatore ordinario, la concreta attuazione, affermando che *tutti possono agire giudizio*: in queste due parole è racchiuso il reale significato della norma».

²⁹ Com efeito, Luigi Paolo COMOGLIO. *La garanzia costituzionale di azione e il processo civile*, p. 140-141, com apoio em CAPPELLETTI, exprime que «sul piano costituzionale, è anzitutto significativo il rapporto fra azione e difesa. È stato giustamente osservato che la regola del contraddittorio, in cui fundamentalmente si esprime la garanzia costituzionale della “difesa”, rappresenta in realtà “un aspetto integrante del diritto stesso di azione». Infatti, non ha senso compiuto parlare di “azione” se non in rapporto alla “difesa”, poiché l'attuazione di entrambe le garanzie si fonda su identiche componenti”, ainda que admite, algumas páginas depois, que as garantias fundamentais processuais conformam um «schema fondamentale di “giusto processo”» (*Ibidem*, p. 156).

³⁰ Para uma análise do pano de fundo da *Grundgesetz*, cfr. Nicolò TROCKER. *Processo civile e Costituzione*, p. 94 ss.

Estado. Assim, no que tange ao acesso dos cidadãos à jurisdição, de uma concepção individualista própria da formulação da *Rechtsschutzanspruch* (pretensão à tutela jurídica) passa-se à afirmação de uma *Justizgewährungsanspruch* (pretensão à outorga de justiça), configurada, desde a ótica constitucional, como «direito efetivo à administração da justiça e à emanção do provimento jurisdicional».³¹ Não é por acaso que, por exemplo, TROCKER tenha sustentado um conceito de ação bastante amplo, pois na sua comparação das normas contidas no art. 103º, parágrafo 1, da *Grundgesetz*, e o art. 24º, §§ 1 e 2 da *Costituzione* italiana, conclui que se trata da enunciação do «direito geral de ação –entendido não só como direito de acudir aos órgãos jurisdicionais para tutela dos próprios direitos e interesses, mas como direito que permanece no curso do processo todo e se manifesta em toda uma série de garantias processuais, seja do lado do autor, seja do lado do réu–, segue o explícito reconhecimento do princípio da defesa o qual é, na verdade, um aspecto integrante do próprio direito de ação».³²

Foi através da já referida mudança de paradigma experimentada na doutrina do Posguerra (principalmente a italiana, adotando a noção de *due process of law*) que esse conceito chegou na América Latina.³³ Após alguns anos o uso do *devido processo legal* (tradução mais conhecida do termo inglês) por parte da doutrina dessa parte do mundo, diversas Constituições latino-americanas reconheceram-no expressamente, como é o caso do art. 5º, inciso LIV, da CF brasileira,³⁴ o art. 29º, §§ 1, 4 e 5 da Constituição colombiana de 1991³⁵ e o art. 139º, inciso 3, da Constituição peruana de 1993.³⁶ Isso fez com que,

³¹ *Ibidem*, p. 189.

³² *Ibidem*, p. 371-372.

³³ Para o qual, diga-se de passagem, teve influência determinante o clássico ensaio de Eduardo COUTURE. «Las garantías constitucionales del proceso civil». In *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, p. 151-213.

³⁴ Já no que diz respeito ao ordenamento brasileiro, a CF de 1988 consagrou a noção de «devido processo legal» mediante uma tradução da cláusula *due process of law* disciplinada nas Emendas V e XIV, seção 1, da *Bill of Rights* já referidas. Com efeito, aquele inciso dispõe que «ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal».

³⁵ Art. 29, § 1: «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas»; § 4: «Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho»; § 5: «Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso».

³⁶ É interessante notar que o art. 233º da Constituição peruana de 1979, que serviu de base para o art. 139º da Constituição de 1993, não reconhecia expressamente o devido processo legal.

evidentemente, o órgão encarregado de proteger a Constituição (esteja ou não fora do Poder Judiciário) também trabalhasse com o devido processo legal, inclusive em ordenamentos cuja Constituição não consagrou expressamente semelhante expressão.³⁷

2. RECONHECIMENTO LEGISLATIVO DO PROCESSO JUSTO NOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

2.1. Instrumentos internacionais universais

A influência da tradição anglo-estadunidense foi vital para o reconhecimento das chamadas «garantias do cidadão diante do Estado», no contexto de um processo judicial, pelos diversos instrumentos internacionais de direitos humanos posteriores à Segunda Grande Guerra. Tais garantias, evidentemente, inspiraram-se no *due process*, sendo mais do que notória, ademais, a influência de dois termos jurídicos da língua inglesa –«*remedy*» e «*fair and public hearing*»– mesmo que eles não apareçam reproduzidos no texto do *Bill of Rights*.

No que tange aos instrumentos universais –é dizer, aqueles cuja pretensão de aplicação compreenderia a todos os seres humanos– o processo justo aparece reconhecido na Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, produto da aprovação da Carta das Nações Unidas em 1945 (também conhecida como Carta de São Francisco).³⁸

Na Declaração, o processo justo encontra-se plasmado nos arts. 8º e 10º:

³⁷ Como ocorre com as Constituições do Chile e da Argentina. No primeiro caso, o art. 19º, inciso 3, parágrafo 5 diz: «Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos». No segundo caso, o art. 18º da Constitución de la Nación argentina reza: «Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. (...) Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos». Nada obstante, o Tribunal Constitucional chileno e a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina têm diversas decisões em que é usado o devido processo legal. No caso do TC chileno, ver: Rol n. 184 de 07/03/1994; Rol n. 198 de 04/01/1995; Rol n. 239 de 16/07/1996; Rol n. 317 de 27/12/2000; Rol n. 417 de 03/09/2004. No caso da Corte argentina, ver: *Torres, Ana María /c Ministerio Público Proc. Gral. de la Nación /s amparo y med. Cautelar* (27/12/2012); *Distefano, Cristina /c Instituto Médico de Diagnóstico y Tratamiento S.A. y otro /s Indemnización daños y perjuicios s/ recurso de inconst.* (02/10/2012).

³⁸ Para uma análise da Carta e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cfr. Fábio Konder COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 5ª ed., p. 213 ss.

Art. 8°. Toda pessoa têm direito a um *remédio efetivo* pelo tribunal competente por atos que violem os direitos fundamentais outorgados pela Constituição ou pela lei.

Art. 10°. Toda pessoa têm direito, em plena igualdade, a uma *audiência justa e pública* por um tribunal independente e imparcial, na determinação dos seus direitos e obrigações e de qualquer cargo criminal contra ela (grifos nossos).³⁹

O outro instrumento internacional universal em que aparece reconhecido legislativamente o processo justo é o Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966, ou ICCPR em suas siglas em inglês (*International Covenant of Civil and Political Rights*).⁴⁰ Tal como se desprende do preâmbulo, dito instrumento teve como propósito reforçar o respeito dos direitos reconhecidos na Declaração, em muitos casos desenvolvendo-os mais detalhadamente, tal como aconteceu com as garantias processuais em matéria penal. No que interessa, eis o que diz a primeira parte do art. 14°, inciso 1:

Toda pessoa será igual perante as cortes e tribunais. Na determinação de qualquer cargo criminal contra ela, ou dos seus direitos e obrigações em processo judicial, toda pessoa tem direito a uma *audiência justa e pública* por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei (grifos nossos).⁴¹

2.2. Instrumentos internacionais regionais

Entre os instrumentos internacionais regionais –ou seja, aqueles que possuem um âmbito restrito a uma região específica– mais importantes que reconhecem o processo justo encontra-se a Convenção Europeia dos Direitos Humanos» de 1950, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos» de 1969 (também conhecida como Pacto de São José) e a Carta Africana de Direitos Humanos e das Pessoas de 1981.

A Convenção Europeia, em vigor desde 1953, consagra o processo justo no art. 6°, inciso 1:

³⁹ O art. 8° diz o seguinte: «Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law». Por sua parte, o art. 10° reza: «Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him».

⁴⁰ Uma extensa análise também foi realizada por Fábio Konder COMPARATO (*ibidem*, p. 279 ss.).

⁴¹ O texto em inglês é o seguinte: «1. All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law».

Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja entendida *equitativamente*, publicamente e dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei (...) (grifos nossos).⁴²

Note-se os termos utilizados nas diferentes línguas nas que a Convenção aparece traduzida (sendo que o inglês e o francês são apenas as oficiais): no *caput* do artigo, lê-se «right to a fair trial», «droit à un procès équitable», «derecho a un proceso equitativo», «direito a um processo equitativo», «Recht auf ein faires Verfahren» e «diritto a un equo processo». ⁴³ Assim mesmo, a palavra *equitativamente* vem a ser «fair hearing», «équitablement», «de manera equitativa», «in billiger Weise» e «equamente».

A consagração do processo justo (*right to a fair trial* ou *procès équitable*), segundo TROCKER, teve a vantagem de evidenciar a substancial unidade das diversas garantias processuais e sua estrita interdependência funcional, exigindo sua coordenação sistemática no momento de serem aplicadas. Da mesma forma, sua interpretação não pode ser estanque, mas seu significado passa a ser relacional.⁴⁴

⁴² A tradução foi realizada do texto em francês: «1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi». Já o texto em inglês diz o seguinte: «1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law». Segundo Nicolò TROCKER. «La Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo...». In *La formazione del diritto processuale europeo*, p. 179, «Con l’art. 6° della Convenzione europea si compie il passo ulteriore di inserire le garanzie fondamentali del processo in una realtà giuridico-politica che non è più soltanto costituzionale e nazionale ma à anche sopranazionale, accompagnando allo stesso tempo la loro consacrazione formale con la predisposizione di un sistema di tutela che affida il controllo sull’osservanza delle sue estrinsecazioni ad appositi organi di “giustizia sovranazionale”. Non solo; nelle clausole racchiuse in quell’articolo, il documento europeo prevede discipline ben più analitiche rispetto a quelle esibite dalla Carte costituzionali nazionali e propone così profili inediti per rimeditare aspetti di primo piano della cultura del processo e della sua realtà operativa».

⁴³ No que se refere exclusivamente ao *diritto a un equo processo*, Franz MATSCHER. «L’equo processo nella convenzione europea dei diritti dell’uomo». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 1159, exprime que «evidentemente, “equo processo” è um concetto largo e indeterminato e um diritto genérico a un “equo processo” mancherebbe di um profilo preciso. Infatti, esso diviene utilizzabile nel processo, soltanto per la via delle concretizzazioni, che esso ha ricevuto nella giurisprudenza della Corte». E mais adiante (*ibidem*, p. 1166) afirma que «in linea di massima, il principio dell’equo processo, nella sua configurazione di diritto a essere sentito o di diritto della difesa, comanda che ogni persona toccata od attnta[sic] nella sua sfera giuridica da una decisione del giudice, deve avere la possibilità di esprimersi su tutti gli aspetti che serviranno di fondamento alla decisione. D’altra parte è riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte che pure il diritto all’equo processo non è assoluto, ma che può essere l’oggetto di limitazione implicite».

⁴⁴ *Ibidem*, p. 180.

Do seu lado, a Carta de 2000⁴⁵ fez ênfase ainda maior no *fair trial* já a partir do *caput* do art. 47º («*right to an effective remedy and to a fair trial*» – direito a um remédio efetivo e a um júízo justo ou equitativo). Os parágrafos primeiro e segundo do artigo são os seguintes:

Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pela lei da União sejam violados tem o direito a um remédio efetivo perante um Tribunal de acordo com as condições formuladas neste artigo.

Todos têm direito a uma audiência justa e pública em um tempo razoável por um tribunal independente e imparcial estabelecido previamente pela lei.⁴⁶

Na região latino-americana vige a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, enquanto o processo justo aparece consagrado nos arts. 8º (garantias judiciais) e 25º, inciso 1 (proteção judicial):

Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com anterioridade pela lei (...).

Toda pessoa tem direito a recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo perante os juízes e tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, a lei ou a presente Convenção, ainda quando dita violação seja cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.

Finalmente, o último instrumento internacional universal de importância em que aparece reconhecido o processo justo é a Carta Africana de Direitos Humanos e das Pessoas de 1981, em vigor desde 1986, também conhecida como *Banjul Charter* ou Carta Banjul (por ter sido celebrada em Banjul, capital da Gâmbia).⁴⁷ No artigo 7º, inciso 1 da Carta é possível identificar o reconhecimento do processo justo quando ela consagra que «todo

⁴⁵ Para uma explicação das razões que levaram à adoção da Carta, cfr. Catarina Sampaio VENTURA. «Contexto e justificação da Carta». In Moreira, Vital e outros. *Carta de direitos fundamentais da União Europeia*, p. 39 ss.

⁴⁶ O texto completo do artigo em inglês é o seguinte: «Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article. Parágrafo segundo. Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented. Parágrafo terceiro. Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice».

⁴⁷ À diferença das convenções europeia e americana, a «Carta Banjul» tem como signatários apenas à metade dos países do continente: um total de 26 dos 53 que possui a África. Um exame crítico da Carta Banjul encontra-se em B. Obina OKERE. «The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter and People's Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems». In *Human Rights Quarterly*, p. 141-159.

indivíduo terá o direito de que a sua causa seja ouvida». Tal como o próprio artigo estabelece, isso implica recorrer aos tribunais nacionais, presunção de inocência, direito de defesa, duração razoável do processo e imparcialidade do tribunal.⁴⁸

3. O PROCESSO JUSTO NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS

Do mesmo modo que nos instrumentos internacionais, os direitos fundamentais processuais reconhecidos neles também se encontram tratados pela jurisprudência dos tribunais internacionais. Para os fins deste tópico trabalhar-se-á com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e com a Corte Europeia de Direitos Humanos.⁴⁹

3.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

No caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fica fora de toda dúvida que o *debido proceso legal* é o conceito ao que se remetem os direitos reconhecidos nos supracitados arts. 8º e 25º, inciso 1, do Pacto de São José. Isso pode-se concluir a partir de diversas «*opiniones consultivas*» (OC) e sentenças da Corte.⁵⁰ Assim, o fundamento 117 da OC-16 de 1999 que versa sobre assistência consular diz o seguinte:

117. Em opinião desta Corte, para que exista “devido processo legal” é preciso que um jurisdicionado possa fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros jurisdicionados. Para isso, é útil lembrar que o processo é um meio para assegurar, na maior medida do possível, a solução justa de uma controvérsia. A esse fim é que atende o conjunto de atos de diversas características geralmente

⁴⁸ O texto em inglês do art. 7.1º é o seguinte: «Every individual shall have the right to have his cause heard. This comprises: (a) the right to an appeal to competent national organs against acts of violating his fundamental rights as recognized and guaranteed by conventions, laws, regulations and customs in force; (b) the right to be presumed innocent until proved guilty by a competent court or tribunal; (c) the right to defense, including the right to be defended by counsel of his choice; (d) the right to be tried within a reasonable time by an impartial court or tribunal».

⁴⁹ A Corte Africana de Direitos Humanos e das Pessoas é um tribunal ainda jovem. Seu estabelecimento data de 1998 sendo que entrou em efetivo funcionamento só em 2004. Até onde chegou nossa pesquisa, não há jurisprudência sobre o artigo 7. Assim mesmo, é interessante salientar que existe a Corte de Justiça da África do Leste (*East Africa Court of Justice*), encarregada de interpretar o Tratado para o estabelecimento da Comunidade da África do Leste (*East African Community*), que integram os países Kenya, Uganda, Tanzânia, Rwanda e Burundi. A *Community* teve seu origem em 1966, foi dissolvida em 1977 e reativada em 1999. Nada obstante, o objetivo do Tratado limita-se ao desenvolvimento de políticas de ajuda mútua no âmbito político, econômico, social, cultural, tecnológico, pesquisa, segurança. Não há consagração de direitos fundamentais materiais nem processuais.

⁵⁰ Cfr. Sergio GARCÍA RAMÍREZ. «El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», com vasta referência jurisprudencial da Corte IDH.

reunidos sob o conceito de devido processo legal. O desenvolvimento histórico do processo, conseqüente com a proteção do indivíduo e a realização da justiça, trouxe consigo a incorporação de novos direitos processuais. São exemplo desse caráter evolutivo do processo os direitos de não autoincriminação e de declarar em presença de advogado, que hoje aparecem na legislação e na jurisprudência dos sistemas jurídicos mais avançados. É assim como se tem estabelecido, de forma progressiva, o aparelho das garantias judiciárias que colhe o artigo 14 do Pacto Internacional de Direito Civil e Político, ao qual podem e devem ser agregadas, sob o mesmo conceito, outras garantias aportadas por diversos instrumentos do Direito Internacional.

É relevante salientar também que na mesma *opinión consultiva*, no fundamento 124, a Corte diz expressamente que, segundo seu entendimento, o art. 14º do ICCPR reconhece o *devido proceso legal*:

124. Em outros termos, o direito individual de informação estabelecido no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares permite que adquira eficácia, nos casos concretos, o direito ao devido processo legal consagrado no artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; e que este preceito estabelece garantias mínimas suscetíveis de expansão à luz de outros instrumentos internacionais como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que ampliam o horizonte da proteção dos jurisdicionados (grifos nossos).

No que tange às sentenças da Corte, é possível encontrar que diversos direitos fundamentais processuais específicos são compreendidos no marco do *devido proceso legal*. Com efeito, a Corte entendeu que formam parte desse direito macro o direito ao juiz natural,⁵¹ o direito de defesa, audiência e contraditório⁵² e a duração razoável do processo.⁵³ Inclusive, em *Velez Looor v. Panamá*, a Corte já disse que o art. 8º da Convenção consagra exatamente os parâmetros do *devido proceso legal*.⁵⁴

3.2. Corte Europeia de Direitos Humanos

A Corte Europeia de Direitos Humanos tem um tratamento jurisprudencial sobre o processo justo mais sistematizado do que a Corte Interamericana, principalmente por causa

⁵¹ *Barreto Leiva v. Venezuela* (2010), fundamento 75.

⁵² *Velez Looor v. Panamá* (2010), fundamento 144.

⁵³ *Torres Millacura y otros v. Argentina* (2011), fundamento 133.

⁵⁴ *Velez Looor v. Panamá* (2010): «142. Es por ello que se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Así, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos (...)».

da detalhada regulação contida no art. 6º da Convenção⁵⁵ e no art. 47º da Carta de 2000⁵⁶ e, assim mesmo, produto de uma constante interpretação extensiva, que deu azo a diversos direitos fundamentais específicos.⁵⁷ Isso permite classificar o trabalho da Corte da seguinte maneira: (1) direito a uma corte (*right to a court*)⁵⁸ que pode ser (i) acesso a uma corte e (ii) direito à certeza e à efetividade das decisões da corte;⁵⁹ (2) tribunal independente e imparcial estabelecido pela lei; (3) juízo em um tempo razoável; e (4) equidade ou justiça dos procedimentos (*fairness of proceedings*).⁶⁰

Como se pode apreciar, à diferença do que acontece com o *debido proceso legal* na jurisprudência da Corte Interamericana, a Corte Europeia não trabalha com um conceito abrangente que englobe todos os direitos fundamentais processuais consagrados pela Convenção. É por isso que resulta ser necessário trabalhar com o ponto (4), é dizer, com o *fairness of proceedings*, que faz alusão exclusivamente à *tramitação do procedimento*.⁶¹

⁵⁵ Art. 6º.- *Right to a fair trial*. 1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. 2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law. 3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him; (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence; (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require; (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

⁵⁶ Art. 47º. *Right to an effective remedy and to a fair trial*. Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article. Parágrafo segundo. Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented. Parágrafo terceiro. Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.

⁵⁷ Christos ROZAKIS. «The Right to a Fair Trial in Civil Cases». In *Judicial Studies Institute Journal*, p. 97. Saliente-se que ROZAKIS foi juiz da Corte Europeia.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 98-100.

⁵⁹ Dovydas VITKAUSKAS; Grigoriy DIKOV. *Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights*, p. 22 ss.

⁶⁰ INTERIGHTS. *Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights (article 6)*, p. 13, com ampla referência jurisprudencial.

⁶¹ Dovydas VITKAUSKAS; Grigoriy DIKOV. *Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights*, p. 44.

Essa justiça no procedimento, por sua vez, em matéria civil, pode ser desdobrada em quatro elementos distintos:

(i) *Exigência de um processo adversarial*, que tem relação com a disponibilidade do material relevante para as partes.⁶²

(ii) *Paridade de armas (equality of arms)*, consistente na promoção de uma equidade procedimental entre as partes,⁶³ é dizer, evitar a desvantagem substancial, gerando igualdade de oportunidades para influir no processo. De ser ressaltado que a Corte é clara ao afirmar que a paridade de armas não implica uma igualação entre o litigante pobre e rico.⁶⁴

(iii) *Direito a uma audiência pública (right to a public hearing)*,⁶⁵ mediante o qual se busca promover a democracia, a visibilidade de justiça e o controle pelos médios. Esse direito implica: (a) estar presente na audiência; (b) participar efetivamente; (c) que a audiência seja pública; e (d) julgamento público.⁶⁶ No entanto, é possível encontrar algumas exceções.⁶⁷

(iv) *Julgamento fundamentado (reasoned judgement)*, é dizer, uma motivação adequada, respondendo sobre os elementos essenciais do pedido.⁶⁸

Finalmente, é importante destacar que para tutelar positivamente os direitos reconhecidos na Convenção, a Corte adotou a chamada «*fourth instance doctrine*». Essa doutrina consiste na impossibilidade de a Corte revisar erros de fato e de direito dos tribunais nacionais, limitando-se apenas ao exame da própria justiça no processo,⁶⁹ ou seja,

⁶² *Ruiz-Mateos v. Espanha* (23/06/1993).

⁶³ *Neumeister v. Austria* (07/05/1974).

⁶⁴ *Steel and Morris v. United Kingdom* (15/05/2005).

⁶⁵ Christos ROZAKIS, «The Right to a Fair Trial in Civil Cases». In *Judicial Studies Institute Journal*, p. 100-103.

⁶⁶ *Axen v. Alemanha* (08/12/1983); *Poitrimol v. França* (23/11/1993); *Pretto e outros v. Itália* (08/12/1983).

⁶⁷ *Salomonsson v. Suécia* (12/02/2003).

⁶⁸ *Hiro Balani v. Espanha* (09/12/1994); *García Ruiz v. Espanha* (21/01/1999).

⁶⁹ *Bernard v. France* (23/04/1998).

analisar se o Estado descumpriu seu dever de outorgar um processo devido. Assim mesmo, os vícios acontecidos devem ser decisivos para o sentido da decisão da causa.⁷⁰

Finalmente, não deve ser esquecido que as sentenças da Corte são tecnicamente declarativas.⁷¹ Isso significa que não podem anular nem reformar a decisão impugnada das cortes nacionais, nem anular alguma lei que esteja em confronto com a Convenção. O que pode fazer é ordenar uma reparação justa à parte lesada, conforme o art. 41º da Convenção.⁷² No entanto –sempre segundo TROCKER– a ideia é que se caracteriza da eficácia juridicamente vinculante de reconhecer o pronunciamento da Corte e cumprir com a execução da sentença, que pode incluir a adoção das medidas necessárias no interior do ordenamento jurídico com o objetivo de eliminar a violação declarada pela Corte ou diminuir suas consequências,⁷³ o qual pode envolver, por óbvio, fazer modificações legislativas.

4. O PROCESSO JUSTO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Quando se fala de «processo justo no direito estrangeiro» de jeito nenhum se pretende afirmar que essa categoria vem reconhecida nas diversas experiências jurídicas que se tratarão a seguir. A razão é simples: cada uma delas tem particularidades próprias que fazem com que sejam usados outros termos e conceitos, não só pelas cartas constitucionais, mas também –e principalmente– pelo trabalho jurisprudencial das diversas cortes e tribunais encarregados da tutela dos direitos fundamentais e da doutrina especializada. Eis a razão pela que o processo justo ou equitativo, em nível de direito comparado, *pode não aparecer como uma noção abrangente*.

⁷⁰ Com efeito, segundo VITKAUSKAS e DIKOV. *Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights*, «the notion of “fairness” is also autonomous from the way the domestic procedure construes a breach of the relevant rules and codes (*Khan*, §§ 34-40), with the result that a procedural defect amounting to a violation of the domestic procedure – even a flagrant one – may not in itself result in an “unfair” trial (*Gäfgen v. Germany* [GC], §§ 162-188); and, vice-versa, a violation under Article 6 can be found even where the domestic law was complied with».

⁷¹ Cfr. Nicolò TROCKER. «La Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo...». In *La formazione del diritto processuale civile europeo*, p. 201, citando *Marcks v. Bélgica* (13/06/1979).

⁷² Art. 46º. *Just satisfaction*.- «If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party».

⁷³ *Ibidem*, p. 202-203.

No entanto, tal como se analisará depois (*infra*, II), o *processo justo* pode ser perfeitamente concebido como um *modelo* que possui determinadas características aplicáveis a um ordenamento construído a partir dos parâmetros impostos pelo Estado Constitucional, muito além da maneira como a noção é entendida nas diversas experiências jurídicas. O processo justo entendido como *modelo*, pois, independe do direito positivo.

4.1. O *fair trial* na Inglaterra

O *right to a fair trial* é uma expressão inglesa que provém da noção esportiva *fair play*, muito própria da tradição dessa região.⁷⁴ Aqui o «*fairness*» do procedimento consiste não só uma legitimação técnica, mas também ética ou ideológica, capaz de gerar uma aceitação moral entre os cidadãos.

Carecendo a Inglaterra, como é conhecido, de uma Constituição expressa, existe uma constante remissão à jurisprudência da CEDH pela extinta *House of Lords*⁷⁵ e pela atual *Supreme Court*; entretanto, não se verifica um trabalho técnico-conceitual (comum na tradição jurídica anglo-saxã) como de fato acontece com a Corte Europeia.

O *fair trial* é uma cláusula geral não expressa, com um conteúdo intrinsecamente vinculado à consecução de uma real justiça entre as partes através da estruturação do procedimento. Essa é a conclusão que se chega a partir de uma passagem de uma recente sentença da *Supreme Court* do Reino Unido:

8. Os apelantes alegam que o direito ao processo justo é absoluto, mas os meios para satisfazer tal direito variam segundo as circunstâncias do caso. *Os procedimentos da corte são os meios para lograr verdadeira justiça entre as partes. Como regra geral, justiça real e processo justo só podem ser alcançados mediante audiências públicas, discussão aberta sobre as provas [open disclosure], cada parte confrontando as testemunhas da outra e julgamentos abertos.* Mas em certas

⁷⁴ Franz MATSCHER. «L'equo processo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 1158.

⁷⁵ *Regina v. A.* [2001] UKHL, 17/05/2001, voto de Lord Steyn: «38. It is well established that the guarantee of a fair trial under article 6 is absolute: a conviction obtained in breach of it cannot stand. *R v Forbes*, [2001] 2 WLR 1, 13, para 24. The only balancing permitted is in respect of what the concept of a fair trial entails: here account may be taken of the familiar triangulation of interests of the accused, the victim and society. In this context proportionality has a role to play. The criteria for determining the test of proportionality have been analysed in similar terms in the case law of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. It is not necessary for us to re-invent the wheel». Assim mesmo, *v. Procurator Fiscal v Brown (Scotland)* [2000] UKPC D3 (05/12/2000), especialmente o voto de Lord Bingham of Cornhill.

circunstâncias, procedimentos fechados podem ser necessários a fim de obter justiça real e um processo justo (grifos nossos).⁷⁶

Assim mesmo, o *fair trial* é entendido como um direito fundamental processual abrangente. Isso se conclui a partir de um voto de Lord HOPE, que afirmou que o *right to a fair trial* é fundamental e absoluto, enquanto os direitos expressamente reconhecidos são suplementares.⁷⁷

Por sua parte, uma razão adicional para concluir pela abrangência da noção do *fair trial* encontra-se num voto da Baronesa HALE, que indicou que o direito ao tribunal independente e imparcial é parte do *right to a fair trial*,⁷⁸ o que não acontece no caso da jurisprudência da Corte Europeia.

Finalmente, uma nota interessante é que o art. 3º (1) do *Human Rights Act* de 1998 estabelece que «até onde fosse possível, a legislação primária e a legislação subordinada devem ser lidas e efetivadas de maneira que sejam compatíveis com os direitos da Convenção».⁷⁹ Nada obstante, se o Judiciário inglês considerar que existe uma incompatibilidade entre uma disposição da legislação primária (*provision of primary legislation*) e um direito reconhecido na Convenção, não está autorizado a aplicar esse

⁷⁶ *Al Rawi and others (Respondents) v The Security Service and others (Appellants)* [2011] UKSC 34 (13/07/2011), voto de Lord Dyson. Note-se a vagueza do *right to a fair trial* no fundamento 22 do mesmo voto: «22. For example, it is surely not in doubt that a court cannot conduct a trial inquisitorially rather than by means of an adversarial process (at any rate, not without the consent of the parties) or hold a hearing from which one of the parties is excluded. These (admittedly extreme) examples show that the court's power to regulate its own procedures is subject to certain limitations. The basic rule is that (subject to certain established and limited exceptions) the court cannot exercise its power to regulate its own procedures in such a way as will deny parties their fundamental common law right to participate in the proceedings in accordance with the common law principles of natural justice and open justice. To put the same point in a different way, the court must exercise the power to regulate its procedure in a way which respects these two important principles which are integral to the common law right to a fair trial» (grifos nossos). Em outras palavras, é claro que o tribunal tem a potestade de regulamentar os procedimentos que se seguem perante ele, mas esse poder não pode ferir o direito do *common law* nem o *right to a fair trial*.

⁷⁷ *Regina v. A.* [2001] UKHL, 17/05/2001, voto do Lord Hope: «90. The right of an accused under article 6(1) of the Convention is to a fair trial. As I observed in *Brown v Stott* [2001] 2 WLR 817, 851C, this is a fundamental and absolute right, to which the rights listed in articles 6(2) and 6(3) are supplementary (...).» A referência ao *right to a fair trial* como fundamental e absoluto também se encontra na jurisprudência da *Supreme Court*, por exemplo: *Her Majesty's Advocate v P (Scotland)* [2011] UKSC 44 (06/10/11), no fundamento 14 do voto do Lord Hope.

⁷⁸ *R v. Abdroikof (Appellant) and another (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division))R v. Abdroikof and another (Appellant) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division))R v. Williamson (Appellant) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division))* [2007] UKHL 37 (17/10/2007), fundamento 46, voto da Baronesa Hale.

⁷⁹ «So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights».

direito em forma direta. Ele terá de proferir uma *declaration of incompatibility*, cientificando previamente a Coroa (*right of Crown to intervene* – art. 5º), decisão que não é capaz de afetar sequer a validade nem o cumprimento da legislação questionada.⁸⁰ É só um Ministro da Coroa que pode modificar a legislação a fim de remover a incompatibilidade (art. 10º).

4.2. O *due process of law* e a proteção contra o arbítrio nos Estados Unidos

Na tradição jurídica estadunidense, a expressão «procedure» tem dois aspectos centrais: o âmbito constitucional da proteção da cláusula do *due process of law* e a normatividade interna das Cortes. Apesar da origem e formas diferentes, ambas as dimensões compartilham muitos objetivos e costumam usar as mesmas ferramentas, nomeadamente a exigência de *fairness* que deve estar por trás de qualquer sistema processual. Essa é a opinião de ISSACHAROFF:

Processo assegura regularidade no tratamento de partes similarmente situadas. *Processo* garante contra a arbitrariedade de qualquer conduta caprichosa ou tirania. *Processo* impõe ordem e o ônus de justificação no exercício do poder. Em tese, quando menos, é o *próprio processo* que contém o poderoso e protege o fraco. Ordem processual, portanto, pode ser considerado um baluarte [*bulwark*] integral contra o mau uso da autoridade estatal. E, quem sabe ironicamente, o processo é também um ingrediente necessário de um sistema jurídico em que inclusive o uso da força estatal contra seus próprios cidadãos deve corresponder-se ao Estado de Direito [*Rule of Law*].⁸¹

De outro lado, costuma-se distinguir dois tipos de *due process of law*: o *procedural* e o *substantial*, sendo que o primeiro refere àquelas garantias que devem ser respeitadas no marco de um processo judicial, enquanto o segundo vem a ser um controle substancial de constitucionalidade das leis (portanto, extraprocessual).

Essa razão leva a trabalhar nessa parte do trabalho unicamente com o *procedural due process of law*,⁸² que, como é fácil de perceber, teve muitos *leading cases*. Um dos

⁸⁰ Tal como expressa o art. 4º (6): «A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”)– (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made».

⁸¹ Samuel ISSACHAROFF. *Civil Procedure*, 3 ed., p. 1.

⁸² Uma breve aproximação crítica ao *substantial due process of law* será feita adiante (*supra*, III, 2). Para um estudo sobre essa categoria, iniciada com o célebre caso *Lochner v. New York* (também chamada de «the *Lochner* period»), cfr. Laurence H. TRIBE. *American Constitution Law*, 2ª ed., p. 560 ss.; *The Invisible Constitution*, p. 109 ss. (aqui fazendo furiosa crítica contra o ativismo judicial, retomando uma posição já colocada – cfr. Laurence H. TRIBE; Michael C. DORF. *On Reading the Constitution*, p. 6 ss.); Erwin

mais importantes é *Louisville & Nashville R. Co. v. Schmidt*, em que se estabeleceu como requisitos fundamentais do *due process* a oportunidade de ser ouvido e de mecanismos para se defender adequadamente.⁸³ O mesmo critério foi seguido e aprimorado em *Simon v. Craft*⁸⁴ e, posteriormente, entre outras decisões, em *Grannis v. Ordean*.⁸⁵

Mais tarde, em *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, a *Supreme Court* fixou *standards* mínimos da cláusula do *due process* para privar a vida, a liberdade ou a propriedade, quais sejam a adequada cientificação e a oportunidade do *hearing*.⁸⁶ Nesse *leading case* fala-se da razoabilidade (*reasonableness*) da forma de dar ciência.⁸⁷

A partir do critério da *reasonableness* foi intenso o debate sobre o ativismo da *Supreme Court*, é dizer, se o exercício interpretativo devia se limitar ou não ao texto da Constituição. Por exemplo, em *Sniadach v. Family Finance Corp.*, a Corte expressou que a regra processual que normalmente satisfaz o *due process*, não necessariamente o satisfaz em todos os casos, interpretando extensivamente o termo «*property*» e, portanto, dando uma abrangência maior ao *due process*.⁸⁸

CHEMERINSKY. *Constitutional Law*, 3ª ed., p. 545 ss.; Carlos Roberto Siqueira CASTRO. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 3ª ed., p. 29 ss.; Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 39 ss.

⁸³ *Louisville & Nashville R. Co. v. Schmidt*, 177 U.S. 230 (1900): «The due process clause of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States does not control mere forms of procedure in state courts or regulate practice therein, and all its requirements are complied with provided that, in the proceedings which are claimed not to have been due process of law, *the person condemned has had sufficient notice, and adequate opportunity has been afforded him to defend*» (grifos nossos). Tal *ruling* teve, no entanto, um predecessor: trata-se de *Baldwin v. Hale*, 68 U.S. 223 (1863).

⁸⁴ *Simon v. Craft*, 182 U.S. 436 (1901): «The essential elements of due process of law are notice and opportunity to defend. In determining whether such rights were denied we are governed by the substance of things, and not by mere form».

⁸⁵ *Grannis v. Ordean*, 234 U.S. 394 (1914): «The fundamental requisite of due process of law is the opportunity to be heard». Esse precedente remete-se a *Louisville & Nashville* e também a *Simon v. Craft*.

⁸⁶ *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 313 (1950): «Quite different from the question of a state's power to discharge trustees is that of the opportunity it must give beneficiaries to contest. Many controversies have raged about the cryptic and abstract words of the Due Process Clause, *but there can be no doubt that, at a minimum, they require that deprivation of life, liberty or property by adjudication be preceded by notice and opportunity for hearing appropriate to the nature of the case*» (grifos nossos).

⁸⁷ *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 315, 320 (1950). Tal como informa Samuel ISSACHAROFF. *Civil Procedure*, 3 ed., p. 7, anos depois da etapa ativista da «*Lochner* era», houve uma «dramatic expansion of the process-based requirements that the state had to meet in order to act adversely to the interests of citizens», requerindo, para casos desde carteiras de motorista até as leis da *New Deal* de Roosevelt, «elaborate series of processes before such benefits could be withdrawn».

⁸⁸ *Sniadach v. Family Finance Corp.*, 395 U.S. 340 (1969): «A procedural rule that may satisfy due process for attachments in general, see *McKay v. McInnes*, 279 U.S. 820, does not necessarily satisfy procedural due

Esta abertura do texto constitucional teve oposição, por muitos anos, de diversos *justices*, como ocorreu em *Foster v. California*, em que o *justice* BLACK proferiu um voto divergente muito forte rejeitando qualquer sentido de justiça (*sense of fairness*) para interpretar o *due process*⁸⁹ (sendo que essa discordância também foi manifestada por ele em *Sniadach*, através de um *addendum* ao seu voto em divergência⁹⁰). Nesse sentido, é bom salientar que na linha de BLACK é conhecida a posição do *justice* Antonin SCALIA.

Outro *leading case* foi *Mathews v. Eldridge*, em que a *Supreme Court* introduziu o *balancing test* para analisar a intensidade da proteção que o governo devia garantir ao *due process of law*. O *balancing test* compunha-se de três fatores: (i) o interesse privado que seria afetado pela ação estatal; (ii) o risco de uma errada vulneração (*erroneous deprivation*) desse interesse através do procedimento usado e a possibilidade de existência de garantias procedimentais adicionais ou substitutivas; e (iii) o interesse governamental,

process in every case. The fact that a procedure would pass muster under a feudal regime does not mean it gives necessary protection to all property in its modern forms. We deal here with wages –a specialized type of property presenting distinct problems in our economic system. We turn then to the nature of that property and problems of procedural due process».

⁸⁹ *Foster v. California*, 394 U.S. 449, 450, 451 (1969).

⁹⁰ *Sniadach v. Family Finance Corp.*, 395 U.S. 345 (1969): «There is not one word in our Federal Constitution or in any of its Amendments, and not a word in the reports of that document's passage, from which one can draw the slightest inference that we have authority thus to try to supplement or strike down the State's selection of its own policies. The Wisconsin law is simply nullified by this Court as though the Court had been granted a super-legislative power to step in and frustrate policies of States adopted by their own elected legislatures». E posteriormente (350, 351) o *justice* BLACK expressa sua total rejeição contra o «*fundamental fairness*» alegada pelo *justice* HARLAN (quem concordou com o voto majoritário): «The latest statement by my Brother HARLAN on the power of this Court under the Due Process Clause to hold laws unconstitutional on the ground of the Justices' view of 'fundamental fairness' makes it necessary for me to add a few words in order that the differences between us be made absolutely clear. He now says that the Court's idea of "fundamental fairness" is derived "not alone . . . from the specifics of the Constitution, but also . . . from concepts which are part of the Anglo-American legal heritage". This view is consistent with that expressed by Mr. Justice Frankfurter in *Rochin v. California* that due process was to be determined by "those canons of decency and fairness which express the notions of justice of English-speaking peoples..." 342 U. S. 165, 342 U. S. 169. In any event, my Brother HARLAN's "Anglo-American legal heritage" is no more definite than the "notions of justice of English-speaking peoples" or the shock-the-conscience test. *All of these so-called tests represent nothing more or less than an implicit adoption of a Natural Law concept which under our system leaves to judges alone the power to decide what the Natural Law means. These so-called standards do not bind judges within any boundaries that can be precisely marked or defined by words for holding laws unconstitutional. On the contrary, these tests leave them wholly free to decide what they are convinced is right and fair. If the judges, in deciding whether laws are constitutional, are to be left only to the admonitions of their own consciences, why was it that the Founders gave us a written Constitution at all?*» (grifos nossos).

incluindo a função envolvida e os ônus fiscais e administrativos que poderiam trazer essas garantias procedimentais adicionais ou substitutivas.⁹¹

Na seara de *Mathews*, os critérios sobre o *procedural due process of law* da *Supreme Court* foram reforçados em *Kentucky Dept. of Corrections v. Thompson*,⁹² julgado em 1989: (1) o *due process of law* protege o cidadão contra uma atuação arbitrária do governo;⁹³ e (2) exame do *procedural due process*, consistente em: (i) identificar se existe um interesse na liberdade ou propriedade no qual interfere o Estado; (ii) e se fosse assim, verifica-se se o procedimento mediante o qual se realizou essa privação é constitucionalmente suficiente.⁹⁴ Aliás, é bom referir que *Kentucky* foi citado em uma das mais recentes decisões que deferiram o pedido de *writ of certiorari*.⁹⁵

Dessa maneira, faz-se necessário ressaltar que o *procedural due process of law* é entendido, no seu contexto, exclusivamente como uma *contenção contra o arbítrio estatal*⁹⁶ (*direito de defesa*, na linguagem da doutrina constitucional⁹⁷), muito além da vocação ativista da *Supreme Court*.

⁹¹ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 340 ss. (1976). Porém, segundo Samuel ISSACHAROFF. *Civil Procedure*, 3ª ed., p. 9, *Mathews* foi uma formalização de ideias já anunciadas, mas o balanceamento procedimental «performed the valuable service of crystallizing certain intuitions about the role of procedural law that had existed for more than a century». O *balancing test* construído em *Mathews* foi aplicado em casos sucessivos. Para um exame detido e crítico, cfr. Erwin CHEMERINSKY. *Constitutional Law*, 3ª ed., p. 583 ss.

⁹² *Ky. Dept. of Corrections v. Thompson*, 490 U.S. 460 (1989).

⁹³ Neste ponto a *Supreme Court* remete-se a *Wolff v. MacDonnell*, 418 U.S. 539 (1974).

⁹⁴ Colocam-se como decisões anteriores a *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), e *Hewitt v. Helms*, 459 U.S. 460 (1983). Com efeito, disse a *Supreme Court* em *Ky. Dept. of Corrections v. Thompson*, 490 U.S. 460 (1989): «We examine procedural due process questions in two steps: the first asks whether there exists a liberty or property interest which has been interfered with by the State, *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U. S. 564, 408 U. S. 571 (1972); the second examines whether the procedures attendant upon that deprivation were constitutionally sufficient, *Hewitt v. Helms*, 459 U.S. at 459 U. S. 472».

⁹⁵ *Gary Swarthout, Warden v. Damon Cooke, Matthew Cate, Secretary, California Department of Corrections and Rehabilitation v. Elijah Clay*, 562 U. S. 4 (2011): «As for the Due Process Clause, standard analysis under that provision proceeds in two steps: We first ask whether there exists a liberty or property interest of which a per-son has been deprived, and if so we ask whether the procedures followed by the State were constitutionally sufficient. *Kentucky Dept. of Corrections v. Thompson*, 490 U. S. 454, 460 (1989)». Por sua parte, Erwin CHEMERINSKY. *Constitutional law*, p. 580), remetendo-se a *Mullane v. Central Hannover Bank & Trust Co.*, exprime que os «basic safeguards» do *due process of law* são o «notice of charges or issue», a «opportunity for a meaningful hearing», e o «impartial decision maker».

⁹⁶ Com efeito, segundo CHEMERINSKY (*Ibidem*, p. 581) o *due process of law* orienta-se nomeadamente a *proteger* contra a privação da vida, liberdade e propriedade. Ele cita, ademais, os importantes precedentes *Arnett v. Kennedy* (em que a *Supreme Court* lançou a conhecida frase «take the bitter with the sweet»),

4.3. Alemanha: o *fairen Verfahren* como decorrência do *Rechtsstaatsprinzip*

Um dos tratamentos jurisprudências dos direitos fundamentais processuais mais interessantes se verifica nos julgados do *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*), isto é, o Tribunal Constitucional Federal alemão.⁹⁸ Para o *BVerfG*, a *Grundgesetz* de 1949 consagra três *direitos processuais fundamentais clássicos*: (1) o direito ao juiz natural no art. 101º, § 1, 2ª frase («Ninguém pode ser subtraído ao seu juiz natural pré-constituído pela lei»), (2) o direito a ser escutado em juízo no art. 103º, § 1 («Perante o tribunal todos têm o direito de serem escutados em juízo») e (3) a igualdade perante o juiz no art. 3º («Todos os homens são iguais perante a lei»).

Nada obstante, o *BVerfG* também reconhece outras situações jurídicas subjetivas qualificadas como *princípios constitucionais sobre o processo*, evitando chamá-las de *Grundrechte* ou direitos garantidos pela Constituição. Apesar de encontrarem-se no plano constitucional, o *BVerfG* entende eles apenas como *princípios gerais do processo* ou *consequências processuais* de outros direitos fundamentais. Em outras palavras, não lhes é reconhecida a *fundamentalidade material*.

Estes princípios gerais do processo são: (i) o direito a uma tutela jurisdicional efetiva no art. 19º, parágrafo quarto («Se qualquer é lesado nos seus direitos pelo poder público, pode acudir à autoridade judiciária ordinária»), onde também se inclui o direito à duração razoável; (ii) o direito a um processo previsível; (iii) o direito à tutela jurisdicional (*Justizgewährung*) ou direito de ação; (iv) o direito a um processo justo (*fairen Verfahren*), extraído do art. 2º, parágrafo primeiro, que fala sobre a liberdade geral de agir.

É claro que o *BVerfG* não reconhece um direito fundamental processual com abrangência geral; nada obstante, é interessante salientar a forma como é concebido o *fairen Verfahren*. Trata-se de um direito ainda em construção que, por exemplo, já foi usado para

Cleveland Board of Education v. Loudermill (em que se afirma que o *due process* implica um «adequate of procedures as a judiciary matter») e a já referida *Mathews v. Eldridge*.

⁹⁷ Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., p. 433; José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., p. 407-408; Ingo Wolfgang SARLET. *Eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., p. 162 ss.

⁹⁸ As considerações sobre o *BverfG* foram extraídas, principalmente, do trabalho de Gerhard WALTER. «I diritti fondamentali nel processo civile tedesco». In *Rivista di diritto processuale*, p. 750 ss.

justificar a paridade de armas para inversão do ônus da prova nos casos de erro médico. Assim mesmo –e aqui vem um dado relevante–, o *BVerfG* reconhece uma relação do *fares Verfahren* com o *Rechtsstaatsprinzip*, tal como se demonstra da seguinte decisão:

A violação do direito ao processo justo só existe se uma visão geral do direito processual –e também na sua interpretação e aplicação pelas cortes– mostra que as conclusões que são obrigatórias em um estado sob o Estado de Direito não foram desenhadas ou algo que é indispensável em um estado sob o Estado de Direito tem sido abandonado.⁹⁹

Em outras palavras, existe violação do *fares Verfahren* quando o procedimento não estiver ajustado às exigências mínimas impostas pelo *Rechtsstaatsprinzip*.¹⁰⁰ E por sua parte, a noção do Estado de Direito, para o *BVerfG*, certamente *contém a ideia de justiça como elemento essencial*.

Finalmente, o *BVerfG* reconhece diversos princípios que não possuem status constitucional, tais como a publicidade, a oralidade, o princípio dispositivo, a *trattazione* e a imediação.

4.4. O *procès équitable* francês

A Constituição francesa vigente data de 1958, porém nesse texto constitucional não se encontram os direitos fundamentais processuais que regulam o processo civil francês. Eles localizam-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, à que o *Conseil Constitutionnel* remete-se constantemente para dar conteúdo aos direitos de hierarquia constitucional. Esse é o caso dos chamados «*droits de la défense*», entendidos

⁹⁹ 2 BvR 2044/07: «A violation of the right to a fair trial only exists if an overall view of procedural law – also in its interpretation and application by the courts – shows that conclusions which are mandatory in a state under the rule of law have not been drawn or something which is indispensable in a state under the rule of law has been abandoned».

¹⁰⁰ Exprime Gerhard WALTER (*Ibidem*, p. 739) que «la Corte Costituzionale há fondato il diritto ad un *fair trial* anzitutto nelle sue decisioni relative all’aggiudicazione nell’esecuzione forzata e nella decisione relativa all’onere della prova nel processo per responsabilità civile del medico. Non considera questo diritto un diritto processuale fondamentale, ma piuttosto un principio processuale che ha bisogno di una concretizzazione secondo le circostanze del caso. Nel frattempo però, la Corte Costituzionale ha individuato il diritto ad un *fair trial* come diritto processuale generale fondamentale, che trova fondamento nell’articolo 2, 1 comma GG (libertà generale di agire) in connessione con il principio dello Stato di diritto. Per questo contenuto incerto e indefinito, il diritto ad un *fair trial* viene contestato da una parte della dottrina che gli nega una propria ragione d’essere, essendo a tal scopo sufficiente la garanzia del *diritto effettivo ad essere ascoltati in giudizio* per coprire i casi che rientrano nel *fair trial*».

como princípios fundamentais da República¹⁰¹ –entre os que se encontra a igualdade (*égalité*) perante a justiça,¹⁰² e de onde também se extrai a exigência de um procedimento justo e equitativo¹⁰³ – e outros direitos fundamentais materiais, como o de liberdade.

Mas esses *droits de la défense* não podem ser confundidos com o *procès équitable* (que é um conceito relativamente novo), pois esse último é retirado pelo *Conseil* a partir do art. 16º da Declaração.¹⁰⁴ Por sua vez, segundo a própria jurisprudência daquele tribunal, o *procès équitable* também não se confunde com o «direito a um recurso efetivo» nem com o «direito à imparcialidade e independência do juiz»,¹⁰⁵ nem com outros direitos especificados no texto da Constituição francesa.

De fato, o *procès équitable* do direito francês não pode ser confundido com o *procès équitable* do direito comunitário: o primeiro possui, fora de toda dúvida, uma abrangência maior principalmente quanto às matérias, dado que não está limitado aos direitos e obrigações civis nem à acusação penal, como estabelece o artigo 6, inciso 1, da Convenção.

¹⁰¹ Damien FALLON, «L'entrée du droit au procès équitable dans le champ du droit constitutionnel», p. 3.

¹⁰² Decisão n° 93-334 DC (20/01/1994): «17. Considérant qu'il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquels elles s'appliquent, *mais à la condition que ces différences de procédures ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense*» (grifos nossos).

¹⁰³ Decisão n° 2009-590 DC (22/10/2009): «10. Considérant que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi “doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse”; que, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, *notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable*» (grifos nossos).

¹⁰⁴ O art. 16º da *Déclaration* reza: «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution». Já o *Conseil*, na Decisão n° 2006-535 DC (30/03/2006): «40. Considérant que les requérants soutiennent que ces dispositions, en confiant au maire, autorité administrative, un pouvoir de transaction pénale, méconnaissent le principe de la séparation des pouvoirs; qu'ils leur reprochent de ne prévoir aucune garantie quant aux conditions dans lesquelles l'accord de l'auteur des faits est recueilli et la transaction homologuée, *et de porter ainsi atteinte tant aux droits de la défense qu'au droit à un procès équitable garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789*; qu'ils estiment, enfin, que les dispositions qui autorisent le maire à proposer des mesures alternatives aux poursuites créent une “action publique populaire” et méconnaissent, elles aussi, le principe de la séparation des pouvoirs» (grifos nossos). Assim mesmo, não só o *procès équitable* é extraído do artigo 16, mas também o direito das pessoas interessadas a exercer um recurso jurisdicional efetivo e o princípio do contraditório, tal como consta, por exemplo, na Decisão n° 2012-247 QPC (16/05/2012), fundamento 3.

¹⁰⁵ É a conclusão de Damien FALLON. «L'entrée du droit au procès équitable dans le champ du droit constitutionnel», p. 3-4. Igualmente, da análise da jurisprudência do *Conseil* verifica-se que existe uma assimilação da jurisprudência da Corte Europeia na interpretação desses direitos.

Nada obstante, também é verdade que não se verifica um tratamento preciso do conceito pelo *Conseil*. Com efeito, para fundamentar as decisões existem constantes remissões ao *procès équitable*, mas também a outros direitos. O que é possível constatar é que o *Conseil* enxerga o *procès équitable* como um *direito subsidiário*,¹⁰⁶ aplicável tão somente diante da inexistência de direitos expressamente consagrados.

A despeito disso, a jurisprudência do *Conseil Constitutionnelle* vem tendo um papel muito importante na construção de direitos não reconhecidos expressamente. Como informa GUINCHARD, apesar do fato de esse tribunal rejeitar a incorporação ao bloque de constitucionalidade as convenções internacionais, proferiu diversas decisões reconhecendo o «droit fundamental au juge»,¹⁰⁷ o direito à independência e imparcialidade,¹⁰⁸ o direito à defesa e o princípio do contraditório,¹⁰⁹ entre outros.

Finalmente, é importante salientar que a Lei Constitucional n. 2008-724 de 23 julho de 2008 modificou os arts. 61º, parágrafo primeiro, e 61º-1 da Constituição francesa, dando como resultado uma ampliação dos motivos para aceder ao *Conseil* através da *question préjudicielle de constitutionnalité* (mais conhecida como QPC). Essa constatação é importante porque mediante a QPC poder-se-ia viabilizar uma afronta ao *procès équitable*.

4.5. Espanha e a tutela judicial efectiva

A Constituição espanhola de 1978 consagra diversos direitos fundamentais processuais nos incisos 1 e 2 do art. 24º. Nesse contexto, o termo usado pela jurisprudência e doutrina espanhola é «*tutela judicial efectiva*»;¹¹⁰ nada obstante, essa noção *unicamente* se limita aos direitos reconhecidos no inciso 1.¹¹¹ Trata-se, como já sustentam

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 5 e 11.

¹⁰⁷ Serge GUINCHARD e outros. *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4ª ed., p. 446 ss. Segundo o mesmo autor, o *Conseil d'État* e a *Cour de Cassation* também reconheceram o *droit à un tribunal* (*ibidem*, p. 458 ss.) e o *droit à un juge de cassation* (*ibidem*, p. 637 ss.).

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 676 ss.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 864 ss.

¹¹⁰ Cfr. Joan PICÓ I JUNOY. *Las garantías constitucionales del proceso*, com ampla referência jurisprudencial.

¹¹¹ O texto dos incisos 1 e 2 do art. 24º da Constituição espanhola é como segue: «1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los

reiteradamente o Tribunal Constitucional espanhol, de supostos intimamente relacionados, mas com tratamento diferenciado.¹¹²

Dessa maneira, o *derecho a la tutela judicial efectiva* envolve o acesso à atividade jurisdiccional, obtenção de uma resolução fundada em direito e à execução da decisão judicial,¹¹³ direito à não desproteção ou «indefensión»¹¹⁴ e à intangibilidade das resoluções judiciais decididas.¹¹⁵

De outro lado, como foi assinalado, esse direito não abrange os direitos fundamentais processuais contidos no inciso 2, quais sejam o direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa, à assistência do letrado, a ser informado da acusação, ao processo público, a um processo sem dilações indevidas¹¹⁶ e a um processo com todas as

medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

¹¹² Sentença 124/1997 (01/07/1997), fundamento jurídico 3: «3. El art. 24 de la C.E. contempla en sus dos epígrafes dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, aunque hayan de recibir un tratamiento diferenciado, proclamando el primero el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse indefensión (STC 46/82) garantía que en su expresión práctica adquiere infinitas variedades que este Tribunal ha contemplado en muchas de sus resoluciones».

¹¹³ Sentença 125/2004 (19/07/2004), fundamento jurídico 2: «Ciertamente, el invocado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene un contenido complejo que, en síntesis, comprende el acceso a la actividad jurisdiccional, la obtención de una resolución fundada en Derecho y la ejecución del fallo judicial (STC 26/1983, de 13 de abril, FJ 2, y ATC 415/1985, de 26 de junio)».

¹¹⁴ Sentença 109/2002 (06/05/2002), fundamento jurídico 2: «(...) este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses (SSTC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 3)».

¹¹⁵ Sentença n. 114/2012 (24/06/2012), fundamento 5: «5. Constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia (...). Así se afirma expresamente, entre otras, en las SSTC 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 200/2003, de 10 de noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4».

¹¹⁶ Com efeito, o direito a um processo sem dilações indevidas (uma expressão que condensa de melhor maneira o chamado *direito à duração razoável do processo*) é autónomo ao DTJE, com tratamento separado, mas conexo a ele. Isso foi afirmado na Sentença n. 26/1983 (13/04/1983), fundamento jurídico 2: «Segundo. El derecho. a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales el derecho a obtener un fallo de éstos. Y, como precisa la sentencia número 32/1982 de este Tribunal, también el derecho a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su

garantias, à utilização dos meios de prova pertinentes, a não declarar contra se próprio nem se auto-incriminar, e à presunção de inocência.

4.6. O *giusto processo* na Itália

Em 1999 foi modificado o art. 111º da Constituição italiana, consagrando expressamente a noção «giusto processo» mediante a adição de dois parágrafos (*commi*). Os novos dispositivos foram os seguintes: «A jurisdição se atua mediante o processo justo disciplinado pela lei » e «Todo processo desenvolve-se em contraditório entre as partes, em condições de paridade, perante um juiz terceiro e imparcial. A lei assegura a duração razoável». Além das enormes implicações para o Estado italiano (legisladores e juízes), houve uma grande preocupação, na doutrina especializada, sobre como adequar a noção «giusto processo» com as outras garantias ou direitos fundamentais processuais.

Para um importante setor da doutrina peninsular, o *giusto processo* passou a ser concebido como o termo generalizante a partir do qual se deviam compreender as diversas garantias ou direitos fundamentais processuais, tais como o contraditório, a imparcialidade, a paridade de armas e a duração razoável do processo, sendo que já se tinham reconhecido algumas garantias específicas.¹¹⁷ Por exemplo, Nicolò TROCKER¹¹⁸ registra que dita noção

derecho y compensado, si hubiere lugar a ellos, por el dalo sufrido. Esta complejidad, que impide incluir la definición constitucional del artículo 24.1 en cualquiera de los términos de una clasificación dicotómica que, como la que distingue entre derechos de libertad y derechos de prestación, sólo ofrece cabida para derechos de contenido simple, no hace, sin embargo, de este derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales un concepto genérico dentro del cual haya de entender insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos, como es, por ejemplo, el derecho a un proceso, público y sin dilaciones indebidas, que la Constitución garantiza en el apartado 2º de este mismo artículo 24. Desde el punto de vista sociológico y práctico, puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva; *jurídicamente, en el marco de nuestro ordenamiento, es forzoso entender que se trata de derechos distintas que siempre han de ser considerados separadamente y que, en consecuencia, también pueden ser objeto de distintas violaciones*» (grifos nossos).

¹¹⁷ Cfr. Sergio LA CHINA. «Giusto processo, laboriosa utopia». In *Rivista di diritto processuale*, p. 1115-1116, para quem o quadro normativo composto por essas garantias «non ofusca né svaluta la centralità della introdotta nozione di giusto processo».

¹¹⁸ De acordo com Nicolò TROCKER. «Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: Profili generali». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 409-410: «Quanto all'enunciazione del principio del "giusto processo" essa acquista un significato sostanziale, in quanto sottolinea la portata "relazionale" delle diverse garanzie costituzionali afferenti al processo e la loro stretta interdipendenza funzionale. La costituzione del 1948, non diversamente da altre costituzioni europee del secondo dopoguerra, aveva scelto la strada della previsione analitica di singole garanzie aventi ad oggetto diverse situazioni processuali. Mancava un'enunciazione concentrata e sintetica come quella che ora trova il suo ingresso nell'art. 111 cost. Il pregio di questa scelta sta nel fatto che la formula del "giusto processo" dà

serve para coordenar sistematicamente as garantias processuais, e assim conseguir uma interdependência funcional entre elas. Luigi Paolo COMOGLIO, nos seus escritos sobre a introdução do *giusto processo* na *Costituzione* italiana, registra que se trata de uma «garantia estrutural composta»,¹¹⁹ de uma exaustiva noção que contém garantias mínimas,¹²⁰ deixando de trabalhar conceitualmente a categoria da ação.¹²¹ A menção desses autores é relevante, pois ambos os juristas, em algum momento do seu desenvolvimento intelectual, deram enorme importância ao direito fundamental (ou garantia constitucional) de ação, até compreendê-la como o direito processual macro ou geral tal como foi exposto acima (*supra*, I, 1).

Contudo, essa reforma também gerou muitas dissenções na doutrina italiana, tendo posições desfavoráveis,¹²² favoráveis¹²³ e outras mais cautas.¹²⁴ As principais críticas do

espressione all'esigenza di coordinare sistematicamente fra loro le diverse garanzie afferenti al processo e di rendere omogenee ed interdipendenti le loro concretizzazioni applicative. In questo senso la norma contiene una fondamentale indicazione di metodo: le garanzie costituzionali del processo hanno bisogno di un'interpretazione e ricostruzione che non si limiti ad analizzarle come entità a se stanti, ma sappia coglierne il significato appunto "relazionale" entro una serie di collegamenti e di interdipendenza funzionali».

¹¹⁹ Luigi Paolo COMOGLIO. «Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica». In *Il "giusto processo"*, p. 219. A mesma ideia foi reproduzida em um artigo posterior: «Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa». In *Revista de Processo*, p. 103.

¹²⁰ Luigi Paolo COMOGLIO. «Le garanzie fondamentali del "giusto processo"». In *Etica e tecnica del "giusto processo"*, p. 52.

¹²¹ Isto não ocorre assim em artigos anteriores à reforma constitucional. Por exemplo, Luigi Paolo COMOGLIO. «Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)». In *Revista de Processo*, p. 113 (republicado posteriormente sob o nome de «Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto)». In *Etica e tecnica del "giusto processo"*, p. 175), entende a ação no sentido estrito como o direito de acesso efetivo às cortes e aos tribunais, e também no sentido lato, como «il diritto di essere "ascoltato" dal giudice ed il potere dia gire nel corso del giudizio, alegando i fatti rilevante, producendo o facendo assumere le prove, tratando e discutendo la causa, affinché il giudice possa pronunziarsi sul merito di quella domanda, dichiarandola fondata oppure no».

¹²² Sergio CHIARLONI. «Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile». In *Rivista di diritto processuale*, p. 1010-1034; Vincenzo CAIANELLO. «Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione». In *Rivista di diritto processuale*, p. 42-63; Marcello CECCHETTI. «Giusto processo». In *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, vol. V, p. 595-627; Ennio AMODIO. «Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa». In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 93-107; Mario PISANI, «Noti breve su temi penalistici – Riflessioni sul "giusto processo" penale». In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1314-1326. Esse último autor (*ibidem*, 1316-1317), preocupado com o impacto do *giusto processo* no âmbito penal, afirma que o *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988 já estava adequado às disposições internacionais; que o «giusto processo regolato dalla legge» não tem uma exata correspondência com o *procès équitable* nem com o *fair trial*; e, finalmente, que a expressão empregada pelo constituinte italiano não é mais do que a tradução da noção *due process of law*.

¹²³ Cfr. Luigi Paolo COMOGLIO. «Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)». In *Revista de Processo*; «Le garanzie fondamentali del "giusto processo"». In *Etica e tecnica del "giusto processo"*; «Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani». In *Etica e tecnica del "giusto processo"*; Nicolò TROCKER. «Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: Profili generali». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 381-410;

setor da doutrina que se mostrou cética diante da reforma são quatro (principalmente desenvolvidas por CHIARLONI): (1) existe uma má redação na frase «regolato dalla legge»;¹²⁵ (2) a *Costituzione* já regulava o direito à tutela jurisdicional (ação, defesa), contraditório, paridade de armas, imparcialidade, pelo que o «giusto processo» não trazia nada de novo quanto ao reconhecimento desses direitos;¹²⁶ (3) no direito comunitário já aparecia reconhecida a duração razoável; e (4) a *Corte Costituzionale* já trabalhava com o *giusto processo*.

Não é possível negar, de fato, que a *Corte Costituzionale* já vinha trabalhando com a noção de *giusto processo*. Por exemplo, já tinha identificado um «interesse constitucional» ao *giusto processo*;¹²⁷ colocou-o do lado do direito de defesa e o extraíndo do art. 24º;¹²⁸ reconheceu-o como espécie dos direitos do homem (fazendo uso dos instrumentos internacionais) e fundamentando a proibição do *ne bis in eadem* a partir dele;¹²⁹ afirmou que a defesa pessoal e defesa técnica são regras máximas para a consecução de um *giusto processo*, equiparando *giusto processo* com «*equo processo*», fundado na igualdade das partes e da paridade de armas;¹³⁰ e se referiu ao *giusto processo* como exigência suprema¹³¹⁻¹³².

Giuseppe TARZIA. «Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale». In *Rivista di diritto processuale*, p. 657-672; Giuseppe TARZIA. «L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile». In *Rivista di diritto processuale*, p. 1-22.

¹²⁴ Sergio LA CHINA. «Giusto processo, laboriosa utopia». In *Rivista di diritto processuale*, p. 1111-1126.

¹²⁵ Segundo CHIARLONI. «Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile». In *Rivista di diritto processuale*, p. 1016, «(...) “regolato dalla legge” sta semplicemente a significare che secondo il primo comma dell’art. 111 il processo non può essere regolato da altre fonte normative. Siamo cioè in presenza della posizione (o meglio della riaffermazione –assieme a tante altre ascrivibili alla nostra norma) di una riserva di legge».

¹²⁶ Por exemplo, diz CAIANELLO. «Riflessioni sull’art. 111 della Costituzione». In *Rivista di diritto processuale*, p. 47) que «sempre per suffragare la tesi che con la novella dell’art. 111Cost. non si fa altro che ribadire principi e concetti già impliciti nella Costituzione stessa (essendo la base defli istituti di garanzia in essa menzionati e ricorrenti nelle leggi, in giurisprudenza ed in dottrina che di quegli istituti si occupano), mi sia consentito ricordare che all’idea di “giurisdizione” è strettamente connaturata quella di “processo” e che la catteristica di questo è il contraddittorio fra parti in posizione di parità in quanto “nei processi si svolge la giurisdizione”, con la quale lo Stato “adempie per ministero dei suoi giudici al compito essenziale di rendere giustizia”».

¹²⁷ Sentença 86/1968.

¹²⁸ Sentença 198/1972.

¹²⁹ Sentença 69/1976.

¹³⁰ Sentença 188/1980.

¹³¹ Sentença 137/1984.

¹³² A referência a outras sentenças anteriores à reforma que trabalhavam com o *giusto processo* pode-se encontrar no trabalho já citado de Nicolò TROCKER. «Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: Profili generali». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 388 ss.

Quanto às posições favoráveis, é possível mencionar os seguintes argumentos que também merecem atenção: (i) a reforma traz uma adequada sintonização da legislação nacional com a internacional;¹³³ (ii) promove-se uma consolidação da efetividade das garantias mínimas mediante o recurso a uma norma *ad hoc*; (iii) dá-se importância de um conceito para promover uma interpretação relacional das garantias processuais; e (iv) gera-se uma utilidade no direito interno para o desenvolvimento da *Corte Costituzionale* em aspectos sobre os quais não se pronuncia a Corte Europeia.

Quanto à jurisprudência atual da *Corte Costituzionale* sobre o *giusto processo* existem diversas decisões que mostram qual o entendimento sobre o conceito, além de, obviamente, ser aquele capaz de abranger as diversas garantias processuais previstas na *Costituzione*. Por exemplo, a *Corte* já se pronunciou sobre a incompatibilidade do *giusto processo* com intervenções legislativas sobrevindas que modificaram retroativamente em sentido desfavorável para os interessados as disposições de leis atributivas de direitos, cuja lesão tinha acontecido após das ações judiciais ainda pendentes na época da modificação.¹³⁴ Da mesma forma, a limitação de acesso à tutela cautelar no processo tributário, impede de qualificar esse processo como *giusto*,¹³⁵ e, também, a *Corte* já afirmou que as garantias que asseguram o debate e a plenitude dos poderes argumentativos, mediante um *giusto processo*, devem conduzir a uma decisão justa.¹³⁶

¹³³ Saliente-se a advertência de TARZIA. «L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile». In *Rivista di diritto processuale*, p. 6, no sentido de que é positiva a materialização do princípio de *giusto processo* inserido na *Costituzione* com as especificações e apontamentos feitos pela Corte Europeia, mas que não se trata apenas de uma identidade entre o art. 6º da Convenção e o art. 111º da *Costituzione*. Para uma descrição crítica da evolução da *Corte costituzionale* e da *Corte di Cassazione* italianas diante da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, cfr. Nicolò TROCKER. «La Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo...». In *La formazione del diritto processuale civile europeo*, p. 186 ss.

¹³⁴ Sentença 293/2011.

¹³⁵ Sentença 109/2012.

¹³⁶ Sentença 134/2012. Esta sentença resulta particularmente interessante por ser muito recente e também porque a *Corte Costituzionale* expressamente reconhece que *giusto processo* não implica tão somente o respeito às garantias processuais, mas também uma *equa soluzione*: «Anche in relazione all'art. 111 Cost. il ragionamento precedentemente svolto sembra, secondo la Corte rimettente, rafforzarsi. Tale norma costituzionale, nell'imporre all'ordinamento la celebrazione di processi "giusti", non pretende soltanto un corretto svolgimento degli stessi per il rispetto della legge, delle garanzie assegnate alle parti, del contraddittorio e per l'espletamento del processo in limiti di tempo ragionevoli. Essa prefigura anche la garanzia di un'equa soluzione, alla luce delle risultanze di causa che il giudice acquisisce nella varie fasi processuali. Risulterebbero vanificati gli strumenti di garanzia che assicurano equilibrio del dibattito e pienezza di poteri argomentativi per arrivare, in un processo "giusto", ad una decisione "giusta", se poi la soluzione che compete al giudice, terzo ed imparziale, fosse coartata nella fase decisionale in ordine ai dati correttamente versati in atti» (grifos nossos).

Finalmente, conforme aponta TROCKER, os tribunais supremos italianos (nomeadamente a *Corte di Cassazione*) vão reconhecendo a necessidade de suas decisões seguirem não só as regras e princípios da Convenção europeia, mas também a jurisprudência das Cortes supranacionais.¹³⁷

¹³⁷ Nicolò TROCKER. «La Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo...». In *La formazione del diritto processuale civile europeo*, p. 187 ss.

PARTE II

O PROCESSO JUSTO COMO *MODELO* DE PROCESSO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Sumário: 1. A importância de definir o que se entende por «modelo».- 2. «Procedural justice»: solução ao problema da justiça no processo?.- 3. Premissa: o problema da justiça na filosofia e na filosofia do Direito.- 4. Justiça, moral e positivismo.- 4.1.- A justiça no pensamento de Immanuel KANT.- 4.2. A justiça em Hans KELSEN e Gustav RADBRUCH.- 4.3. *Segue*. Influência no debate entre H. L. A. HART e Lon FULLER.- 4.4. A dimensão moral e a dimensão positiva do Direito: reapreciação da doutrina kantiana.- 5. A justiça como *valor* e *valor positivado*. Justiça e juridicidade.- 6. Por uma concreção do *modelo ideal* do Estado Constitucional.- 6.1. Dignidade humana como *fundamento* do Estado Constitucional. A liberdade e a igualdade como *fins* do Estado Constitucional.- 6.2. Segurança jurídica e verdade como *meios*. Segurança jurídica como *realização*. Justiça e verdade: a dimensão epistémica do Direito e do processo civil.- 6.3. «Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»: uma síntese da necessidade de justiça no processo. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional- 7. Por uma teorização da decisão justa. Elementos para sua conformação.- 7.1. Correção do procedimento: o respeito aos direitos fundamentais processuais e à legalidade procedimental.- 7.2. Adequada apuração dos fatos da causa substanciada na busca pela verdade no processo.- 7.3. Adequada individualização do segmento normativo, interpretação do texto (ou do elemento não textual) e aplicação da norma no caso concreto mediante lógica e argumentação jurídica.- 7.4. Positivismo, moral e interpretação: uma reflexão.- 8. Dimensões do modelo de processo justo.

1. A IMPORTÂNCIA DE DEFINIR O QUE SE ENTENDE POR «MODELO»

Quando se fala em *processo justo* evidentemente se está adjetivando o substantivo «*processo*».¹ Trata-se de uma escolha semântica que coloca um ônus argumentativo naquele que decide adotar essa opção conceitual. Nesta parte II visa-se a demonstrar a intrínseca vinculação da noção de justiça com o processo no marco do Estado Constitucional, entendendo, em primeiro lugar, o *Estado Constitucional* como um *modelo* e, depois, o *processo justo* também como um *modelo* derivado daquele.

¹ Na particular visão de Ennio AMODIO. «Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa». In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 95 ss., o adjetivo «*giusto*» adiciona pouco ao substantivo «*processo*», pois vem a ser nada mais do que um reflexo do *fair trial* (conceito elaborado na Inglaterra antes da idade moderna) e do *due process of law* (conceito recolhido na Emenda V da Constituição Americana de 1791). Para ele, a justiça no processo apenas pode ser explicada a partir de um redescobrimto do direito natural (o muito conhecido *eterno retorno*, ainda que nos tempos atuais isso é muito discutível). Diz AMODIO: «la vaghezza dell'attributo "giusto" è oggi superata dalla positivizzazione che la *natural justice* ha conosciuto non solo nell'art. 111 della nostra Costituzione, ma anche nell'art. 14 del Patto internazionale dell'ONU sui diritti civili e politici, fonti nelle quali le garanzie del *fair trial* sono enumerate in modo preciso e inequivocabile». Procuraremos demonstrar que a razão não está com AMODIO.

Doutrina recente também faz uso da expressão «*modelo*» (ainda que sem definir o que se deve entender por tal expressão) para falar de um *modelo universal de processo*: o *procès équitable*.² Segundo a referida doutrina houve três metamorfoses no direito processual que justificam trabalhar com um *modelo universal*: (i) a aparição e progressiva importância dos direitos fundamentais processuais nos instrumentos internacionais; (ii) a *modélisation* das garantias fundamentais de uma boa justiça produto da *mondialisation* dos procedimentos; e (iii) a própria melhora da técnica nos processos mediante novos princípios diretores do processo (diálogo, confiança legítima diante da contraparte e do juiz, etc.).³

É claro que não é possível negar essas três mudanças de perspectiva; nada obstante, o *modelo de processo justo* que será proposto neste trabalho é substancialmente diferente por três razões bem concretas:

(1) Ao contrário de possuir no seu seio outros direitos fundamentais processuais (o que, na verdade, em se tratando de *consequências normativas* pertenceria mais a um ordenamento jurídico específico, nacional ou comunitário, do que a um verdadeiro «modelo universal»), quando aqui se fala de *modelo*, alude-se a um *paradigma* ou um *arquétipo*, é dizer, a uma representação teórica ideal e abstrata de coisas ou de outras ideias.⁴ Nessa perspectiva, o *processo justo* como modelo é entendido como uma *abstração*, apesar de ser, por sua vez, uma *concreção* da ideia *abstrata* de justiça, própria do Estado Constitucional (*infra*, II, 6). Essa abstração que caracteriza o modelo do processo justo manifesta-se, principalmente, pela necessidade de obtenção de uma *decisão justa*. Mais em frente ver-se-á que é perfeitamente possível delimitar, conceitualmente, uma decisão como *justa* (*infra*, II, 7); no entanto, ainda nos encontramos no plano das ideias.

² Serge GUINCHARD e outros. *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4ª ed.

³ *Ibidem*, p. 19-20.

⁴ Deixe-se constância que não estamos trabalhando com a noção de modelo de Miguel REALE. «Estruturas e modelos da experiência jurídica». In *O direito como experiência*, 2ª ed., p. 163, para quem «modelos jurídicos são, em suma, os que surgem na experiência jurídica como estruturação volitiva do sentido normativo dos fatos sociais; *modelos do Direito* ou *dogmáticos* são estruturas teóricas, referidas aos modelos jurídicos, cujo valor eles procuram captar e atualizar em sua plenitude. Em ambas as hipóteses, todavia, –por mais que se distingam os objetivos que os põem *in esse*,– há uma nota comum, que é a *natureza operacional* própria dos instrumentos de vida e convivência humana, governando tanto a intencionalidade volitiva dos *modelos jurídicos* como a intencionalidade teórico-compreensiva dos *modelos dogmáticos*». Embora várias páginas antes (*ibidem*, p. xxv), sendo coerente com sua preferência de entender o fenômeno jurídico a partir dos dados da experiência, REALE afirmara que os modelos puramente lógicos possam ter importância decisiva, para ele um modelo é uma *estrutura concreta de pensamento*, o que difere da proposta aqui realizada.

(2) Como já foi dito (e como veremos com maior profundidade – *infra*, II, 6.3), o modelo do processo justo vem a ser uma *exigência lógica decorrente do Estado Constitucional*. É dizer, apenas as ordens jurídicas que, na sua evolução, tenham sido construídas a partir desse tipo de Estado, incorporam de fato um *modelo* de processo que *necessariamente deve responder à justiça*. A razão é singela e será explicada mais em frente: uma ordem jurídica que consagrou o modelo de Estado Constitucional tem como exigência, diante do dever de tutelar dos direitos, a *realização da justiça*. E como é evidente, não é possível afirmar que o Estado Constitucional, sendo um *modelo* que só algumas ordens jurídicas podem espelhar pelo fato de terem chegado a um determinado estágio civilizatório, é um conceito que possa ser assumido como «universal».

(3) O modelo de processo justo dá ênfase, precisamente, à possibilidade de o processo outorgar justiça, característica que vai muito além de uma *estruturação justa do processo*, mas que se concentra no *resultado*. Isto, aliás, não se mostra como uma preocupação da doutrina que fala do modelo do *procès équitable*.⁵

É momento, pois, de desenvolver as premissas e o conteúdo desse *modelo do processo justo*.

2. «PROCEDURAL JUSTICE»: SOLUÇÃO AO PROBLEMA DA JUSTIÇA NO PROCESSO?

Parte dos problemas milenares com a pergunta de o que seja justiça é a possibilidade de poder definir ou não algo como *intrinsecamente* justo. Essa discussão, evidentemente, também foi levada para o âmbito processual, a partir do qual surgiram muitas reações para tentar solucionar esse problema. Diversos pensadores, ainda não tendo a preocupação própria dos processualistas, foram determinantes para influenciar àqueles

⁵ Com efeito, no momento de estabelecer as características do *modèle universel de procès équitable* (*ibidem*, p. 407 ss.), GUINCHARD desenvolve uma série de direitos (ele fala de «garantias») processuais que tem a ver com a *justiça no processo*, mas, como será matéria de crítica mais em frente, não garante a produção de uma verdadeira decisão justa.

que, posteriormente, renunciaram à busca de uma justiça substancial no processo (porque ela não existiria). Dois deles são Niklas LUHMANN e John RAWLS.⁶

Em apertada síntese é possível dizer que, segundo LUHMANN, existe uma grande preocupação pela maior ou menor aceitação das decisões judiciais em uma sociedade (ou seja, a legitimação do poder estatal). Por isso, a participação no procedimento mostra-se como um critério suficiente para que o resultado dele seja justo⁷.

Por outro lado, RAWLS está mais preocupado com as liberdades públicas e com a distribuição de bens (em sentido amplo) pelas instituições sociais. Para ele, a construção de uma sociedade justa dá-se através de pessoas representativas e racionais mediante um debate equitativo; daí que esse consenso político leva sempre a resultados justos, quaisquer que eles forem (*justiça procedimental perfeita*).⁸ De outro lado, para RAWLS existe também a *justiça procedimental imperfeita*, ou seja, um resultado incerto (não necessariamente justo) porque as regras foram impostas e não debatidas. O exemplo que ele oferece é precisamente o processo judicial: *a estruturação do procedimento não determina que se possa chegar sempre ao resultado correto*.

No entanto, posteriormente RAWLS encarregou-se de esclarecer que para ele também é importante a justiça substantiva, sendo que *a justiça do procedimento sempre depende da justiça do seu resultado provável*. Existiria, portanto, uma mútua interpenetração entre justiça (ou equidade) procedimental e substantiva, cada um delas possuindo valores de procedimento e de consequência.⁹

LUHMANN e RAWLS influenciaram fortemente o surgimento da chamada «procedural justice», corrente nascida nos Estados Unidos não no âmbito jurídico, mas no

⁶ Nesse mesmo sentido, com ampla bibliografia (sobre tudo do *common law*), cfr. Giulia BERTOLINO. *Giusto processo e giusta decisione*, p. 44 ss.

⁷ Niklas LUHMANN. *Legitimação pelo procedimento*, p. 29 ss.

⁸ John RAWLS. *A theory of justice*, revised edition, p. 74 ss. Para uma exposição crítica da teoria de RAWLS tal como apresentada em 1971, cfr. Alexander PECZENIK. *On Law and Reason*, 2ª ed., p. 86 ss. Uma exposição crítica sobre a evolução do pensamento rawlsiano pode-se encontrar em Carlos MASSINI CORREA. *Constructivismo ético y justicia procedimental em John Rawls*, p. 65 ss. Cfr. também, Reinhold ZIPPELIUS. *Filosofia do direito*, p. 171 ss., e também, neste trabalho, *infra*, II, nota xx.

⁹ John RAWLS. «Réplica a Habermas» [1995]. In HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*, p. 129-130.

ramo da psicologia social (que só posteriormente influenciou os especialistas em Direito).¹⁰ O objetivo era fazer experimentos empíricos que viessem a demonstrar de que maneira as controvérsias, tal como enfrentadas pelas cortes, influenciam na avaliação dos litigantes das suas experiências em um processo judicial.¹¹ Os adeptos a essa teoria chegaram à conclusão, a partir de dados empíricos, que há uma maior aceitação da conduta dos tribunais no próprio procedimento do que na decisão, principalmente porque existe oportunidade para participar no procedimento, há percepção de neutralidade do juiz, há respeito pelo juiz e há confiança no juiz.¹² Daí conclui-se que *a justiça estaria no procedimento e não na decisão*.

O exemplo típico que pode mostrar o que significa essa justiça procedimental é o de um árbitro de futebol. Como é sabido, o árbitro limita-se a apitar faltas, a validar um gol se foi feito segundo o regramento ou invalidá-lo se não o foi, etc. Dessa maneira, *sempre que sejam respeitadas as regras do jogo, não interessa qual foi o placar: o time que tenha feito mais goles é o justo ganhador*. Em outras palavras, a justiça consegue-se mediante o respeito ao procedimento.

É preciso dizer que o processo civil nos Estados Unidos não está precisamente voltado para levar justiça ao caso concreto, mas propriamente para solucionar

¹⁰ Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF. «The Psychology of Procedural Justice in the Federal Courts». In *Hastings Law Journal*, p. 132 ss., esp. 142 ss.; Robert FOLGER; Jerald GREENBERG. «Procedural justice: an interpretive analysis of personnel systems». In *Research in Personnel and Human Resources Management*, p. 141. Para um trabalho extenso e completo sobre o tema, Lawrence B. SOLUM. «Procedural Justice». In *Southern California Law Review*, p. 181-321.

¹¹ A ideia é explicada por Tom R. TYLER. «Procedural justice and the courts». In *Court Review*, p. 26, um dos expoentes mais importantes na atualidade da *procedural justice*: «The concepts behind procedural justice have developed from research showing that the manner in which disputes are handled by the courts has an important influence upon people's evaluations of their experiences in the court system. The key finding of that research is that how people and their problems are managed when they are dealing with the courts has more influence than the outcome of their case on the issues noted above. Judgments about how cases are handled are generally referred to as assessments of procedural justice to distinguish them from assessments of the favorability or the fairness of the outcomes that people received. Studies suggest first that procedural justice has an impact on whether people accept and abide by the decisions made by the courts, both immediately and over time. Second, procedural justice influences how people evaluate the judges and other court personnel they deal with, as well as the court system and the law». É bom salientar que a própria *procedural justice* possui diferentes teorias. A respeito, amplamente, cfr. Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF. «The Psychology of Procedural Justice in the Federal Courts». In *Hastings Law Journal*, p. 138.

¹² Tom R. TYLER. «Procedural justice and the courts». In *Court Review*, p. 30-31.

controvérsias.¹³ Esta é a razão pela qual a teoria da justiça procedimental foi bem recebida naquela experiência jurídica. Nada obstante, quando isso se pretende levar a outros contextos –como o brasileiro–, consciente ou inconscientemente, pergunta-se: será que é suficiente assegurar apenas que um debate seja perfeitamente realizado? Não há possibilidade de existir erro do juiz por ser humano (e, por tanto, falível)? Será que essa justiça, descomprometida com os resultados concretos, é a que realmente procura o processo civil inspirado no contexto do Estado Constitucional?

Esses problemas não são mais do que um indicativo da necessidade de desenhar um modelo filosófico de processo justo *alheio a qualquer experiência positiva*, com o qual possamos não só julgar outros sistemas, mas também traçar o caminho para futuras reformas no nosso próprio. Com efeito, a única forma de demonstrar coerentemente, por exemplo, o porquê da insuficiência da correção ou da mera aceitação do procedimento para concluir pela justiça da decisão, é partir de um pressuposto do que significa uma decisão materialmente justa. E esse é um dado que não pode se extrair do próprio direito positivo (nem de outro) por aquele que faz esse esforço teórico. É preciso, para esse juízo, partir de um *modelo ideal*.

3. PREMISSA: O PROBLEMA DA JUSTIÇA NA FILOSOFIA E NA FILOSOFIA DO DIREITO

Para ninguém é desconhecido que a definição do que seja *justiça* é um problema *ad aeternum*, que no âmbito da filosofia não foi resolvido em mais de dois milênios e que provavelmente não o será nos dois seguintes. É claro que não é nossa pretensão fazê-lo nesta oportunidade.¹⁴

Nessa linha, entendemos da mais alta importância tecer algumas considerações iniciais sobre dois aspectos:

¹³ O que fica plenamente evidenciado, por exemplo, nos textos de Mirjan R. DAMAŠKA. *The faces of justice and State authority – A comparative approach to the legal process*, p. 71 ss., e de Oscar G. CHASE. *Law, Culture, and Ritual*, p. 47 ss.

¹⁴ Para uma aproximação à complexa teoria da justiça da filosofia clássica, cfr. Giorgio DEL VECCHIO. *A justiça*, p. 1 ss.; Chaïm PERELMAN. *De la justicia*, p. 17 ss.; Eduardo GARCÍA MÁYNEZ. *Doctrina aristotélica de la justicia – Estudio, selección y traducción de textos*, p. 59 ss.; Salma FERRAZ. *Justiça e razão – Filosofia clássica e o liberalismo antropológico de F. Von Hayek*, p. 93 ss.

(i) Para falar sobre processo justo a partir de uma concepção de *modelo* não é possível fugir aos problemas filosóficos que essa terminologia encerra no seu seio. Trata-se, portanto, de um tema da mais alta importância para justificar a nossa opção conceitual de forma coerente e rigorosa, a fim de não cair em discursos vazios despidos de qualquer fundamento teórico. Destarte, não é possível fugir à tomada de postura no que diz respeito à conexão entre moral e Direito –ou melhor, as críticas em relação aos postulados do positivismo. Como é pouco mais do que evidente, isso se mostra como um problema de difícil solução. Não por acaso trata-se do tema que concentrou a maior atenção no pensamento jus-filosófico contemporâneo das últimas décadas.

A razão de abordar esse tema é que, seja explícita ou implicitamente, a justiça encontra-se no meio desse debate. Daí que assumir premissas jusnaturalistas, positivistas (sejam pertencentes a um positivismo exclusivo ou inclusivo e, nesse último, positivo ou negativo)¹⁵ ou de outro tipo, conduzir-nos-ão a esclarecer a presença da justiça diante do direito positivo. Esse é um dado que não é levado em consideração quando se sói falar de «processo justo». Teremos, portanto, que assumir uma posição jusfilosófica concreta para sermos coerentes com nossa proposta, e para isso consideramos pertinente realizar uma exposição, ainda que muito sucinta e incompleta, sobre as principais posições sobre o tema.

(ii) Tendo optado por uma posição (nesse caso, será um positivismo que sustenta uma conexão não necessária entre a validade jurídica com alguma espécie de norma moral), deve-se definir como é que nós entendemos a interação entre valores e Direito, sendo eles dois âmbitos normativos distintos. Em outras palavras, partindo de um entendimento do que seja justiça *no âmbito filosófico* (que posteriormente terá seu impacto em um sistema de valores) e como ela se manifesta *na formação* de um Estado para que possa ser qualificado como Estado Constitucional (presença de determinados valores como

¹⁵ O tema é amplo por adquirir diversos contornos e não poderá ser abordado aqui. Apenas para contextualizar, segundo Larry ALEXANDER e Emily SHERWIN. *The Rule of Rules*, p. 188, o *positivismo exclusivo* considera que a existência do Direito *jamaiz* pode ser determinada por considerações morais (aqui, por exemplo, encontra-se Joseph RAZ), já o *positivismo inclusivo* defende que o Direito é *contingentemente* e não *necessariamente* vinculado à moral. Para maior aprofundamento, ademais da obra citada, cfr. Juan José MORESO. «In Defense of Inclusive Legal Positivism». In *Diritto & Questioni pubbliche* (analisando criticamente o pensamento hartiano desde a ótica do *inclusive positivism*); Massimo LA TORRE. «On two distinct and opposing versions of natural law: “exclusive” versus “inclusive”». In *Ratio Juris*; Vittorio VILLA. «Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation, and Value-Judgments». In *Ratio Juris*; Wil WALUCHOW. «Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism».

fundamento, meios e fins), só a partir daí poder-se-á delimitar os contornos da justiça no processo, ou seja, responder à pergunta sobre o que constitui o modelo de processo justo, cuja materialização, como veremos adiante, dá-se com uma decisão justa (*infra*, II, 7).

Em síntese, o que se busca a partir daqui é o seguinte: (i) analisar, ainda que parcialmente, as discussões sobre o positivismo e o jusnaturalismo no âmbito da jusfilosofia contemporânea (*infra*, II, 4), para depois adotarmos uma posição sobre a separação ou conexão entre Direito e moral (*infra*, II, 4.4); (ii) determinar as implicações filosóficas do discurso sobre justiça no que tange aos valores que inspiram a construção de um Estado Constitucional (*infra*, II, 5 e 6); (iii) desenhar os contornos da decisão justa como caracterização do modelo ideal de processo justo (*infra*, II, 7); para assim, finalmente, (iv) refletir sobre as dimensões desse modelo, ou seja, determinar sua importância e implicações diante das experiências jurídicas na sua concretização do Estado Constitucional (*infra*, II, 8).

É preciso insistir que as discussões que seguem estão muito longe de serem expostas em toda sua complexidade. Na seara do nosso trabalho, precipuamente preocupado com a *justiça no processo civil*, impõe-se um grande esforço de síntese e didática sem que isso importe em descontextualização das ideias dos pensadores que se abordarão a seguir. Somos cientes que tal empreitada, de fato, e como é natural às teorias filosóficas, implica um alto grau de controvérsia no que tange às premissas adotadas. Daí que nosso intuito seja, na medida do possível, oferecer as considerações suficientes para traçar os lineamentos do que entendemos que seja o *modelo ideal de processo justo*, é dizer, um *marco mediante o qual possa ser avaliada a justiça no processo em uma experiência jurídica concreta e que, destarte, possa ser uma guia para o legislador no seu dever de construir um processo acorde com a normatividade condicionada pela adoção do Estado Constitucional*.

É o que se passa a fazer agora.

4. JUSTIÇA, MORAL E POSITIVISMO

Para trabalhar o tema da justiça na sua relação com a moral e o Direito decidimos começar com Immanuel KANT. A razão disso é porque as ideias do filósofo –além da determinante influência que teve e ainda tem no discurso sobre a teoria do conhecimento, da filosofia política¹⁶ e moral¹⁷ –, com os desenvolvimentos teóricos posteriores, constituem os fundamentos basilares da ideia do Estado de Direito¹⁸ e, portanto, do constitucionalismo contemporâneo. KANT, sem dúvida nenhuma, foi um dos maiores filósofos da Era Moderna.

No que interessa, as teses kantianas (sobretudo no que tange à divisão entre *Sein* e *Sollen* e sua aplicabilidade e, em geral, o dualismo que caracterizou o pensamento do filósofo¹⁹) impactaram fortemente na jusfilosofia de finais do século XIX e das primeiras décadas do século XX como reação contra o *positivismo filosófico*,²⁰ cuja vocação experimental visava a eliminar qualquer possibilidade de chegar a conclusões de validade universal.²¹ A riqueza e a interpretação das suas obras foi tal que em torno delas desenvolveram-se duas correntes contrapostas –o *logicismo* e o *eticismo*– cada uma dando

¹⁶ Prova disso é o explícito esclarecimento de John RAWLS sobre a inspiração da sua teoria da justiça (contida na obra já clássica *A theory of justice* de 1971) no construtivismo kantiano e as diferenças com ele, cfr. John RAWLS. «Kantian Constructivism in Moral Theory». In *The Journal of Philosophy*, p. 516 ss. (criticando o egoísmo próprio da «posição original» rawlsiana diante das exigências da lei moral kantiana, cfr. Serge-Christophe KOLM. *Teorias modernas da justiça*, p. 251-253). Salientando a contribuição de KANT para a justiça social, cfr. Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 258-259; Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 111 ss.

¹⁷ Cfr. Agnes HELLER. *Além da justiça*, p. 143 ss., destacando a perfeição filosófica dos imperativos categóricos kantianos e que, apesar das críticas, nunca foi substituído por uma solução igualmente satisfatória.

¹⁸ José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., p. 278.

¹⁹ Paulo BONAVIDES. *Do Estado liberal ao Estado social*, 11ª ed., p. 100.

²⁰ Karl LARENZ. *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 98 ss.

²¹ Juan José BREMER. *Prólogo: la teoría crítica del Derecho*. In Rudolf STAMMLER. *Doctrinas modernas sobre el Derecho y el Estado*, trad. Juan José Bremer. México DF: General ed., 1941, p. 21: «Frente a la brutal negación positivista no cabía adoptar más que una única actitud, aquella actitud crítica que culminó en la inmortal pregunta kantiana: ¿Qué puedo saber? Porque si el positivismo negaba la posibilidad del conocimiento metafísico, sólo cabía superarlo, reflexionando a la manera kantiana, sobre los límites de nuestro saber. A ello obedece que se tiñera de matices neokantianos la Filosofía que resurge de las cenizas empiristas al tocar a su fin el siglo XIX». De outro lado, segundo Reinhold ZIPPELIUS. *Filosofia do direito*, p. 34-35, «os objetivos programáticos do positivismo filosófico não devem ser confundidos com os objetivos programáticos do positivismo legal ou legalismo, que apenas reconhece como direito as normas instituídas pelo Estado –e neste sentido “positivas” (...). O positivismo legal apenas num ponto se toca com um positivismo filosófico ligado aos factos: o “ponto fático” é para ele o acto da origem do direito. Este é pensado como sistema de disposições que se podem reconduzir à material formação e manifestação da vontade de um detentor de poder público. Mas apenas esta origem do direito é considerada aqui como mero “facto”. A norma resultante é inteiramente entendida como imperativo no seu sentido prescritivo».

maior preponderância a diferentes aspectos do trabalho do filósofo: (i) a dedução conceitual da noção de Direito e (ii) a irredutibilidade do Direito em termos de pura lógica em favor do seu fundamento prático na experiência humana.²² A primeira, mais coesa no pensamento, teve lugar em Marburgo pela mão de COHEN, NATORP, CASSIRER, estes na filosofia, e STAMMLER no Direito,²³ influenciando, da sua vez, a Escola de Viena de KELSEN, MERKL, SCHREIER, KAUFMANN e WEYR. Já na segunda, embora tendo uma marcada heterogeneidade, podem ser mencionados SCHELER, LASK, HELLER, CROCE, PETRONE, RADBRUCH e o segundo DEL VECCHIO.

KELSEN e RADBRUCH, tão opostos um do outro, trabalham e aplicam diretamente várias das ideias de KANT.²⁴ A importância daqueles pensadores não pode ser questionada hoje: o primeiro (embora duvidosas e pouco parciais interpretações dadas sobre sua teoria pura da ciência jurídica) alimentou as discussões sobre a importância do normativismo do Direito na jusfilosofia, gerando críticas e adesões das mais variadas. Ainda hoje, inclusive, as ideias de KELSEN exercem forte influência em destacados pensadores contemporâneos tais como Joseph RAZ,²⁵ Friedrich MÜLLER,²⁶ Ralf POSCHER²⁷ e Matthias JESTAEDT.²⁸

Já no caso de RADBRUCH, sua obra foi determinante para o clássico debate do ano 1958 entre HART e FULLER, o primeiro atacando-o, enquanto o segundo defendendo-o. Esse debate, como é sabido, possibilitou o ingresso de Ronald DWORKIN à discussão e, daí, a posterior recepção crítica do seu trabalho na doutrina estadunidense (por exemplo, Larry ALEXANDER e Frederick SCHAUER). Mas a relevância de RADBRUCH é tão transcendental até hoje que Robert ALEXY, inquestionavelmente um dos juristas mais importantes da atualidade, recorreu diretamente a uma das teses dele (a chamada *fórmula da injustiça*) para

²² Vincenzo PALAZZOLO. «La filosofia del diritto di Gustav Radbruch». In *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, p. 31-32.

²³ Reinhold ZIPPELIUS. *Filosofia do direito*, p. 38 ss.

²⁴ Sobre a influência de KANT ao longo da obra de KELSEN, precipuamente no que tange a concepções do conhecimento jurídico, cfr. Pierluigi CHIASSONI. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto – I*, p. 307 ss.; Reinhold ZIPPELIUS. *Filosofia do direito*, p. 44 ss.

²⁵ Joseph RAZ. *The Authority of the Law – Essays on Law and Morality*, esp. p. 37 ss., 103 ss., 122 ss., 180 ss.

²⁶ Friedrich MÜLLER. *Teoria estruturante do Direito*, I, p. 18 ss.; *O novo paradigma do Direito*, 3ª ed., p. 14 ss. (embora o próprio Müller qualifique sua teoria como *impura*).

²⁷ Ralf POSCHER. «The Hand of Midas – When Concepts Turn Legal or Deflating the Hart-Dworkin Debate». In Jaap Hage; Dietmar von der Pfordten (eds.). *Concepts in Law*.

²⁸ Matthias JESTAEDT. «A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen». In *Revista brasileira de estudos políticos*.

sustentar não outra coisa que sua chamada postura *anti-positivista*, assim qualificada por ele próprio.²⁹

Partir de KANT, portanto, mostra-se metodologicamente útil. Mas não só pelo que foi mencionado: antecipando o que será afirmado mais em frente (*infra*, II, 4.4), nossa posição pessoal enquadra-se, em boa medida, na linha da tese kantiana sobre a separação entre a moral e o Direito³⁰ e, partindo da sua teoria da moral e sua teoria político-jurídica, buscaremos demonstrar como a justiça (nas suas manifestações precípuas na dignidade, liberdade e igualdade) mostra-se como *noção absoluta e necessariamente intrínseca à do Estado Constitucional*. Como é pouco mais do que evidente, trata-se de premissa chave para o modelo que pretendemos sustentar.

Daí que KANT seja de enorme importância para (i) enquadrar a discussão da separação ou conexão entre moral e Direito,³¹ porque só a partir daí é possível posicionar o âmbito de aplicabilidade da ideia de justiça; e, posteriormente, (ii) delimitar o conteúdo da justiça no âmbito valorativo com seus respectivos influxos na dimensão normativa ou, melhor, no próprio Direito.

²⁹ Cfr. Robert ALEXY. *The Argument of Injustice; El concepto y la validez del Derecho* (o título em alemão é *Begriff und Geltung des Rechts* mas os tradutores da versão inglesa justificaram a mudança porque era mais precisa com o que ALEXY visa a demonstrar e, ademais, porque guarda muita semelhança com a conhecida obra de HART, *The Concept of Law*). Para uma exposição crítica sobre o *argumento do injusto* e a *pretensão de correção* (*claim of correctness*) de ALEXY, cfr. Brian BIX. «Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory». In *Rechtstheorie*; Thomas da Rosa de BUSTAMANTE. «Pós-positivismo: o argumento da injustiça além da fórmula de Radbruch». In *RDE – Revista de direito do Estado*. Sobre essa obra voltaremos mais adiante (*infra*, II, 4.4).

³⁰ Tal como resulta da interpretação realizada por Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 113 ss.

³¹ É possível identificar, a partir de um interessante esforço analítico já realizado (Giorgio PINO. «Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale – Sul neocostituzionalismo e suoi critici». In *Giurisprudenza costituzionale*), diversos âmbitos de discussão a respeito das teses sobre a separação (ou conexão) entre moral e Direito: (i) Relação de identificação entre Direito e moral, que pode ser: (i.a) identificação do *conceito de Direito*; (i.b) identificação das *fontes do Direito*; (i.c) identificação das *normas jurídicas*; (ii) Relação de *interpretação* entre Direito e moral; (iii) Relação de *justificação* entre Direito e moral; (iv) Relação de *funcionalidade* entre Direito e moral; (v) Relação *causal* entre Direito e moral; (vi) Relação *psicológica* entre Direito e moral; (vii) Relação de *conteúdo* entre Direito e moral; (viii) Relação *estrutural* entre Direito e moral; (ix) Relação de *reenvio* entre Direito e moral; (x) Relação *valorativa* entre Direito e moral. Como é claro, cada um desses tópicos envolve uma ou mais teorias pertencentes a um ou mais autores. Trata-se de não outra coisa que uma útil sistematização do debate entre positivismo e jusnaturalismo, pelo menos na doutrina contemporânea.

4.1. A justiça no pensamento de Immanuel KANT

Dito o anterior, tratar-se-á aqui de explicar a ideia de justiça em KANT; entretanto, ela não pode ser entendida sem a sua conjugação com a liberdade e a igualdade (seus *fundamentos*) e da dignidade humana, como noção intrinsecamente vinculada à da liberdade (por sua vez, relacionada com a *autonomia*). Com efeito, no campo da filosofia prática de KANT, em linhas muito gerais, é possível elaborar o seguinte esquema que facilitará a compreensão das ideias do filósofo que aqui queremos destacar: *a liberdade é o fundamento e ideia central da justiça; a ideia de justiça é fundamento, por sua vez, do Direito; o Direito condiciona a existência do Estado que deve ser um Estado de Direito.*³² Temos, portanto, que a ideia de justiça encontra-se na liberdade. É com ela e com a sua vinculação com a moral que devemos começar³³ para depois entrar na dimensão do Direito.

No entanto –é importante que isso seja salientado– a passagem da filosofia da moral para a filosofia propriamente jurídica no pensamento kantiano oferece múltiplos problemas, desde afirmar que a teoria político-jurídica (desenvolvida principalmente na primeira parte de *A metafísica dos costumes* ou, como também é conhecida sua primeira parte, a *Doutrina do Direito*) é independente à teoria do conhecimento e, portanto, à teoria moral da KANT,³⁴ até questionar em que medida o filósofo contribuiu para uma autêntica separação entre

³² Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 148. Tal como afirma o autor, para KANT o Estado *tem de ser* um Estado de Direito que possa garantir a *paz perpétua*. Cfr., *ibidem*, p. 205 ss.

³³ As noções fundamentais sobre a teoria do conhecimento, a partir das quais KANT constrói a sua teoria filosófica da moral encontram-se, principalmente, na *Crítica da razão pura* (*Kritik der reinen Vernunft*, 1781 – também conhecida como a *Grande crítica*). O desenvolvimento da teoria moral está em *Fundamentação da metafísica dos costumes* (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785) e na *Crítica da razão prática* (*Kritik der praktischen Vernunft*, 1788). Já *A metafísica dos costumes* (*Die Metaphysik der Sitten*, 1797) ocupa-se, na primeira parte, da *Introdução à metafísica do Direito* (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, também conhecida em várias traduções inglesas como *Doctrine of Right*), que consiste na última formulação da filosofia política e jurídica kantiana, e na segunda parte de *Elementos metafísicos da doutrina da virtude* (*Metaphysischen Anfangsgründe der Tugendlehre*, ou *Doctrine of Virtue*). Todos esses textos, e outros ensaios, são expostos com grande rigorosidade por Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., e, com maior preocupação pela teoria do direito, por Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*. Para um resumo muito útil da *Fundamentação*, cfr. Guido Antônio de ALMEIDA. «Introdução». In KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 11 ss. Para uma contextualização de *A metafísica dos costumes*, cfr. José LAMEGO. «A *Metafísica dos Costumes*: a apresentação sistemática da filosofia prática de Kant». In KANT. *A metafísica dos costumes*, p. ix ss.

³⁴ Dentre os que destacam Georg GEISMANN, Allen WOOD e Thomas POGGE, cujas posições (próprias de grandes especialistas no estudo da obra do filósofo alemão) são exploradas por Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 49-56.

moral e Direito, sentando, portanto, as bases do positivismo que iria se desenvolver nos seguintes séculos.³⁵

Quando KANT contrapõe o dualismo «ser/dever-ser» (o clássico *Sein* e *Sollen*, intuição que já estava presente na filosofia clássica e que só recebeu um tratamento lógico-formal com HUME³⁶) identifica o primeiro com as leis da natureza e o segundo com as leis da ética, já que «se a razão (em seu uso teórico) deve determinar as condições do conhecimento, é a mesma razão que (embora em seu uso prático) deve determinar a vontade, para que as ações tenham valor moral».³⁷ Deve ficar clara, portanto, a diferença entre a *razão pura* ou teórica e a *razão prática*: essa última, que é a que aqui interessa, não se dirige à descoberta da essência das coisas, mas à *ação*, à *vontade* do homem.³⁸ Daí que a moral e o Direito, por serem pertencentes ao mundo da ética (entendida em sentido

³⁵ Essa é a hipótese de trabalho já citado de Cláudio Ari MELLO, com inspiração em uma das afirmações de Jeremy WALDRON para sustentar o que ele chama de *dignidade da legislação*. Ele busca demonstrar que a criação do Direito só pode ser mediante o processo legislativo baseado na regra da maioria, a fim de chegar a uma solução diante do irremediável desacordo entre as diversas concepções morais, políticas, religiosas existentes em uma sociedade. Trata-se, portanto, de concepção democrática drasticamente oposta ao constitucionalismo contemporâneo, levando-o a afirmar, inclusive, o despropósito do controle da constitucionalidade e de qualquer primazia das decisões dos juízes sobre as do legislador, por não ser um método mais adequado de promover o pluralismo político. E para levar a cabo essa empreitada, WALDRON vale-se de KANT –mas também de outros pensadores– afirmando que na teoria política do filósofo é possível encontrar bases para fundamentar um positivismo legalista. Para um exame crítico das ideias do pensador inglês, cfr. Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 32-45.

³⁶ Embora Hans KELSEN. *Teoria geral das normas*, p. 99, em ácida passagem, coloca KANT como exemplo de uma confusão entre dever-ser e ser: «Um dualismo do ser e dever-ser, já por causa disto, não pode ser encontrado na Filosofia de Kant, porque segundo esta norma moral, o dever-ser moral, a lei da Moral, parte de razão como razão prática, que é a mesma razão, cuja função é conhecimento do ser; pois que a razão prática, o legislador moral, e a razão teórica, são no fundo uma», afirmado depois que «o conceito kantiano de razão prática é, assim, o resultado de uma inadmissível confusão de duas faculdades do homem, essencialmente diferentes uma da outra e também por Kant mesmo diferenciadas». Posteriormente (*ibidem*, p. 108) afirma que HUME é mais consequente com a distinção entre ser e dever-ser porque para o pensador inglês não existe razão prática. Nesse sentido, moralidade e razão não tem relação, já que as distinções morais não podem ser verdadeiras ou falsas nem suscetíveis de um acordo ou desacordo.

³⁷ Thadeu WEBER. «Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant». In *Direitos fundamentais & justiça*, p. 233. Para Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 91, «a razão para Kant desdobra-se em dois momentos que, por sua vez, determinarão caminhos diversos do pensamento crítico. A razão teórica é o que, na tradição filosófica, se convencionou chamar intelecto, a razão prática, a que se denominou vontade. A razão teórica (contemplação das essências) tem por finalidade conhecer e seu objeto é a lei da natureza expressa em relações necessárias de causa e efeito. A razão prática, como razão que age, e que doa finalidade a si e às coisas, se dirige ao conhecimento das coisas, enquanto princípio de ação, determina o que deve acontecer e se expressa por uma relação de obrigatoriedade, não de necessidade. É da vontade que surge a noção de dever ser, visto que só ela cria esse dever ser (...). O dever ser determina-se pelo querer –como o ser se determina pelo entendimento– já que a razão prática é a mesma coisa que vontade pura».

³⁸ Cfr. José Marcos Rodrigues VIEIRA. «Kant e Stammler: o a priori e o ser do direito». In *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 27. Saliente-se, entretanto, que se trata da mesma *razão*, só que com diferentes aplicações.

amplo³⁹), sejam incognoscíveis *a priori* porque o objeto não reúne as condições de espaço e tempo (elementos que dão começo ao processo do conhecer nas ciências da natureza). Não é *fenômeno*⁴⁰ nem pode ser objeto de percepção. O objeto, na moral e no Direito, não é mais o «ser», mas o «dever-ser».⁴¹

Para KANT a autêntica lei moral *apenas* pode decorrer da razão (pura prática) e sua validade independe de qualquer experiência empírica ou motivo alheio àquela.⁴² A justificação disso é muito singela: o filósofo alemão visa a construir uma ética cujos princípios sejam universais, afastando qualquer tipo de ética subjetiva ou heterônoma, isto é, dependente de razões externas. E tal universalidade só pode ser dada pela razão. A teoria de KANT é conhecida como *formalismo ético* porque para ele a *forma* encontra-se dentro do sujeito, sendo que a *matéria* está fora dele, no mundo sensível,⁴³ daí resultando que dessa característica de *formal* é que o comportamento moral *deve* se basear em uma exigência de

³⁹ KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 61, já no prefácio, esclarece: «Todo conhecimento racional é ou *material*, e considera um objeto qualquer, ou *formal*, e ocupa-se meramente da forma do entendimento ou da razão ela própria e das regras universais do pensamento em geral, sem distinção dos objetos. A Filosofia formal chama-se *Lógica*; a material, porém, que tem a ver com objetos determinados e com as leis a que estão submetidos, é, por sua vez, *dúplice*. Pois essas leis ou são leis da *natureza* ou são leis da *liberdade*. A ciência da primeira chama-se *Física*, a da outra é a *Ética*; àquela também se dá o nome de Doutrina da Natureza; a esta, Doutrina dos Costumes».

⁴⁰ Para KANT. *Critique of Pure Reason*, p. 21, salvo a intuição pura, apenas é possível conhecer, em um primeiro momento, o *phenomenon*, a representação ou aparência do objeto mediante o *tempo* e o *espaço* (conhecimentos *a priori*), só para depois, através de um processo de interiorização, terminar o processo de conhecimento e apreender o *noumenon*. Afirma o filósofo: «The capacity for receiving representations (receptivity) through the mode in which we are affected by objects, is called *sensibility*. By means of sensibility, therefore, objects are given to us, and it alone furnishes us with intuitions; by the understanding they are *thought*, and from it arise conceptions. But all thought must directly, or indirectly, by means of certain signs, relate ultimately to intuitions; consequently, with us, to sensibility, because in no other way can an object be given to us. The effect of an object upon the faculty of representation, so far as we are affected by the said object, is sensation. That sort of intuition which relates to an object by means of sensation, is called an empirical intuition. The undetermined object of an empirical intuition, is called *phenomenon*».

⁴¹ José Marcos Rodrigues VIEIRA. «Kant e Stammler: o a priori e o ser do direito». In *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 24.

⁴² Trata-se da chamada *lógica transcendental*, com a qual KANT buscou superar o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês. Cfr. Walter I. REHFELD. «Necessidade e transcendentalidade». In *Ensaio filosóficos*, p. 121 ss.; Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 9 ss.; José Marcos Rodrigues VIEIRA. «Kant e Stammler: o a priori e o ser do direito». In *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 17 ss. Assim, esse método é usado por KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 113, para tentar demonstrar sua premissa de que «a razão nos foi proporcionada como razão prática, isto é, como algo que deve ter influência sobre a *vontade*, então a verdadeira destinação da mesma tem de ser a de produzir uma *vontade boa*, não certamente *enquanto meio* em vista e outra coisa, mas, sim, *em si mesmo* –para o que a razão era absolutamente necessária, se é verdade que a natureza operou sempre em conformidade com fins na distribuição das disposições naturais. Portanto, essa vontade não pode ser, é verdade, o único e todo o bem, mas tem de ser o sumo bem e a condição para todo outro, até mesmo para todo anseio de felicidade (...))».

⁴³ Cfr. Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 82 ss.

agir conforme a princípios universais da razão, isto é, uma ética *a priori*. Assim, a universalidade vem da formalidade.

KANT fala de um *dever-ser* que provém da lei moral e que é motivo e fim da ação ou conduta. A ação, se decorrente do dever-ser, é incondicionada, absoluta; é um juízo universal.⁴⁴ Mas esse dever-ser, para sê-lo, deve provir de uma *vontade livre*: o querer e o poder, nesse caso, constituem *relação necessária*.⁴⁵ Para KANT, a liberdade, entendida como *autonomia*, é o fundamento –ou, também, a «causa incausada»⁴⁶– do dever moral.

Afirma o filósofo:

Com efeito, visto que a moralidade serve de lei para nós meramente enquanto <lei> para *seres racionais*, então ela tem de valer também para todos os seres racionais, e, visto que ela tem de ser derivada unicamente da propriedade da liberdade, então a liberdade também tem de ser provada enquanto propriedade da vontade de todos os seres racionais, e não basta mostrá-la a partir de certas pretensas experiências da natureza (mesmo porque isso também é absolutamente impossível e só pode ser mostrado *a priori*), mas é preciso prová-la como pertencente à atividade de seres racionais e dotados de uma vontade, quaisquer que eles sejam. Ora, eu digo: todo ser que não pode agir senão *sob a idéia da liberdade* é, por isso mesmo, de um ponto de vista prático, realmente livre, isto é, para ele valem todas as leis que estão inseparavelmente ligadas à idéia da liberdade, exatamente como se a sua vontade também fosse declarada livre em si mesma, e <isso> de uma maneira válida na filosofia teórica. Ora, eu afirmo que temos necessariamente de conferir a todo ser racional que tem uma vontade também a idéia de liberdade, sob a qual somente ele age.⁴⁷

Porém, como é que essa universalidade pode ser aplicada? A resposta é uma só: através dos *imperativos categóricos* ou *formulações da lei moral cujo cumprimento garante uma verdadeira ação moral*. As implicações dos imperativos categóricos⁴⁸ para o tema que nos interessa serão analisadas a seguir, mas o que deve ser salientado é que a lei moral só

⁴⁴ Com isso, evidentemente, KANT busca construir uma teoria neutral diante das concepções do mundo, isto é, em palavras de Jürgen HABERMAS. «“Razonable” versus “verdadero”, o la moral de las concepciones del mundo». In HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*, p. 178, «un estatus “independiente” en el sentido ético». Criticando RAWLS, no famoso debate sobre o liberalismo político, o filósofo alemão afirma não apreciar nenhuma alternativa à estratégia empreendida por KANT, é dizer, «ningún camino parece poder eludir la explicación del punto de vista moral sin la ayuda de un procedimiento independiente del contexto (según su pretensión)». Uma didática explicação da teoria kantiana encontra-se em Michael SANDEL. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*, 10ª ed., p. 135 ss.

⁴⁵ Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 113. Segundo KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 225, «É preciso poder querer que uma máxima de nossa ação se torne uma lei universal: este é o cânon do ajuizamento moral da mesma em geral».

⁴⁶ Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 112 ss.

⁴⁷ KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 353-355.

⁴⁸ O *imperativo* (que se expressa sempre mediante um *dever*) é a fórmula do *mandamento*, é o *mandamento* é a «representação de um princípio objetivo, na medida em que é necessitante para uma vontade» (*ibidem*, p. 185).

faz sentido para seres racionais.⁴⁹ São eles que formulam e seguem a lei moral porque dotados de razão e liberdade para saber o quê é bom e fazê-lo. Mas –e isto é muito importante– o ser humano não é apenas razão: também ele possui natureza, ou seja, ele está submetido a experiências sensíveis, impulsos e inclinações, que soem perturbar a ação moral formulada pela razão. É essa dimensão de ser natural que faz com que uma lei moral, o dever-ser, tenha completo sentido: ele, expressado na forma de imperativo, *deve* ser cumprido com prevalência sobre os sentidos⁵⁰ (o que inclui, por exemplo, agir segundo determinado benefício ou, inclusive, com a pretensão de gerar felicidade, tal como quer o utilitarismo).

Mas voltemos à liberdade que, sem dúvida nenhuma, é o centro da filosofia moral de KANT. Tal conceito equivale ao de *autonomia*. Trata-se de noções sinônimas.⁵¹ A razão (prática), à diferença do entendimento gerado pelas regras de organização dos juízos nas leis da natureza, dirige-se ao sujeito para revelar-lhe sua própria constituição:⁵² a de ser livre. E por ser racional e livre (ou seja, por ter *entendimento* e *vontade*) o sujeito age de maneira a construir sua própria realidade, que não existe no mundo exterior como os fenômenos físicos, sendo que «a razão se determina então para um agir, como vontade, cuja primeira característica é um princípio, uma regra de ação e cuja segunda característica é propor-se a um fim». Destarte, «a vontade tem sempre um princípio e uma finalidade que por ela é posta».⁵³ É essa vontade (pura), livre e autônoma, portanto decorrente da razão, a que pode gerar uma lei moral fundamentada em si mesma. E o *dever-ser* é o respeito a essa lei moral.⁵⁴

⁴⁹ KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 183: «Só um ser racional tem a faculdade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou uma *vontade*. Visto que se exige a *razão* para derivar de leis as ações, a vontade nada é do que razão prática. Se a razão determina a vontade infalivelmente, então as ações de tal ser, que são reconhecidas como objetivamente necessárias, também são necessárias subjetivamente, isto é, a vontade é uma faculdade de escolher *só aquilo* que a razão independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, isto é, como bom».

⁵⁰ Joaquim Carlos SALGADO, *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 125-126, 129.

⁵¹ Thadeu WEBER. «Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant». In *Direitos fundamentais & justiça*, p. 247.

⁵² Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 63.

⁵³ *Ibidem*, p. 70.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 80-81. Segundo KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 129, «uma ação por dever deve pôr à parte toda influência da inclinação e com ela todo objeto da vontade, logo nada resta para a vontade que possa determiná-la senão, objetivamente, a *lei* e, subjetivamente, *puro respeito* por essa lei

Em palavras de Thadeu WEBER:

A liberdade da vontade é autonomia ou uma vontade livre é equivalente a uma vontade autônoma. Esta é o único princípio da moralidade. Vontade autônoma é vontade livre e vontade livre é a que obedece a lei moral que ela mesma se dá (...). Não poderíamos admitir a liberdade se a lei moral não fosse antes pensada na nossa razão. No entanto, se não houvesse liberdade, não se poderia encontrar em nós a lei moral. Pelo que se pode observar, autonomia é igual à liberdade positiva, entendendo essa como uma espécie de causalidade, uma causalidade por liberdade.⁵⁵

Ainda sem ter o propósito de desenvolver exaustivamente o tema do imperativo categórico,⁵⁶ através dele e das suas fórmulas (entendidas conjuntamente) é possível obter com maior clareza as ideias de liberdade, dignidade, justiça e igualdade na filosofia moral kantiana.

Com efeito, a partir da fórmula geral do *imperativo categórico*:⁵⁷ «age apenas segundo a máxima pela qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal»,⁵⁸ KANT desenvolve três fórmulas: (i) «age como se a máxima da tua ação devesse se tornar por tua vontade uma lei universal da natureza»;⁵⁹ (ii) «age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio»;⁶⁰ (iii) «age segundo a máxima que possa sempre fazer de si mesma uma lei universal». ⁶¹ A primeira

prática, por conseguinte a máxima de dar cumprimento a uma tal lei mesmo com derrogação de todas as minhas inclinações».

⁵⁵ Thadeu WEBER. «Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant». In *Direitos fundamentais & justiça*, p. 243 e 245.

⁵⁶ Para maiores aprofundamentos, cfr. Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 124 ss.; Thadeu WEBER. «Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant». In *Direitos fundamentais & justiça*, p. 235 ss.

⁵⁷ De acordo com KANT. *Fundamentação a metafísica dos costumes*, p. 189, «todos os imperativos mandam ou *hipotética* ou *categoricamente*. Aqueles representam a necessidade prática de uma ação como meio para conseguir uma outra coisa que se quer (ou pelo menos que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que representaria uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem referência a um outro fim». Assim –continua o filósofo (*ibidem*, p. 191)– «se a ação é boa meramente *para outra coisa*, enquanto meio, o imperativo é *hipotético*; se ela é representada como boa *em si*, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão enquanto princípio da mesma <vontade>, então ele é *categórico*».

⁵⁸ KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 215. Em alemão: «Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde» (KANT. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, apud Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 140, nota 210).

⁵⁹ KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 215.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 243-245.

⁶¹ *Ibidem*, p. 273. As três fórmulas nas que se desdobram a fórmula principal, em alemão, são as seguintes: (i) «Handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetz werden sollte»; (ii) «Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern

fórmula condensa a ideia de universalidade ou igualdade; a segunda implica a ideia de dignidade; a terceira vem a ser um resumo das duas primeiras,⁶² e todas essas ideias, plenamente indissociáveis, por sua vez, envolvem a ideia de justiça. A justiça, portanto, permeia a teoria da moral kantiana toda.

A primeira fórmula reflete a igualdade porque a lei moral só será válida se ela puder ser aplicada universalmente, não só para aquele que a elaborou. E tal universalidade da lei moral implica que é aplicável a todos os seres racionais, em condição de *igualdade* ao autor da máxima. Daí que «sem que haja igualdade entre as coisas, não é possível formular um conceito universal».⁶³ A ideia do universal de KANT está estreitamente ligada ao que ele chamará de *paz perpétua*, é dizer o *ideal do bem supremo*, que apenas pode ser realizado na humanidade.⁶⁴ Embora KANT reconheça a quase impossibilidade de que a lei moral seja plenamente realizável por ser produto de uma racionalidade pura que se vê constantemente afetada por motivações externas, entendendo «o termo “ideia” como ao que a razão aspira e que realiza progressivamente, ainda que se não tenha a perspectiva da sua plenitude, pela própria dinâmica e transformação que sofre a “ideia” através da história, *então a paz perpétua é possível e uma legislação cada vez mais racional, plenamente factível*».⁶⁵

E qual a relação com a justiça? Que a paz perpétua só é realizável em uma *comunidade de justiça*, «na medida em que a liberdade de todos é assegurada por leis que

jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchst»); (iii) «...dass der Wille durch seine Maxime sich selbst zugleich als allgemein gesetzgebend betrachten könne» (KANT. *Grundlengung zur Metaphysik der Sitten*, apud Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 140, notas 211, 212 e 213).

⁶² Para SALGADO (*ibidem*, p. 141 ss.), a terceira fórmula espelha a *liberdade*. Entretanto, mas precisa nos parece a opinião de Guido Antônio de ALMEIDA. «Introdução». In KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 30, que afirma que na terceira formulação «estão expressas duas idéias que resultam das considerações anteriores: a exigência de agir com base em máximas (princípios subjetivos da vontade de cada um) que se possam tomar como leis universais (princípios objetivos válidos para todos), e a exigência de agir com base nessas máximas precisamente *porque* podem ser tomadas como leis universais. Com efeito, agir com base em máximas que não podem ser universalizadas, mas que só são válidas sob uma condição subjetiva particular, contradiz o conceito dado de moralidade (é moralmente bom o que é bom sem restrição). E agir com base em máximas universalizáveis, mas por interesse, é uma condição insuficiente da moralidade e contradiz a exigência de fazer o que é dever por dever».

⁶³ Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed, p. 142, 145 ss.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 143.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 144 (grifos nossos). Daí a importância do *dever-ser*, mesmo que não se concretize plenamente, conforme Thadeu WEBER. «Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant». In *Direitos fundamentais & justiça*, p. 236.

sejam como um produto da vontade de todos». ⁶⁶ Universalidade e igualdade –assumindo como premissa que os seres racionais, por sê-lo, possuem idêntico valor e portanto, são iguais– são *condições da justiça*. A igualdade, o tratamento igual para todos, é expressão basilar da ideia de justiça formal. ⁶⁷

A segunda fórmula reflete a ideia de dignidade, cuja expressão básica é valor absoluto do ser humano, que impõe tratá-lo como fim e jamais como meio. ⁶⁸ Conforme explica Thadeu WEBER, ⁶⁹ uma pessoa racional e razoável significa ter personalidade moral, ou seja, boa vontade e bom caráter moral. Isso significa ter humanidade, e sua promoção repousa (i) na exigência de tratar às pessoas como fins e não como meios, (ii) de ser capazes de legislar (moralmente e não juridicamente) para um «reino de fins» e (iii) obedecer essa legislação. É possível, portanto, apreciar que a segunda e a terceira fórmula implicam-se mutuamente, já que essa exigência de agir como se fossemos legisladores universais tem como fundamento a autonomia ou liberdade e, portanto, é *fundamento da dignidade*. É possível perder o direito de autonomia, mas não a dignidade nem a capacidade potencial de autonomia, daí que «só há dignidade quando houver capacidade do exercício da autonomia e só tem autonomia o que é fim em si mesmo». ⁷⁰ E apenas as pessoas dignas (seres racionais, com personalidade moral), mediante as suas ações que tenham como propósito serem leis universais, podem integrar o reino dos fins, isto é, uma comunidade moral ou de justiça.

A terceira fórmula, finalmente, expressa preponderantemente a conjunção das duas fórmulas anteriores. Já foi dito que a razão (prática) consubstancia-se na liberdade. ⁷¹ A liberdade de um ser racional é pressuposta, constituindo premissa filosófica. Nesse ponto, a influência de ROUSSEAU no que diz respeito às ideias sobre a liberdade é mais do que

⁶⁶ Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 143.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 148.

⁶⁸ Thadeu WEBER. «Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant». In *Direitos fundamentais & justiça*, p. 237: «Está pressuposto nessa formulação o valor absoluto do ser humano, ou seja, o homem é fim em si mesmo. O fim último do ser humano é sua própria existência. O devido respeito refere-se ao homem como homem. Por isso a expressão “que uses a humanidade”. Estão incluídos todos os seres racionais, quais sejam, todos os que possuem razão e vontade. A humanidade deve ser santa na minha pessoa».

⁶⁹ *Ibidem*, p. 239 ss.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 240.

⁷¹ E mais: para KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 393, explicar como a razão pura pode ser prática é a mesma coisa que explicar como pode ser possível a liberdade.

evidente.⁷² Embora a atenção do filósofo suíço tenha sido, em grande medida, a respeito da relação entre liberdade e lei jurídica (portanto, liberdade *em sentido político*), KANT traz para si essa relação e aplica-a explicitamente na sua filosofia moral. Para ROUSSEAU, a lei não é restrição da liberdade. Pelo contrário, existe uma renúncia da liberdade natural a favor de todos (e não do soberano, como dizia HOBBS), isto é, de um corpo político identificado com a vontade geral. A *liberdade civil*, para ROUSSEAU, é uma liberdade com submissão àquelas leis que cada um dá a si mesmo, através da expressão da vontade geral. A faculdade de dar leis a si mesmo é sinônimo de autonomia, e o ser humano, como ser racional, é livre porque autônomo. Daí que obedecer a lei (editada pelo próprio ser livre) não é mais do que exercitar a própria liberdade, não a natural, mas a civil.⁷³ Essa identificação rousseauiana entre liberdade e lei é usada frutiferamente por KANT para fundamentar o trinômio «razão-liberdade-lei moral». É KANT o responsável de ter desenvolvido a *autonomia* na ótica da filosofia ética.⁷⁴

Para KANT, só é livre aquela ação que se determina pela lei moral. Eis a identificação entre liberdade e lei, obtida de ROUSSEAU. E isso é assim porque a lei moral é um produto puro da razão (prática), e aplicando-se ela a um ser racional, tem de ser possível nele. As leis da razão equivalem a leis da liberdade, porque um ser racional, por sê-lo, é livre. Liberdade não é, portanto, escolher cumprir o mandamento (formulado mediante imperativo categórico) ou descumpri-lo. Descumprir a lei moral, dada pela razão, é agir irracionalmente. Liberdade é agir conforme a ela.⁷⁵ Tendo presente isso, o cumprimento das leis da razão ou liberdade dá origem a um reino dos fins, que é «o reino das pessoas ou dos seres, cuja ação tem como princípio a liberdade, e só poderá ser instaurado na medida em que o agir de cada indivíduo se pautar pelas máximas do membro do reino dos fins, cuja legislação vale universalmente».⁷⁶

⁷² Cfr. Norberto BOBBIO. *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, p. 70 ss.; Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 149 ss.; Paulo BONAVIDES. *Do Estado liberal ao Estado social*, 11ª. ed., p. 102 ss.

⁷³ Norberto BOBBIO. *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, p. 69-71.

⁷⁴ Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 156.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 156-165, esp. p. 159 ss.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 166. Em palavras do próprio KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 259, «o conceito de todo ser racional que tem de se considerar como legislando universalmente mediante todos as máximas de sua vontade, a fim de ajuizar a partir desse ponto de vista a si mesmo e suas ações, conduz a um

Do exposto até aqui, e depois da análise das três fórmulas (que, como visto, não podem ser explicadas isoladamente) é possível extrair o seguinte, em apertada síntese: a *liberdade* ou autonomia provém da razão e é fundamento da lei moral, a qual se traduz em *dignidade* (seres racionais como fim e não como meio) e em *igualdade* (exigência de universalidade da lei moral entre os seres racionais). Cada uma dessas ideias consubstancia primeiro, separadamente, e depois, conjuntamente, a ideia de justiça. Elas visam a criar uma comunidade de *justiça* (reino dos fins) em que os seres racionais, em condição de igualdade, possam exercer sua liberdade em pleno respeito pelo outro.⁷⁷

É oportuno salientar, desde logo, que são exatamente as ideias de dignidade, liberdade e igualdade –entendidos como *valores* de uma sociedade política *pois eles não podem ser realizados efetivamente senão nela*– os que *devem* ser plasmadas, em grau razoável, em um ordenamento jurídico para ser qualificado como Estado Constitucional. São esses valores, portanto, os que permitem sustentar uma mútua implicação entre justiça e Estado Constitucional (*infra*, n. II, 6), entendendo esse como *modelo*. Daí que esteja filosoficamente justificada a necessidade de falar de *processo justo como modelo*, porque ele insere-se em âmbito permeado pela justiça.

Até aqui o discurso exclusivamente moral. Deve-se agora avançar a analisar a relação dele com a dimensão jurídica que, em KANT, em nossa opinião, está claramente separada do mundo da moral, embora possa ser entendido, a partir de diversas passagens da obra do filósofo, que haveria uma conexão.

O conceito de Direito, para KANT, não se encontra no empírico, senão na razão. Não é no direito positivo, essencialmente mutável, que se encontra a resposta para essa pergunta, mas no direito natural. Isso porque, para o filósofo, o Direito envolve (i) uma relação prática externa (ou seja, vinculação entre seres humanos), (ii) que se estabelece

<outro> conceito muito fecundo apenso a ele, a saber, o <conceito> de *um reino dos fins*. Entendo por *reino* a ligação sistemática de diferentes seres racionais mediante leis comuns. Ora, uma vez que <as> leis determinam os fins segundo sua validade universal, será possível então, se nos abstrairmos da diferença pessoal dos seres racionais bem como de todo conteúdo de seus fins privados, pensar um todo de todos os fins (tanto dos seres racionais enquanto fins em si, como também dos fins próprios que cada um possa pôr para si mesmo) em conexão sistemática, isto é, um reino dos fins, o qual é possível segundo os princípios acima».

⁷⁷ Segundo Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 167, «o justo é, pois, para Kant, tudo o que promove a liberdade, o governo de si mesmo para si mesmo; injusto, o que impede a liberdade que se realiza segundo leis universais (*Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen*)».

entre um arbítrio e outro arbítrio e (iii) que vem a ser uma relação puramente formal (liberdade formal).⁷⁸ Esses elementos incluem também o direito natural (estado de natureza), mas somando-se a coação tem-se o direito do estado de cultura, isto é, o direito positivo. KANT, portanto, busca definir o conceito de Direito e sustentar que é o mesmo para ambos os âmbitos, só que com manifestação diversa no direito natural e no direito positivo (que, para ele, é o *direito estrito* e lhe dá maior atenção).⁷⁹

O Direito é uma ideia *a priori*, portanto provém da razão prática. Ele, ademais, é fator condicionante da sociedade civil. Da mesma maneira, a liberdade também é uma ideia *a priori* e dá fundamento à eticidade em geral, que inclui também o Direito. Sem liberdade não há ética; sem liberdade não há Direito. Essa conclusão é absolutamente forçosa em KANT (pelo menos até antes de *A metafísica dos costumes*,⁸⁰ ao ponto de excluir o dever jurídico do domínio da ética⁸¹). Por isso, ao tentar definir o Direito aprioristicamente não se pode deixar de trazer a ideia de liberdade (e com ela, a de igualdade e dignidade). KANT diz que o Direito é «o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal da liberdade». ⁸² Com efeito, a coexistência das liberdades entre os seres racionais só pode acontecer no marco da juridicidade, o qual deve ser construído com base na vontade livre e autônoma dos membros da comunidade,⁸³ que atuam com legisladores e destinatários dessa mesma legislação (KANT vai dizer que para isso é preciso uma *constituição republicana*⁸⁴).

⁷⁸ *Ibidem*, p. 192-193.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 193-194.

⁸⁰ De fato, seguindo a Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 62 ss., houve uma evolução no pensamento do filósofo diante da relação entre moral (direito natural) e Direito, no sentido da vinculação deste a respeito daquela (ver a exposição no texto).

⁸¹ KANT. *A metafísica dos costumes*, 2ª ed., p. 297.

⁸² *Ibidem*, 2ª ed., p. 43. Como indica DEL VECCHIO. *Filosofia del derecho*, 9ª ed., trata-se, realmente, de uma definição do direito natural.

⁸³ KANT. *A metafísica dos costumes*, 2ª ed., p. 179-180, afirma que «Os membros de uma tal sociedade (*societas civilis*), quer dizer, de um Estado, reunidos para legiferar chamam-se cidadãos (*cives*) e os seus atributos jurídicos incindíveis da sua natureza como cidadãos são: a liberdade legal de não obedecer a nenhuma outra lei senão aquela a que deram o seu consentimento; a igualdade civil, quer dizer, não reconhecer no povo nenhum superior senão aquele em relação ao qual ele tenha a mesma faculdade moral que ele em relação a si tem de obrigar juridicamente; em terceiro lugar, o atributo da independência civil, que consiste em dever a sua própria existência e conservação não ao arbítrio de outro no povo mas aos seus próprios direitos e capacidades como membro da comunidade, por conseguinte, a personalidade civil, que consiste em não poder ser representado por nenhum outro nos assuntos jurídicos». De outro lado, exprime Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 77-78, «se o direito exige a limitação das liberdades

Apesar de ser um conceito formal e *a priori*, o Direito tem de pressupor uma *ideia formal de liberdade* (o dever-ser moral, de fato, é formal porque não interessa o seu conteúdo, mas sua construção e obediência). Uma comunidade regida pelo Direito em que não existem leis universais de liberdade é contrária a toda noção do que significa o ético, como ciência da liberdade. Acreditamos que esse raciocínio é o que leva a KANT a afirmar, em determinadas passagens da sua obra, uma dependência da validade do direito positivo à liberdade (único direito natural)⁸⁵ ou, o que é o mesmo, uma necessária vinculação ou adaptação da política ao Direito, desde que se entenda que «política» quer dizer «teoria do Direito aplicada» e Direito, ao seu turno, «teoria teórica do Direito», ou «teoria metafísica do Direito», que invariavelmente corresponde à dimensão da filosofia moral.⁸⁶

O Direito deve possuir um mínimo de racionalidade para que a sociedade civil seja possível. Se apenas o estrito cumprimento da lei moral garante uma autêntica paz perpétua mediante uma constituição republicana, então os comandos do Direito, mediante os quais só pode ser realizada a ansiada liberdade da humanidade, devem ter como norte a consagração da lei moral, já que a paz perpétua apenas pode ser realizada mediante o Direito e o Estado.⁸⁷ O fundamento *racional* do direito positivo, portanto, encontra-se na moral ou

externas das pessoas para que elas possam coexistir entre si segundo uma lei universal da liberdade, então, para que essa limitação seja feita respeitando a própria liberdade externa das pessoas, é preciso que ela provenha do exercício de uma vontade livre ou autônoma dos membros daquela comunidade que vivem sob a mesma legislação. Se a autonomia da vontade não fosse estendida às leis públicas que coordenam as liberdades externas, então o direito enquanto conceito *a priori* da razão prática simplesmente não poderia fazer parte das leis morais da liberdade, e portanto estaria fora do programa da *Metafísica dos Costumes*».

⁸⁴ KANT. *Project for a Perpetual Peace*, p. 13-14. Assim, a constituição republicana (que não pode ser confundida com uma forma de governo republicano – *ibidem*, p. 17 ss.), em palavras de Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 75-76, «equivale a um Estado submetido ao império do direito na forma mais próxima do modelo ideal de direito ditado *a priori* pela razão prática pura»,

⁸⁵ Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 194-195. Isso leva, por exemplo, a Joaquim Carlos SALGADO (*ibidem*, p. 186) a concluir que para KANT «o critério de validade de toda legislação e que cria a sua força vinculante para o homem é, pois, a sua racionalidade, ou seja, a autodeterminação do ser racional. A liberdade é então a condição da lei, não o contrário. Em princípio, só obriga a lei que realiza a liberdade». Mais em frente (*ibidem*, p. 187), identificando os princípios racionais com um direito natural, exprime que «esse direito natural não se confunde, portanto, com um conjunto de princípios acima do direito positivo, os quais lhe dão inclusive conteúdo, mas como princípios *a priori* da razão que justificam a existência do direito positivo e que, por serem condição *a priori* da sua existência, lhe dão também validade (...). [Kant] procura ver o direito nos limites da razão (*Vernunftrecht*), não um direito natural (*Naturrecht*) propriamente».

⁸⁶ Isso segundo a análise elaborada por Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 81-82, dos textos kantianos aparecidos antes da *Doutrina do Direito* (1797).

⁸⁷ Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 185.

princípios de direito natural, mas esses só passam a ter real efetividade quando positivados, é dizer, por decisão da autoridade política.

Essas últimas considerações, em nossa visão, embora consistam em uma forte crítica de KANT ao jusnaturalismo do seu tempo,⁸⁸ poderiam receber uma interpretação no sentido de serem formulações próprias da doutrina do direito natural, isto é, a validade do direito positivo condicionada à conformidade com a liberdade, situada em uma esfera supra-positiva, seja pertencendo ela à «natureza do homem», seja à «razão». Mas a doutrina política de KANT não está livre de ambiguidades. Elas realmente oferecem interpretações que permitam afirmar uma relação entre moral (entendida aqui sob o conceito de direito natural) e direito positivo.

No entanto, segundo a interpretação de Cláudio Ari MELLO (que aqui defendemos) a respeito da intrincada obra político-jurídica do filósofo, é a partir dos desenvolvimentos teóricos contidos nos escritos políticos e, principalmente, na *Doutrina do Direito* (publicada separadamente, mas que depois veio a ser a primeira parte de *A metafísica dos costumes*)⁸⁹ que se pode extrair que KANT chega a sustentar que a moral *não seria exatamente critério de validade do Direito*. Com outras palavras, a relação entre direito natural e direito positivo não consistiria em vinculação do segundo ao primeiro para aquele ser válido.

Com efeito, é sintomático o fato de KANT ter insistido tanto na rejeição do direito de resistência dos cidadãos diante da obrigação de obediência a leis injustas.⁹⁰ Para ele, existe um *dever moral*, sustentado na razão prática (ou contrato social, entendido não como fato histórico, mas como ideia⁹¹), de passar de um estado de natureza para um estado civil como

⁸⁸ Com efeito, KANT não vê um direito natural «na natureza das coisas ou do homem», como se dizia nesse tempo, senão como pertencente as leis da moral (portanto, leis da liberdade), entendidas a partir do pensamento transcendental (*ibidem*, p. 116).

⁸⁹ Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 83 ss.

⁹⁰ KANT. *A metafísica dos costumes*, 2ª ed, p. 188 ss.

⁹¹ Paulo BONAVIDES. *Do Estado liberal ao Estado social*, 11ª ed., p. 111: «Kant procede com o pacto [social] da mesma maneira como procedera com o Direito e procederá depois com o Estado: racionaliza-o. Transfere-o da esfera sociológica para a esfera normativa. O pacto é uma ideia regulativa e não constitutiva, um *sollen* e não um *sein*». Assim, segundo o autor, KANT desembaraça o pacto de considerações empíricas e o coloca como fundamento de validade e legitimidade do Estado, entendido esse como ideia, como conceito meramente formal, e não o Estado como fenômeno histórico». Já Giorgio del VECCHIO. *Filosofia del derecho*, 9ª ed., p. 452, afirma que «hablamos hoy del “Estado de Derecho” y afirmamos que el Estado debe ser Estado

única condição de garantir a liberdade externa das pessoas.⁹² Só a obediência faz possível um estado jurídico, enquanto a desobediência geraria a destruição da constituição. Ela é absolutamente necessária para sair do estado de natureza.⁹³ *O fato de ter de obedecer leis injustas (portanto, irracionais por ferirem a liberdade) é uma forte razão para comprovar a existência de uma clara dissociação, em KANT, entre direito natural e direito positivo.*

Diametralmente contrário a essa interpretação é Robert ALEXY,⁹⁴ que, citando uma passagem de *A metafísica dos costumes*, sustenta que KANT, de fato, formulou uma *norma fundamental* que precede às leis positivas e condicionaria sua validade. Tal lei pertenceria ao direito natural, sendo um *princípio prático da razão*, e, segundo ALEXY, o direito positivo pouco interessaria para KANT. Eis a passagem citada pelo jurista alemão:

Pode, pois, pensar-se uma legislação exterior que contenha somente leis positivas; mas então deveria ser precedida por uma lei natural que fundamentasse a autoridade do legislador (quer dizer, a faculdade de obrigar outros apenas mediante o seu arbítrio).⁹⁵

Curiosamente, ALEXY afirma que prova da sua asserção seria precisamente a negação do direito à resistência que KANT enfatiza várias vezes, mas isso não é óbice para que o jusfilósofo alemão termine afirmando uma contradição nas conclusões kantianas. Com efeito, arremata dizendo que «a suposição de que Kant, com a formulação estrita da sua norma fundamental, não extraiu uma consequência necessariamente incluída em seu sistema senão que sucumbiu a concepções do Estado autoritário do seu tempo. Se esta suposição é correta, é preciso modificar a norma fundamental kantiana no sentido do argumento da injustiça. Se não é correta, então a norma fundamental kantiana baseada no

de Derecho; pero entendemos esta fórmula en un sentido diverso del kantiano: en el sentido de que el *Estado debe obrar fundándose en el Derecho y en la forma del Derecho*, y no en el sentido de que deba proponerse como *único fin* el Derecho».

⁹² KANT. *A metafísica dos costumes*, 2ª ed., p. 171: «Dada a intenção de estar e permanecer neste estado de liberdade externa desprovida de leis, os homens não cometem nenhuma injustiça uns para com os outros se lutam entre si, pois que aquilo que vale para um vale também reciprocamente para o outro, tal como se fosse por acordo (*útil partes de iure suo disponunt, ita ius est*), mas em geral cometem uma injustiça em último grau, ao querer estar e permanecer num estado que não é jurídico, quer dizer, em que ninguém está seguro do seu contra a violência».

⁹³ *Ibidem*, p. 170: «Do Direito privado no estado de natureza surge, então, o postulado do Direito público, numa relação de coexistência inevitável com todos os outros, sair do estado de natureza para entrar num estado jurídico, quer dizer, num estado de justiça distributiva».

⁹⁴ Robert ALEXY. *El concepto y la validez del Derecho*, 2ª ed., p. 116 ss.

⁹⁵ KANT. *A metafísica dos costumes*, 2ª ed., p. 35.

direito racional tem efeitos mais positivistas do que a de Kelsen». ⁹⁶ Contudo, essa interpretação nos parece, no mínimo, precária, porque descontextualiza o raciocínio do filósofo.

Explicamo-nos.

KANT sempre admitiu que à diferença da moral, o Direito, de fato, não se estrutura com base em princípios puramente racionais: também é consequência de diversas contingências, ou seja, de motivações alheias à razão. ⁹⁷ Exatamente por isso é que no Direito não cabem imperativos categóricos, senão imperativos hipotéticos; ou seja, *cumprir com o dever não pelo dever mesmo, senão para obter uma vantagem ou evitar uma desvantagem* (e aqui a coação externa própria do Direito possui um papel essencial). É a nítida diferença entre *agir por dever* e *agir conforme o dever*. ⁹⁸ O autêntico dever-ser só tem presença na moral porque é legislação interna. O Direito, de outro lado, é legislação externa, porque entra no jogo «o outro». É assim que a moral e o Direito, a pesar de serem ciências da ética, são ordens normativas diferentes *desde um aspecto formal*. ⁹⁹

⁹⁶ Robert ALEXY. *El concepto y la validez del Derecho*, 2ª ed., p. 120.

⁹⁷ KANT. *A metafísica dos costumes*, 2ª ed., p. 27-28: «Os deveres decorrentes da legislação jurídica só podem ser deveres externos, porque esta legislação não exige que a ideia de dever, que é interna, seja por si mesma fundamento de determinação do arbítrio do agente e uma vez que ela necessita precisamente de um móbil conforme à lei só pode ligar à lei móveis externos. Ao invés, a legislação ética converte em dever ações internas, mas não com exclusão das externas, referindo-se a tudo o que é dever em geral. Mas, justamente por isso, porque a legislação ética inclui o motivo interno da ação (a ideia de dever), característica que não se verifica, de todo em todo, na legislação externa (nem sequer a de vontade divina), pese embora ela aceite na sua legislação como móveis os deveres procedentes de outra legislação, vale dizer, da legislação externa».

⁹⁸ Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 175, 176, 179. Já Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 86 ss., explica o mesmo ponto aludindo ao móbil da ação. Assim, «quando o agente age de acordo com a lei moral, mas movido por outros fundamentos subjetivos, como o desejo de agradar, de ser respeitado ou o medo de ser criticado ou punido, a ação concorda com a legislação moral, mas não tem valor ético. Para qualificar uma conduta humana voluntária de conforme à legislação jurídica é suficiente a correspondência formal entre a ação e o dever legal, independentemente dos móveis da ação; em outras palavras, a legislação jurídica conforma-se com a correspondência entre a ação externa e a lei para qualificar a ação como conforme ao direito, ainda que o móbil do agente seja distinto da ideia de dever e decorra de fundamentos patológicos da determinação do arbítrio».

⁹⁹ Em contra, Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., p. 149 ss. O autor reconhece que a diferença entre princípios e valores estriba no de o primeiro ter caráter deontológico; e o segundo, axiológico. No entanto, parece sustentar que a dimensão normativa e valorativa possui compartilha a mesma estrutura. Assim, se na primeira podem ser identificadas a norma-regra e a norma-princípio, na segunda aprecia-se a «regra de valoração» e o «critério de valoração». Segundo o entendimento do autor, as regras de valoração, ao igual do que as regras jurídicas, aplicam-se independentemente de sopesamento, à diferença dos critérios de valoração, cuja aplicação é idêntica aos princípios jurídicos. Em ambos os casos, por sinal, é impossível construir uma ordenação hierárquica que defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais; no máximo,

Entretanto, isso não é óbice para KANT admitir que tanto a moral quanto o Direito, por pertencerem à ética, possuem o mesmo fundamento: a liberdade. Sem liberdade nenhuma ética é possível. A liberdade, conjuntamente com a igualdade, dá fundamento à justiça, e KANT coloca esse conceito como supremo princípio da política e do Direito.¹⁰⁰ Em sendo assim, e após diversas formulações teóricas sobre a vinculação entre moral e política,¹⁰¹ o filósofo alemão conclui que o legislador tem o *dever moral* de instituir um ordenamento positivo que espelhe, *na maior medida possível*, leis racionais, ou seja, leis que consagrem a liberdade dos indivíduos e que não a restrinjam indevidamente. Tais leis racionais pertencem a um modelo construído com base na razão prática.

Em palavras do próprio KANT:

A liberdade do arbítrio é a independência da sua determinação por impulsos sensíveis; este é o conceito negativo de liberdade. O positivo é: a liberdade é a faculdade da razão pura de ser por si mesma prática. Mas isto não é possível senão mediante a submissão das máximas de cada acção à condição de ser apta a converter-se em lei universal. Pois que, como razão pura aplicada ao arbítrio independentemente do objecto deste último ou como faculdade dos princípios (e aqui dos princípios práticos, como faculdade legisladora, portanto) não pode senão, uma vez que a matéria da lei lhe escapa, converter a forma da aptidão da máxima do arbítrio em tornar-se lei universal em lei suprema e fundamento de determinação do arbítrio e prescrever esta lei, pura e simplesmente, como imperativo de proibição ou de mandato, dado que as máximas do homem que procedem de causas não coincidem por si mesmas com as objectivas.

Estas leis da liberdade chamam-se morais, em contraposição às leis da natureza. Na medida em que estas leis morais se referem a acções meramente externas e à sua normatividade, denominam-se jurídicas; mas se exigem, além disso, que elas próprias (as leis) constituam o fundamento determinante das acções são leis éticas e então diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a *legalidade* da acção e a conformidade com as leis éticas a *moralidade*. A liberdade a que as primeiras se referem é a liberdade tanto no exercício externo como interno do arbítrio, sempre que este se encontra determinado pelas leis razão. Na filosofia teórica, diz-se que no espaço só se dão os

poder-se-ia ter uma ordenação flexível por meio de preferências *prima facie* ou por meio de decisões judiciais sobre preferências (*ibidem*, p. 162). Mas eis o importante: para ALEXY, *através da argumentação jurídica, pode trabalhar-se tanto com um modelo de valores quanto com um modelo de princípios* (*ibidem*, p. 153): «No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir [de] um modelo de princípios. Mas o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o carácter deontológico do direito se expressa claramente. A isso soma-se o fato de que o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor. Ambos os aspectos são importantes para que se dê preferência ao modelo de princípios». Daí, a partir das nossas premissas positivistas, é justo formular uma pergunta: tem a argumentação jurídica tanta força para legitimar a aplicação de valores e não de normas jurídicas? O tema será proposto mais em frente (*infra*, II, 5.7.3).

¹⁰⁰ Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 168.

¹⁰¹ A prova de como KANT clarifica seu entendimento (por exemplo, desde *À paz perpétua* à *Doutrina do Direito*) é oferecida por Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 81 ss.

objectos do sentido externo, enquanto que no tempo se dão todos, tanto os do sentido externo como os do sentido interno, já que as representações de ambos são, pois, representações e, enquanto tal, pertencem na sua globalidade ao sentido interno. De igual modo, quer a liberdade seja considerada no exercício externo quer no exercício interno do arbítrio, as suas leis, enquanto leis práticas puras da razão para o arbítrio livre em geral, têm que ser também fundamentos internos de determinação deste último, pese embora nem sempre ser possível considerá-las sob este aspecto.¹⁰²

Frise-se que a passagem transcrita é anterior ao texto citado por ALEXY. Tal constatação não é pouco relevante. KANT insiste que uma lei jurídica é aquela que «admite um móbil diferente da ideia do próprio dever».¹⁰³ Mas isso não quer dizer que, eventualmente, lei moral e lei jurídica não possam coincidir, porque esta pode espelhar aquela. Com outras palavras, o autêntico dever encontra-se no campo da moral, mas KANT é muito claro ao exprimir que, «todavia, não quer dizer que a legislação de que procedam esteja por isso contida na Ética; em muitos casos encontra-se fora dela».¹⁰⁴ Isso não quer dizer outra coisa que, embora o Direito se caracterize por estruturar-se com base em *deveres externos* (portanto, não deveres propriamente ditos), é possível que ele pressuponha uma legislação interna, tal como acontece com a ética.

Em palavras do filósofo:

Assim, a Ética prescreve que tenho que cumprir a promessa feita num contrato, mesmo que a outra parte a tal não me possa forçar: no entanto, ela toma da doutrina do Direito como dados a lei (*pacta sunt servanda*) e o dever que lhe corresponde. Portanto, não é na Ética mas no *Jus* que assenta a legislação que prescreve que as promessas assumidas devem ser mantidas (...). Manter uma promessa não é um dever de virtude, mas um dever jurídico, a cujo cumprimento uma pessoa pode ser coagida. Mas, não obstante, é uma acção virtuosa (uma prova de virtude) fazê-lo mesmo quando se não possa reeçar [sic] qualquer coacção. A doutrina do Direito e a doutrina da virtude não se distinguem pois tanto pelos seus diferentes deveres como pela diferença da legislação, que liga um ou outro móbil com a lei.

A Ética tem, decerto, também os seus deveres peculiares (por exemplo, os deveres para consigo mesmo), mas, não obstante, tem também deveres comuns com o Direito, só que não o modo de obrigação (...). Há pois, decerto, muitos deveres éticos directos, mas a legislação interior faz também de todos os restantes deveres deveres éticos indirectos.¹⁰⁵

Esta ideia de *coincidência não necessária* entre moral e Direito é eloquente. Mas não só. Imediatamente antes da passagem transcrita por ALEXY, que o levou a concluir sobre um hipotético «argumento de injustiça», KANT faz uma importante ponderação que

¹⁰² KANT. *A metafísica dos costumes*, 2ª ed., p. 19-20.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 28.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 28-29.

não pode ser negligenciada, embora seja, de fato, uma passagem relativamente obscura. Ele afirma que no âmbito das *leis externas* (entendidas essas como leis vinculativas para as quais é possível uma *legislação externa*) pode haver vinculação mesmo sem legislação externa, caso em que seriam leis naturais, pelo fato de serem *a priori*. Mas também é possível, nas leis externas, algumas que não vinculam inteiramente («de todo em todo») sem legislação externa efetiva. Nessa hipótese, não seriam propriamente leis, e são qualificadas como *leis positivas*. Destarte, para KANT, uma lei positiva seria uma *lei externa que nem sempre vincula*. Em se cogitando, *hipoteticamente*, a existência de legislação externa *apenas* composta por leis positivas –e aqui é onde entra a famosa passagem citada por ALEXY–, sendo que essas carecem, pelo menos parcialmente, de vinculatividade, é preciso uma lei que a ordene. Essa lei, segundo o pensador, *não pode ser outra do que uma lei natural que fundamente a autoridade do legislador e, portanto, a obrigação de cumprir o que ele ordenar*. Isto não é mais do que o *dever moral de obedecer o legislador*. Vê-se, destarte, que a interpretação realizada por ALEXY, pelo menos desde este ângulo de visão, não pode ser sustentada.

Entendemos que, na última formulação kantiana (não livre de interpretações diametralmente contrárias entre si), não há confusão entre lei moral e lei jurídica. Moralidade e legalidade, finalmente, ficam em âmbitos diferenciados. A validade da legislação jurídica não depende da concordância com a legislação moral: tão-somente a segunda deve olhar constantemente para a primeira, possibilitando-a. Desta maneira –e aqui é o cerne do assunto– *o problema do direito natural e o direito positivo em KANT resolveu-se não apenas na tensão da validade do direito positivo em sua relação com o direito natural, nem na natureza imanente desse último*. Essa discussão foi desenvolvida com profundidade antes dele e –curiosamente– também nos seguintes dois séculos (provavelmente porque, como foi mencionado, os juristas não deram muita importância à produção intelectual pós-crítica). Para KANT, o direito positivo, pelo fato de existir, possui uma «legitimidade moral»,¹⁰⁶ daí que possa ser construído independente ao direito natural e, ademais, que deva ser obedecido. Mas os postulados metafísicos do Direito, consubstanciados na liberdade, servem para orientar a construção do direito positivo e para

¹⁰⁶ Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 141.

o seu progressivo melhoramento e aproximação à constituição republicana ideal; em uma palavra, ao reino dos fins, edificado com base em leis morais. Daí que uma sociedade política, de realmente quiser chegar a esse reino dos fins, tem de estar construída com base em leis universais de liberdade.

Essa é a opinião de Cláudio Ari MELLO:

A definitiva conciliação entre direito natural e direito positivo é um dever ético-político a ser cumprido pelo gênero humano dentro do processo histórico que o impele em direção ao ideal de república. Kant acredita e procura demonstrar que há elementos objetivos e universais na história da humanidade que revelam que o gênero humano está em constante progresso moral e político, e que esse progresso levará as sociedades a adotarem constituições republicanas, que, por sua vez, farão do direito positivo um instrumento de concretização do direito natural. O direito positivo de um Estado concreto nunca atingirá a perfeição das ideias racionais *a priori* do direito e da república, mas a história do gênero humano mostra que é possível esperar uma aproximação cada vez maior entre eles.¹⁰⁷

A exigência de o legislador (vontade geral) editar leis com consentimento do povo ou que ele seja apenas possível é uma exigência direcionada ao juízo do próprio legislador e não ao juízo do súbdito.¹⁰⁸ Mas veja-se que, no final das contas, o legislador não pode ser outro do que a vontade geral do povo, o próprio destinatário das leis. Aquele tem o dever moral de conformar sua atuação às leis de liberdade a fim de criar uma lei universal da liberdade que possa garantir a coexistência das liberdades externas das pessoas, *podendo, inclusive, na prática, adotar ou não os princípios racionais do direito.*¹⁰⁹ É dizer, os cidadãos têm a *obrigação* de obedecer e cumprir as leis exercendo a liberdade política (prestigiada e não restringida), pelo fato que todos deram seu consentimento ou, pelo menos, que a obtenção deste foi possível.¹¹⁰ Portanto, não tem razão ALEXY quando afirma que a vedação do direito à resistência seria exemplo de «subordinação» das leis jurídicas aos princípios racionais que inspiram o Direito. Na verdade é exatamente o oposto, já que o

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 113. Afirma KANT. *A metafísica dos costumes*, 2ª ed., p. 271-272: «A ideia de uma Constituição política em geral, que é, para cada povo, ao mesmo tempo, um mandado absoluto da razão prática que ajuíza de acordo com conceitos jurídicos, é sagrada e irresistível; e mesmo que a organização do Estado seja em si mesma deficiente, não pode, no entanto, nenhum poder subordinado do Estado opor resistência activa ao soberano legislador desse mesmo Estado, tendo, ao invés, as enfermidades que lhe são imputadas de ser paulatinamente suprimidas por reformas efectuadas pelo próprio Estado; pois que, de outro modo, perante uma máxima de súbdito que se lhe contrapõe (a de proceder arbitrariamente), uma boa Constituição só por cego acaso pode vir a conseguir realização».

¹⁰⁸ Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 130.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 134-135.

¹¹⁰ KANT. *Project for a Perpetual Peace*, p. 14.

exercício da liberdade pelo legislador, *em tese*, garantiria leis jurídicas que permitam o cumprimento da lei moral, assegurando a liberdade de cada um. Trata-se de um dever moral e jurídico de o súbdito obedecer as leis jurídicas, porque se não o fizesse, «aniquilaria o único estado em que os homens podem ter seus direitos assegurados».¹¹¹ Assim, a injustiça é melhor do que a anarquia; qualquer governo é melhor do que nenhum.¹¹²

Assim, segundo Joaquim Carlos SALGADO:

De outro lado, a legislação jurídica é menos ambiciosa ou exigente que a lei moral. Ela visa apenas garantir a esfera da liberdade externa de todos os indivíduos igualmente. É, portanto, concebível que ela atinja seu fim, isto é, na medida em que ela seja essa expressão da vontade com vistas apenas a assegurar a liberdade de cada um, é possível uma ordem jurídica conforme a razão, uma ordem jurídica voltada para a garantia da liberdade.¹¹³

Essa separação entre moral e Direito, existindo, porém, uma grande implicação entre ambos os ramos, serve, em boa medida, para justificarmos a importância de construir um *modelo valorativo de Estado Constitucional e, como decorrência, de processo justo*. É em KANT que nos apoiamos para a empreitada teórica deste trabalho. Daí que diante da pergunta de «para que serve o modelo de processo justo?», nossa resposta não é outra senão essa:

(i) para conseguir determinar se uma experiência jurídica em um ordenamento concreto consagrou ou não um processo justo, e

(ii) para guiar o legislador no caminho da progressiva construção de um processo civil cada vez mais espelhado no modelo de processo justo.

Acreditamos que, no final das contas, exatamente o mesmo faz KANT ao afirmar (i) a possibilidade de julgar, desde a moralidade, a justiça das leis jurídicas (desde que não

¹¹¹ Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 131, 135.

¹¹² *Ibidem*, p. 137. Como diz KANT. *Project for a Perpetual Peace*, p. 51, «even when a violent revolution, necessitated by the defective government, has introduced, by *unjust means*, a better order of things; it would no longer be permitted to lead the people back towards their ancient constitution, though every one of those who, during the revolution, have shared in it, openly or secretly have unjustly incurred the chastisement due to rebellion».

¹¹³ Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 144.

consagrem um sistema racional nem inspirado na liberdade)¹¹⁴ e (ii) a possibilidade de as leis externas espelharem cada vez mais as leis da moral, ou o ideal de perfectibilidade, que nada obstante, pelo fato de ser ideal não se acredite na sua total realização, é uma meta que se deve perseguir.¹¹⁵

4.2. A justiça em Gustav RADBRUCH e Hans Kelsen

Já vimos que a influência de KANT na jusfilosofia de finais do século XIX e princípios do século XX foi enorme. No entanto, um dado importante a ter em conta é que a parte mais estudada –pelos neokantianos daquela época– da obra do grande pensador foi a filosofia teórica (caracterizada pelo desenho e aplicação do *pensamento transcendental*, isto é, o processo de conhecimento iniciado na experiência mas aperfeiçoado pela razão), e não precisamente a filosofia moral nem os escritos político-jurídicos que tiveram lugar na década de 1790.¹¹⁶ Prova disso é o desdobramento entre o *conceito de Direito* e a *ideia de Direito*¹¹⁷ como fizeram, por exemplo, STAMMLER,¹¹⁸ DEL VECCHIO¹¹⁹ e o próprio RADBRUCH.

¹¹⁴ Joaquim Carlos SALGADO. *A ideia de justiça em Kant*, 3ª ed., p. 170: «Daí que a legislação, seu momento político [da liberdade universal igual], só é justa na medida em que ela expresse essa exigência racional radical: a realização da liberdade. Justa é a lei que expressa a racionalidade: que cria as condições do livre agir humano. Tanto mais justa é uma lei, quanto mais ela se aproxime da racionalidade e realize com isso a liberdade».

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 177. Por exemplo, Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 65, analisando uma passagem da *Crítica da razão pura*, exprime que para KANT «a ideia metafísica de direito consiste em instituir uma constituição que propicie as condições para que a máxima liberdade de cada um possa coexistir com a liberdade de todos os outros segundo uma lei universal da liberdade, e que essa ideia da razão, que pode ser demonstrada como válida *a priori*, deve ser realizada ou posta em prática por sociedades políticas concretas, que devem tê-la como um ideal ou um arquétipo do qual devem aproximar-se sempre mais, ainda que jamais possam realizá-la plenamente».

¹¹⁶ A afirmação é de Paulo BONAVIDES. *Do Estado liberal ao Estado social*, 11ª ed., p. 89, para quem KANT foi injustamente desprezado no campo da doutrina política.

¹¹⁷ Uma satisfatória explicação da diferença entre o *conceito* e *ideia* de Direito em STAMMLER e DEL VECCHIO encontra-se em Miguel REALE. *Filosofia do direito*, 13ª ed., p. 332 ss.

¹¹⁸ Provavelmente seja Rudolf STAMMLER o jusfilósofo que mais influenciado esteve pelas ideias kantianas, ao ponto de se encontrar diante de um problema similar que o Grande Filósofo, um século antes, decidiu enfrentar. KANT buscou conciliar e superar o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês; STAMMLER, de outro lado, combateu o jusnaturalismo racionalista e o positivismo da Escola Histórica do Direito (cfr. Juan José BREMER. *Prólogo: la teoría crítica del Derecho*. In STAMMLER, Rudolf. *Doctrinas modernas sobre el Derecho y el Estado*, p. 23-24; Dino PASINI. «Il pensiero giuridico di Radbruch». In RADBRUCH, Gustav. *Propedeutica alla filosofia del diritto (Vorschule der Rechtsphilosophie)*, p. 16-21). Em apertada síntese, STAMMLER identifica dois objetivos da filosofia do Direito: delimitar o *conceito de Direito* e a *ideia de Direito* (ou justiça). Partindo da diferença kantiana entre *matéria* e *forma*, STAMMLER afirma ser através das *formas puras* (entendidas como aqueles métodos ou critérios ordenadores das noções jurídicas ou das

Gustav RADBRUCH, na sua obra *Rechtsphilosophie* de 1932, apoiado em STAMMLER,¹²⁰ afirma que o *conceito* de Direito está pré-desenhado na *ideia* de Direito, sendo que tal ideia não pode ser outra do que a justiça.¹²¹ Tal justiça não é uma de tipo

categorias do conhecimento jurídico, inalteráveis apesar das transformações delas, possuindo validade absoluta e universal) que se obtêm aquelas *categorias supremas de todo o conhecimento jurídico*. Para obtenção das formas puras é preciso realizar uma introspecção crítica a partir de um Direito historicamente dado (intuição kantiana), mas não de uma manifestação concreta da experiência. Daí que seja possível dizer que STAMMLER entende o (conceito de) Direito como «uno de los métodos posibles de ordenación del contenido de nuestra consciencia cuya característica consiste en entrelazar como fines y medios recíprocos, las aspiraciones de los hombres que conviven en sociedad, independientemente del asentimiento de los mismos y sustrayendo la vinculación al capricho subjetivo de quien la impone» (Juan José BREMER. *Prólogo: la teoría crítica del Derecho*. In STAMMLER, Rudolf. *Doctrinas modernas sobre el Derecho y el Estado*, p. 45). Já a justiça identifica-se com uma noção absoluta que permite julgar de modo idêntico todas as aspirações concebíveis desde que orientadas por um *querer puro ou livre*. É irrealizável em uma experiência limitada pelo fato de implicar uma *comunidade pura*, ou seja, uma perfeita harmonia da convivência determinada (i) pela consideração dos indivíduos como pessoas e (ii) pela solidariedade. De outro lado, *ideia de Direito* ou justiça e *Derecho justo*, para STAMMLER, não é o mesmo: enquanto o primeiro é o ponto de orientação de qualquer direito positivo para ser qualificado de objetivamente justo, «debe tenerse en cuenta que aun el mismo Derecho justo no pasa de ser limitado y concreto, porque se trata siempre de un Derecho positivo, caracterizado por las normas que contiene, y ya sabemos que todo Derecho positivo se halla sujeto a una serie de accidentes, determinados por las aspiraciones que en la idea social logran imponerse» (Rudolf STAMMLER. *La génesis del Derecho*, p. 139). Sobre as ideias antes expostas, cfr. Rudolf STAMMLER. *Tratado de filosofía del derecho*, p. 1-14, 63 ss., 209 ss. Para uma clara síntese do pensamento do autor, cfr. Juan José BREMER. *Prólogo: la teoría crítica del Derecho*. In STAMMLER, Rudolf. *Doctrinas modernas sobre el Derecho y el Estado*, p. 29 ss.

¹¹⁹ Giorgio DEL VECCHIO. *Filosofía del derecho*, 9ª ed., 299 ss., também entende o *conceito* de Direito como categoria *a priori*: «Si para llegar a la definición, o sea, para saber en qué consiste el Derecho, interrogáramos a la Historia, la respuesta no podría ser unívoca, porque la Historia respondería describiendo las múltiples variedades de ordenamientos e instituciones jurídicas, que se produjeron en los diversos pueblos y en sus sucesivas peripecias. Todo pueblo en un cierto tiempo, determina de un modo propio aquello que es Derecho. Por esto la historia no puede presentarnos el Derecho, sino *tantos derechos* cuantos han sido y son los sistemas jurídicos positivos, y los momentos de su respectivo desarrollo». Assim, reconhecendo que o direito natural é um sistema de direito (identificado com o *ideal do Direito*), é preciso dar oferecer um *conceito* que o abranja e também a outros sistemas. Destarte, rejeitando a definição kantiana (por aludir apenas ao direito natural e por sugerir que o Direito, na verdade, não teria existido nunca), DEL VECCHIO defende que é preciso pensar o Direito, para sua definição, não no seu conteúdo, mas na forma lógica. Assim, partindo, igual do que KANT, da premissa que o Direito é um sistema ético (em sentido amplo), já que *principio ético* vem a ser uma ideia segundo a qual possa ser regulada uma conduta (que pode ser com relação ao mesmo sujeito ou com relação a outros), dá o conceito de *juridicidade* da seguinte maneira: «*coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento*».

¹²⁰ No entanto, à diferença de STAMMLER, RADBRUCH esforça-se em encontrar um ponto de contato entre as ciências da natureza e as ciências dos valores: trata-se do mundo da cultura, onde se situaria o Direito (com isso, RADBRUCH é partidário da chamada *Kulturwissenschaft*). Destarte, apesar de partir de STAMMLER, visa a superar o seu característico formalismo. Porém, segundo PALAZZOLO. «La filosofía del diritto di Gustav Radbruch». In *La filosofía del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, p. 36, o mundo da cultura radbruchiano é artificioso por não fazer sentido que a vida cultural esteja condicionada pelo mundo autônomo (e irrealizável) das ideias e pelo mundo também autônomo dos fatos materiais. Entre outras observações críticas, o mesmo autor (*ibidem*, p. 38) aponta o fato de RADBRUCH ter partido de KANT, mas não ter sido capaz de preencher, com sua proposta do mundo da cultura, o amplo dualismo entre forma e conteúdo do dever moral (ou seja, a própria lei moral e sua realização).

¹²¹ Gustav RADBRUCH. *Filosofía del derecho*, p. 44. Segundo PALAZZOLO. «La filosofía del diritto di Gustav Radbruch». In *La filosofía del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, p. 10, nota 9, neste ponto

subjetivo mas objetivo, que exprime uma ordenação ideal da sociedade.¹²² No entanto, admitindo que a parte essencial do Direito é dada pelo Estado e que os problemas sobre os fins de um e de outro são inseparáveis, do lado da justiça é preciso colocar a exigência do *fim* e da adequação do Direito a ele.¹²³

Com efeito, segundo ZIPPELIUS:

Gustav Radbruch (1878-1949) serviu-se das categorias da Escola do sudoeste alemão, incluiu o direito nos fenómenos culturais e acolheu no seu conceito de direito uma referência a valores: as diferentes normas sociais distinguem-se desde logo pelas suas diferentes referências a valores: as normas de tacto ou de etiqueta não têm por objetivo realizar justiça. Por outro lado, as normas do direito não estão a serviço do bom gosto. Elas se distinguem de todas as demais normas sociais precisamente pelo facto de terem o sentido de realizar um valor específico, ou seja, a justiça.¹²⁴

RADBRUCH afirma que, assim como é tarefa do direito positivo ser justo em seus conteúdos, também é próprio do Direito justo ser positivo. Daí que exsurja o terceiro elemento: a ordem ou segurança. *Justiça, finalidade e segurança* são, para RADBRUCH, elementos da *ideia* do Direito que se exigem mutuamente, mas que também entram em contradições.¹²⁵ À diferença dos trabalhos do Pós-Guerra, RADBRUCH mostra uma preferência pelo elemento *segurança*. Com efeito, ele diz que «o grande tema do Direito» é a segurança jurídica, a paz, a ordem e, ademais, o juiz deve perguntar não o que é justo, senão o que é jurídico, porque sem prejuízo de não estar ao serviço da justiça (por querê-lo assim a lei) permanece sempre ao serviço da segurança jurídica, sendo daí um juiz justo.¹²⁶

Ainda na exposição da *Rechtsphilosophie*, RADBRUCH afirma que a moral é *fim* do Direito e *fundamento* da sua obrigatoriedade. *Fim* não porque o Direito vise a realizar os deveres morais, mas porque a conexão encontra-se no reconhecimento de direitos que possibilitem o cumprimento dos deveres morais.¹²⁷ *Fundamento* não porque a validade do Direito esteja condicionada a parâmetros morais, mas porque só haverá autêntico dever

RADBRUCH basea-se em DEL VECCHIO. Vale a pena salientar que o ensaio de PALAZZOLO data de 1941, portanto, sua análise está focada na *Rechtsphilosophie* e não nos trabalhos posteriores ao término da Segunda Grande Guerra.

¹²² Gustav RADBRUCH. *Filosofía del derecho*, p. 45.

¹²³ *Ibidem*, p. 71 ss.

¹²⁴ Reinhold ZIPPELIUS. *Filosofia do direito*, p. 42.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 96 ss.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 110-112.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 63.

jurídico se ele possuir força moral de obrigar.¹²⁸ Embora exista uma apreciável conexão entre Direito e moral, não havendo, portanto, separação absoluta como em STAMMLER ou KELSEN, RADBRUCH é bem claro ao contemplar a possibilidade de um direito injusto.¹²⁹

Segundo HART, RADBRUCH experimentou uma «conversão» devido aos horrores do regime nazista.¹³⁰ No entanto, como parece afirmar o autor inglês, acreditamos que não se trata de uma virada de positivismo para o jusnaturalismo. RADBRUCH não era um positivista propriamente dito no tempo da *Rechtsphilosophie*. Somos da opinião, portanto, de que não é possível sustentar uma drástica mudança de pensamento nem uma continuidade, mas sim uma *radicalização* dele.¹³¹ Com efeito, logo após a finalização da Segunda Grande Guerra, RADBRUCH deixa claro que a moral não é mais fundamento da *obligatoriedade* do Direito e sim da própria *validade* dele, postura típica do jusnaturalismo clássico.

Diz o filósofo:

Se as leis denegam a vontade da justiça de modo consciente (por exemplo, se os direitos humanos são arbitrariamente atribuídos e denegados) então essas leis carecem de validade, então o povo não lhes deve nenhuma obediência, então devem também os juristas encontrar o valor suficiente para negar-lhes carácter jurídico (...). Existem princípios jurídicos que são mais fortes do que toda disposição jurídica, de modo que uma lei que os contradiga carece totalmente de validade. Chama-se a estes princípios direito natural ou direito racional.¹³²

Da mesma maneira, os conflitos entre justiça e segurança cuja solução, antes, orientava-se pela segunda, agora sucumbe totalmente à primeira. No conhecido ensaio

¹²⁸ *Ibidem*, p. 61: «(...) tan sólo puede hablarse de normas jurídicas, de deber ser jurídico (...) cuando el imperativo jurídico ha sido investido, en la propia consciencia, de fuerza moral de obligar».

¹²⁹ *Ibidem*, p. 62, 63: «La moral se somete aquí a una legislación extraña, se abandona a la dialéctica específica del otro dominio de la razón, firma, por decirlo así, en blanco la aceptación de un deber, cuyo contenido ha de fijarse luego en otro dominio de normas. Sella al derecho y la justicia como si fueran tareas morales, pero abandonan la fijación de su contenido a una legislación que cae fuera de lo moral». E mais em frente afirma: «El derecho es sólo, pues, la *posibilidad* de la moral, y cabalmente por eso también, la posibilidad de lo inmoral. El derecho puede únicamente posibilitar la moral, y no forzarla, porque el hecho moral por necesidad conceptual sólo puede ser un hecho de la libertad; pero porque sólo puede posibilitar la moral, tiene también de modo ineludible que posibilitar lo inmoral».

¹³⁰ H. L. A. HART. «Positivism and the Separation between Law and Morals». In *Harvard Law Review*, p. 616.

¹³¹ Essa parece ser também a opinião de Arthur KAUFMANN. *Filosofia do Direito*, p. 63 ss.

¹³² Gustav RADBRUCH. «Primera toma de posición luego del desastre de 1945». In RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el Derecho – Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, p. 122, 123.

«Gesetzliches umrecht und übergesetzliches Recht»,¹³³ RADBRUCH afirma que mesmo sem consideração ao seu conteúdo, as leis levam consigo o valor da segurança jurídica e que o conflito entre segurança jurídica e justiça é, na verdade, um conflito entre justiça *aparente* e *real*, porque a segurança é exigência da própria justiça.¹³⁴ Daí que a justiça sempre deva prevalecer, e só depois vêm a segurança e a utilidade ou fim (entendidos agora como *valores do Direito* e já não como elementos da ideia do Direito), e sendo que o Direito é uma ordem que deve servir à justiça, se não o faz, então seria um caso de ausência de Direito.¹³⁵ É exatamente essa ideia que se encontra na última obra importante escrita por RADBRUCH –*Vorschule der Rechtsphilosophie* de 1948– escrita com base na *Rechtsphilosophie*, mas suprimindo muitas partes e alterando outras.¹³⁶

Vale a pena indicar que esta última posição de RADBRUCH constitui um dos principais elementos de crítica de Herbert HART ao escrever seu já clássico ensaio «Positivism and the Separation of Law and Morals» em 1958, que será analisado adiante. Ademais, cobra enorme relevância na jusfilosofia por consagrar a famosa «fórmula do injusto» (solução extrema que nega a validade jurídica de uma norma se ela ferir gravemente os princípios naturais da justiça), que, consciente ou inconscientemente, é defendida por autores posteriores adeptos ao jusnaturalismo.

Na beira contrária a RADBRUCH encontra-se Hans Kelsen, quem ao longo de toda sua vida intelectual manteve-se fiel a um férreo paradigma positivista, mesmo depois da

¹³³ Gustav RADBRUCH. «Leis que não são direito e direito acima das leis», In *Justitia*, p. 155-163. Existe também versão em espanhol, publicado como livro, embora a tradução do título seja pouco feliz: *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, p. 127-141.

¹³⁴ Gustav RADBRUCH. «Leis que não são direito e direito acima das leis», In *Justitia*, p. 159. Páginas depois diz o filósofo: «Temos que buscar a justiça, mas ao mesmo tempo temos que manter a segurança jurídica, que não é mais que um aspecto da mesma justiça» (*Ibidem*, p. 163).

¹³⁵ *Ibidem*, p. 160: «É impossível estabelecer uma linha mais precisa de separação entre os casos em que estamos frente a leis que não são Direito e os outros em que, apesar de seu conteúdo injusto, as leis continuam conservando sua validez. Mas se pode estabelecer em toda precisão outra linha divisória: quando nem sequer se aspira a realizar a justiça, quando na formulação do Direito positivo se deixa de lado conscientemente a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, então não estamos só ante uma lei que estabelece um “Direito defeituoso”, e sim, melhor dizendo, o que ocorre é que estamos ante um caso de ausência de Direito. Porque não se pode definir o Direito, inclusive o Direito positivo, se não é dizendo que é uma ordem estabelecida com o sentido de servir à justiça».

¹³⁶ Gustav RADBRUCH. *Propedeutica alla filosofia del diritto*, p. 117, afirma que «quando la ingiustizia del diritto positivo raggiunge una tale misura che la certezza del diritto garantita dal diritto positivo, di fronte a questa ingiustizia, non há affatto più peso: in un tale caso, il diritto positivo ingiusto deve cedere alla giustizia».

Segunda Grande Guerra, após a qual, à diferença de RADBRUCH, reforça as suas convicções teóricas sobre o positivismo jurídico.¹³⁷ Ao contrário do pensador alemão, KELSEN parte do ideário neokantista na diferença entre o dever-ser e o ser, porque «aparecem como categorias últimas e não ulteriormente deduzíveis».¹³⁸

Assim como foi exposto no caso de RADBRUCH, é preciso tecer algumas considerações sobre o positivismo de KELSEN, porque é nesse discurso que se enquadra sua concepção sobre a justiça.

Já em 1927, no artigo titulado «Die Idee des Naturrechts»,¹³⁹ KELSEN parte da premissa que tanto o direito positivo quanto direito natural possuem um sistema de normas, sendo a «norma» como conceito encerra sempre um dever-ser.¹⁴⁰ Já quando se fala da fonte de uma norma, se alude à razão de validade específica. A norma de direito natural, de um lado, vale pelo seu conteúdo interno (bom, justo); a norma de direito positivo, de outro, vale porque estabelecida pela autoridade. A validade formal, portanto, é ínsita ao direito positivo.¹⁴¹ As normas de direito natural não precisam de coação porque são evidentes (como as regras da lógica), e pressupõem um comportamento espontâneo, acorde com a natureza do próprio homem.¹⁴² Por isso é que, segundo a teoria do direito natural, suas normas realizam-se por si mesmas.¹⁴³ Já as normas de direito positivo precisam de coação

¹³⁷ Com efeito, em *General Theory of Law and State*, p. xvii, KELSEN diz o seguinte: «It seems, therefore, that a pure theory of law is untimely today, when in great and important countries, under the rule of party dictatorship, some of the most prominent representatives of jurisprudence know no higher task than to serve – with their “science” – the political power of the moment. If the author, nevertheless, ventures to publish this general theory of law and State, it is with the belief that in the Anglo-American world, where freedom of science continues to be respected and where political power is better stabilized than elsewhere, ideas are in greater esteem than power; and also with the hope that even on the European continent, after its liberation from political tyranny, the younger generation will be won over to the ideal of an independent science of law; for the fruit of such a science can never be lost».

¹³⁸ Reinhold ZIPPELIUS. *Filosofia do direito*, p. 44. O mesmo autor, explicando o pensamento kelseniano, afirma (*ibidem, idem*) que «A ciência do direito tem a ver com normas, portanto com um dever-ser, e não com um ser. Se o direito for reconduzido a factos psíquicos ou sociológicos, as categorias do ser e do dever-ser, separadas por um abismo intransponível, misturam-se entre si. Por sua vez, o facto de alguma coisa dever ser só poder ser fundamentado a partir de um dever-ser; do facto de alguma coisa ser não pode resultar que alguma coisa deva ser».

¹³⁹ Hans KELSEN. «La idea del derecho natural». In *La idea del derecho natural y otros ensayos*.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 24.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 19-20.

¹⁴² *Ibidem*, p. 20-21.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 23.

porque não possuem evidência imediata e porque o homem pode agir de forma distinta ao ordenado.¹⁴⁴

Entretanto, segundo KELSEN, o direito natural confunde essa nítida separação, acreditando que, pela evidência das suas normas, não precisa de coação exterior e, portanto, acaba desprezando o direito positivo. A partir daí, o direito natural pretende deslocar-se da esfera do dever-ser para o ser, contemplando a lei positiva como se fosse uma lei natural.¹⁴⁵ Mas o direito positivo, desde seu próprio ponto de vista, é ser e dever-ser ao mesmo tempo: é ser porque repousa na realidade da conduta efetiva dos destinatários das normas; é dever-ser porque valora essa como jurídica ou antijurídica, sendo que dever-ser, aqui, não é sinônimo de bom nem de justo.¹⁴⁶

Já desde a primeira edição da *Reine Rechtslehre* (1934)¹⁴⁷ KELSEN anuncia que seu interesse é desenvolver uma «teoria depurada de toda ideologia política e de todo elemento científico-natural, e ciente da sua peculiaridade em razão da legalidade própria do seu objeto».¹⁴⁸ Quando KELSEN fala de «teoria pura do Direito» quer destacar a importância de um método científico destinado a obter a cognição do Direito. *Puro* é, portanto, a ciência jurídica; a *pureza* está no método.¹⁴⁹ Isso colide, naturalmente, com a forma como, segundo

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 20-21.

¹⁴⁵ Em palavras de KELSEN (*ibidem*, p. 25): «[A teoria do direito natural] se siente inducida a ello por la idea de que en el precepto de Derecho natural la consecuencia de la condición está dada hasta tal punto con evidencia inmediata que hace superflua toda coacción “exterior”, así que también aquí la consecuencia se realza por sí misma y con “interior necesidad”. Con ello interpreta mal esta necesidad, (que es sólo otra palabra en lugar de “legalidad” y expresa tanto la legalidad causal como la normativa) dándola como causal, y de aquí confundiéndola con una necesidad natural, con lo cual se liga la consecuencia a la condición en el precepto de Derecho natural a la manera de la legalidad causal, esto es en el sentido de un “ser” y no de un “deber ser”. La Ley jurídica es convertida en una ley natural».

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 26.

¹⁴⁷ Hans KELSEN. *La teoría pura del Derecho*, 2ª ed.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 25 ss. Em obra posterior, Hans KELSEN. *General Theory of Law and State*, p. xiv, sustenta que «a science has to describe its object as it actually is, not to prescribe how it should be from the point of view of some specific value judgments. The latter is a problem of politics, and, as such, concerns the art of government, and activity directed at values, not an object of science, directed at reality». Portanto, a teoria pura rejeita ser uma metafísica do Direito, porque visa a encontrar seu fundamento de validade não fora dele, mas dentro, e porque se limita a uma análise estrutural do direito positivo (*Ibidem*, p. xv). Cfr., também, Hans KELSEN. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., p. 1-2. Já segundo Pierluigi CHIASSONI. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto – I*, p. 333-334, «i principali componenti della “dottrina” o “teoria” pura del diritto, in quanto *teoria generale del diritto* –in quanto *teoria del diritto positivo in generale*– sono, come accennavo prima: (1) una *teoria dei rapporti* tra *diritto e morale*, *diritto e religione*, *diritto e forza*, volta a fornire una ridefinizione scientificamente adeguata dei pertinenti concetti, tra cui, anzitutto, del concetto di diritto positivo; (2) una *teoria delle norme giuridiche*, inclusiva di una concezione della loro forma logica, o “forma

ele, o direito natural encara o fenômeno jurídico, porque tal teoria, apresentando os princípios de direito natural como critério de aprovação ou desaprovação do direito positivo, além de fazê-lo através de juízos de valor sem nenhum grau de objetividade, é, muitas vezes, conservadora, reformadora ou revolucionária, por ser expressão de certos grupos ou interesses de classe. A crítica, favorável ou desfavorável, ocorre com objetivos políticos e jamais científicos.¹⁵⁰

A mesma linha de raciocínio sobre o direito natural e o direito positivo se encontra em *General Theory of Law and State* (1945). KELSEN ali exprime que as normas de direito natural e de direito positivo são unicamente expressáveis mediante um *ought*, mas que é necessário desvincular o *ought* próprio do direito positivo dos conceitos de «bom», «correto» ou «justo». Eles só pertencem ao direito natural. O *ought* do direito positivo só pode ser hipotético e provém da validade (característica que determina que o *ought* seja obedecido). Enquanto no direito natural a validade é absoluta, no direito positivo é hipotético-relativa, porque depende da norma fundamental, que cria a autoridade, que, por sua vez, cria o Direito.¹⁵¹ Deslocar a validade hipotético-relativa do direito positivo para uma validade absoluta significaria, para KELSEN, uma intrusão da metafísica na ciência.¹⁵²

fundamentale”; (3) una *teoria dei concetti giuridici fondamentali* (sanzione, dovere giuridico, diritto soggettivo, responsabilità, soggetto di diritto, persona giuridica, ecc.); (4) una *teoria delle relazioni tra norme giuridiche o teoria della struttura degli ordinamenti giuridici*; (5) una *teoria dei rapporti tra diritto e stato*; (6) una *teoria dei rapporti tra ordinamenti giuridici*; (7) una *teoria dell’interpretazione giuridica*». Para uma exposição e análise crítica da obra de KELSEN na sua tentativa de demonstrar a validade das teses positivistas (separação entre Direito e moral e separação entre Direito e poder), cfr. Luis Fernando BARZOTTO. *O positivismo jurídico contemporâneo*, 2ª ed., p. 31 ss., esp. 57 ss.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 11. Assim, segundo afirma Matthias JESTAEDT. «A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen». In *Revista brasileira de estudos políticos*, p. 15-16, «Kelsen, o protagonista da “teoria pura do direito”, sempre manteve uma vigília rigorosa no sentido de que suas preferências políticas não interferissem em suas análises de teoria jurídica ou de teoria democrática. Ainda se não lhe fosse sempre possível dissimular, em suas análises teóricas, uma inclinação para seu objeto, ele buscava conscientemente separar o conhecimento científico de sua adesão em favor da democracia, fato que, aliás, não o impedia de expressar em outros contextos, claramente distintos, sua preferência pessoal nas relações políticas. Tratava-se, na sua visão, de proceder de modo que os diferentes papéis da ciência e da política, incompatíveis entre si, e suas diferentes perspectivas incomparáveis, não os sobrepujassem pelo sincretismo metodológico e nem se confundissem. Em contrapartida, ele não adotava posições políticas explícitas, limitando-se a considerá-las impróprias para uma demonstração científica completa. No *locus* em que o observador restrito à neutralidade e à objetividade científica, em que a teoria do conhecimento impõe ao cientista um relativismo estrito de valores determinando seu silêncio, aí o indivíduo Kelsen, o *homo politicus*, pôde sem receio revelar suas preferências pessoais, subjetivas».

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 393-395.

¹⁵² *Ibidem*, p. 396.

Paralelamente, KELSEN realiza uma devastadora crítica contra o direito natural. Partindo da premissa de que direito natural e o direito positivo consagram ordens normativas (a primeira, inspirada na natureza, na razão, em Deus, edificada fora de qualquer ingerência humana etc; a segunda, pelo contrário, como nítido produto humano, portanto imperfeita), existe uma necessidade mútua: *individualizar as normas gerais*. Daí a pergunta que se coloca é: pode o direito natural manter sua existência dissociada do direito positivo? No mínimo, o direito natural, na solução de uma controvérsia, deveria ser capaz de criar uma norma individual de direito natural que corresponda à norma geral de direito natural. Mas essa norma individual unicamente pode ser uma norma de direito positivo... porque não pode ser produzida senão por mediação de ato humano¹⁵³ (salvo que se entenda que aqueles que julgam uma controvérsia aplicando normas de direito natural não são humanos).

Concretamente sobre o tema da justiça, desde cedo KELSEN a identifica com a ideia de felicidade¹⁵⁴ e, inclusive, afirma categoricamente que se trata de uma ideia irracional e inacessível ao conhecimento humano.¹⁵⁵ Diante da pergunta de se um direito dado é ou não justo, ele afirma que não pode ser respondida nem de forma científica nem através de uma cognição racional por tratar-se de um juízo de valor, determinado por fatores emocionais, ora apenas válido para o sujeito que emite tal juízo.¹⁵⁶

¹⁵³ *Ibidem*, p. 397-398.

¹⁵⁴ Hans KELSEN. *La teoría pura del Derecho*, 2ª ed., p. 38; *General Theory of Law and State*, p. 6; *¿Qué es la justicia?*, 3ª ed., p. 11 ss. (esse último texto data de 1953).

¹⁵⁵ Hans KELSEN. *La teoría pura del Derecho*, 2ª ed., p. 41: «Hay sin duda una Justicia, sólo que no se deja determinar –o lo que es lo mismo, determinar unívocamente–, es en sí misma una contradicción, y en esta contradicción está el encubrimiento típicamente ideológico del verdadero estado de cosas asaz doloroso. La Justicia es un ideal irracional. Por indispensable que sea al querer y al obrar del hombre, no es accesible al conocimiento». Entretanto, algumas páginas depois, KELSEN modera essa afirmação (*ibidem*, p. 45-46): «Aunque es enérgicamente acentuada la distinción entre Justicia y Derecho, quedan sin embargo ligados entre sí por hilos más o menos visibles. Para ser Derecho, se enseña, el orden estatal positivo ha de tener alguna participación en la Justicia, bien haya de realizar un mínimum ético, bien tenga que ser un intento –aunque sólo deficiente– de ser Derecho recto, es decir, cabalmente justo. Para ser “Derecho”, el Derecho positivo ha de responder en alguna medida, por modesta que sea, a la Idea de Derecho». Porém, tal moderação não se encontra mais em *General Theory of Law and State*, p. 13: «That only one of these two orders is “just” cannot be established by rational cognition. Such cognition can grasp only a positive law. Only this can be an object of science: only this object of a pure theory of law, which is a science, not metaphysics, of the law. It presents the law as it is, without defending it by calling it just, or condemning it by terming it unjust. It seeks the real and possible, not the correct law. It is in this sense a radically realistic and empirical theory. It declines to evaluate positive law».

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 6. Posteriormente, em *¿Qué es la justicia?*, 3ª ed., p. 22-23, KELSEN coloca o exemplo de um prisioneiro de um campo de concentração em que a fuga é impossível. Coloca-se, ali, se é moral ou não o

No entanto, é em *Das Problem der Gerechtigkeit* (apêndice da segunda edição da *Reine Rechtslehre* de 1960) onde KELSEN oferece suas últimas ponderações sobre o que ele pensa sobre a justiça no marco da sua teoria positivista. À diferença dos textos anteriores, KELSEN não nega a existência de uma justiça mediante a qual possa ser apreciada ou valorada uma ordem jurídica, *só que a validade dela independe completamente de tais valorações*.¹⁵⁷

Com efeito, diz o jurista:

[A justiça é] a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração de conduta. A conduta, que é um fato da ordem do ser existente no tempo e no espaço, é confrontada com uma norma de justiça, que estatui um dever-ser. O resultado é um juízo exprimido que a conduta é tal como –segundo a norma de justiça– *deve ser*, isto é, que a conduta é valiosa, tem um valor de justiça positivo, ou que a conduta não é como –segundo a norma de justiça– *deveria ser*, porque é o contrário do que deveria ser, isto é, que a conduta é desvaliosa, tem um valor de justiça negativo.¹⁵⁸

Nada obstante, esse juízo valorativo deve ser extraído em se tratando de normas de direito positivo. Eis o raciocínio de KELSEN:

Ora, não é possível que algo deva ser e não deva ser ao mesmo tempo. Portanto, do ponto de vista de uma norma de justiça considerada como válida, não pode ser considerada válida uma norma do direito positivo que a contradiga, assim como, do ponto de vista de uma norma do direito positivo tida como válida, não poder ser considerada válida uma norma de justiça que a contrarie (...). Não podemos considerá-las simultaneamente válidas. Portanto, não pode existir uma norma do direito positivo considerada como válida que possa ser julgada como injusta do ponto de vista de uma norma de justiça tida simultaneamente como válida. Por isso, nem de um ponto de vista nem de outro pode valer uma norma injusta do direito positivo. Uma norma jurídica positiva não pode, por conseguinte, ser injusta, nem a partir de um dos pontos de vista nem a partir do outro.¹⁵⁹

Em outras palavras, não há um conceito definitivo ou *absoluto* de justiça, mas pode haver um conceito *relativo* de justiça por existir uma diversidade de normas contraditórias entre si, sendo que essa justiça relativa pouco ou nada importa para a validade da norma jurídica positiva e, em geral, da ordem jurídica positiva.¹⁶⁰

suicídio, isto é, se vale mais a vida do que a liberdade. Assim, sustenta KELSEN, esta só pode ser uma solução subjetiva, jamais podendo alcançar uma validade universal.

¹⁵⁷ Hans KELSEN. *O problema da justiça*, p. 70.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 4.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 9.

¹⁶⁰ Afirma KELSEN (*ibidem*, p. 68) que «a norma de justiça que prescreve um determinado tratamento dos homens constitui um valor absoluto quando surge com a pretensão de ser a única válida, isto é, quando exclui

Tudo isso, aliás, deve ser complementado com o que KELSEN expôs na segunda edição da *Reine Rechtslehre* sobre Direito e moralidade. O jurista começa fazendo ênfase em indicar que, enquanto a ciência jurídica descreve o Direito, a ética faz o próprio com a moral, não se podendo confundir ambas as coisas.¹⁶¹ Direito e moral não podem ser distinguidos por ser o primeiro externo e a segunda interna (uma conduta é moral se o motivo e a própria conduta se ajusta a uma norma moral), nem porque diverjam na forma de produção ou aplicação das suas normas. A distinção radica em «*como* ambas as ordens prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana», isto é, na existência do ato de coerção socialmente organizado no Direito; já a coerção moral é a aprovação ou desaprovação da conduta.¹⁶²

Daí que o jurista de Viena coloca duas hipóteses sobre a relação entre Direito e moral: (i) que relação *existe?* e (ii) que relação *deve existir?* Na primeira, costuma se dizer, respectivamente, (i.1) que se uma ordem prescreve o que a moral proíbe, ou, vice-versa, proíbe o que a moral prescreve, essa ordem não é Direito porque não é justo; (i.2) que uma ordem pode não *ser* moral mas *deve sê-lo*. No que tange ao primeiro ponto –insiste KELSEN–, sustenta-se que o Direito só vale no domínio da moral, tendo de se pressupor uma única moral válida, que fornece um valor absoluto.¹⁶³

No entanto, imediatamente KELSEN rejeita essa hipótese: desde um ponto de vista do conhecimento científico não existem valores absolutos, mas sistemas de valores morais diferentes e contraditórios entre si, dependendo das circunstâncias históricas e culturais. Ao afirmar que o Direito deve ter um *conteúdo* moral –ou seja, que suas normas devem ser

a possibilidade de qualquer outra norma que prescreva um diferente tratamento dos homens. Uma tal norma de justiça, constitutiva de um valor absoluto, apenas pode –como já se acentuou– provir de uma autoridade transcendente –e é assim que ela se coloca em face do direito enquanto sistema de normas que são postas por meio de atos humanos na realidade empírica. Então surge um dualismo característico: o dualismo de uma ordem transcendente, ideal, que não é estabelecida pelo homem mas lhe está supra-ordenada, e uma ordem real estabelecida pelo homem, isto é, positiva». Evidentemente, KELSEN nega esse conceito absoluto da justiça dado que, a partir das suas convicções teóricas, parte de um *relativismo axiológico* (*ibidem*, p. 69) e exprime que, «admitindo-se a possibilidade de normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias, no sentido, não de que duas normas de justiça contraditórias possam ser tidas ao mesmo tempo como válidas, mas no sentido de que uma ou outra das duas normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias pode ser tomada como válida, então o valor de justiça apenas pode ser relativo; e, nesse caso, toda ordem jurídica positiva tem de entrar em contradição com qualquer destas diversas normas de justiça –pelo que, consequentemente, não poderá haver nenhuma ordem jurídica positiva que deva ser considerada como não válida por estar em contradição com qualquer uma destas normas de justiça».

¹⁶¹ Hans KELSEN. *Teoria pura do Direito*, 8ª ed., p. 67 ss.

¹⁶² *Ibidem*, p. 68-71.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 71-72.

justas para serem tidas como jurídicas—, dever-se-ia demonstrar que tais normas devam possuir algo comum a todos os sistemas morais enquanto sistemas de justiça. Mas isso não existe diante das diversas concepções do que é bom, ruim, justo ou injusto. A única característica compartilhada é o fato de as normas morais serem espécies de normas sociais e que implicam um dever-ser (porque normas).¹⁶⁴ Isso faz com que se diferencie se a moral tem a ver com o *conteúdo* ou apenas com a *forma* do Direito, tal como KELSEN explica:

Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta humana. Então, neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo). Isto, porém, quer dizer: a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma. Não se poderá então dizer, como por vezes se diz, que o Direito não é apenas norma (ou comando), mas também constitui ou corporiza um valor. Uma tal afirmação só tem sentido pressupondo-se um valor divino absoluto. Com efeito, o Direito constitui um valor precisamente pelo fato de ser norma: constitui o *valor jurídico* que, ao mesmo tempo, é um valor moral (relativo). Ora, com isto mais se não diz senão que o Direito é norma [sic].¹⁶⁵

Mas KELSEN vai além: se o Direito é essencialmente moral, então não faz sentido afirmar que o Direito *deve ser* moral. Daí que a ordem jurídica é independente, e só assim caberia um juízo de *dever-ser* decorrente de um *determinado* sistema moral. Isso quer dizer que não se confronta o Direito com uma moral absoluta senão relativa e, portanto, esse juízo moral seria um juízo de valor relativo, incapaz de fornecer um padrão absoluto para valoração de uma ordem jurídica positiva.¹⁶⁶ E arremata KELSEN sustentando que o que é não pode ser nem bom nem ruim, sendo que qualquer legitimação moral do Direito é irrelevante. A ciência jurídica não tem por missão aprovar ou desaprovar seu objeto de conhecimento, mas apenas conhecê-lo e descrevê-lo. E se a moral não prescreve obediência às normas jurídicas em todas as circunstâncias, separar Direito e moral significa que a validade destas não pode depender de nenhum tipo de ordem moral.¹⁶⁷

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 73-74.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 74.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 75-76.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 76 ss.

4.3. *Segue. Influência no debate entre H. L. A. HART e Lon FULLER*

Como pode se apreciar dos dois itens anteriores, o fio discursivo foi a colocação da justiça no pensamento filosófico de KANT, RADBRUCH e Kelsen. Procuramos apresentar o contexto teórico de cada um desses autores onde a justiça tem presença, no marco da separação (ou conexão) entre Direito e moral. Nossa opinião vai ser dada adiante (*infra*, II, 4.4), mas agora consideramos pertinente valer-nos-emos das ideias anteriores para enriquecer nossa exposição sobre o tema que agora nos preocupa. Já foi advertido, aliás, que por ser ele praticamente inexaurível será preciso fazer uma escolha arbitrária dos autores que serão abordados. E mais: em sendo óbvio que o pensamento dos iusfilósofos que se dedicaram a explorar o problema do Direito e da moral muitas vezes resulta ser de grande complexidade, teremos que ajustar o discurso para retirar dele o indispensável para nossos propósitos.

Dito isso, começamos com a crítica de HART contra RADBRUCH, na defesa que o primeiro faz da jurisprudência analítica e da tese utilitarista da separação entre «what law is» e «what law ought to be».¹⁶⁸ Segundo o pensador britânico, RADBRUCH e os iusfilósofos alemães que acompanham sua teoria, insistem em «unir o que os utilitaristas separaram precisamente onde esta separação teve maior importância aos olhos dos utilitaristas; no ponto em que eles estavam preocupados com o problema suscitado pela existência de leis moralmente perversas».¹⁶⁹ Em se dando essa hipótese –e aqui HART parece concordar com a teoria utilitarista– haveria uma obrigação moral de resistir tais leis e negar-lhes obediência, mas jamais negar que constituem direito.¹⁷⁰ RADBRUCH teria incorrido, segundo HART, não apenas em uma ingenuidade (*naïveté*) mas em uma enorme sobrevalorização da importância de sustentar que uma regra válida só o seria se estivesse de acordo com a

¹⁶⁸ H. L. A. HART. «Positivism and the Separation of Law and Morals». In *Harvard Law Review*. Vale a pena salientar que não só é uma defesa, mas também uma forte crítica aos maiores representantes dessa teoria, isto é, BENTHAM e AUSTIN. Assim mesmo, não será exposta a teoria hartiana, mas apenas alguns pontos concretos para entender a separação que ele propõe. Para uma exposição e crítica, com proveito, cfr. Luis Fernando BARZOTTO. *O positivismo jurídico contemporâneo*, 2ª ed., p. 97 ss., esp. 106 ss.

¹⁶⁹ H. L. A. HART. «Positivism and the Separation of Law and Morals». In *Harvard Law Review*, p. 616.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 616-617. E mais adiante registra (p. 620): «For if we adopt Radbruch's view, and with him and the German courts make our protest against evil law in the form of an assertion that certain rules cannot be law because of their moral iniquity, we confuse one of the most powerful, because it is the simplest, forms of moral criticism. If with the Utilitarians we speak plainly, we say that laws may be law but too evil to be obeyed».

pergunta «Deveria esta regra ser obedecida?».¹⁷¹ Finalmente, HART argumenta que a afirmação de que uma lei perversa não é lei seria uma ideia que muitas pessoas não acreditariam e, ademais, perder-se-ia a bondade do criticismo moral que, na hipótese de aceitar que uma regra é válida porém não merece ser obedecida, seria mais aceito e compreendido por todos.¹⁷²

Aqui faz a sua incursão Lon L. FULLER. Ele parte da premissa que o Direito, se concebido como ordem, deve ser no mínimo *funcional*. Isso implica que o Direito contém sua própria moralidade (*implicit morality*), que deve ser respeitada para criar «qualquer coisa que possa ser chamada de Direito, inclusive mau Direito».¹⁷³ Essa moralidade interna, segundo FULLER, explica-se na aceitação de uma *basic norm* que confere a uma autoridade ser a única possível fonte de criação de Direito.¹⁷⁴ Mas não só: também existe uma «moralidade externa ao Direito», que consiste na exigência de uma autoridade criadora do Direito estar baseada em atitudes morais.¹⁷⁵ Para FULLER, o Direito não é auto-produzido: o Direito não pode ser construído com base no próprio Direito.¹⁷⁶

Já nessa altura fica clara a defesa que FULLER faz da tese de RADBRUCH. O pensador estadunidense, por exemplo, exprime que as leis secretas do regime nazista¹⁷⁷ e o constante desrespeito das cortes alemãs pelas próprias leis do regime¹⁷⁸ viola gravemente a moralidade implícita do Direito. Assim, um projeto que vise a gerar uma *fidelity to Law* (à qual contribui em maior medida, segundo FULLER, um sistema com Constituição escrita) não só pode se basear na aceitação da autoridade, mas também na própria aceitação geral, e para isso é preciso que exista uma crença geral de que a Constituição é necessária, correta e

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 618.

¹⁷² *Ibidem*, p. 620-621.

¹⁷³ Lon L. FULLER. «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart». In *Harvard Law Review*, p. 644-645.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 645.

¹⁷⁵ *Ibidem, idem*.

¹⁷⁶ *Ibidem, idem*. Com efeito, tal como indica BARZOTTO. *O positivismo jurídico contemporâneo*, 2ª ed., p. 19 ss., uma das características que inspiram o positivismo moderno é a tentativa de obter um conceito autônomo do Direito, em que elementos morais estão excluídos. A outra, como foi indicado, é a separação entre Direito e poder, ou seja, a fundação do Direito não no poder político, mas na conformidade com uma norma jurídica superior.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 651.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 652.

boa.¹⁷⁹ A fidelidade ao Direito, portanto, é um alto ideal moral que depende dos seus destinatários. E isso, segundo esse raciocínio, não existiu no regime hitleriano (a postura de FULLER, aliás, não está desprovida de juízos valorativos a respeito desse regime).¹⁸⁰

Finalmente, o jusfilósofo estadunidense critica a diferenciação feita por HART entre uma lei válida e uma lei válida, mas o suficientemente perversa como para ser obedecida. Afirma que a confusão moral chegaria ao limite se um tribunal rejeitasse aplicar uma lei apesar de considerá-la como válida, sendo que não existe um verdadeiro dilema entre ter a obrigação moral de obedecer uma lei perversa e a obrigação –também moral– de fazer o que consideremos ser bom e decente,¹⁸¹ sendo preferível a solução radbruchiana, isto é, o dilema de restaurar a ordem e a justiça, mesmo que uma não possa ser realizada sem a outra.¹⁸²

A resposta de HART veio com sua principal obra, de vasta influência na teoria do Direito contemporânea: *The Concept of Law*.¹⁸³ No que tange ao tema que nos preocupa, HART propõe-se analisar: (i) as esferas de moralidade geral, a ideia específica de justiça e sua eventual conexão com o Direito; (ii) a distinção entre regras e princípios morais de regras jurídicas e outros tipos de regras sociais ou standards de conduta; e (iii) os sentidos em que é dito que regras jurídicas e morais estão relacionadas. Isso é desenvolvido nos capítulos VIII e IX de *The Concept of Law*.

No concernente ao ponto (i), HART afirma que a justiça, como juízo moral, adquire uma maior especificidade: nem tudo pode ser qualificado de «justo» ou «injusto». «Bom»,

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 642. Diz FULLER (*Ibidem*, p. 632): «Law, as something deserving loyalty, must represent a human achievement; it cannot be a simple fiat of power or a repetitive pattern discernible in the behavior of state officials. The respect we owe to human laws must surely be something different from the respect we accord to the law of gravitation. If laws, even bad laws, have a claim to our respect, then law must represent some general direction of human effort that we can understand and describe, and that we can approve in principle even at the moment when it seems to us to miss its mark».

¹⁸⁰ Argumenta FULLER (*ibidem*, p. 646): «We have instead to inquire how much of a legal system survived the general debasement and perversion of all forms of social order that occurred under the Nazi rule, and what moral implications this mutilated system had for the conscientious citizen forced to live under it».

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 655-656.

¹⁸² *Ibidem*, p. 656-657.

¹⁸³ H. L. A. HART. *The Concept of Law*, 2ª ed. A edição original é de 1961, mas trabalhamos com a edição de 1994 (póstuma) que vem acompanhada do famoso (e incompleto) *Postscript*. Esse último foi publicado separadamente, sob a tradução ao espanhol e um estudo preliminar de Rolando TAMAYO Y SALMORÁN: H. L. A. HART. *Post scriptum al concepto del Derecho*.

«ruim», «correto» ou «incorreto» nem sempre equivale a uma concepção de justiça como criticismo moral. Ao criticar o Direito desde a perspectiva de justiça, muitas vezes esta noção cabe naquele de «equidade» (*fairness*) que concerne à distribuição de bens e compensações judiciais, mas também remete a um balanço e proporção no tratamento dos indivíduos (*treat like cases alike and different cases differently*).¹⁸⁴ HART, entretanto, reconhecendo essa máxima como um *elemento central da ideia de justiça*, é claro ao dizer que é incompleta e, a princípio, não oferece nenhuma guia de conduta. Na determinação do que significa «alike» ou «different» também entra a justiça, mas dessa vez mediante algum critério móvel (*shifting*) ou variável. Aqui HART distingue entre qualificar a justiça ou injustiça de uma *lei* e da sua *aplicação*, dizendo que o último exercício sói ser mais fácil. É a primeira a que entranha dificuldades, já que «diferenças fundamentais, em geral percepções morais e políticas, podem conduzir a diferenças irreconciliáveis ao ponto de quais as características dos seres humanos não de ser entendidos como relevantes para o criticismo do Direito como injusto».¹⁸⁵ Esses critérios podem variar a partir da percepção moral de determinada pessoa ou sociedade (e aqui HART trabalha com um exemplo da sua época: a ainda latente segregação racial nos Estados Unidos), sendo que considerações sobre a justiça ou injustiça de uma lei podem ser impugnadas por uma moralidade diferente¹⁸⁶ e, inclusive, a justiça poderia conflitar com valores que o Direito pode ter ou não, como seria o caso do sacrifício do «*treat like cases alike*» em prol do bem-estar da sociedade, que muitas vezes é vinculada à justiça social.¹⁸⁷

Já no ponto (ii), HART afirma que embora os requisitos das regras jurídicas sejam mais específicos dos que os das regras da moral, ambas as regras concernem a um dever-ser, seja positivo ou negativo. Ambas estão destinadas a seres que são capazes de cumpri-las, são obrigatórias a despeito do consentimento do indivíduo (aqui HART entende essas regras morais como pertencentes a uma moral social, diferente segundo a sociedade que se trate), podem possuir um conteúdo similar (por exemplo, não exercer violência contra pessoas ou a propriedade, desenvolver um grau de honestidade e lealdade, etc.) e ambas demandam exigências que devem ser satisfeitas por um grupo que visa a progredir na

¹⁸⁴ H. L. A. HART. *The Concept of Law*, 2ª ed., p. 157-159.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 161.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 163.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 166-167.

convivência. Mas existem características que as regras morais e jurídicas não compartilham e as consequências que essa diferença traz.¹⁸⁸ Por exemplo, uma regra jurídica pouco importante para ser mantida é repelida, mas isso não faz com que deixe de ser jurídica; já uma regra moral pouco importante simplesmente deixa de ser parte da moral social.¹⁸⁹ Outro caso é que as regras jurídicas podem mudar deliberadamente por uma decisão humana (do Parlamento, por exemplo), o que não ocorre na moral.¹⁹⁰ E mais um ponto de distinção é a pressão para cumprimento das regras jurídicas e da moral: nas primeiras é comum a existência de ameaças ou consequências negativas; nas segundas, são característicos apelos ao respeito delas por serem importantes para a sociedade (aliás, para HART, isso não é equivale à identificação entre «jurídico-externo» e «moral-interna»).¹⁹¹

É no ponto (iii) em que HART chega à sua conclusão sobre a separação entre Direito e moral, e é aqui, também, onde oferece sua resposta às críticas de FULLER. O jusfilósofo britânico começa fazendo uma drástica afirmação: o desenvolvimento do Direito, em todo tempo e lugar, foi profundamente influenciado pela moral convencional, pelas ideias de um particular grupo social e inclusive pela moral de indivíduos que transcendeu à moral aceita nesse momento. Entretanto, não é necessariamente verdade que as regras jurídicas, para serem válidas, *devam* reproduzir ou satisfazer certas exigências de moralidade, mesmo que, de fato, *às vezes o façam*.¹⁹²

Em primeiro lugar, HART arremete contra o direito natural. Assim, critica a associação que se faz com as leis da natureza, porque elas possuem um sentido totalmente diverso às leis jurídicas, já que aquelas implicam uma descoberta e não podem ser violadas, apenas reformuladas se estiverem erradas. Assim mesmo, predicar uma visão teleológica da

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 170-172.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 175: «A legal rule may be generally thought quite unimportant to maintain; indeed it may generally be agreed that it should be repealed: yet it remains a legal rule until it is repealed. It would, on the other hand, be absurd to think of a rule as part of the morality of a society even though no one thought it any longer important or worth maintaining».

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 175-178.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 179-180. Lembre-se que, para KELSEN. *Teoria pura do Direito*, 8ª ed., p. 68, «há ainda normas morais que prescrevem uma conduta do homem em face de si mesmo, como a norma que proíbe o suicídio ou as normas que prescrevem a coragem ou a castidade. O certo, porém, é que também estas normas apenas surgem na consciência de homens que vivem em sociedade. A conduta do indivíduo que elas determinam apenas se refere imediatamente, na verdade, a este mesmo indivíduo; mediatamente, porém, refere-se aos outros membros da comunidade».

¹⁹² H. L. A. HART. *The Concept of Law*, 2ª ed., p. 185-186.

natureza, segundo o jusfilósofo, minimiza a diferença entre «o que acontece regularmente» e o que «deveria acontecer».¹⁹³ Sustenta, também, o fato de o homem não apontar a um objetivo como ser porque assim o deseja, senão de desejá-lo porque é seu objetivo natural.¹⁹⁴ Agora, para HART, o que naturalmente acontece com o homem como ser (no campo biológico) é bem diferente dos juízos que refletem convenções ou prescrições humanas, que não se descobrem pelo pensamento nem pela reflexão.¹⁹⁵ O jurista pergunta-se, daí, quais seriam essas leis naturais descobertas pela razão e sua relação com o Direito e a moral (ambos humanos). E responde: sendo que os seres humanos teriam como objetivo, falando genericamente, *viver*, essas regras de conduta que toda organização social deve possuir para ser viável seriam nada mais que óbvias generalizações (truísmos) que inclusive constituiriam elemento comum entre Direito e moral. Esses truísmos, para HART, seriam o *conteúdo mínimo do direito natural*.¹⁹⁶

Dito tudo isso, o pensador britânico chega ao cerne do assunto: validade jurídica e o valor moral.¹⁹⁷ Ele aceita que normalmente o Direito segue a moral, como é o caso das sociedades em que a escravidão era permitida. Inclusive em sociedades não escravistas, o Direito e também a moral social não reconheciam que todos os seres humanos mereciam uma proteção mínima diante de outros. Partindo da premissa de que um sistema jurídico envolve uma voluntária aceitação das regras e um comportamento de obediência ou aquiescência, a evolução de uma sociedade pode envolver dois extremos: estabilidade na obediência ou opressão, o que originaria agitação social (*upheaval*).¹⁹⁸

¹⁹³ Essa parece ser, por exemplo, a diferença que faz Frederick SCHAUER. *Playing by the rules*, p. 2 ss., entre *descriptive rules*, como a lei da gravidade, e *prescriptive rules*, como as que soem aparecer no Direito. Aquelas visam explicar o mundo; essas, a aplicar pressão no mundo e na conduta do sujeito ao que vai destinada.

¹⁹⁴ H. L. A. HART. *The Concept of Law*, 2ª ed., p. 186-190.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 190 ss.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 192-193. Para HART (*ibidem*, p. 194-200) os truísmos seriam (i) vulnerabilidade humana, (ii) aproximada igualdade de condições entre os seres humanos, (iii) altruísmo limitado, (iv) recursos limitados e (v) entendimento e força de vontade limitados.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 200.

¹⁹⁸ Registra HART (*ibidem*, p. 202): «the step from the simple form of society, where primary rules of obligation are the only means of social control, into the legal world with its centrally organized legislature, courts, officials, and sanctions brings its solid gains at a certain cost. The gains are those of adaptability to change, certainty, and efficiency, and these are immense; the cost is the risk that the centrally organized power may well be used for the oppression of numbers with whose support it can dispense, in a way that the simpler regime of primary rules could not»

Isso, no entanto, não significa uma *conexão necessária* entre Direito e moral, e para isso HART oferece seis razões:¹⁹⁹

(i) Negando que a validade do Direito resida no hábito de obediência (modelo austíniano), existe coerção contra aqueles que consideram que moralmente não é obrigatória a conduta imposta nem que aqueles que aceitam o sistema o façam seguindo parâmetros morais.

(ii) As formas como algumas ordens jurídicas refletem a moral são enormes mas indefinidas (*myriad*), sendo que o próprio Direito é que remete à moral. Aqui HART, sarcasticamente, exprime que se essa é apenas a conexão sustentada entre Direito e moral... então ela deve ser aceita.²⁰⁰

(iii) Na interpretação concernente aos casos de *open texture of law*, os juízes costumam decidir conforme a princípios morais e não a mera aplicação de um único princípio moral superior (*single outstanding moral principle*), já que quando o Direito não é claro, a moral só ter uma resposta mais clara para oferecer. Entretanto, esse juízo é longe de ser arbitrário ou mecânico, ao ponto de não poder ser demonstrado que a decisão é única ou correta. Isso, porém, não envolve uma *conexão necessária*.

(iv) Diante da pergunta sobre se a moral a que, em tese, o Direito deveria se corresponder é a moral aceita pelo grupo ao qual tal Direito pertence, responde-se que isso não explica o fato de certos órgãos (aqui HART faz menção aos *municipal legal systems*) tenham perdurado apesar de terem desprezado (*flouted*) princípios de justiça.

(v) Tendo afirmado HART, alguns capítulos atrás, que a ideia de justiça, na sua forma mais simples, seria a aplicação da mesma lei geral a uma multiplicidade de pessoas,²⁰¹ constata-se que inclusive as leis mais perversas podem ser aplicadas *justamente*. Ademais, se qualquer método de controle social pressupuser que as regras devam ser inteligíveis e não retroativas (embora possam sê-lo excepcionalmente), então isso em nada se diferenciaria dos princípios de legalidade. HART, novamente sarcástico, dessa vez com

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 202.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 204.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 160.

FULLER, diz que se nisso consistisse a conexão entre moral e Direito, de modo que se qualifique isso como *inner morality of law*, então existiria sim tal conexão.

(vi) Finalmente, HART insiste em não haver contradição entre afirmar que uma lei é o suficientemente perversa para ser obedecida e que, por sê-lo, não seja válida. Aqui desenvolve a ideia de que tudo depende da abrangência da palavra «Direito»: em se adotando uma concepção mais ampla, caberia sustentar como válidas aquelas leis formalmente editadas, apesar de que possam ofender a moral social ou uma moral esclarecida ou verdadeira (*enlightened moral*). Já acolhendo uma concepção mais estreita, poder-se-iam excluir as regras moralmente ofensivas. Para HART, essa última posição em nada contribui para entender o Direito como fenômeno social porque nos levaria a excluir certas regras apesar de elas exibirem todas as outras características próprias ao Direito. De nada serve, segundo ele, levar o estudo de essas regras a uma outra disciplina. Já em se aceitando a posição ampla poder-se-ia entender melhor o fenômeno das leis perversas e reação da sociedade contra elas. Mas HART não dá trégua. Ele se pergunta em que medida pode ser melhor o fato de pensar «Isto não é Direito» a «Isso é Direito mas demasiadamente perverso para ser obedecido». Pergunta-se se isso faria os seres humanos mais lúcidos ou prontos a desobedecer quando a moralidade assim o demandar. E HART conclui dizendo que a importância de os escritores clássicos terem separado «what law is» e «what law is ought to be» é que, em assim sendo, os destinatários das leis não fariam juízos apressurados sobre a validade das leis e que não devem ser obedecidas, com todo o custo social que isso implicaria. Recorrendo ao conhecido caso de SÓCRATES, conclui afirmando se acaso não teria valido a pena que as Cortes alemãs do Pós-Guerra tivessem considerado se realmente deviam castigar àqueles que cometeram atos perversos permitidos por leis perversas. E esse conflito –muito delicado, segundo ele– não pode ser solucionado simplesmente negando a validade de leis perversas para qualquer circunstância.²⁰²

²⁰² *Ibidem*, p. 207-212.

4.4. A dimensão moral e a dimensão positiva do Direito: reapreciação da doutrina kantiana²⁰³

Após a exposição desenvolvida precedentemente, chegou o momento de assentar a nossa posição sobre o conflito entre moral e Direito. Como foi assinalado, trata-se de questão da mais alta relevância para dotar de coerência a nossa proposta de modelo ideal de processo justo.

Já vimos que KANT propõe uma teoria da moral cujas leis são construídas independentemente da experiência concreta pelo fato de elas provirem da autonomia ou livre vontade que, por sua vez, tem fundamento na razão prática. Isso serve para determinar qual ação pode ser qualificada como autenticamente moral e qual não. Uma ação que implique tratar a uma pessoa como meio e não como fim não será moral por não ser racional e, portanto, por não ser realmente livre. Uma ação que não possa ser elevada a uma lei universal também não o será. Fica muito claro, portanto, a dimensão da moral e a dimensão da experiência empírica. É o dualismo entre o dever-ser e o ser.

Embora tenha sido frequente contemplar a KANT como pioneiro do jusnaturalismo – principalmente a partir das suas obras em que desenvolve a sua metafísica da moral– tendo em conta seus escritos sobre teoria política e jurídica (concretamente, *A metafísica dos costumes* e os trabalhos que a antecederam) é possível concluir que a separação entre moral e Direito deduz-se das últimas reflexões do filósofo. Tratar-se-ia, portanto, de mais um dualismo: moral (ou direito natural) e direito positivo.

Na esteira da proposta kantiana (e também de Kelsen e Hart), assumimos como premissa que *moral e Direito não se confundem*. Não existe, entre ambas as dimensões, conexão alguma que condicione *necessariamente*, por exemplo, a validade da segunda ao cumprimento da primeira (Hart). Mesmo nos regimes totalitários estamos diante de um autêntico ordenamento jurídico que deve ser obedecido (salvando o caso de existência de

²⁰³ Embora seja importante reconhecer que os ataques de Dworkin ao positivismo hartiano foram importantes, desenvolvê-los pressuporia fugir demasiadamente do nosso tema (já que o aspecto central não versa sobre o positivismo jurídico). Com os autores desenvolvidos nos itens anteriores acreditamos ter exposto as ideias básicas para tomar uma postura. Uma guia segura no debate entre Hart e Dworkin pode ser encontrada em Scott J. Shapiro. «The “Hart-Dworkin Debate: a Short Guide for the Perplexed». In *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*.

ordenamentos superpostos, em que se editam leis desrespeitando os parâmetros de validade). Kelsen e Hart estão certos, em nossa opinião, ao dizer que o verdadeiro Direito é o *direito positivo*. Já a definição dada por Kant não se mostra como correta; nada obstante, ela foi matéria de adequadas reflexões críticas pelos neokantianos, nomeadamente Stammler e Del Vecchio.

No entanto, não participamos da ideia de que a dimensão da moral *não interessam* para o Direito. Muito pelo contrário, o Direito (isto é, o direito positivo) *de fato se estrutura em grande medida a partir de um sistema de valores compartilhado por uma sociedade em um contexto determinado*. O direito positivo, sendo criação humana, espelha determinadas *valorações* presentes em uma comunidade social. Inclusive as leis racistas da Alemanha hitleriana e as leis da escravidão e, posteriormente, de segregação racial nos Estados Unidos, refletiam pelo menos parte de um sistema de valores compartilhado por parte do povo. Essas leis feriam frontalmente as leis universais de liberdade que Kant queria para construção do seu reino dos fins, mas não por isso deixaram de ser direito válido e efetivo nesse então. Os legisladores alemão e estadunidense não consagraram leis racionais no sentido kantiano, violando de forma inaceitável a dignidade, liberdade e igualdade, mas, no final das contas, houve um sistema valorativo em que as leis espelharam-se.

Foi exposto que, para Kant, o legislador tem o *dever moral* de instituir o direito positivo prestigiando os princípios do direito racional, tais como a dignidade, a liberdade e igualdade, consubstanciados todos eles na *ideia de justiça*. São as bases sobre as quais um ordenamento jurídico *teria de ser* construído para chegar ao reino dos fins. Aqui, para sermos coerentes com o pensamento kantiano, seria necessário entender que existiria um *dever-ser* (que viria a ser o direito racional) que se contrapõe com o *ser*, que, neste contexto, é o direito posto, a obra do legislador. Em sendo assim, ambos os âmbitos não podem ser confundidos, sob pena de cair em vício lógico. No raciocínio de Kant, existiria uma referência do ser para o dever-ser porque o primeiro busca estruturar-se a partir do segundo, mas a sua não correspondência (isto é, um *ser* construído sem observar o *dever-ser*) não o invalida. Eles possuem uma essência lógica independente.

Aqui, no entanto, surgem algumas dúvidas. É verdade que no âmbito moral –sempre segundo a teoria kantiana– existem juízos de dever-ser. O fato de não existir a coerção típica do Direito para cumprimento desse dever-ser não o invalida. De outro lado, como é óbvio, no Direito também existem juízos de dever-ser. KELSEN é muito claro ao falar da existência de normas em ambos os âmbitos pelo fato de serem *ordens normativas*. Onde existem normas, existem juízos de dever-ser.

A pergunta que aqui se coloca é se a moral direciona para o Direito seus juízos de dever-ser. Veja-se bem: não ao cidadão, colocando-o na disjuntiva em obedecer a lei moral ou a lei jurídica, senão ao próprio legislador, para que estruture o Direito de acordo com as leis universais de liberdade. Vale a pena salientar que o dever-ser não pode ser direcionado à *ordem jurídica*, porque semelhante juízo, que busca ser obedecido, *só pode recair em alguém que, de fato, possa cumpri-lo*. E esse alguém só pode ser uma pessoa humana, porque é ser racional. Assim, pergunta-se: existe um *dever* do Direito de conformar-se à moral? Note-se que essa questão independe da resposta que o próprio KANT oferece: ele diz que apesar de o legislador não instituir leis de liberdade o cidadão deve obedecer às leis jurídicas. Essa é uma resposta para uma pergunta bem diferente. Tal pergunta seria: o que acontece se o legislador não instituir leis conforme aos princípios racionais oferecidos pela moral? Não é isso, entretanto, o que nos estamos questionando.

A resposta para a pergunta de se existe um dever do Direito de estruturar-se a partir de alguma moral, em nossa visão é negativa. O legislador não *deve* incorporar uma *determinada* moral. A incorporação da moral –ou melhor, de um sistema de valores dado– não é nem pode ser um *dever*. Entre moral e Direito não há uma vinculação «dever-ser/ser». O legislador, na sua tarefa de criação e estruturação do direito positivo, inevitavelmente trabalha, ainda que de forma parcial, com valores da sua própria sociedade. Ele encarrega-se de plasmar esses valores no direito positivo, sendo que a partir dessa operação os valores deixam de serem tais, restando *textos normativos* que, posteriormente, deverão ser interpretados. Quando se alude, portanto, a *valores positivados*, na verdade se fala de elementos que passaram do plano axiológico ao plano da ordem jurídica. *Valores positivados*, embora não seja uma noção exata, é uma forma de expressar a ideia de que uma vez instaurado o direito positivo, existe uma ordem a partir da qual é possível extrair

normas jurídicas. Portanto, não há mais valores. É possível falar, daí, de uma discricionariedade do legislador (nomeadamente o legislador constitucional) no momento de selecionar os valores que decidirá plasmar na ordem jurídica positiva. Em nossa visão isso é verdade porque um valor, no marco de uma Constituição, será positivado com maior ou menor intensidade, sendo que é perfeitamente possível editar regras constitucionais que limitem o exercício da liberdade (*v. gr.*, maior restrição da liberdade de associação) ou da segurança jurídica (*v. gr.*, permitir a retroatividade de um tipo determinado de leis). Que elas sejam adequadas ou inadequadas é uma discussão totalmente diferente; o ponto é que o material de trabalho é agora uma norma jurídica (regra ou princípio) e já não um valor.

Diante dessas considerações poder-se-ia perguntar, com total coerência, de que serviu dedicar uma atenção tão grande à teoria kantiana. Com o intuito de sermos claros, a operação teórica que procuramos fazer é a seguinte: a partir da ética formal kantiana, em que a dignidade, liberdade, igualdade constituem parâmetros cujo respeito leva à formulação do imperativo categórico (formal, sem conteúdo), é possível construir um *sistema valorativo ideal*.²⁰⁴

Entendemos que um *ideal* consiste em *aspirações dignas de serem buscadas*. O próprio ideal, portanto, é um *valor*. Da teoria moral kantiana passa-se a extrair determinados valores que *idealmente* deveriam estar presentes em uma sociedade. Trata-se da consecução do reino dos fins ou comunidade de justiça. Evidentemente, esse reino dos fins não está vazio de conteúdo, porque aquilo que não tem preço ou equivalente tem

²⁰⁴ Na conformação do modelo valorativo ideal é que reside, em grande medida, a importância de termos trabalhado com KANT. Sendo ideal, é *a priori* à experiência humana, ou seja, apenas está baseado na razão. Decerto, trata-se de uma razão situada no século XXI, que continua apreendendo com a história, mas isso não quer dizer que não seja possível formular juízos valorativos universais, destinados a qualificar o comportamento de uma pessoa. O relativismo axiológico, portanto, é uma corrente que suscita muitas dúvidas. Kelsen. *¿Qué es la justicia?*, 3ª ed., p. 30, dizia que «el hecho de que ciertos valores sean en general reconocidos dentro de una determinada sociedad es compatible con el carácter subjetivo y relativo de los valores que afirman estos juicios. El que varios individuos coincidan en un juicio de valor no prueba en ningún caso que este juicio sea verdadero, es decir, que tenga validez en sentido objetivo». Ninguém pode negar a existência de sistemas valorativos que nascem no seio de uma sociedade determinada e que, portanto, diferenciam-se de outros sistemas. Também não é possível tentar impor um sistema a outro. Tudo isso é claro. No entanto, se realmente se tem a pretensão de formular juízos morais sobre outras experiências (e não simplesmente fugir à tarefa) é absolutamente necessário conseguir uma desvinculação do mundo empírico para, a partir daí, formular leis que possam ser válidas para todos os seres racionais. Isso é exatamente o que KANT tentou fazer com a sua teoria da moral e, salvando as enormes diferenças, é também isso o que queremos fazer com nosso sistema valorativo que conforma o que chamamos de Estado Constitucional.

dignidade.²⁰⁵ Ali existe uma *clara aspiração valorativa*, em que não podem entrar os valores contrários à justiça nem à dignidade, liberdade e igualdade. Mas essa comunidade de justiça não pode ser realizada apenas pelo cumprimento da lei moral porque ela, pelo fato de estar destinada a seres racionais, cobra sentido exatamente porque os seus destinatários soem agir de forma contrária a ela. Dado que a comunidade de justiça só faz sentido no contexto de uma sociedade política, e ela constrói-se através de uma ordem jurídica, é o próprio Direito que deveria possibilitar tal comunidade ideal. Se o Direito consagrar leis injustas ou que firam leis atentatórias à liberdade, essa comunidade jamais se realizará. Entretanto –e aqui nosso ponto– *isso está muito longe de sustentar a existência de um autêntico dever-ser*.

A separação assumida recebe contornos muito significativos quando se cogita no modelo de Estado Constitucional (ou, em certa medida, como queria KANT, na constituição republicana). Como já dissemos, é possível construir um ordenamento positivo sem liberdade e que, ainda assim, seja considerado como jurídico. Ali existe Estado, existe Direito, porque *valor e Direito* estão separados. Porém, essa ordem jurídica edificada sem considerar as liberdades das pessoas *jamais poderá ser considerada como Estado Constitucional*. O que é preciso para qualificar um Estado como Estado Constitucional? Resposta: a construção de um ordenamento positivo espelhando *tanto quanto possível* os valores da dignidade, liberdade e igualdade. Em uma palavra, o valor *justiça*. Eis a nossa construção de um *sistema valorativo ideal*. Um Direito injusto é Direito, responde a um certo sistema de valores, *mas não se inspira no modelo de Estado Constitucional e, portanto, perde toda possibilidade de autoqualificar-se com essa expressão*. Desde uma perspectiva rigorosamente filosófica, portanto, justiça e Estado Constitucional (aqui entendido como conceito *a priori*, imposto pela razão) são ideias indissociáveis.

O *Direito ideal* (ou também, o direito positivo ideal), portanto, equivale ao *Direito no marco do Estado Constitucional*. Aqui entendemos essa noção como *ideia* e não como *fenômeno histórico*.²⁰⁶ Não se mistura, portanto, com alguma experiência concreta.²⁰⁷ Um

²⁰⁵ KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 265.

²⁰⁶ Isso não quer dizer, de fato, que possa ser assim entendido. Cfr., a ampla pesquisa de Jorge Reis NOVAIS. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*.

direito positivo construído *em grau razoável* com base na justiça (dignidade, liberdade, igualdade) espelha o Estado Constitucional. E esses valores, ao igual que o direito natural kantiano, fazem possível «fundamentar um juízo sintético *a priori* da história, segundo o qual o gênero humano está em constante progresso para o melhor, o que significa que os povos e a humanidade em geral estão em constante aproximação do ideal de constituição republicana fundado nos princípios racionais do direito».²⁰⁸ Adaptando a ideia para nosso discurso: *quanto mais e melhor esteja a justiça positivada em um ordenamento jurídico, mais perto ele estará do ideal do Estado Constitucional.*

As implicações da caracterização do Estado Constitucional como modelo de Estado construído a partir do valor justiça e seus valores conseqüentários como são a dignidade, liberdade e igualdade (aos quais se sumam, ainda que em dimensão diferente, a *verdade* e a *segurança*) serão analisadas a seguir.

5. A JUSTIÇA COMO VALOR E COMO VALOR POSITIVADO. JUSTIÇA E JURIDICIDADE

Após a exposição precedente, desenvolvemos a porção do discurso filosófico e jus-filosófico da justiça em medida –acreditamos– suficiente para continuar com o tema. A partir deste item corresponde examinar com maior vagar a ligação entre as noções de justiça e Estado Constitucional, sendo que a nossa tomada de posição sobre tão difícil tema ficará ainda mais explicitada.

Autorizada doutrina entende que o Estado Constitucional tem um dos seus princípios estruturantes (corações políticos) no *Estado de Direito*,²⁰⁹ que possui cinco

²⁰⁷ Para preservar o rigor científico, consideramos necessário distinguir o Estado Constitucional como *ideia* e, de outro lado, um ordenamento jurídico concreto que, eventualmente, tenha consagrado, *em grau maior ou menor*, esse modelo de Estado. Do contrário, os discursos confundir-se-iam ao não ficar claro se se está descrevendo um direito positivo (ser) ou se se fala do modelo. Por exemplo, quando Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed., p. 25 ss., fala de «Estado liberal de Direito» ou de «Estado Legislativo» refere-se a um fenômeno histórico. Trata-se de uma descrição, que também está presente ao desenvolver os elementos do «Estado Constitucional» (*ibidem*, p. 67, 94 ss.) que estariam plasmados na ordem jurídica brasileira. Já Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela*, p. 60 ss., ao falar também de Estado Constitucional, embora não sendo explícito, está descrevendo as características que ele entende que pertencem ao *modelo*.

²⁰⁸ Cláudio Ari MELLO. *Kant e a dignidade da legislação*, p. 148.

²⁰⁹ José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., p. 243 ss. Cabe indicar que o autor está precipuamente focado em explicar o sistema constitucional português.

dimensões fundamentais: (i) juridicidade; (ii) constitucionalidade; (iii) sistema de direitos fundamentais; (iv) divisão de poderes; e (v) garantia de administração autónoma local. No que tange à *juridicidade*:

O direito compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *medidas ou regras*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições*. Articulado medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, *medida material e forma* da vida colectiva (K. HESSE). Forma e conteúdo pressupõem-se reciprocamente: como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da *justiça*, da efectivação de *valores* políticos, económicos, sociais e culturais; como *forma*, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais, de modo a evitar acções e comportamentos dos poderes públicos arbitrários e irregulares.²¹⁰

O Direito não pode desempenhar o papel de ser uma *ordem político-social construída a partir da racionalidade* se não se encontrasse *inspirado* em determinados valores (*infra*, II, 6). A Constituição do Estado Constitucional, «não pode ter apenas como função a de fazer possível o exercício institucionalizado do poder político, senão a de fazer possível um poder político institucionalizado desde certos valores e fins assumidos».²¹¹ E esses valores e fins, em grande medida, condicionam o uso da Carta Fundamental como fonte de Direito, tendo de refletir essa prioridade axiológica e justificativa que, por sua vez, se adotada, plasmar-se-á nos juízos normativos internos, nos juízos de validade, no método jurídico, etc.²¹²

No entanto, dois aspectos têm de ser salientados imediatamente: (i) o Estado Constitucional é um *modelo de Estado adotado por uma Constituição*, portanto, ela encontra-se em dimensão diferente àquele; (ii) *juridicidade* e justiça estão claramente vinculados (a primeira remete à segunda) mas não podem ser confundidos. Ambos os aspectos são indissociáveis e partem de um único raciocínio que, a partir da exposição nos tópicos anteriores, é da mais alta importância para clarificar o discurso.

Existem determinados *valores* que devem ser recolhidos por uma Constituição para concluir que ela consagra um verdadeiro Estado Constitucional. Por sua parte, isso também quer dizer que nem toda Constituição gera um Estado Constitucional, dado que aquela, na sua acepção *material*, vem a ser nada mais do que um documento que consagra a

²¹⁰ *Ibidem*, p. 243-244.

²¹¹ Josep AGUILÓ. *La Constitución del Estado Constitucional*, p. 51.

²¹² *Ibidem*, p. 52.

normatividade mais elevada de um Estado, atinente à distribuição de competências, organização do poder, forma de governo etc.²¹³ «Estado Constitucional», portanto, está muito longe ser apenas um «Estado com Constituição». Os valores são *anteriores e externos à ordem jurídica instalada pela Constituição, e uma vez dada, passam a ser positivados por ela*. Com o advento da Constituição e do ordenamento jurídico é absolutamente indispensável distinguir entre «valor» e «valor positivado» (embora, como já foi dito, se trate de uma noção que rigorosamente não é exata).

Vale a pena salientar que a imensa maioria nada doutrina de direito constitucional, na sua típica postura anti-positivista, inclui o discurso axiológico dentro do discurso jurídico.²¹⁴ Ou seja, afirma-se uma pertença do elemento valorativo ao elemento jurídico, deixando de distinguir entre «valor» e «valor positivado». Entretanto, acreditamos que essa posição não é correta. Tendo já explorado a doutrina kantiana e conjuntamente com a exposição crítica sobre a separação entre moral e Direito no pensamento de alguns juristas, fica claro por que nós assumimos a posição de o valor e o Direito serem âmbitos ou dimensões separadas e plenamente identificáveis entre si.

²¹³ Paulo BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, 27ª ed., p. 80-81.

²¹⁴ Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO. *Los derechos fundamentales*, 8ª ed., p. 20-21, 51, 61 ss.; Antonio Enrique PÉREZ LUÑO. *La tercera generación de derechos humanos*, p. 293 ss. (aqui com apoio em Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA); Gustavo ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*, 9ª ed., p. 122 ss. (embora o autor tenha uma posição bastante moderada sobre o tema); Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 9ª ed., p. 81 ss.; Jorge MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, tomo II, 4ª ed., p. 231-232, recorrendo a Castanheira NEVES (a mesma exposição encontra-se em *Teoria do Estado e da Constituição*, 1ª ed., p. 434 ss.); Juarez FREITAS. *A interpretação sistemática do Direito*, 3ª ed., p. 38, 113 ss.; Paulo BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, 27ª ed., p. 271, 275, 293, e a doutrina que segue com fidelidade o pensamento desses juristas. Inclusive chega a condenar-se o positivismo com razões pouco claras, como o faz Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 9ª ed., p. 85, nota 189, ao exprimir: «(...) parece-nos a necessidade de jamais esquecer a permanente presença dos valores no sistema normativo, seja nos princípios, seja nas regras, pena de, aí sim, incorrerem em grave equívoco e merecermos até mesmo o rótulo de positivistas no sentido formalista kelseniano». Na verdade, não vemos nenhum problema em assumir uma posição positivista no sentido kelseniano, como se isso significasse, por si próprio, algo negativo. Ainda na doutrina constitucional, aqueles que entendem o fenómeno constitucional desde uma perspectiva positivista constituem escassas exceções. Cfr. Luigi FERRAJOLI. «Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo». In *Revista da Faculdade de Direito da FMP*; Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Já na doutrina processual com forte preocupação pelo entendimento do processo civil a partir dos direitos fundamentais, fala indistintamente de «valor» e «princípio» para qualificar a efetividade e a segurança, Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, 4ª ed., p. 100 ss., e a doutrina que se alimenta mais de perto das lições do professor gaúcho.

Se é bem verdade que os valores influenciam a *construção* do ordenamento positivo, eles dirigem-se ao legislador, nomeadamente o constituinte (no caso do legislador infraconstitucional, ele tem o dever de adaptar os textos normativos de conformidade com as *normas* constitucionais). Ele tem à sua disposição a possibilidade de consagrar leis de liberdade (no sentido kantiano) e, ademais, pode fazer uso de um plexo de valores que a sociedade compartilha em um contexto histórico-social determinado. É com base neles que cria o direito positivo. Já o juiz, em nosso entender, tem *outra* função: ele tem o ordenamento jurídico como ferramenta de trabalho, o qual tem de aplicar adequadamente no caso concreto. O juiz, nem sequer a Corte Constitucional de um país, não deve trabalhar *diretamente* com valores, sob pena de cair no irracionalismo e no subjetivismo, ambos inadmissíveis para um aplicador do Direito. Como é que pode o juiz questionar a escolha valorativa feita pelo constituinte?

Note-se que *trabalhar com valores* está muito longe de *interpretar a Constituição segundo eles*. A razão disso é que, a partir da diferenciação entre texto e norma, a atividade do intérprete constitui uma autêntica reconstrução do ordenamento jurídico através da argumentação jurídica, sendo que «interpretar» significa a *atribuição de sentido a um texto normativo ou a um elemento não textual*. E daí que essa atribuição de sentido, conduzida por parâmetros lógicos e argumentativos, importa *valorações* do intérprete. Destarte, não podemos estar de acordo com a doutrina que entende a «interpretação constitucional» como uma operação que envolve recorrer a valores, não para preencher conteúdo às normas, mas para «demonstrar» a presença de valores no ordenamento jurídico.²¹⁵ Sobre esse tema voltaremos mais adiante (*infra*, II, 7.4).

Se uma das funções do Direito é a de instituir uma ordem racional e orientar condutas,²¹⁶ não é possível que um juiz possa recorrer a valores para decidir uma

²¹⁵ Para uma proveitosa esquematização da interpretação constitucional, cfr. Pierluigi CHIASSONI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, p. 154 ss.

²¹⁶ Segundo Joseph RAZ. *O conceito de sistema jurídico*, p. 225, o Direito é normativo porque «tem a função de guiar a conduta humana de duas maneiras: seja por afetar as consequências de certo rumo de conduta, constituindo uma razão convencional para a abstenção dessa conduta; seja por afetar as consequências de certo rumo de conduta, constituindo uma razão para executar ou não essa conduta, dependendo da vontade do sujeito». No entanto, frise-se que a concepção pessoal do autor é sustentar que nem todas as leis de um sistema jurídico são normas.

controvérsia, deixando de aplicar, por exemplo, as normas jurídicas. Os valores são essencialmente subjetivos e, no âmbito da decisão, subjetivamente incontroláveis.

Está fora de toda dúvida que, a partir das premissas filosóficas das quais partimos, o valor mais importante é a *justiça*. Isso é assim porque engloba a dignidade, liberdade e igualdade. Não é um conceito vazio; pelo contrário, sua formulação está dotada de conteúdo. A relação que vemos entre moral e Direito corresponde à relação entre justiça e juridicidade. Justiça, por ser o elemento de maior importância da dimensão axiológica; juridicidade, porque ela é capaz de refletir o íntegro da dimensão normativa.

É plenamente correto dizer que *juridicidade* remete à ideia de *justiça*.²¹⁷ Porém, isso só é verdadeiro *se a juridicidade de que se fala está inserida no contexto de um ordenamento que adota o modelo de Estado Constitucional*. Um Estado Constitucional é, por essência, um Estado cuja normatividade consagra, em grau razoável, a justiça. As implicações dessa afirmação examinar-se-ão a seguir.

6. POR UMA CONCREÇÃO DO MODELO IDEAL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

O modelo ideal do processo justo só pode ser realizado no âmbito do Estado Constitucional e em nenhum outro que não seja ele mesmo. Isso é assim porque –saliente-se mais uma vez– o Estado Constitucional está associado à *ideia* de justiça, porque *necessariamente* a colhe. A associação entre *Estado Constitucional* e *justiça*, em nossa

²¹⁷ A vinculação entre *juridicidade* e *justiça* já havia sido expressa por José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional*, 6ª ed., p. 359, indicando que «a fórmula “Estado de direito” pode desempenhar também uma *função apelativa*. Nesta perspectiva, o direito que informa a juridicidade estadual aponta para ideia de *justiça*, para a ideia de uma ordem estadual justa, isto é, uma ordem de domínio dotada de *legitimidade* plena. Isto não significa que as exigências de justiça inerentes a um Estado de direito material devam procurar o seu fundamento em juízos de valor subjectivos ou em princípios suprapositivos; elas devem ser ancoradas, em primeiro lugar, nos princípios e regras da constituição. Todavia, a função apelativa do “direito” ganha ou pode ganhar uma dimensão fortemente acentuada quando os momentos materiais e formais do Estado de direito se convertem em *padrões de legitimidade* de acordo com os quais se afere o carácter justo ou injusto de uma ordem estadual e de uma ordem constitucional». Cabe salientar que essa passagem não se encontra mais na obra posterior que viemos citando (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., p. 245). Aqui CANOTILHO fala de *Estado de justiça* em que há *fairness*, justiça social e igualdade. A justiça, segundo ele (e se remetendo a RADBRUCH) faz parte da própria *ideia de Direito*, concretizando-se em princípios jurídicos materiais (com o que, de forma coerente, poderíamos concluir que os valores estão fora da equação, tal como enfatizado na passagem transcrita). Além de CANOTILHO, faz também a relação entre *juridicidade* e *justiça*, Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela*, p. 60-61, e a bibliografia ali citada.

visão, justifica semântica e teoricamente o uso do termo «processo justo» para identificar o modelo de processo próprio do modelo de Estado Constitucional. Assim, se o Estado Constitucional funda-se na justiça (dignidade) e visa a alcançá-la (liberdade e igualdade), o processo –ferramenta dele– também tem de estar inspirado nessas bases. Em se concordando com tudo o dito até aqui, é forçoso reconhecer que a adjetivação de «justo» ao substantivo «processo», no marco do modelo de Estado Constitucional, fica plenamente justificada.

Ao expor a filosofia moral de KANT foi demonstrado que dignidade, liberdade e igualdade espelham, cada uma por separado e todas conjuntamente, *a ideia de justiça*. Foi assinalado também é adequado que essas ideias, contempladas como valores, estejam presentes na sociedade política (porque só ali se realizam) e, por lógica consequência, também tem de ter presença no âmbito normativo, isto é, no Direito do Estado Constitucional. Moral (ou valores) e Direito não se confundem e, portanto, os valores encontram-se fora do ordenamento jurídico, dirigem-se tão-somente ao legislador (por ser ele quem constrói o direito positivo) e, quando são por ele positivados, deixam de ser propriamente valores, passando a constituir parte de «o jurídico».²¹⁸ Qualquer ordem jurídica, para receber o qualificativo de Estado Constitucional, deve plasmar o valor justiça. Se não o fizesse, então tal ordenamento positivo não pode ser chamado de Estado Constitucional. Com efeito, um Estado sem liberdade, igualdade ou dignidade (em uma palavra, justiça), *sem perder sua qualidade de jurídico, não é Estado Constitucional*.

Aqui vale a pena deixar constância que, com bem indica PÉREZ LUÑO, a noção «Estado Constitucional» é velha, mas vem revestida de um significado novo. Assim, segundo esse autor, «Verfassungsstaat» já era usada na doutrina clássica de SCHMITT e LOEWESTEIN, enquanto «Stato Costituzionale» já havia sido empregada, por exemplo, por

²¹⁸ Isso inclusive conta para os direitos fundamentais, que assumem a natureza de *normas positivas constitucionais* e, como tais, definidas pelo direito positivo. Cfr. José Afonso da SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, 30ª ed., p. 179; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2ª ed., p. 36 ss.. De outro lado, Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 54, também salientam este caráter positivo dos direitos fundamentais, definindo-os como «direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual». Contrariamente, vinculando ontologicamente direitos fundamentais com valores ou até o direito natural, entre muitos outros, cfr. Jorge MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, IV, 3ª ed., p. 53 ss.

BALDASSARRE e RODOTÀ.²¹⁹ A respeito, seguindo a exposição do constitucionalista espanhol, podemos mencionar rapidamente três teorias representativas que usam a categoria de «Estado Constitucional» apenas para demonstrar quão longe estamos delas e, também, da própria teoria de PÉREZ LUÑO.

Martin KRIELE, desde o ponto de vista da teoria do Estado, sustenta basicamente três coisas: (i) o Estado de Direito e o Estado Constitucional têm origem diferente: o primeiro como culminação do jusnaturalismo racionalista alemão; o segundo como derivação da *Rule of Law*, e vem a ser um processo inacabado que se manifesta na história; (ii) o Estado de Direito e o Estado Constitucional têm fundamento diferente: o primeiro descansa em uma decisão do soberano (monarca ou povo); o segundo baseia-se na interação entre poder e Direito: o poder cria o Direito, mas esse limita aquele, sendo que o Estado Constitucional tem como meta a tutela dos direitos («Rule of Law and not of Men», segundo o próprio KRIELE exprime); (iii) o Estado de Direito e o Estado Constitucional têm métodos diferentes: o primeiro está impregnado pelo positivismo, que impediu a resposta à pergunta a respeito do fundamento real das normas e instituições; o segundo é capaz de compreendê-las.²²⁰ Para Peter HÄBERLE, de outro lado, o Estado Constitucional é um Estado que possui legitimidade democrática e um controle pluralista do poder político e dos poderes sociais. A Constituição não é só norma, mas também representação cultural de um povo.²²¹ Já para Gustavo ZAGREBELSKY, o Estado de Direito tem como fundamento o positivismo jurídico de Oitocentos, enquanto o Estado Constitucional prevê a coexistência de valores e princípios, que devem ser compatíveis com uma sociedade aberta e pluralista.²²²

Segundo PÉREZ LUÑO, as três teorias convergem em dois aspectos: (i) elas reduzem o Estado de Direito ao Estado de legalidade e (ii) rejeitam expressamente o positivismo jurídico. No entanto, para ele não haveria uma oposição entre Estado de Direito e Estado Constitucional, mas uma «decantação interna» do primeiro para o segundo, identificando o modelo de Estado (historicamente entendido, frise-se) com o que ele entende por geração

²¹⁹ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO. *La tercera generación de derechos humanos*, p. 49 ss.

²²⁰ *Ibidem*, p. 65-66.

²²¹ *Ibidem*, p. 66 ss.

²²² *Ibidem*, p. 68 ss.

de direitos. Assim, ao Estado liberal corresponderia a primeira geração; ao Estado Social, a segunda; e, finalmente, ao Estado Constitucional, a terceira.²²³

Nós, pelo contrário, à diferença dos juristas antes mencionados, concebemos o Estado Constitucional não como *fenômeno histórico*, ou seja, como manifestação concreta em uma ou várias experiências jurídicas determinadas. O Estado Constitucional é, em nosso entendimento, em primeiro lugar, um *modelo de Estado, portanto, uma ideia*. Se se pretende sustentar que o Estado Constitucional é caracterizado por determinados valores ou que deve ter um conteúdo axiológico mínimo, seguindo a premissa positivista que aqui se optou, aquele não pode ser concebido de outra maneira senão como um *modelo ideal*, alheio a qualquer experiência concreta (portanto, imperfeita).

Em sendo assim as coisas, não existe problema em afirmarmos que justiça e Estado Constitucional são noções indissociáveis, porque liberdade, igualdade e dignidade também o são a respeito daquele. Esses valores dão conteúdo a esse modelo de Estado. Isso é o que nós entendemos por Estado Constitucional.

No entanto, ainda é preciso explicar como é que a justiça manifesta-se na *construção* de um ordenamento que visa a consagrar um Estado Constitucional. A justiça não deixa de ser uma ideia bastante geral e abstrata, mas isso não quer dizer que seja inexpressiva. Precisamente sua concreção e expressividade dão-se através da sua identificação com a liberdade, igualdade e dignidade. É com recurso a essas ideias ou valores que a noção de justiça deixa de ser um conceito tão genérico, sendo, pelo contrário, uma noção fecunda em desenvolvimentos teóricos com inegáveis implicações práticas. É por isso que a seguir abordaremos uma parte fulcral no nosso trabalho: determinar a presença desses valores no momento da estruturação do modelo de Estado Constitucional. É a relação entre justiça e Estado Constitucional –ou, melhor, o Direito do Estado Constitucional– o que ainda deve ser melhor explicitado.

Nesse ponto é preciso voltar mais uma vez a KANT, para salientar que o Direito, à diferença dos objetos matéria de conhecimento pelas ciências da natureza, não é apreendido

²²³ *Ibidem*, p. 69-73.

pela causalidade. O Direito, ao igual do que a moral, é uma ciência de *fins*, em que a ação pode ser mais ou menos idônea a alcançar um determinado propósito. Isso não se cogita no mundo físico: no fenômeno da dilatação do metal pelo calor não há *finalidade* alguma, tão só *causa e efeito*.

Já dissemos que, desde nossa perspectiva, a dignidade é fundamento, enquanto a liberdade e igualdade são fins,²²⁴ todos eles do *Direito do Estado Constitucional, entendido como ideia e não como fenômeno histórico*.²²⁵ Cada um daqueles pontos será analisado separadamente, voltando de novo às concepções kantianas já esboçadas, mas com algumas considerações adicionais que entendemos serem de grande importância.

Entretanto, é preciso fazer três breves advertências: (i) tendo em vista a exposição sobre a doutrina de KANT, estamos longe de conceber essas ideias ou valores de forma isolada; ao contrário, sua mútua imbricação é inevitável; (ii) como se verá depois, incorpora-se no discurso a *segurança jurídica*, ínsita ao Estado Constitucional, mas em patamar diferente ao de fundamento e fim (*infra*, II, 6.2); (iii) embora a inarredável importância da verdade como valor inspirador do Estado Constitucional, ela só faz sentido ao fazer possível a consagração da dignidade, liberdade e igualdade (é, portanto, um meio). Daí que, tal como será analisado (*infra*, II, 6.2), não concebamos a verdade no mesmo nível do que esses valores.

²²⁴ Uma posição parecida é adotada por Daniel MITIDIERO. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 16 ss., entretanto, da exposição desse autor se mostre com clareza que, para ele, dignidade humana e segurança jurídica são *fundamento*, respectivamente, da decisão justa e do precedente, colocando aqueles valores sob o mesmo plano. Não aparece com suficiente clareza o fato de a dignidade ser fundamento do Direito, a segurança meio, e a liberdade e a igualdade, fins, mas é preciso deixarmos constância que a sistematização assumida neste trabalho foi esclarecida pelo próprio jurista mesmo em sala de aula, no contexto de um debate crítico sobre o mencionado livro, já publicado nesse então.

²²⁵ Segundo Thadeu WEBER. «O Estado ético». In Nythamar Fernandes de Oliveira; Draíton Gonzaga de Souza (orgs.). *Justiça e política – Homenagem a Otfried Höffe*, p. 673, «o Estado ideal, o Racional é uma espécie de ideia reguladora dos Estados históricos. Trata-se da ideia do Estado que é anterior aos Estados empíricos. Não é razoável emitir um juízo valorativo sobre o que é sem ter uma ideia do que deve ser. No entanto, é preciso chamar a atenção para o fato de que este Estado não é um produto artificial, uma mera criação de nossa inteligência, mas ele se encontra no mundo. Em outras palavras: a ideia do Estado existe apesar das deficiências históricas. Hegel, portanto, parte da ideia do Estado (do Estado pensado) para emitir algum juízo sobre os Estados históricos. Kant, como bom idealista, parte do Imperativo Categórico (formal e universal) para aplicá-lo a qualquer conteúdo empírico. Não busca na experiência o princípio supremo da moralidade. A experiência não fornece a universalidade requerida por este princípio, assim como a experiência também não fornece a Ideia do Estado; ele é conceito pensado. Ele é uma idealidade, mas diferentemente de Kant, se concretiza historicamente, embora a realização empírica nunca seja a plena realização do conceito pensado». No mesmo sentido, cfr. Paulo BONAVIDES. *Do Estado liberal ao Estado social*, 11ª ed., p. 112.

6.1. Dignidade humana como *fundamento* do Estado Constitucional. Liberdade e igualdade como *fins* do Estado Constitucional

Embora já tenhamos falado, ao expor sobre a filosofia moral kantiana (*supra*, II, 4.1), a conexão entre dignidade, liberdade e igualdade entre si e entre elas e a justiça, é preciso aqui realizar algumas considerações adicionais, precipuamente para determinar como é que tais valores estruturam-se no modelo de Estado Constitucional.

Se é bem verdade que o conceito de dignidade resulta altamente problemático,²²⁶ consideramos que os inconvenientes surgem quando se pretende extrair *consequências jurídicas* dele. Com razão, diz-se que a inevitável remissão a definições metafísicas²²⁷ faz com que tenha um conteúdo impreciso e polivalente, passível de ser preenchido de forma subjetiva e inclusive arbitrária, pelo fato de inexistirem critérios morais intersubjetivamente aceitos.²²⁸ Mesmo que se intentasse dar um conceito muito rigoroso, «seria praticamente impossível inclinar-se por uma noção sem adiantar opinião no momento de escolher o parâmetro segundo o qual uma das noções resulta mais pertinente».²²⁹

Se a essa pretensão se unisse a convicção de que o ordenamento jurídico alberga valores, então dizer, por exemplo, que a dignidade humana é o valor fundamental ou o valor supremo do ordenamento jurídico, ou que possui a máxima hierarquia axiológico-valorativa,²³⁰ levaria a um caminho sem saída no momento de confrontar esse conceito com a prática, ao ponto de sustentar, entre outras coisas, que *todos* os direitos fundamentais estão inspirados na dignidade.

²²⁶ Uma discussão doutrinária a respeito encontra-se em Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 9ª ed., p. 33 ss., fazendo o esforço de definir o que seja dignidade na perspectiva jurídico-constitucional e não simplesmente valorativa (embora para o autor ambos os discursos estejam misturados).

²²⁷ Por exemplo, Juan Manuel SOSA SACIO. *La satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los derechos humanos y su relación con los derechos fundamentales y constitucionales en el ordenamiento constitucional peruano*, p. 70 ss., sustenta que o conceito de dignidade, precisamente por causa dos grandes problemas para definir o que seja, é um fundamento fraco para os direitos humanos e fundamentais, propondo o conceito de «necessidades básicas». Através desse conceito o autor pretende uma fundamentação não metafísica dos direitos e, ademais, utiliza-o como critério de análise dos direitos humanos, fundamentais e constitucionais, estabelecendo uma hierarquia entre eles para solução de conflitos.

²²⁸ *Ibidem*, p. 72-73.

²²⁹ *Ibidem*, p. 73.

²³⁰ Por exemplo, cfr. Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 9ª ed., p. 85.

Nada obstante, em se adotando uma perspectiva positivista, em que não haveria conexão necessária entre o Direito e a moral, quando se fala em dignidade como *fundamento do Direito do Estado Constitucional*, muitos desses problemas solucionam-se. A razão é que aqui falamos de dignidade desde uma perspectiva exclusivamente valorativa e não normativa, pelo que não há problemas em adotar uma visão metafísica (de fato, é indispensável adotar uma). Quando dizemos que a dignidade é *fundamento* do Direito do Estado Constitucional, queremos expressar a *exigência de adotar em grau razoável esse valor se se quiser consagrar o modelo de Estado Constitucional*. No entanto, quando ele é positivado, a análise passa a centrar-se no direito positivo: do contrário, cair-se-ia em discursos irracionais e incoerentes.

Pensemos no seguinte exemplo: a Constituição em um ordenamento X consagrou a dignidade humana, mas também a pena de morte. É perfeitamente possível desenvolver um discurso filosófico e afirmar que ela fere a dignidade humana, entendida aqui como valor. No entanto, o que ocorre realmente aqui é que a dignidade humana, ao momento de ser positivada, adquiriu certos contornos que não possibilitam, por exemplo, a adoção de uma postura metafísica específica. De nada vale, portanto, tentar oferecer um conceito normativo da dignidade, recorrendo a concepções morais, se no ordenamento positivo em questão não se reflete realmente semelhante concepção. Exatamente o mesmo vale para a liberdade, igualdade, segurança jurídica e verdade, todos eles valores que são positivados, em diversos ordenamentos jurídicos, em maior ou menor grau, com maior ou menor intensidade. Não é o mesmo falar indistintamente, por exemplo, de segurança jurídica no Brasil e na Alemanha, como se as Constituições de ambos os países positivarem o valor da mesma forma. Daí a transcendental importância de distinguir o discurso valorativo e o discurso normativo, tal como é feito neste trabalho.

A postura metafísica adotada a respeito da dignidade é, como foi visto, a kantiana. A universalidade desse valor, sem dúvida nenhuma, deve-se à teoria do filósofo alemão, tal como constata Paolo RIDOLA:

A partir da razão prática kantiana o significado universal da dignidade humana passará por mais uma transformação (em relação ao pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII) derivada, agora, da matriz contratualista. Kant se empenhará para elevar o valor da dignidade humana a um plano racional abstrato, em contraste com o caráter mais empírico que os jusnaturalistas, em especial

Pufendorf e Hobbes, derivaram do contratualismo. A dignidade [*Würde*] se manifestará, agora, como um “valor intrínseco” do ser humano, como um *a priori* da filosofia prática e que, por si só, tem caráter absoluto: será entendida, precisamente, como algo cuja “*existência em si*” tem “um valor absoluto e que, *por ser um fim em si mesma*”, pode ser “o fundamento de certas leis” e pode, portanto, ser “o fundamento de um possível imperativo categórico”.²³¹

Prova da influência kantiana é o artigo 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: «Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Eles são dotados de razão e consciência e devem agir uns com os outros em espírito de fraternidade». ²³² Como bem aponta Ingo SARLET, trata-se de revitalização e universalização das premissas basilares da doutrina kantiana sobre a dignidade humana. ²³³

Já sabemos que KANT retira a dignidade da liberdade (ou autonomia) por ser essa o postulado central da sua filosofia moral. Com efeito, ter personalidade moral aplica-se a um ser racional e, exatamente por isso, um ser livre. Pelo fato de ser racional e livre, uma pessoa deve ser tratada como fim e não como meio, ou seja, possui dignidade. ²³⁴ Liberdade e dignidade, aqui, estão mutuamente imbricadas.

Entretanto, a expressiva formulação de que os seres racionais jamais devem ser utilizados como meios, pelo fato de não terem um preço no reino dos fins e assim constituindo fins em si mesmos, permite aferir que o sustento do modelo de Estado ideal (isto é, o Estado Constitucional) *deve ser a pessoa humana*. Pode existir um ordenamento jurídico que tenha como fim ao Estado e não à pessoa, como foi o caso dos regimes nacional-socialista e fascista. Isso não resta a qualidade de jurídico, como temos enfatizado, mas estavam muito longe de estruturar um modelo de Estado ideal. Tratam-se, portanto, de ordenamentos jurídicos *injustos*.

²³¹ Paolo RIDOLA. *A dignidade humana e o «princípio liberdade» na cultura constitucional europeia*, p. 35-36.

²³² «All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood».

²³³ Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 9ª ed., p. 64.

²³⁴ Thadeu WEBER. «Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant». In *Direitos fundamentais & justiça*, p. 239. Por exemplo, Giorgio DEL VECCHIO. *A justiça*, p. 105, entende a exigência absoluta de justiça ou o critério ideal de justiça como o «reconhecimento integral da personalidade de cada qual, encarada objetivamente (ou seja, fora do próprio sujeito) em seu caráter inteligível ou, por outras palavras, como entidade absoluta e autônoma». Mas esse critério, sendo uma exigência categoricamente determinada, implica um «reconhecimento igual e perfeito, segundo a pura razão, da qualidade da pessoa, *em si como em todos os outros*, e para todas as possíveis interferências entre mais de um sujeito» (*Ibidem*, p. 106). A ideia de justiça no autor italiano, portanto, está muito vinculada à da dignidade humana.

Quando um Estado (e o ordenamento positivo no qual se sustenta) estrutura-se colocando a pessoa humana como *fim*, sendo o próprio Estado um meio para protegê-la e tutelar suas necessidades, é possível dizer que a dignidade (que expressa melhor essa ideia) é consagrada como *fundamento*. Já vimos que fundamento não outra coisa do que a base ou princípio de algo. Assim, a pessoa humana, digna por essência, *deve* constituir o fundamento da ordem jurídica e da organização política estatal estruturada a partir da Constituição.²³⁵

É claro que a estruturação do Estado nem sempre (ou, talvez, nunca) poderá ser perfeita. O valor dignidade pode ser positivado em maior ou menor grau e, no caso especial da dignidade, as outras regras constitucionais jogam um papel muito importante no seu âmbito de proteção. No entanto, há de existir um mínimo razoável para afirmarmos que o valor dignidade, de fato, foi espelhado em uma legislação constitucional em um contexto-histórico determinado. Destarte, sendo a dignidade o fundamento do modelo ideal de Estado Constitucional, *se esse valor não fosse consagrado na medida adequada, então, sem prejudicar seu caráter jurídico, não se tem um Estado Constitucional e sim um ordenamento injusto.*

Passando à liberdade e igualdade, eles são fins por serem objetivos ou metas que *devem* ser atingidas. Não são meios como a segurança jurídica ou a verdade, porque *só* valem por si mesmos. Não são valores instrumentais. Bem entendido o que estamos dizendo, não é que eles «sirvam» à justiça, mas que eles próprios, conjuntamente com a dignidade (e também com a segurança e a verdade, esses em dimensão diferente), conformam a ideia de justiça. Em outras palavras, «justiça» é noção ampla e geral que reflete, por sua vez, outras ideias e valores, esses sim passíveis de maior concreção.

Já vimos que, segundo KANT, a liberdade é consubstancial a um ser racional. Daí que seja possível que ele crie as suas próprias leis morais (formulados mediante o imperativo categórico) e as obedeça e que, também, uma vez entrando na sociedade civil, seja parte da vontade geral que crie leis jurídicas que sejam, na medida do possível, leis

²³⁵ Cfr. Daniel MITIDIERO. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 18, embora não falando propriamente desde uma perspectiva valorativa.

universais de liberdade. Já no que tange à igualdade, também partindo de KANT, trata-se de uma exigência necessária pelo fato de os seres racionais terem igual valor; portanto, as leis da liberdade devem ser aplicadas a eles de forma isonômica. Que o Direito espelhe cada vez mais os princípios racionais da moral significa uma aproximação cada vez maior ao reino dos fins, âmbito em que os membros podem agir com liberdade respeitando a liberdade externa dos outros (por serem iguais), ou seja, obedecendo as leis autoimpostas. Assim, a liberdade é causa (incausada) e é fim.

A partir da filosofia moral aqui adotada (que leva à construção do modelo valorativo), fica muito claro que a liberdade é o valor mais prezado de um ser racional e que, ademais, ele deve ser tratado em igualdade. Portanto, o Direito tem de se estruturar para promovê-las (por exemplo, vigência da lei, proteção da confiança, elaboração de políticas públicas, etc.).

A moralidade exige que a liberdade e a igualdade sejam fins em si mesmas. E isso também é aceito, por exemplo, na filosofia política.²³⁶ Com efeito, RAWLS entende como pressupostos (a chamada por ele «original position») da sua teoria da justiça como equidade²³⁷ que uma pessoa possui, como qualidades morais, o *senso de justiça* (ser

²³⁶ Embora as múltiplas divergências entre os pensadores desse campo, a grande maioria reconhece na liberdade um fim em si mesma. Por exemplo, para John RAWLS. *A Theory of Justice*, p. 3, «in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled». Já Amartya SEN. *Development as freedom*, p. 18, sustentando a importância da liberdade individual no conceito do desenvolvimento econômico, afirma que «having greater freedom to do the things one has reason to value is (1) significant in itself for the person's overall freedom, and (2) important in fostering the person's opportunity to have valuable outcomes» e, ademais, é condicionante da efetividade social (*social effectiveness*).

²³⁷ John RAWLS valeu-se do fio discursivo que ele chamou de «justice as fairness» (justiça como equidade) para construir sua teoria da justiça, que recebeu algumas reformulações e precisões posteriores, embora o núcleo não tenha sido alterado. Em *A Theory of Justice*, RAWLS parte da teoria do contrato social para defender uma teoria alternativa ao utilitarismo que ofereça um melhor sustento dos direitos e liberdades básicas, que leve, no marco de uma democracia igualitária, à escolha dos princípios de justiça que conduzirá à equitativa distribuição dos bens na sociedade, entendidos esses em sentido amplíssimo (*ibidem*, p. xi-xii, sendo que essa edição é a *revised edition* aparecida em 1999, que também contém o *preface* de 1971, *ibidem*, p. xvii). Diz RAWLS (*ibidem*, p. 4): «A set of principles is required for choosing among the various social arrangements which determine this division of advantages and for underwriting an agreement on the proper distributive shares. These principles are the principles of social justice: they provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society and they define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation». Seguidamente, em *O liberalismo político*, p. 53 ss., de 1993, RAWLS adverte que quando ele fala de uma *concepção política de justiça* não busca fundamentar uma teoria moral (tal como faz o utilitarismo), por ter essa pretensão de generalidade e abrangência, sendo que ele busca que sua teoria tenha aplicabilidade apenas para instituições políticas, sociais e econômicas (*ibidem*, p. 54). Por exemplo, RAWLS. *A Theory of Justice*, p. 104, em 1971, dizia que «justice as fairness is a theory of our moral sentiments as manifested by our considered judgments in reflective equilibrium», mas anos depois (*O*

razoável) e uma *concepção do bem* (ser racional). Sem elas um cidadão está impedido de participar na sociedade cooperativa.²³⁸ *Senso de justiça* é «a capacidade de entender a concepção pública de justiça que caracteriza os termos equitativos da cooperação social, de aplicá-la e de agir de acordo com ela». De outro lado, *concepção do bem* é «a capacidade de formar, revisar e procurar concretizar racionalmente uma concepção de vantagem racional pessoal, ou bem».²³⁹

Afirma RAWLS:

A ideia básica é que, em virtude de suas duas faculdades morais (a capacidade de ter senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção do bem) e das faculdades da razão (de julgamento, pensamento e inferência, ligados a essas faculdades), as pessoas são livres. O fato de terem essas faculdades no grau mínimo necessário para serem membros plenamente cooperativos da sociedade torna as pessoas iguais.²⁴⁰

O ser moral, portanto, conduz à afirmação pressuposta da sua liberdade e igualdade. E aqui é precisamente onde entra a importância de considerar ambos os valores como fins em si mesmos. Quando RAWLS pensa na *original position* (que, ao igual do que o contrato social em KANT, não é um fato histórico mas um artifício de representação) como um âmbito onde pessoas livres e iguais põem-se de acordo para realizar a liberdade e igualdade de todos, cooperativamente, através da estruturação dos princípios de justiça mais adequados para essa meta²⁴¹. O acordo, para ser válido, deve ser adotado em condições equitativas (e aqui a importância que RAWLS dá aos procedimentos e à justiça que seu resultado espelha, se aqueles forem respeitados), porque a sociedade deve ser entendida como «o empreendimento cooperativo entre cidadãos livres e iguais, de uma geração até a

liberalismo político, p. 55) defende que «uma concepção política tenta, ao contrário, elaborar uma concepção razoável somente para a estrutura básica e não envolve, na medida do possível, nenhum compromisso mais amplo com qualquer outra doutrina [moral]». A razão dessa afirmação é que RAWLS quer mostrar que sua teoria da justiça como *fairness* é a mais adequada para o liberalismo político. Uma explicação da teoria da equidade rawlsiana encontra-se em Michael J. SANDEL. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*, 10ª ed., p. 175 ss.

²³⁸ John RAWLS. *A Theory of Justice*, p. 109 ss.; John RAWLS. *O liberalismo político*, p. 61 ss.

²³⁹ *Ibidem*, p. 62.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 61-62. Mais adiante RAWLS vai dizer que os cidadãos são livres, primeiro, «no sentido de conceberem a si mesmos e aos outros como indivíduos que têm a faculdade moral de ter uma concepção do bem» (*ibidem*, p. 73); segundo, porque «se consideram fontes auto-autenticadoras de reivindicações válidas» a respeito das suas instituições (*ibidem*, p. 76); e, finalmente, pelo fato de «serem percebidos como capazes de assumir responsabilidades por seus objetivos, e isso afeta a maneira de avaliar suas várias reivindicações» (*ibidem*, p. 77).

²⁴¹ *Ibidem*, p. 65 ss.

seguinte». ²⁴² Assim, a lógica é esta: pessoas com liberdade e igualdade reúnem-se para adotar decisões de como conduzir a sociedade em que estão imersos, sendo que isso se plasma em uma sociedade bem-ordenada, é dizer, uma «sociedade efetivamente regulada por uma concepção política e pública de justiça», ²⁴³ que pressupõe a potencialização dos valores da liberdade e igualdade. Destarte, não há dúvidas que o discurso rawlsiano remete à construção kantiana já exposta. ²⁴⁴

O discurso sobre a igualdade possui, por sua parte, algumas considerações adicionais. Não é raro que se fale em «justiça distributiva» e que, ao final, se equipare ela com igualdade, por influência da filosofia clássica. ²⁴⁵ Entretanto, como corretamente sustenta DEL VECCHIO, justiça e igualdade não são nem podem ser noções sinônimas, já que «(...) uma injustiça repetida igualmente em todos os casos possíveis não se torna, por isso, em justiça». ²⁴⁶ Isso leva ao já clássico problema sobre a igualdade. É uma dupla exigência (i) tratar de forma igual aos iguais e (ii) de forma desigual aos desiguais, mas esse é um *princípio formal* porque não diz nada sobre a determinação do critério ou parâmetro para realizar a comparação (praticamente poderia ser qualquer um), nem como devem ser tratados. Tratar de forma igual a X e Y –sob a premissa de serem objetos que formam parte de um categoria essencial– implica não prejudicar Y diante de X, mas esse

²⁴² *Ibidem*, p. 69.

²⁴³ *Ibidem*, p. 79.

²⁴⁴ Destaca essa vinculação Thadeu WEBER. «Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant». In *Direitos fundamentais & justiça*, p. 255, e, como também o confessa o próprio RAWLS. *A Theory of Justice*, p. xviii, no *preface* de 1971.

²⁴⁵ Como é o caso de ARISTÓTELES, tal como ensina DEL VECCHIO. *A justiça*, p. 22. Com efeito, o estagirita entende que «o justo, em sua essência, identifica-se com o *igual* (*ισοον*), ou seja, com a medida que representa o meio ou a equidistância entre o demasiado e o pouco. Como tal medida se deve encontrar em toda virtude (que consiste, precisamente, e sempre, em um “justo meio”), segue-se que a justiça, genericamente entendida (*ἀπλῶς δίκαιον*), compreende e abarca em si todas as virtudes». Cfr., também, Chaïm PERELMAN. *De la justicia*, p. 23 ss., exprimindo que a ideia de justiça sugere inevitavelmente a ideia de igualdade. Assim, ao contrastar a ideia de igualdade perfeita como ideia limite, cuja realização é nula, afirma o professor belga (*ibidem*, p. 24): «La justicia distributiva tiene por objeto otra igualdad, la que toma en cuenta las capacidades y los esfuerzos individuales para la atribución de las ventajas. Su divisa es: a cada quien según sus méritos; al alejarse de la igualdad-límite, se aproxima a las posibilidades de realización. La justicia conmutativa no se ocupa ya de la vida individual tomada en conjunto. Pretende establecer la igualdad en todo acto jurídico, de tal manera que un contrato no arruine a uno para enriquecer a otro. Puede ligarse a ella la justicia compensadora, por la que se reestablece una igualdad afectada por culpa de otro...».

²⁴⁶ Giorgio DEL VECCHIO. *A justiça*, p. 79.

tratamento igualitário não vem automaticamente determinado.²⁴⁷ Da mesma maneira, não diz como é que se solucionam os problemas de desigualdade.

Quando KANT afirma que os seres racionais são livres e que se encontram em condições de igualdade diante da lei universal de liberdade, tal formulação, embora absolutamente correta, não é suficiente para responder à pergunta de como é possível uma aplicação igualitária (ou, em sendo o caso, desigual segundo certas condições, o que também, a princípio, é indeterminado). Isso não surpreende porque, no final das contas, os imperativos categóricos são princípios formais, ou seja, não dizem respeito ao conteúdo. Daí que, em se aceitando entender a igualdade como uma «relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade»,²⁴⁸ fica mais do que claro que essa finalidade (que serve para determinar o critério ou medida de comparação) está fora dos limites da própria igualdade. Em outras palavras, o «para que» da igualdade é determinada por elementos externos a ela.

Nessa seara, Humberto ÁVILA, em meritório esforço analítico para determinar o que seja a igualdade, exprime que ela implica uma comparação entre sujeitos com referência a uma medida de comparação (*standard of measurement*). É preciso, portanto, saber como escolher tal medida, mas não só: também é importante determinar a relação existente entre ela e a finalidade que justifica sua utilização.²⁴⁹ Essa relação deve dar-se segundo uma medida de *pertinência* ou *relevância*: assim, «*considera-se pertinente aquela medida de comparação avaliada por elementos cuja existência esteja relacionada com a promoção da finalidade que justifica sua escolha*».²⁵⁰

Mas aferir a medida de comparação e identificar a finalidade de uma norma jurídica concreta também não basta. Tem de ser introduzido o *elemento indicativo da medida de comparação*. Entre o elemento indicativo e a medida de comparação tem de haver uma relação de congruência, da mesma forma que tem de havê-la entre o elemento e a finalidade

²⁴⁷ Chaïm PERELMAN. *De la justicia*, p. 28.

²⁴⁸ Humberto ÁVILA. *Teoria da igualdade tributária*, 2ª ed., p. 40. O mesmo autor complementa sua definição dizendo que «a igualdade pode, portanto, ser definida como sendo a relação entre dois ou mais sujeitos, com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de elemento(s) indicativo(s), que serve(m) de instrumento para a realização de uma determinada finalidade» (*ibidem*, p. 42).

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 43-47.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 47.

da medida de comparação. Essa congruência deve ser *fundada e conjugada*.²⁵¹ Há uma relação fundada entre a medida de comparação e seu elemento indicativo «quando existir uma correlação estatisticamente fundada entre ambas, no sentido de que a existência e inexistência do elemento indicativo se correlaciona com a presença da medida de comparação, e a correlação aumenta quando aumenta a intensidade do elemento indicativo».²⁵² Há, de outro lado, uma relação conjugada entre a medida de comparação e seu elemento indicativo «quando esse foi escolhido por ser *o mais significativo* dentre os elementos indicativos existentes e vinculados à medida de comparação».²⁵³

Por exemplo, a norma que não permite dirigir um veículo automotor às pessoas menores de dezoito anos cria um tratamento diferenciado, portanto, desigual. A *medida de comparação* é qualificar que pessoas podem ou não dirigir, sendo que a *finalidade* da norma seria garantir a segurança na via pública. Aí é onde entra o *elemento indicativo da medida de comparação*, que neste caso é a *idade*. A relação é *fundada* porque «capacidade para dirigir» e «idade» tem a ver, dado que, estatisticamente, é possível concluir que as pessoas com dezoito anos possuem maior responsabilidade. Embora possam existir exceções na prática, trata-se de um critério que pode ser tomado como válido. De outro lado, a relação é *conjugada* porque entre todos os elementos indicativos possíveis, a idade seria o mais significativo. Não o seria, por exemplo, o sexo ou a raça. Se existisse uma norma que permite dirigir apenas aos homens ou às pessoas de raça branca então estaríamos diante de escolha normativa de um elemento indicativo absolutamente irracional e incongruente diante da medida de comparação e da finalidade.

A definição da medida de comparação, do seu elemento indicativo e da sua finalidade, como resulta pouco mais do que evidente, *é um problema que tão só se coloca no âmbito de um direito positivo concreto e não no âmbito valorativo*. Essa constatação está estreitamente ligada ao fato de a igualdade, como valor, ser recolhida em maior ou menor grau por um ordenamento jurídico determinado. Existe, portanto, um *grau intolerável* de desigualdade e, conseqüentemente, um *grau tolerável* de desigualdade.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 48.

²⁵² *Ibidem*, p. 49.

²⁵³ *Ibidem*, p. 51.

Apenas o primeiro é que se afasta do modelo ideal do Estado Constitucional. É a partir daí que um ordenamento pode ser qualificado (parcialmente) de justo ou injusto.

Por fim, fica claro que a igualdade tem de ser um fim do Direito do Estado Constitucional porque os seres que formam parte de uma comunidade política (racionais, dignos e livres) possuem o mesmo *valor*. Isso não é óbice, como foi visto, para que em determinadas circunstâncias eles se encontrem em situações diferentes e devam receber, portanto, do Direito, tratamento diferenciado diante de outros que se encontrem sob situação distinta. Como é claro, isso não invalida que, como pessoas, tenham igual valor.

6.2. Segurança jurídica e verdade como *meios*. Segurança jurídica como *realização*. Justiça e verdade: a dimensão epistêmica do Direito e do processo civil

Já vimos que, desde a perspectiva kantiana, o Direito tem de ser uma ordem construída a partir de parâmetros racionais. Quando se fala em racionalidade não há problemas em entender que o Direito deve *orientar condutas*, isto é, que os destinatários dos comandos da ordem jurídica saibam o que fazer, o que não fazer e em quais circunstâncias fazê-lo ou não fazê-lo. Se existissem normas incoerentes ou irracionais, apesar de serem válidas, haveria uma grave crise de legitimidade, e o criador do Direito (o próprio povo) não conseguiria que ele fosse obedecido. Em uma palavra, prejudicar-se-ia de forma irremediável a liberdade das pessoas.

A partir dessa constatação, extrai-se a necessidade de os valores segurança jurídica e verdade *deverem* ser consagrados em um ordenamento jurídico para plasmar *em grau razoável* o modelo do Estado Constitucional. Analisemos cada um desses elementos separadamente.

Entendendo o Estado Constitucional tal como foi explicado, a segurança jurídica que aqui conforma esse modelo entende-se como um *valor*.²⁵⁴ Sem segurança não pode existir Estado Constitucional. Segundo Humberto ÁVILA:

²⁵⁴ Segurança como fato, valor e norma são dimensões bem entendidas e diferenciadas por Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 106 ss.

O que importa é que a segurança jurídica, nessa concepção, mais que um valor positivado, é uma noção inerente à própria ideia de Direito. Segurança jurídica é um valor constitutivo do Direito, visto que sem um mínimo de certeza, de eficácia e de ausência de arbitrariedade não se pode, a rigor, falar de um sistema jurídico. A função primeira do Direito é uma função asseguradora.²⁵⁵

Esse «mínimo de certeza», que é o que exige a segurança jurídica *como valor*, consiste em «juízo axiológico concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores»²⁵⁶ e denota certamente, no contexto da política do Direito, um *ideal de justiça*.²⁵⁷

Entretanto, não é possível confundir essa dimensão com aquela normativa. E mais: a segurança jurídica como conceito normativo (que, de fato, oferece uma enorme riqueza conceitual) depende exclusivamente do ordenamento jurídico em que se esteja teorizando.²⁵⁸ Por exemplo, nem todo direito positivo terá refletido a segurança jurídica como cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade (como, segundo Humberto ÁVILA, ocorre no brasileiro²⁵⁹) e sim como determinação, imutabilidade e previsibilidade.

A relação entre segurança e justiça, *enquanto valores*, mostra-se muito interessante. Em primeiro lugar, a segurança possui um valor em si mesma (por algo é que é possível qualificá-la como *um valor*). Um ordenamento construído com base na segurança jurídica é algo positivo e desejável.²⁶⁰ Nessa seara, é costume realizar uma contraposição entre segurança e justiça, afirmando que haveria sacrifícios de uma ou de outra.²⁶¹ Mas a segurança jurídica também pode ser entendida como um *valor instrumental*, isto é, como

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 127.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 108.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 109.

²⁵⁸ Corretamente, Humberto ÁVILA reconhece que «segurança jurídica» pressupõe também um juízo prescritivo, mas que ele tem presença em um ordenamento positivo específico. A intenção última do autor é, adotando uma teoria positivista, estabelecer o conteúdo normativo da segurança jurídica no ordenamento brasileiro (*ibidem*, p. 187 ss., 245 ss.). Com efeito, ele diz (*ibidem*, p. 110): «A segurança jurídica, nesse aspecto, é matéria de Direito posto. Trata-se, assim, de uma *concepção juspositivista* de segurança jurídica. Essa concepção, no entanto –e como ficará mais claro adiante–, é uma concepção *juspositivista argumentativa* (por isso, pós-positivista), pois, se, de um lado, defende a segurança jurídica como dever decorrente do Direito posto, de outro, sustenta que a sua realização depende de reconstrução de sentidos normativos por meio de estruturas argumentativas e hermenêuticas, não advindo da mera descrição imparcial de significados externos ao sujeito cognoscente».

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 250 ss.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 176.

²⁶¹ A doutrina que sustenta essa contraposição é incontável e o faz há muitos anos. Apenas como exemplo, na teoria do Direito, cfr. Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 176-177. Já no âmbito do direito processual, cfr. Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, 4ª ed., p. 115 ss. (e todos os que seguem de perto as lições deste autor).

«instrumento assecuratório de outros direitos que envolvem a autonomia individual».²⁶² E aqui é, em nossa opinião, que adquire sua mais preciosa dimensão.

Daí que este seja o momento para deixar constância da nossa posição. Visualizamos a justiça como uma ideia cujo conteúdo encontra-se essencialmente na dignidade, liberdade e igualdade. Em dimensão diferente, tal como mencionado, situam-se a segurança jurídica e a verdade. Dessa maneira, se é bem verdade que um ordenamento *seguro* será um ordenamento *justo*, no mínimo, parcialmente –porque outros valores estão em jogo e também tem de confluir–, um ordenamento inseguro jamais poderá ser justo. A consagração de uma maior ou menor segurança é *diretamente* (e não *inversamente*) proporcional a uma maior ou menor justiça, embora a segurança sozinha não consiga dar conta da justiça, isto é, da dignidade, liberdade e igualdade. A segurança é um *meio* imprescindível para lograr esses três valores fundamentais.²⁶³ Com efeito, o que se quer dizer aqui é que a promoção da segurança jurídica significa uma promoção da justiça, e isto é assim porque além do valor próprio que pode ser encontrado na segurança jurídica, sua função instrumental é absolutamente determinante.²⁶⁴

Em se entendendo a segurança jurídica como um valor necessário mas não suficiente, poder-se-ia sustentar, por exemplo, que sem segurança não há liberdade, mas que pode haver segurança e não haver liberdade. No entanto, tem razão Humberto ÁVILA quando diz que isso é possível em se adotando uma concepção de segurança que envolva apenas previsibilidade e estabilidade. Um ordenamento pode ser previsível e estável mas

²⁶² Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 177.

²⁶³ A posição de Humberto ÁVILA encaixa perfeitamente na exposição que fizemos da dignidade, liberdade e igualdade desde a filosofia moral de KANT. Assim, o jurista gaúcho (*ibidem*, p. 180) afirma: «(...) este trabalho sustenta que a segurança jurídica serve de instrumento de realização dos valores de liberdade, de igualdade e de dignidade: de liberdade, porque, quanto maior for o acesso material e intelectual do cidadão relativamente às normas a que deve obedecer, e quanto maior for a sua estabilidade, tanto maiores serão as suas condições de conceber o seu presente e de planejar o seu futuro; de igualdade, porque, quanto mais gerais e abstratas forem as normas, e mais uniformemente elas forem aplicadas, tanto maior será o tratamento isonômico dos cidadãos; e de dignidade, porque, quanto mais acessíveis e estáveis forem as normas, e mais justificadamente elas forem aplicadas, com tanto mais intensidade se estará tratando o cidadão como ser capaz de se autodefinir autonomamente, quer pelo respeito presente da autonomia exercida no passado, quer pelo respeito futuro da autonomia exercida no presente. A segurança jurídica assume, assim, uma função garantista».

²⁶⁴ Essas considerações têm de ser diferenciadas das interações entre os sobreprincípios da segurança jurídica e do processo justo, não só porque a discussão entra no campo do Direito, senão também porque esse último abrange um âmbito mais restrito (o processual) (*infra*, III, 3.3.6).

aplicado de forma arbitrária.²⁶⁵ Já quando se fala de segurança jurídica como noção que contém, ademais de elementos estáticos, elementos dinâmicos e funcionais (exigência de continuidade e calculabilidade), então a segurança jurídica não pode entrar em contradição com a justiça nem com os valores a ela associados.²⁶⁶ No modelo de Estado Constitucional, fundamentado na dignidade da pessoa humana e tendo por fins a liberdade e igualdade, a segurança jurídica se coloca como um *meio*, um instrumento que é capaz de prestigiar sua *realização*. Sem as ferramentas que só a segurança jurídica pode oferecer para orientar condutas (não apenas estabilidade, mas também a previsibilidade de atuação estatal²⁶⁷), não há Estado Constitucional.

Como foi assinalado, se de fato interessa orientar condutas, então *a verdade no Direito é de importância fundamental*. Por que? Porque é necessário que os comandos jurídicos ofereçam estímulos para serem obedecidos, e para isso as consequências jurídicas do seu cumprimento ou descumprimento devem poder ser conhecidas e aplicadas. Em outras palavras, é fundamental que seja *verdade* que o sujeito X cumpriu ou não cumpriu uma norma para que sobre ele recaia a consequência jurídica prevista.²⁶⁸ Trata-se, em palavras de Alvin GOLDMAN, de uma relação *merit-based*, ou seja, uma exigência de outrem apoiada em um *external standard*.²⁶⁹ Aqui, como resulta evidente, entendemos a verdade como sendo *objetiva, relativa e por correspondência*.²⁷⁰

²⁶⁵ *Ibidem, idem.*

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 181.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 179.

²⁶⁸ Jordi FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*, p. 29-30.

²⁶⁹ Alvin I. GOLDMAN. *Knowledge in a Social World*, p. 280 ss. Em palavras de Vitor de PAULA RAMOS. «Direito fundamental à prova». In *Revista de processo*, p. 45, trabalhando de perto com GOLDMAN, «o Direito é claramente *merit-based*. Se uma regra, visando a resolver determinado problema de coordenação, expertise e eficiência, afirma que quem bebe não deve dirigir, aqueles que não bebem devem ter a segurança de que, agindo exatamente como manda a lei (nem mais nem menos), não serão punidos; por outro lado, aqueles que agem em desacordo com a lei, devem saber que sua conduta tem um nexo de causalidade direto com a possibilidade de aplicação da consequência jurídica prevista, a fim de que restem desencorajados a, no futuro, procederem da mesma forma. Ou seja, no exemplo dado, aqueles que beberem devem saber que é exclusivamente sua conduta que faz com que a sanção prevista possa ser aplicada».

²⁷⁰ Um apertado mas elucidativo resumo sobre o tema encontra-se em Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela*, p. 95-96: «(...) a verdade é *teórica e pragmaticamente possível e ideologicamente oportuna* no processo. A verdade é *objetiva* –ela existe *fora* do sujeito que a investiga– e é *relativa* –o conhecimento que dela se pode obter normalmente é fundado em um retrato imperfeito da realidade, seja pelos instrumentos à disposição para conhecê-la, seja pelo contexto em que deve ser investigada. A *prova* visa à obtenção da *verdade* no processo civil. A *verdade* –no processo e fora dele– tem de ser compreendida a partir da ideia de *correspondência*. Determinada proposição é verdadeira se ela corresponde à realidade. Perceba-se que nessa

Já advertimos acima que a verdade (assim como a segurança, tal como demonstrado) encontra-se em dimensão diferente à conformada pela dignidade, liberdade e igualdade (justiça). Em nossa opinião, a verdade, ao igual do que a segurança jurídica, possui um valor próprio. É bom que um ordenamento prestigie a busca pela verdade em seus diferentes âmbitos. No entanto, no final das contas não pode constituir *um fim em si mesmo*. A obtenção de verdade não possui um valor autônomo; pelo contrário, através da verdade quer se conseguir alguma coisa. Aqui resulta de grande importância retomar a vinculação entre exigência da imposição de uma ordem racional e a liberdade. A verdade importa para o Direito porque as pessoas devem viver em um ambiente em que saibam como se comportar e que suportem as consequências jurídicas atribuídas ao seu comportamento *desde que* tal comportamento tenha acontecido. A verdade repousa sobre ocorrência de fatos, e para que se possa falar em preenchimento de uma *fattispecie* (o que determinará a incidência e a consequência), tal fato deve haver acontecido.

Um ordenamento racionalmente construído responde à verdade, mas no fundo trata-se de uma exigência primária de (i) *dignidade*, porque o Estado e o Direito devem existir em função da pessoa humana; (ii) *liberdade*, porque permite adotar escolhas sabendo de antemão a consequência que o Direito impõe (e aqui o discurso da verdade liga-se ao da segurança jurídica); e (iii) *igualdade*, pelo fato de o ordenamento se destinar a pessoas racionais que possuem igual valor, portanto a verdade deve ser promovida atendendo essa exigência de tratamento igualitário.

linha ela não se confunde de modo nenhum com a *certeza*, que constitui um estado *subjetivo* ligado ao *convencimento* de alguém, não necessariamente reconduzível à realidade. A verdade não é alcançável mediante o *consenso* de várias pessoas ou em face da simples *coerência* entre enunciados – a *crença comum* de várias pessoas de que o nosso planeta é quadrado não tem o condão de transformar a sua forma, assim como a *ausência de contradição interna* entre proposição não assegura a efetiva ocorrência dos fatos nelas representados no mundo externo». Sobre o tema, cfr., amplamente, Alvin I. GOLDMAN. *Knowledge in a Social World*, p. 3 ss., esp. 41 ss.; Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela*, p. 95 ss.; Giulia BERTOLINO. *Giusto processo e giusta decisione*, p. 88 ss.; HO Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, p. 51 ss.; Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 655 ss.; Jordi FERRER BELTRÁN. *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed., p. 55 ss.; Jordi FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*, p. 29-32; Michele TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici*, p. 1 ss.; Michele TARUFFO. *Una simples verdade*, p. 95 ss.; Susan HAACK. «Confessions of an Old-Fashioned Prag». In *Manifesto of a Passionate Moderate*, p. 21 ss.; Vitor de PAULA RAMOS. «Direito fundamental à prova». In *Revista de processo*, p. 44 ss., e toda a extensa bibliografia citada por esses autores. Para uma análise crítica das teorias contrárias à epistemologia baseada na verdade (*veriphobia*), cfr. Alvin I. GOLDMAN. *Knowledge in a Social World*, p. 9 ss. Uma conhecida posição a favor da *veriphobia* é a de Bruno CAVALLONE. «In difesa della *veriphobia*: considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo». In *Rivista di diritto processuale*. A resposta a esse texto é a seguinte: xxx.

É assim que se mostra a íntima vinculação entre justiça e verdade, refletida em relação claramente instrumental da segunda diante da primeira.²⁷¹ Como bem indica HO Hock Lai, «a verdade é necessária para que a justiça (no sentido associado à “retidão da decisão”) possa ser feita».²⁷² A verdade, assim, é importante epistémica, instrumental e moralmente.²⁷³

No contexto de um processo, por exemplo, a verdade é contingente ao material fático, que habilita, por sua vez, ao sujeito, a fazer valer sua posição jurídica, exigindo alguma coisa de alguém.²⁷⁴ Alegam-se fatos, sendo que a prova existe para demonstrar que eles são verdadeiros; daí que entre prova e verdade exista uma relação teleológica.²⁷⁵ Uma vez entendido que «o que está provado» não implica «ser verdadeiro»,²⁷⁶ em um ordenamento que consagra o modelo do Estado Constitucional as decisões dos juízes tem de espelhar, *no maior grau possível*, a verdade entre a situação comprovada na decisão e o

²⁷¹ Se é bem verdade que LIEBMAN. *Manuale di diritto processuale civile*, 7ª ed., p. 296, dizia que «se la giustizia è lo scopo ultimo della giurisdizione, la prova ne è uno strumento essenziale, perché non vi può essere giustizia se non fondata sulla verità dei fatti ai quali si riferisce», admite que a prova tem destinatário ao juiz e serve para convencê-lo da verdade das suas alegações.

²⁷² HO Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, p. 51. Cabe salientar que o autor também aponta à necessidade de os tribunais fazerem justiça *na busca* da verdade. Para ele, ambas as noções de justiça (análise externa e interna) não podem ser entendidas isoladamente.

²⁷³ Susan HAACK. «Confessions of an Old-Fashioned Prig». In *Manifesto of a Passionate Moderate*, p. 21.

²⁷⁴ HO Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, p. 68-69: «“The law cannot say, ‘Heads I win, tails you lose’”. Cases must be decided on merits, and the merits, if any, are to be found in the facts. A distinctive feature of the modern form of legal adjudication is its foundation in rules and facts. Arguably, every legal rule posits, or can be stated in terms of, general facts. A claim deserves to succeed under a legal rule only if its factual predicate or antecedent is instantiated. The facts necessary to support the claim, if disputed, must be proved. For example, if the legal rule is that the first in time prevails, the claimant, to succeed in his claim on a property, must prove that she was in possession of it before her opponent. Justice, in the sense of giving a person her due under substantive law, is contingent on the material facts obtaining: a verdict for the claimant is just only if the court has got it right in finding that the claimant had prior possession». Trata-se da explicação que ele dá à justiça como retidão da decisão («external view of justice»), que não é suficiente. Com efeito (*ibidem*, p. 79): «A party has no merely a right that the substantive law be correctly applied to objectively true findings of fact, and a right to procedure that is rationally structured to determine the truth; she has, more broadly, a right to a just verdict, where justice must be understood to impose ethical demands on the manner in which the court conducts the trial, reached by a form of inquiry and process of reasoning that are not only epistemically sound but also morally defensible. Justice, on this view, is not a static concept (...)».

²⁷⁵ Jordi FERRÉR BELTRÁN. *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed., p. 70: «Si el objeto de la prueba son los enunciados sobre los hechos formulados por las partes, parece claro que la convicción, la certeza o cualquier otra actitud mental del juez que se quiera plantear como finalidad de la prueba deberá estar referida a esos enunciados. De este modo, no veo otra posibilidad que sostener que la certeza o la convicción del juez verse sobre la verdad del enunciado». E mais adiante (*ibidem*, p. 72) afirma que «el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos».

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 35 ss. Com efeito, dizer que «está provado que *p*» (enunciado declarativo) quer dizer «há elementos de juízo suficientes a favor de *p*», independentemente da veracidade ou falsidade da proposição *p*.

verdadeiramente acontecido (correspondência). E para isso exige-se uma adequada apuração dos fatos alegados (isto é, uma valoração da prova mediante instrumentos racionais), consubstanciada em justificação idônea.²⁷⁷

O tema da busca da verdade encaixa perfeitamente com a nossa construção do modelo ideal de processo justo (derivado do modelo de Estado Constitucional) porque, ao igual do que a verdade (objetiva e relativa), a «justiça perfeita» encontra-se além das possibilidades humanas, mas isso não é óbice para tentar atingi-la *no maior grau possível*.²⁷⁸ Isso está ligado ao fato de que a busca pela verdade, embora sendo um objetivo primário, não é nem pode ser absoluta.²⁷⁹ Se assim fosse, a tortura deveria ser permitida, mas o próprio modelo de Estado Constitucional não consente semelhante ofensa. *A verdade, destarte, interessa na medida em que traga justiça (portanto, valor instrumental), e não pode haver justiça quando se fere a dignidade e a liberdade das pessoas. A verdade não pode ter um valor tão elevado ao ponto de ignorar os outros valores.* Como se verá adiante (*infra*, II, 7), não é possível conceber uma decisão justa apenas enxergando a importância da busca da verdade, esquecendo qual a base valorativa (depois de positivada) do Estado Constitucional.

Nessa seara, ao igual do que a dignidade, liberdade, igualdade e segurança, a verdade é um *valor*. Pertence à dimensão axiológica, ou seja, filosófica. Como valor, está em condições de ser plasmado, em maior ou menor grau, em um ordenamento positivo. Com um exemplo ficará cristalina a caracterização da verdade como valor, sua influência respeito à construção do Direito (e, concretamente, do Estado Constitucional) e, de

²⁷⁷ Temos aqui, portanto, uma clara mostra que a chamada *procedural justice* é insuficiente porque, segundo ela, como bem diz Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 125, «é interpretada como justa, *a priori* e por definição –resultando, portanto, aceita em maior escala– a decisão que deriva de um procedimento qualificável como justo, com base em critérios procedimentais de valoração. Consequência automática é que, se a justiça da decisão está implícita na *justice* do procedimento, sua eventual veracidade em termos de correspondência com a realidade dos fatos é totalmente irrelevante».

²⁷⁸ Jerome FRANK. *Court on Trial – Myth and Reality in American Justice*, apud HO Hock Lai. *The philosophy of evidence*, p. 56. De outro lado, embora não sendo partidário da teoria da verdade como correspondência, Neil MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 227, é claro ao dizer que «mere cynicism or absolute skepticism about the possibility of reasonable procedures for finding out or reaching well-founded conclusions about the past events ought to be rejected. It is not the case that we cannot get at the truth about the past; only that we can rarely if ever be absolutely certain what the truth of a given matter is».

²⁷⁹ HO Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*, p. 69-70, exprime que «a primary aim of the trial is the ascertainment of truth», mas que não pode ser um «absolute goal».

passagem, a importância de conceber a verdade como parte do modelo de processo justo, tal como será sustentado adiante.

Michele TARUFFO, sabidamente um dos maiores teóricos da tese sobre a importância da verdade no processo, ao analisar as características do processo civil norte-americano a partir de tal parâmetro, sustenta com firmeza que o júri não é um *mecanismo racional* para aferir a verdade no processo.²⁸⁰ Esse juízo valorativo é precedido, naturalmente, de considerações filosóficas sobre a teoria da verdade.²⁸¹ Sem assumir uma determinada postura filosófica a respeito, seria incoerente formular uma apreciação crítica contra o sistema de julgamento de controvérsias que é característico nos Estados Unidos. Resulta que tal postura filosófica corresponde, em realidade, a um *modelo ideal de processo*, o qual impõe uma estruturação determinada para aferição da verdade no maior grau possível e, assim, chegar a decisões justas. Quando TARUFFO sustenta a irracionalidade do júri, está afirmando, com outras palavras, que o ordenamento positivo estadunidense não está inspirado no valor *verdade*, em que se consubstancia na função epistémica que o Direito (e concretamente o processo) deve desempenhar.²⁸²

Note-se que o processo norte-americano –concretamente as *Amendments* VI e VII do *Bill of Rights*– outorga o direito de ser julgado por um júri. Ninguém pode questionar, portanto, que é plenamente *válido* o uso de tal sistema para resolver as controvérsias, nem tampouco que é reflexo de uma longa tradição no sistema do *common law* ali desenvolvido. Seria impensável que o Judiciário estadunidense deixasse de aplicar o mandado constitucional recorrendo, por exemplo, a princípios de direito natural ou prestigiando a necessidade de racionalidade do sistema. Seria preciso uma modificação da Constituição impulsionada pelo Legislativo para abolição do júri na prática. Porém, isso não impede que,

²⁸⁰ Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 40-42, 212 ss.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 115 ss. Mais amplamente, cfr. Michele TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici*, p. 8 ss.

²⁸² Com efeito, diz TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 220, que «a orientação holística, que parece típica do modo com que os júris formulam suas decisões, parece muito longe de ser um método racionalmente válido para a descoberta da verdade dos fatos. Parece, pelo contrário, que esse funciona como um poderoso instrumento de manipulação em virtude do qual aquela que poderia ser a verdade dos fatos é de vários modos adaptada e “reinventada” para que coincida com os estereótipos do senso comum». E conclui (*ibidem*, p. 221) afirmando a «impossibilidade substancial de que o júri desempenhe verdadeiramente uma função orientada à apuração da verdade dos fatos». Para uma análise crítica do processo da *adversary* (apontando defeitos do júri) em relação a uma visão epistemológica, cfr. Susan HAACK. «Epistemology Legalized – Or Truth, Justice, and the American Way». In *Evidence and Inquiry – A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, exp. ed., p. 371-373. 361-381

partindo de premissas inspiradas em um *modelo ideal de busca da verdade no processo*, possam ser realizados *juízos de valor* a respeito de essa experiência jurídica concreta. Um ordenamento constitucional que não leve em consideração a importância de buscar a verdade em grau mínimo razoável, sem afetar sua validade nem sua eficácia na prática (ou seja, sem negar sua característica de ser Direito), não pode ser considerado como Estado Constitucional pelo fato de estar em divergência com os seus fundamentos e fins, determinados pelos valores a partir dos quais *deveria* estar construído (dignidade e a liberdade e igualdade) e, destarte, que *deveria* ser apto a alcançar para ser tido como uma ordem autenticamente inspirada no Estado Constitucional.

6.3. «Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»: uma síntese da necessidade de justiça no processo. A tutela dos direitos como fim do processo civil do Estado Constitucional

O Direito no Estado Constitucional, portanto, tem a dignidade como fundamento, a liberdade e igualdade como fins e a segurança e a verdade como meios. Se isso é assim, o processo que se insere em dito modelo não pode ter diferentes fundamento, fins e meios.

Exatamente por essa razão é que o *fim* do processo civil, na sua posição de instrumento para o logro dos propósitos do Direito, não pode ser outro do que a *tutela dos direitos*. Longe fica a época em que se entendia que o processo visava à «atuação da vontade concreta da lei», porque se o Estado Constitucional toma por fundamento a dignidade, então o Direito (e, portanto, o processo) encontra-se *em função da pessoa humana*. Da mesma maneira, o fim do Direito não pode ser o Estado, senão a liberdade e igualdade das pessoas. Daí que o processo civil tenha como objetivo a promoção desses valores através das decisões dos órgãos encarregados de solucionar as crises de cooperação. Em uma palavra, a exigência de justiça que o Estado Constitucional traz, reflete diretamente na forma de pensar o processo. O Estado Constitucional tem de ser *justo*. O processo do Estado Constitucional, como é óbvio, também tem de ser *justo*. E o modelo de processo do Estado Constitucional não é outro do que o *modelo de processo justo*.

O fato de o processo ter de ser justo pressupõe que ele seja capaz de outorgar a tutela prometida pelo direito material (possuindo uma função instrumental a respeito dele). Para isso tem de se estruturar com vistas a *chegar a um resultado que reflita essa tutela*. É o resultado mediante o qual, no final das contas, a justiça no processo se manifesta em todo seu esplendor. E aqui é precisamente onde entra no jogo o binômio «tutela-técnica»

É importante advertir que os processualistas que teorizaram sobre a ação buscavam explorar as relações entre direito material e processo, acreditando que nesse conceito encontrava-se a chave que relacionava ambos os planos do ordenamento jurídico.²⁸³ Em nossa opinião, essa importante função é desempenhada agora precisamente pelo «binômio tutela-técnica».

Se é bem verdade que hoje é claro que o direito material permeia o processo todo, uma das permanentes exigências da nossa disciplina é distinguir com nitidez o plano do direito material do plano do direito processual, *porque se eles se confundissem, simplesmente não seria possível identificar o objeto a ser tutelado nem os meios predispostos para tutelá-lo*. Apenas como exemplo: será que é possível construir as técnicas processuais adequadas para tutelar um direito infungível se não se leva a conta que a tutela inibitória se encontra no plano do direito material? Pensamos que não. E por isso que é preciso identificar, em primeiro lugar, o que se encontra no plano do direito material, para depois saber como o direito processual deve atuar.

Segundo a convincente explicação de Luiz Guilherme MARINONI,²⁸⁴ no plano do direito material identificam-se normas de direito material que não só atribuem direitos, mas afirmam as formas imprescindíveis à sua proteção, é dizer, *a própria norma de direito material estabelece as formas de tutela do direito que reconhece*. Isso sucede, por exemplo,

²⁸³ Frase plenamente correta de Daniel MITIDIERO. *Elementos para uma teoria...*, p. 91.

²⁸⁴ Cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed., p. 249. Por sua vez, essa é primeira ideia lançada na obra fundacional de Adolfo DI MAJO. *La tutela civile dei diritti*, 2ª ed., p. 1: «Tra i compiti primari dell'ordenamento giuridico vi è di provvedere ad una efficace *tutela dei diritti* che in esso sono riconosciuti e garantiti. Verrebbe meno ai propri compiti un ordinamento che si limitasse a riconsocere *l'astratta titolarità di diritti e/o* comunque la meritevolezza di determinate classi di interessi ma non si preoccupasse di garantire la tutela di tali diritti o la soddisfazione degli interesse».

quando a CF afirma ser inviolável o direito à intimidade.²⁸⁵ Aqui a Constituição não está apenas proclamando o direito à intimidade (é dizer reconhecendo que a pessoa humana possui efetivamente esse direito), mas também confere uma tutela idônea à sua proteção. E a tutela do direito material específica para impedir a violação de qualquer direito é a *tutela inibitória*.²⁸⁶

Já no plano do direito processual, o processo deve possuir uma configuração e as técnicas processuais idôneas e adequadas para satisfazer as tutelas prometidas pelo direito material. Como bem afirma MARINONI, há uma *relação de adequação entre tutelas dos direitos e técnica processual*.²⁸⁷ É assim como se manifesta o binômio «tutela-técnica».

Em passagem ilustrativa, que revela exatamente o que aqui se quer sustentar, Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO registram:

A tutela jurisdicional tem de ser *adequada* para tutela dos direitos. O processo tem de ser *capaz de promover* a realização do direito material. O *meio* tem de ser idôneo à promoção do *fim*. A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um processo dotado de *técnicas processuais aderentes* à situação levada a juízo. A igualdade material entre as pessoas –e entre as situações substanciais carentes de tutela por elas titularizadas –só pode ser alcançada na medida em que se possibilite *tutela jurisdicional diferenciada* aos direitos. O processo tem de ser “*adeguato allo scopo cui è destinato*” a alcançar, o que significa que é “*insopprimibile*” do campo da tutela jurisdicional a relação entre meio e fim, capaz de outorgar *unidade teleológica* à *tutela jurisdicional dos direitos*.²⁸⁸

²⁸⁵ Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela inibitória*, 4ª ed., p. 78 ss.; Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, p. 253 ss.

²⁸⁶ Sobre o tema da tutela dos direitos e a tutela inibitória, cfr. Adolfo DI MAJO. *La tutela civile dei diritti*, 2ª ed.; Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela inibitória*, 4ª ed.; Cristina RAPISARDA. *Profili della tutela civile inibitoria*; Renzo CAVANI. «¿Qué es la tutela inibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos». In *Gaceta civil & procesal civil*.

²⁸⁷ Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed., p. 252. Concretamente neste ponto consideramos que não é possível dar razão a Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 106-107, quando critica que a proposta de MARINONI sobre a tutela dos direitos: (i) tem uma acentuação excessiva do elemento material e uma diminuição do elemento jurisdicional e (ii) que as tutelas de direito material unicamente se concretizam depois da função jurisdicional. Sobre a primeira crítica, é claro que o processo não se esgota na previsão de técnicas processuais porque tem um conteúdo próprio (o qual claramente não é desconhecido por MARINONI), mas perante as necessidades do direito material, é indiscutível que a função primária do Estado é viabilizar uma estrutura e funcionamento com o fim de satisfazer as exigências de tutela. Sobre a segunda crítica, pensamos que o prof. Carlos Alberto não parece ter levado em conta na sua crítica que as tutelas de direito material não só se realizam no processo, mas também podem se realizar no próprio plano do direito material. Nada obstante, concordo com ele quando registra que o conceito de ação deve ser deixado de lado.

²⁸⁸ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 630.

A técnica processual serve para conseguir uma tutela efetiva, adequada e tempestiva dos direitos. E uma tutela efetiva, adequada e tempestiva dos direitos traz consigo a justiça que o processo reclama, pelo fato de estar comprometido com o fundamento e os fins impostos pelo modelo do Estado Constitucional. É exatamente dessa forma que contemplamos a bela e imortalizada frase de CHIOVENDA, que, a pesar de ter sido pensada para um contexto diferente, com a nova forma de enxergar o processo contemporâneo adquire um sentido novo e expressivo. Com efeito, «o processo deve dar tanto quanto possível, na prática, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir».²⁸⁹ A frase encerra não outra coisa do que uma *exigência de justiça*, porque o Estado Constitucional manda que, no âmbito do processo, cada um receba exatamente a tutela que deve receber de acordo com seu direito.

O Estado, através do processo, deve ter aptidão suficiente para oferecer resultados *justos* aos cidadãos que recorrem a ele pedindo tutela para seus direitos. Trata-se de uma exigência que não pode ser afastada nem ignorada. Como foi assinalado, essa é uma das razões mais poderosas que levam a trabalhar com o conceito de processo justo: *a existência de um reflexo entre o que uma ordem que espelha o Estado Constitucional impõe e, de outro lado, o que o processo deve conseguir*.

Apesar de ter explicitado que o valor justiça tem seu fundamento na dignidade, liberdade e igualdade, poder-se-ia pensar que ainda falamos em termos demasiadamente abstratos ao afirmar que o processo deve visar a trazer *justiça*. Entretanto, isso está longe de ser verdade. Essa exigência de justiça, de fato, deve-se refletir no processo, *mas não de qualquer maneira, senão de forma a alcançar resultados qualificados no plano do direito material*. No final das contas, o processo está principalmente vocacionado a oferecer uma tutela idônea às diversas situações jurídicas subjetivas de direito material que são levadas a discussão. E essa tutela não será idônea se o processo não fosse capaz de oferecer uma

²⁸⁹ Giuseppe CHIOVENDA. «Dell'azione nascente dal contratto preliminare». In *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, volume primo, p. 114.

decisão justa.²⁹⁰ Trata-se, portanto, da concretização plena da ideia de um *processo de resultados*.

Portanto, o processo justo como modelo de processo do Estado Constitucional tem de ter como *objetivo principal* a possibilidade de chegar a uma decisão justa. Essa e não outra deve ser sua nota característica, porque é o resultado qualificado o que é prometido pela Constituição que consagra um modelo de Estado Constitucional. O conteúdo da decisão justa será analisado a seguir.

7. POR UMA TEORIZAÇÃO DA DECISÃO JUSTA. ELEMENTOS PARA SUA CONFORMAÇÃO

Entre *processo justo* (entendido como modelo) e *decisão justa* existe uma relação de *caracterização*. Só é possível concluir que existiu processo justo aferindo a qualidade do resultado que o processo trouxe em um caso concreto. Veja-se que não se confunde aqui as noções de «processo» e «decisão». Apenas se está dizendo que no âmbito valorativo o modelo de processo justo está espelhado nitidamente no resultado, isto é, na decisão, que conseqüentemente deve ser justa.

De fato, é possível dizer que o respeito às chamadas garantias processuais (melhor: direitos fundamentais processuais) reflete justiça no processo. Sem um procedimento justamente estruturado não é possível chegar-se a uma decisão justa. Isto, parece-nos, é intuitivo. Entretanto, é correto dizer que o processo será justo ou devido *apenas* se estiverem presentes esses direitos ou garantias processuais? Será que o contraditório, a igualdade, o juiz natural ou a publicidade asseguram a *justiça* no processo que exige o Estado Constitucional?

²⁹⁰ Segundo Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, 4ª ed., p. 99, «o valor *justiça*, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta do direito material, entendido este, em sentido amplo, como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito». Mais em frente, em ideia com a que concordamos plenamente, o jurista gaúcho exprime que «no fundo, na essência de todas as relações entre o processo e o direito material, está um específico problema de justiça, só sendo justo aquele se transcorreu conforme os seus princípios fundamentais e resulta em consonância com os ditames do sistema, tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional».

Respondamos com a maior claridade possível: *processo justo* não só é uma *justa estruturação do processo*.²⁹¹ O *modelo de processo* do Estado Constitucional vai muito além disso. Por que? Ao exigir o Estado Constitucional o respeito à dignidade e a promoção da liberdade e igualdade (justiça), e sendo que o processo deve estar espelhado no modelo de processo justo porque inserido no contexto do Estado Constitucional, *para consecução de resultados qualitativos no plano do direito material não só é suficiente um procedimento justo, mas também que o próprio resultado ofereça a tutela do direito ou, também, a justiça prometida pelo Direito do Estado Constitucional*. Fica fora de toda dúvida que esses resultados não se poderiam conseguir se a decisão, além de ser proferida em respeito aos direitos fundamentais processuais, não possuísse uma correta interpretação e aplicação do direito pelo juiz, nem uma adequada apuração dos fatos da causa, ou seja, sem a busca da verdade.²⁹² Se a decisão fosse adotada a través de uma medíocre interpretação do texto normativo e/ou uma deficiente aplicação da norma no caso concreto não poderia haver

²⁹¹ Essa perspectiva pode-se chamar de *formalista*, segundo Artur Cezar SOUZA. «Justo processo ou justa decisão». In *Revista de processo*, p. 482: «tal perspectiva ignora que a real função do processo é de produzir decisões que sejam conforme as expectativas jurídicas do cidadão, e que a função das garantias processuais não é um fim em si mesma, “ma di fungere da meccanismo di protezione per i singoli contro quei pericoli di ingiustizia della decisione che possono caratterizzare una procedura imperfetta qual è quella giurisdizionale”». A passagem citada em italiano pertence a Giulia BERTOLINO. *Giusto processo e giusta decisione*, p. 125. De outro lado, afirmando que a *legalité procedurale* encontra-se, na verdade, ao serviço da *legalité substantielle* (embora falando no contexto da função da *Cour de Cassation* francesa), cfr. Loïc CADIET. «La legalité procedurale en matière civile». In *Revista de processo*, p. 99-100.

²⁹² Além da doutrina já citada, de acordo com Sergio CHIARLONI. «Giusto processo, garanzie processuali e giustizia della decisione». In *Revista de processo*, p. 103, «la sentenza è giusta quando passa l’esame di un doppio critério di verità. Quando cioè è il frutto di una corretta interpretazione delle norme coinvolte e di un’esatta ricostruzione dei fatti. Naturalmente, è appena il caso di rilevarlo, se si vuole scansare l’accusa di positivismo ingenuo, non si tratta qui di verità assolute, proprie soltanto del ragionamento matematico deduttivo. I criteri che entrano in gioco sono criteri di approssimazione per ambedue i settori. Proprio per questa la giustizia procedurale del processo giurisdizionale è una giustizia imperfetta, a segnalare nel medesimo tempo la connessione con il risultato e l’impossibilità di avere l’assoluta certezza di raggiungerlo». Da mesma opinião é Antonio CARRATTA. «Prova e convincimento del giudice nel processo civile». In *Rivista di diritto processuale*, p. 37: «Ma è parimenti indubbio che non è sufficiente questo perché il processo produca una decisione “giusta”: il rispetto dei principi del c.d. giusto processo è necessario per avere una decisione “costituzionalmente legittima”, ma non è sufficiente per avere una decisione che possa dirsi anche “giusta”. Se, per riprendere la famosa formula chiovendiana, il processo deve servire per applicare la legge al caso concreto, facendo ottenere al titolare del diritto tutelando tutto quello e proprio quello che avrebbe avuto sul piano sostanziale, è evidente che –per avere una decisione “giusta”– il giudice dovrà procedere ad una valida individuazione ed interpretazione della norma da applicare al caso concreto, ma anche e soprattutto –per quello che in questa sede interessa– procedere ad una ricostruzione veritiera e razionalmente controllabile del caso concreto o meglio delle affermazioni fattuali che lo compongono». Contrária é a posição de Bruno CAVALLONE. «In difesa della *veriphobia*: considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo». In *Rivista di diritto processuale*, p. 11, para quem identificar «justiça» com «decisão verdadeira» (*veritiera*) significaria afastar a ideia de dar justiça do contexto humano e social no qual o processo se coloca. Ou seja, cada contexto-histórica teria sua própria ideia de justiça, que não corresponderia à necessidade da busca pela verdade.

justiça. Da mesma maneira, se a decisão fosse adotada mediando uma deficiente apuração dos fatos alegados no processo não poderia haver justiça.

Com efeito, segundo TARUFFO:

(...) se se parte da premissa de que tal função [do processo] consiste simplesmente na *dispute resolution*, o processo será concebido, certamente, como um instrumento, mas para a realização do escopo consistente em somente pôr fim à controvérsia. Desse modo, a eficácia é o cerne do processo como instrumento de possível pacificação social, mas não se considera relevante a qualidade da decisão que resolve a controvérsia (...). A solução muda completamente se não se admitir que *qualquer* solução da controvérsia seja boa desde que eficaz no sentido anteriormente indicado, julgando-se que a decisão que resolve a controvérsia deva ser formulada *em conformidade ao direito*. (...) Em linhas gerais, pensar que a decisão seja formulada em conformidade ao direito significa introduzir um requisito de qualidade da decisão, que, portanto, passa a ser objeto de valoração também em si mesma, e não somente como sucesso de um procedimento potencialmente idôneo a pôr fim à controvérsia. Isso equivale a admitir-se a possibilidade de que se trace uma distinção entre decisões “boas” e decisões “ruins”. Todas as decisões podem resolver *de facto* a controvérsia, mas somente as decisões “boas”, corretamente formuladas em conformidade ao direito, serão aceitáveis, independentemente do procedimento de que derivam, e mesmo que encerrem o conflito entre as partes.²⁹³

Isso faz exatamente com que a decisão, que é uma escolha e, portanto, produto de diversas alternativas à disposição do juiz,²⁹⁴ só possa ser qualificada como *justa* diante da convergência de, pelo menos, três fatores: (1) procedimento em respeito dos direitos fundamentais e da legalidade; (2) adequada apuração (*accertamento*) dos fatos relevantes da causa com o fim da busca pela verdade; e (3) adequadas individualização do segmento

²⁹³ Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 138-139. Mostra-se cético no que diz respeito à possibilidade de obter uma decisão intrinsecamente justa, Aurelio GENTILI. «Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 757-758): «Ma che senso potrebbe avere che qualcosa sai intrinsecamente giusto? La giustizia sembra non poter sfuggire alla necessità di un dato esterno di accertamento. Nulla para giusto in sé. Tutto ciò che riteniamo giusto ci sembra tale subordinatamente a qualcosa in grazia di cui lo misuriamo. Nella visione corrente giustizia è essenzialmente proporzione. Una decisione è dunque giusta in ragione di qualcosa. Ma se così è il concetto è sfuggente. Non solo infatti si apre ogni volta il dubbio sulla sussistenza della proporzione, ma prima ancora sul termine cui riferirla: dobbiamo infatti stabilire in base a cosa giudicare della giustizia. E qui si scatena la ridda delle opinioni, ciascuna delle quali necessita di essere fondata».

²⁹⁴ Michele TARUFFO. «Idee per una teoria della decisione giusta». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 318, afirma que a decisão judicial vem a ser uma escolha «che il giudice compie al fine di risolvere una controversia, tra diverse possibili alternative, ognuna delle quali corrisponde ad un'ipotesi di decisione. Il “caso” giudiziario, infatti, si presta tipicamente ad essere risolto in vari modi, poiché nasce da una controversia e questa deriva appunto dell'esistenza di varie soluzioni possibili per un conflitto. Nel momento in cui la controversia è di fronte al giudice, ciò equivale a dire che vi sono diverse ipotesi possibili di decisione».

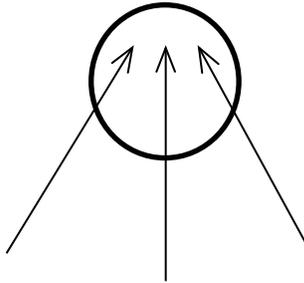
normativo, interpretação do texto (enunciado normativo) ou do elemento não textual e aplicação da norma ao caso concreto mediante argumentação jurídica.²⁹⁵

Daí que segundo a doutrina que seguimos, «se o problema da decisão consiste na escolha entre mais hipótese de decisão, pode-se dizer que o problema da decisão *justa* corresponde ao problema da escolha da *melhor* decisão».²⁹⁶ Com efeito, sendo impossível a existência de decisão ou resposta correta (*infra*, II, 7.3), é plenamente aceitável afirmar que o juiz tem o dever de proferir a *melhor* decisão possível, dentro do que o ordenamento jurídico (e não a moral, evidentemente) lhe permite.

²⁹⁵ Cfr. Daniel MITIDIERO. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 26-28. No entanto, aqui é importante salientar que a decisão justa, para o autor, é entendida a partir do duplo discurso que é proposto a partir da decisão judicial: para as partes e para a sociedade (cfr. com maior vagar, Daniel MITIDIERO. «Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial». In *Revista de processo*, p. 62 ss.). Isso se encaixa com a constatação de que a *tutela dos direitos* é o fim do processo civil (com o qual concordamos plenamente) e que possui uma *dupla dimensão: particular e geral*. Daí que «esse duplo discurso que o processo civil tem de ser capaz de desempenhar no Estado Constitucional pressupõe a construção de uma teoria do processo idônea para dar conta da necessidade de propiciarmos a *prolação de uma decisão justa para as partes* no processo e a *formação e o respeito ao precedente judicial para sociedade como um todo*» (*Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 26). «Decisão justa» e «precedente», aqui, pertencem a diferentes corolários da tutela dos direitos, e isso leva a MITIDIERO a registrar a diferente função a que está pré-ordenada uma corte judiciária. Se ela deve prestar uma decisão justa, então se trata de uma *corte de justiça* (órgãos jurisdicionais ordinários); se sua função é tutelar o direito mediante precedentes, conclui-se que é uma *corte de precedentes* (órgãos jurisdicionais extraordinários). Deixando constância que estamos de acordo com a necessária diferença de funções das cortes judiciárias, sobretudo pelo fato de existirem determinados órgãos que possuem a competência para proferir decisões que serão posteriormente reconhecidas como precedentes, pensamos que essa drástica dissociação que se faz entre decisão justa e precedente deve ser submetida a uma ponderação adicional. Veja-se: a consequência lógica do discurso exposto é que as cortes de precedentes não estão preocupadas com a justiça da decisão (o qual, em grande medida faz sentido porque não é sua função, por exemplo, controlar a valoração da prova realizada pelas cortes de justiça). Entretanto, se formos coerentes com as premissas conceituais adotadas até agora no nosso trabalho, dada a mútua vinculação entre o modelo de Estado Constitucional e a justiça, *o processo não pode não espelhar justiça no resultado, indiferentemente do juiz que a profira*. E então como fica o fato de alguns tribunais não se preocuparem com a decisão justa? Embora seja um tema particularmente complicado de justificar, é possível afirmar que entre as cortes judiciárias existe uma clara divisão de trabalho, mas isso não quer dizer que o órgão cuja decisão constitui precedente, por não ser sua função emitir uma decisão *propriamente dita*, não se importe com a *justiça* que necessariamente o Estado Constitucional deve prover, *em grau razoável*, em todos os âmbitos do ordenamento jurídico (principalmente o processo). O precedente, por ser um meio de tutela dos direitos, visa a consagrar a segurança jurídica, liberdade e igualdade (portanto, a dignidade). Daí que precedente e justiça não sejam discursos tão distantes assim. Já a busca da verdade, tal como afirmado, tem e deve ter limitações. Uma dessas, pensamos, *é que existem órgãos jurisdicionais que possuem uma maior preocupação por ela, e outros que partem da atividade desempenhada por aqueles para, depois, exercer a que lhes corresponde (unidade do Direito mediante interpretação)*. Assim, contrapor precedente a justiça é, desde nossa visão, conceitualmente equivocado.

²⁹⁶ Michele TARUFFO. «Idee per una teoria della decisione giusta». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 319.

O tema da decisão justa pode ser ilustrado no gráfico seguinte:²⁹⁷



Essas três linhas representam, indistintamente, os três fatores que devem apresentar-se para existência de uma decisão justa. Note-se que essa justiça da decisão (*a melhor decisão possível*) encontra-se ao interior do círculo, pelo que a correção do procedimento, a adequada construção dos fatos e a interpretação e aplicação do direito ao caso concreto devem convergir somente dentro do círculo.²⁹⁸ Assim mesmo, não existe «a» decisão justa, porque poderia não ser atingida, mas existem *graus* em que a decisão *pode ser qualificada como justa*. Com efeito, é possível que a tarefa interpretativa ou a apuração dos fatos não tenha sido perfeita, mas é aceitável. Da mesma maneira, é desejável que o procedimento seja plenamente respeitado, mas é possível a existência de vícios que, no final, possam não ter influência para a idoneidade da decisão. Entretanto, fora do círculo, ainda que seja apenas um desses fatores que não atinja o âmbito de justiça na decisão (representada pelo círculo), não poderá haver uma autêntica decisão justa.²⁹⁹

²⁹⁷ Para explicar a convergência dos três elementos para uma decisão justa, TARUFFO (*ibidem, idem*) usa a ideia de um algoritmo. Um algoritmo é uma sequência finita de instruções bem definidas e não ambíguas, sendo que cada uma das quais pode ser executada mecanicamente em tempo e esforço finitos; em uma palavra, o algoritmo não é mais do que um manual de instruções ou de tarefas. Embora TARUFFO não seja tão explícito, provavelmente ele esteja se referindo a um *algoritmo não determinístico* porque não é possível chegar a uma solução exata. No entanto, trata-se de uma analogia incorreta, porque inclusive no algoritmo não determinístico as instruções são *exatas e invariáveis*, só que o resultado *pode não ser exato*. Assim, salvo melhor juízo, a tarefa do juiz ao corroborar hipóteses de fato e interpretar textos não é atividade rígida, e sim variável.

²⁹⁸ As três linhas do algoritmo poderiam dar a entender que se trataria de dimensões independentes entre si. Entretanto, isso é apenas com fins didáticos. Não desconhecemos que a aplicação do direito ao caso concreto certamente não pode ser pensada sem o material fático que lhe dá suporte, tal como será especificado no texto. Isso, é claro, remete-se à dificuldade da dissociação entre questão de direito e questão de fato que não será abordada aqui. A crítica, cabe salientar, foi apontada pelo caro colega Vitor de PAULA RAMOS.

²⁹⁹ Cfr. Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 142.

Frise-se, finalmente, que o fato de entendermos uma decisão justa não apenas a partir da correção do procedimento faz com que ingresse no discurso a importância da *racionalidade da decisão*. Uma justificação suficientemente elaborada contribui para a racionalidade e para a justiça.³⁰⁰ Daí que seja possível afirmar que, enxergando a justiça do processo também a partir da decisão, existe um claro paralelo entre racionalidade, motivação das decisões judiciais e justiça.³⁰¹

7.1. Correção do procedimento: o respeito aos direitos fundamentais processuais e à legalidade procedimental

Não há possibilidade de chegar-se a uma decisão justa se os direitos fundamentais processuais forem desrespeitados de forma inaceitável. Disso não existe nenhuma dúvida, pois dependendo da intensidade da violação de determinado direito fundamental, a decisão que se emita pode ser invalidada. Não há decisão justa, por exemplo, se o juiz que julga a causa não é o juiz natural. Também não haverá se existir uma infração ao contraditório (por exemplo, uma decisão de *terza-via*³⁰²) ou uma violação na necessária promoção da simetria entre as posições jurídicas das partes. No marco de uma ordem espelhada no Estado Constitucional, o procedimento deve ser construído pelo legislador infraconstitucional segundo os direitos processuais consagrados na Constituição e, assim sendo, esse procedimento deve ser plenamente observado pelo juiz. Isso não obsta,

³⁰⁰ Alexander PECZENIK. *On Law and Reason*, 2ª ed., p.153: «Moreover, a fully elaborated justification is apt to contribute to rationality and justice rather than to irrationality and injustice. Thus, fulfilment of the criteria restricts irrationality and contributes to justice. Yet, it cannot entirely eliminate unjust and unreasonable content of a normative system». Essa última afirmação de PECZENIK justifica-se no fato de que, para ele, as duas condições necessárias para interpretação judicial são (i) que tenha como suporte nas normas jurídicas socialmente estabelecidas e (ii) que tenha suporte suficiente em normas morais *prima facie* (*ibidem*, p. 234-235). Para isso, segundo ele, para proferir uma decisão justa, a justificação tem de partir de um sistema medianamente coerente (*ibidem*, p. 145). Para o autor sueco, por exemplo, os sistemas legais de HITLER ou de POL POT, pelo fato de serem extremamente imorais e incapazes de garantir aos seus cidadãos a «legal certainty», o qual redundava na impossibilidade de reduzir a injustiça do próprio sistema mediante o método interpretativo que ele considera correto (*ibidem*, p. 234).

³⁰¹ É necessário advertir desde logo, conforme explica Aulis AARNIO. *Essays on the Doctrinal Study of Law*, p. 173, que embora não seja possível chegar a uma racionalidade perfeita, o grau em que ela seja atingida é diretamente proporcional à aceitabilidade social das decisões judiciais: «In this sense, rational acceptability has the same general role in legal reasoning as the concept of truth has in the (natural) sciences. It is an ideal for DSL. This ideal cannot actually be reached, but it can be approximated. The more the criteria of rational acceptability are fulfilled, the more satisfactory is the reasoning. In other words, the genuine social relevancy of legal reasoning is dependent on its degree of rational acceptability».

³⁰² Cfr. Renzo CAVANI. «Contra as nulidades-surpresa...». In *Revista de processo*, p. 73, e a bibliografia citada.

entretanto, para que o juiz –pelo menos nos ordenamentos em que é permitido– possa controlar a densificação do processo justo (aqui entendido como princípio constitucional, espelhando um direito fundamental) efetivada pelo legislador.

O que foi dito anteriormente tem a ver com a parte III do nosso trabalho e será abordado adiante. Agora interessa demonstrar qual a vinculação entre procedimento e decisão justa ou, neste ponto, *decisão legítima*. Isso nos remete necessariamente a um problema de ciência política.

A sentença e, em geral, as decisões dotadas de poder público (em uma palavra, os *atos de poder*) precisam, para serem *legítimas*, que de alguma maneira tenham podido ser adotadas ou construídas com a participação dos próprios destinatários desse ato de poder.³⁰³ Os atos de um Congresso ou do Presidente de uma República gozam, a princípio, de legitimidade, porque os destinatários desses atos (o povo) participaram na sua eleição como autoridades. Isso, como é claro, não sói acontecer com a jurisdição, cuja eleição não se dá pela vontade popular, apesar de que os mecanismos para sua seleção estejam, em maior ou menor medida, na Constituição ou nas leis infraconstitucionais. Existe, portanto, um defeito de legitimidade que tem de ser suprido.³⁰⁴

Já antecipamos de alguma maneira que a *procedural justice* não é suficiente para espelhar a justiça que o modelo de Estado Constitucional exige a um ordenamento determinado. A aceitação da condução do procedimento pelas partes não diz nada a respeito do resultado que se condensa em decisão que, por sua vez, deve promover, em grau razoável, os valores da dignidade, liberdade, igualdade, verdade e segurança, porque esses valores têm de estar plasmados no ordenamento constitucional e infraconstitucional e, assim, possam ser prestigiados pelo papel que deve desempenhar a jurisdição.³⁰⁵ Daí que não é possível aceitar as teorias procedimentalistas que visam apenas a destacar a

³⁰³ Cfr. Cândido DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, 6ª ed., p. 89 ss.

³⁰⁴ Cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed., p. 442.

³⁰⁵ É claro, isso não resta a possibilidade de sustentar uma teoria dessas no contexto de um ordenamento apenas preocupado com a solução de controvérsias, mais do que a justiça material das decisões.

legitimidade do procedimento através da participação das partes nele, fazendo com que tal legitimidade abranja, forçadamente, também à decisão.³⁰⁶

Entretanto, isso não quer dizer que o procedimento possua um valor menor para conformação da decisão justa. Da mesma forma do que uma *adequada* apuração dos fatos e uma *adequada* individualização do segmento normativo, interpretação do texto normativo (ou do elemento não textual) e aplicação da norma, o procedimento é um *elemento para uma decisão justa*. É possível afirmar que a legitimidade do procedimento possui um valor próprio porque essa só se consegue através da participação das partes no processo. Com efeito, permitindo que o exercício do poder estatal da jurisdição seja influenciado por aqueles que o suportarão, efetiva-se a promoção da *democracia participativa*, que é o fator que legitima tal poder.³⁰⁷ Essa necessária influência obtém-se através do diálogo paritário entre juiz e partes³⁰⁸ e, também, no dever de o juiz, como destinatário do contraditório, espelhar na motivação da sua decisão os fundamentos no marco do debate realizado.³⁰⁹

Não é possível, portanto, descartar a legitimidade da decisão como sendo impossível de ser objetivada, nem colocar tal legitimidade em função da legitimidade do procedimento. Muito pelo contrário, a *legitimidade do procedimento está funcionalmente vinculada à legitimidade da decisão*. Essa é a lição de Luiz Guilherme MARINONI:

Há quem entenda que não há como pensar em legitimidade da decisão, uma vez que não existe objetividade possível em questões normativas, e há quem –embora admitindo o problema da legitimidade da decisão– suponha que a decisão só pode ser racionalmente avaliada a partir de critérios procedimentais. Para os primeiros é possível falar apenas em legitimação pelo procedimento, e não em legitimidade da decisão. Para os últimos, embora seja viável aludir a legitimidade da decisão, essa legitimidade dependeria da observância de um procedimento em que fossem observadas as condições asseguradoras da correção do seu resultado. De qualquer forma, enquanto os primeiros falam somente em legitimação, os últimos admitem que a legitimidade decorre da observância do procedimento, isto é, que a decisão é legítima quando são observadas as premissas e as características do procedimento, especialmente a participação.

³⁰⁶ Para uma análise crítica das teorias procedimentalistas de FAZZALARI, LUHMANN, ELY e HABERMAS, destacando suas diferenças, cfr. *Ibidem*, p. 442-452.

³⁰⁷ Segundo MARINONI (*ibidem*, p. 462), «um procedimento incapaz de atender ao direito de participação daqueles que são atingidos pelos efeitos da decisão está longe de espelhar a ideia de democracia, pressuposto indispensável para a legitimidade do poder». Cfr., também, Hermes ZANETI Jr. *Processo constitucional*, p. 113 -116.

³⁰⁸ Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*, 2ª ed., p. 71 ss., 113 ss., embora não estejamos de acordo com chamar a isso de «colaboração».

³⁰⁹ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 666-667.

Quando a legitimidade da decisão não importa, há apenas legitimação do exercício do poder pelo procedimento. *Mas, no caso em que se entende que a decisão deve ser legítima, a observância das regras do procedimento é imprescindível para se ter uma decisão legítima. Apenas nesse último caso, e não no primeiro, é que importará saber se a observância do procedimento é capaz de assegurar uma decisão justa ou conforme o conteúdo material dos direitos fundamentais.*³¹⁰

Precisamente neste último ponto do texto transcrito é que a legitimidade da decisão adquire sua autêntica feição: *chegar a uma decisão legítima equivale a uma decisão fundada nos direitos fundamentais*. E os direitos fundamentais, como situações de vantagem que se encontram na mais alta hierarquia normativa de um ordenamento jurídico positivo, se plasmados no marco do modelo de Estado Constitucional, devem refletir, em grau mais ou menos adequado, os valores que conformam tal modelo.

Cabe, portanto, concluir o seguinte: se a legalidade de um procedimento constrói-se com base nos direitos fundamentais processuais, e se uma decisão legítima deve estar espelhada, por sua vez, nos direitos fundamentais, então os órgãos jurisdicionais, ao exercer o poder público, devem respeitar esse procedimento, sem que isso seja óbice, como foi enunciado, para que possam controlar a constitucionalidade do trabalho desenvolvido pelo legislador infraconstitucional.

7.2. Adequada apuração dos fatos da causa substanciada na busca pela verdade no processo

Já foi exprimido que promover os direitos fundamentais processuais que informam o desenrolar do procedimento não é suficiente, já que é necessário que a decisão judicial «seja tomada em consideração a si mesma, distinguindo-a do procedimento do qual representa o resultado e a valorando segundo um critério autônomo, independente daquele empregado para a valoração da justiça do procedimento».³¹¹

³¹⁰ Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed., p. 464-465 (grifos nossos).

³¹¹ Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 141. No mesmo sentido, cfr. Alvin I. GOLDMAN. *Knowledge in a Social World*, p. 284. Corretamente afirma Luigi Paolo COMOGLIO. *La prova civile*, 3ª ed., p. 22-23, que nos sistemas em que o processo é entendido como mero método de resolução de controvérsias individuais, pouco importam os métodos utilizados para chegar a uma decisão justa, interessando apenas uma verdade puramente processual (sobre o tema da chamada «verdade processual», criticamente, cfr. Jordi FERRER BELTRÁN. *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed., p. 61 ss.; Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 106-108). No final das contas, registra o jurista, o que faz a diferença não é o conceito de verdade senão as condições ideológico-políticas do sistema.

O fato de enxergar a decisão considerando-a em si mesma, sem isso implique desvinculação com o *processo como um todo*, leva a concluir que o juiz pode conduzir um procedimento impecável, porém errando dramaticamente no momento da decisão. Daí que partindo da premissa já analisada acima (*supra*, II, 6.2) de que o processo, *na medida do possível*, deve visar à descoberta da verdade,³¹² não pode chegar-se a uma decisão que mereça ser qualificada como *justa* se o juiz errar gravemente na reconstrução dos fatos que o levarão a dar razão, total ou parcialmente, a uma das partes. Com efeito, «demonstrado que a apuração da verdade dos fatos no processo é *possível*, bem como que tal apuração é *necessária*, disso deriva que o processo é justo se sistematicamente orientado a fazer com que se estabeleça a verdade dos fatos relevantes para a decisão; é, por outro lado, injusto na medida em que for estruturado de modo a obstaculizar ou limitar a verdade, já que nesse caso o que se obstaculiza ou se limita é a justiça da decisão com que o processo se conclui».³¹³ Existe, portanto, uma intrínseca e inegável relação entre *verdade, adequada apuração dos fatos (accertamento) e decisão justa*.³¹⁴

Nada obstante, note-se que se fala de uma *adequada* apuração dos fatos; é dizer, é plenamente possível a existência de diversas hipóteses sobre os fatos a respeito dos quais o juiz tem de pronunciar sua veracidade ou falsidade, dependendo do acervo probatório existente, dos métodos e técnicas de apuração da verdade etc. Assim, «isso equivale a dizer que existe sempre a possibilidade de quando menos duas hipóteses sobre cada fato, mas tais hipótese podem ser mais numerosas, e portanto mais numerosas são as possibilidades de decisão quando os fatos do caso são complexos».³¹⁵

³¹² Já disse, por exemplo, Luigi FERRAJOLI. *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*, p. 9, que uma justiça, em sentido jurisdicional, sem verdade, é uma justiça arbitrária.

³¹³ Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 143. Cabe salientar que a preocupação pela justiça da decisão no relativo ao adequado *accertamento* dos fatos já era preocupação de TARUFFO há muitos anos: cfr. *La prova dei fatti giuridici*, p. 42 ss.

³¹⁴ Assim, segundo GOLDMAN. *Knowledge in a Social World*, p. 285, «truth is a primary or central value in legal adjudication».

³¹⁵ Michele TARUFFO. «Idee per una teoria della decisione giusta». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 318.

No final das contas, no contexto de uma decisão judicial, «estar provado» não é o mesmo que dizer «ser verdadeiro»,³¹⁶ pelo que se conclui que existe a possibilidade de o juiz construir um juízo de correspondência imperfeito. E mais: é muito provável que jamais possa se alcançar esse ideal, pelo fato de a busca da verdade não ser absoluta (v. gr., a presunção que gera a revelia, as *exclusionary rules*, e a limitação do poder probatório de ofício apenas aos fatos alegados pelas partes são exemplos disso). Isso é reflexo de a verdade ser objetivo institucional do Direito,³¹⁷ mas dado que certamente *não é o único*, como já se analisou, *os outros objetivos limitam-na em maior ou menor medida*. Entretanto, mesmo que atingir a verdade seja um ideal nem sempre realizável, é preciso que ele seja procurado na medida do possível, já que «é necessariamente injusta a decisão baseada em *falsa* verificação das alegações de fato no processo».³¹⁸

É preciso, portanto, que: (i) quem alega fatos no contexto de um processo judicial possa efetivamente aportar meios que «hipoteticamente possam ser idôneos para aportar direta ou indiretamente, elementos de juízo acerca dos fatos que devem ser provados»;³¹⁹ (ii) esses meios de prova sejam efetivamente produzidos no processo; (iii) os meios de prova produzidos sejam valorados racionalmente; e (iv) que exista motivação idônea por parte do juiz.³²⁰ Tudo isso leva a uma apuração o mais adequada possível, consubstanciada, como se vem insistindo, na importância da busca da verdade e a conformação de uma decisão justa a partir deste viés.

Aqui interessam particularmente os pontos (iii) e (iv). Sobre a valoração da prova, o juiz deve contrastar o apoio empírico que os elementos de juízo (que levarão à decisão

³¹⁶ E ainda mais, é necessário diferenciar, tal como o faz Jordi FERRER BELTRÁN. *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed., p. 73 ss., «ter por verdadeira uma proposição» e a crença da verdade dela (ou seja, sua correspondência com a realidade empírica).

³¹⁷ Jordi FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*, p. 29.

³¹⁸ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 656.

³¹⁹ Jordi FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*, p. 55.

³²⁰ Tudo conforme a Jordi FERRER BELTRÁN (*ibidem*, p. 54-59 e, mais detalhadamente, p. 66 ss.). Cabe salientar que, para o autor, uma concepção racionalista sobre a prova possui os seguintes elementos: recurso ao método da corroboração e refutação de hipóteses, versão fraca do princípio da imediação, motivação forte e sistema de recursos para controle da decisão (*ibidem*, p. 65). Cfr., com proveito, estabelecendo o conteúdo material do direito fundamental à prova no ordenamento brasileiro, Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 657 ss. (conectando o tema, também, com a motivação das decisões judiciais, p. 668); Vitor de PAULA RAMOS. «Direito fundamental à prova». In *Revista de processo*, p. 47 ss.

sobre os fatos) aportam, individual ou conjuntamente, às diversas hipóteses fáticas disponíveis sobre o acontecido segundo as alegações das partes.³²¹ Embora não seja possível ter uma certeza racional absoluta –portanto, não ser possível verificar uma hipótese fática no contexto da prova judiciária– «é plenamente possível preferir racionalmente uma hipótese sobre as outras sobre a base da maior corroboração da primeira».³²²

Daniel MITIDIERO resume de forma instrutiva o procedimento para corroboração das alegações de fato:

O método para comprovação da alegação envolve a i) adequada formulação da hipótese, ii) individualização analítica da prova e iii) adequada confrontação entre a hipótese e a prova com fins de confirmação e não-refutação. A verdade possível – a maior aproximação à verdade em termos de probabilidade indutiva – resulta do emprego do procedimento para comprovação da alegação.

Uma hipótese adequadamente formulada no processo civil deve atender a *três requisitos* essenciais: i) deve ser logicamente consistente, significativa e referente a fatos juridicamente relevantes; ii) deve ser fundada no conhecimento disponível e iii) deve ser contrastável empiricamente de forma imediata. Isso quer dizer que a hipótese deve ser coerente (isto é, não-contraditória), exprimir algo referente a um fato a que o direito vincule conseqüências jurídicas, estar de acordo com o estado do conhecimento humano e ser passível de prova.

Formulada a hipótese, é preciso *confrontá-la* com aquilo que normalmente acontece (art. 335, CPC) e com as provas disponíveis nos autos (art. 131, CPC). É da confrontação que surge a sua confirmação ou refutação. Antes do confronto, contudo, é preciso *individualizar* a própria prova disponível nos autos. Não é possível obter *racionalmente* a verdade sem *prévia individualização analítica* das provas disponíveis no processo.

A individualização analítica da prova – que visa a conferir a sua idoneidade para posterior confrontação com a hipótese – envolve *dois passos*: i) aferição da *credibilidade* da prova e ii) definição do *significado* da prova. Em outras palavras, é necessário saber se a prova é “*attendibile*” e o que efetivamente ela representa.

Finalmente, formulada a hipótese e disponíveis as provas, é preciso submetê-la ao *procedimento de comprovação*. A probabilidade da hipótese é fruto do *grau de confirmação* que essa nele obtém. E, como observa a doutrina, o grau de corroboração da hipótese aumenta ou diminui de acordo com: i) o fundamento cognoscitivo e o grau de apoio ofertado pelas máximas de experiência utilizadas no raciocínio probatório; ii) a qualidade – fiabilidade – epistemológica das provas; iii) a maior ou menor extensão da cadeia de inferências que compõem o raciocínio de confirmação e iv) a quantidade e a variedade de provas que a confirmam.

Daí retira igualmente a doutrina quatro balizas para aferição do grau de probabilidade indutiva de determinada proposição: i) o grau de probabilidade de uma hipótese é diretamente proporcional ao fundamento e ao grau de probabilidade incrustado nas máximas de experiência utilizadas para confirmação; ii) a probabilidade de uma hipótese é tendencialmente maior quando vem confirmada

³²¹ Jordi FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*, p. 91.

³²² *Ibidem*, p. 92. Para uma explicação do método de corroboração de hipóteses, cfr. *ibidem*, p. 126 ss.

por constatações (provas documentais e provas testemunhais) ou conclusões (provas periciais) do que quando vem confirmada por hipóteses (provas indiciárias); iii) o grau de probabilidade de uma hipótese é menor quanto maior seja o número de passos inferenciais que compõe o procedimento que conduz à sua confirmação; e iv) a probabilidade de uma hipótese aumenta com a quantidade e a variedade de provas que a confirmam.

Ademais, a hipótese precisa passar no teste da *não-refutação* para ser considerada provável. Não basta a hipótese ser confirmada pelos elementos probatórios dos autos – para ser provável, essa deve igualmente não ser refutada por nenhuma das provas disponíveis no processo. Somente a partir daí é que se pode afirmar que determinada hipótese é provável.³²³

Já no que tange à motivação (ponto iv), assim como ela se mostra indissociável com o contraditório,³²⁴ acontece o mesmo com a prova. A razão é que essa rigorosa valoração racional da prova, no momento de subsumir os fatos tidos como provados no suporte fático da norma jurídica, deve ser espelhada na justificação da decisão.³²⁵ Apesar de abordarmos mais em frente, com maior vagar, o tema da motivação (*infra*, II, 7.3), é oportuno concluir este item deixando clara a relação entre valoração da prova e a motivação dela, sendo que algumas considerações também se aplicam a respeito da justificação da questão normativa.

Em primeiro lugar, exige-se que a decisão esteja *justificada internamente*,³²⁶ ou seja, que exista correlação entre a premissa de direito e a premissa de fato a partir de juízos dedutivos, subsuntivos e silogísticos.³²⁷ Embora o grande papel que hoje desempenha a argumentação jurídica (ou seja, a necessidade de oferecer boas razões para suportar a

³²³ Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela*, p. 103-104.

³²⁴ Cfr. Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 666 ss.

³²⁵ Sobre a diferença entre valoração da prova e motivação da valoração da prova, cfr. Jordi NIEVA FENOLL. *La valoración de la prueba*, p. 197.

³²⁶ De acordo com Daniel MITIDIERO. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 86, «uma decisão apresenta *justificação interna (interne Rechtfertigung)* sempre que o *dispositivo decorre logicamente da fundamentação* e que essa contempla *todos os fundamentos* arguidos pelas partes. Na justificação interna, portanto, interessa a *correção lógica* e a *completude* da motivação da decisão. Daí que a justificação interna é uma justificação *formal* que responde à *necessidade de não contradição* no discurso jurídico».

³²⁷ Segundo Aulis AARNIO. *Essays on the Doctrinal Study of Law*, p. 134, com apoio em Jerzy WRÓBLEWSKI, «from the internal point of view, the scheme of reasoning is *sylogistic*. What is essential in this scheme is the *closed nature* of the inference. The conclusion can be drawn deductively from the premises. In this respect, the reasoning follows the rules of *L-rationality*, and the procedure fulfils the criteria of this kind of rationality if, and only if, it follows the deductive rules of inference. Syllogism as a form of L-rationality is only suitable for *ex post* rationalisation of the justificatory procedure. The premises of syllogism are always accepted as given starting points, which is also the reason why the internal justification is not a proper type of practical legal reasoning. The real problem for a judge, and for a scholar too, is to find the premises. Wroblewski calls this procedure the *external justification*». Já para Alexander PECZENIK. *On Law and Reason*, 2ª ed., p. 131, a argumentação jurídica baseia-se em premissas razoáveis, e uma premissa é razoável se, e tão-somente se, (i) não é falsa; (ii) a hipótese não estiver o suficientemente corroborada de modo que a premissa não provenha de um conjunto mais elevado e coerente de premissas.

adequação da decisão), a lógica e a dedução interessam para o Direito porque a decisão *deve* estar estruturada logicamente,³²⁸ isto é, tem de possuir uma condição de *racionalidade formal*; em uma palavra: respeitar o *princípio de não contradição*.³²⁹

De outro lado, para uma adequada motivação sobre os fatos não é suficiente enunciá-los para estabelecer a verdade da sua descrição, mas «indicar as razões pelas quais o juiz entendeu que os fatos resultaram provados segundo critérios objetivos e racionalmente verificáveis». ³³⁰ A motivação sobre os fatos, portanto, não pode ser fictícia nem implícita. ³³¹ Assim mesmo, essa motivação pressupõe uma «justificativa adequada para cada enunciado relativo às circunstâncias que apontam os fatos principais», ³³² demonstrando a confirmação de um enunciado, seja verdadeiro, seja falso, com as inferências probatórias realizadas. Também é importante justificar «por que razões [o juiz] entendeu confiáveis determinadas provas (...) e também quais as razões para não ter entendido confiáveis outras provas», ³³³ e daí explicitar as inferências que levaram a concluir tal hipótese, determinando a verdade e tal enunciado. Destarte, a valoração da prova deve provir de «critérios objetivamente aceitos e passíveis de serem compartilhados». ³³⁴

É assim que, além da logicidade entre as premissas, importa que a escolha das premissas da justificação interna (inclui, naturalmente, os fatos) seja adequada, ³³⁵ o que

³²⁸ Cfr. Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*, p. 257-258. Segundo Neil MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 33, «what needs to be grasped is that the syllogism plays a fundamental structuring part in legal thought, though not all of such thought is exhausted by the structure alone. Formal logic and deduction do matter in law. Certainly, to acknowledge this does not require one to deny the massively important part played in law by informal reasoning, probabilistic reasoning, rhetoric in all its senses and modes. So far from requiring denial of that, an appreciation of the central place of the legal syllogism is a condition of understanding them in their legal setting». Frise-se que a lógica empregada no raciocínio não se reduz à lógica formal dedutiva, abrangendo outras, segundo a lição de Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, p. 140 ss.

³²⁹ Pierluigi CHIASSONI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, p. 14.

³³⁰ Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 273. Vale a pena indicar que a mesma exposição encontra-se em artigo posterior: Michele TARUFFO. «La valutazione della prova», In Taruffo, Michele (a cura di). *La prova nel processo civil civile*, p. 260-269.

³³¹ Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 274.

³³² *Ibidem*, p. 275.

³³³ *Ibidem*, p. 276.

³³⁴ *Ibidem, idem*.

³³⁵ Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*, p. 258 ss.

envolve um *juízo indutivo*. Trata-se, como é possível intuir, da *justificação externa da decisão*, onde entra em jogo, com grande preponderância, a argumentação jurídica.³³⁶

Finalmente, ambos os âmbitos da justificação devem estar regidos pela coerência,³³⁷ cuja ideia expressa, basicamente, o seguinte: quanto maior quantidade de enunciados pertencentes a uma teoria aproximados a uma *perfect supportive structure*, mais coerente será essa teoria.³³⁸ Com efeito, uma narrativa sobre os fatos é *acreditável* tão-somente se for o suficientemente coerente.³³⁹

Destarte, a motivação sobre os fatos deve *existir, ser completa e coerente*.³⁴⁰

7.3. Adequada individualização do segmento normativo, interpretação do texto (ou do elemento não textual) e aplicação da norma no caso concreto mediante lógica e argumentação jurídica³⁴¹

³³⁶ De acordo com Daniel MITIDIERO. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 86, «uma decisão tem *justificação externa* (*externe Rechtfertigung*) sempre que as *premissas adotadas na decisão são adequadas*. A *justificação externa*, portanto, concerne à *adequação das escolhas das premissas* empregadas na justificação interna. Nessa linha, constitui uma justificação *material* que responde à *necessidade de adoção de razões suficientes* para tomada de decisão, envolvendo o exame tanto de *normas* como de *fatos*, na medida em que entre ambos existe uma absoluta implicação. É o campo em que a *argumentação jurídica* atua no processo interpretativo, no qual o julgador individualiza, valora e decide de forma não dedutiva». Voltaremos sobre o tema da argumentação no seguinte item.

³³⁷ *Ibidem, idem*.

³³⁸ Alexander PECZENIK. *On Law and Reason*, 2ª ed., p. 132. Um aprofundamento sobre o conceito de coerência e sobre os seus critérios pode ser consultado nas seguintes páginas da obra citada.

³³⁹ Tal como indica MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 226-227, «an account of a past event or complex of related events is credible only if it is coherent. This requires that there be no inexplicable logical inconsistencies between any of its factual elements, and that there be some causal and motivational account of the whole complex of events stated in the factual statements that, as a whole, constitutes in itself a satisfactory account of them». Cabe salientar que este autor distingue entre «normative coherence» e «narrative coherence», sendo que essa última aplica-se aos juízos sobre os fatos (*ibidem*, p. 189 ss., esp. 162 ss., 229 ss.). E tudo isso, como é claro, sem que se adote uma teoria da verdade por coerência, porque uma narrativa pode ser coerente, embora totalmente falsa devido a uma cisão entre narrativa e realidade empírica. Cfr. Michele TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici*, p. 60 ss.

³⁴⁰ Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 274.

³⁴¹ Os temas da interpretação e argumentação jurídicas são altamente complexos e, como é óbvio, não poderão ser desenvolvidos aqui em toda sua dimensão. Procuraremos realizar, no entanto, apenas as considerações que interessem para o nosso tema. Para um maior aprofundamento, cfr. Alexander PECZENIK. *On Law and Reason*, p. 115 ss., 232 ss.; Andrei MARMOR. *Interpretation and Legal Theory*; Aulis AARNIO. *Lo racional como razonable*, p. 89 ss., 207 ss.; Aulis AARNIO. *Essays on the Doctrinal Study of Law*, p. 131-146, 165-175; Carlos BERNAL PULIDO. «Legal Argumentation and the Normativity of Legal Norms». In *Cogency*; Chaïm PERELMAN e Lucie OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado da argumentação*; Fernando ATRIA. *On Law and Legal Reasoning*, p. 87 ss., 161 ss.; Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*; H. L. A. HART. *The Concept of Law*, 2ª ed., p. 124 ss.; Humberto ÁVILA. «Função da ciência do direito tributário». In *Direito tributário*

No momento de decidir, o juiz não pode dar justiça segundo os méritos ou necessidades das partes, nem segundo a própria percepção de igualdade do órgão jurisdicional (valor subjetivo). Isso não é justiça no marco de um processo. A razão é simples: *o juiz está condicionado pelo ordenamento jurídico*. Daí que a partir do raciocínio das correntes positivistas de que a justiça não seria mais do que aplicar o direito no caso concreto,³⁴² é possível afirmar que (i) se o segmento normativo for deficientemente individualizado; (ii) se um texto normativo (ou um elemento não textual da ordem jurídica) for deficientemente interpretado ou (iii) se uma norma jurídica aplicável a um caso concreto for inaplicada ou for deficientemente aplicada pelo juiz, *não pode haver uma decisão justa. A justiça, portanto, não é qualquer justiça: é justiça segundo o Direito*.³⁴³

É importante salientar que nossa firme convicção positivista não pressupõe assumir os postulados da teoria cognitivista da interpretação, a que se enquadra em uma *tese descritivista da ciência do Direito* que envolve determinado *tipo de interpretação* e acolhe determinada *teoria da interpretação*.³⁴⁴ Quanto ao tipo de interpretação, nessa seara, o intérprete se limita a identificar significados (pode ser um ou vários), mas sem decidir qual é o adequado segundo ele.³⁴⁵ Quanto à teoria da interpretação, o cognitivismo parte da premissa da existência de um significado unívoco, correspondente à vontade ou intenção da

atual; Joseph RAZ. «Legal Principles and the Limits of the Law». In *The Yale Law Journal*; Manuel ATIENZA. *Las razones del Derecho*; Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*; Neil MACCORMICK. *Legal Reasoning and Legal Theory*; Neil MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law*; Pierluigi CHIASSONI. *La giurisprudenza civile – Metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*, p. 475 ss.; Pierluigi CHIASSONI. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*; Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*; Robert ALEXYS. *Teoría de la argumentación jurídica*; Ronald DWORKIN. *Law’s Empire*, p. 45 ss.; Vittorio VILLA. *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*.

³⁴² Cfr. Alf ROSS. *Direito e justiça*, p. 318 ss., quem afirma que a ideia de justiça se resolve na exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação correta de uma norma. Aqui poderia se objetar que ROSS, por pertencer ao realismo jurídico, não se afiliaria a uma corrente positivista. No entanto, isso pode ser desmentido a partir da análise da sua obra realizada por Luis Fernando BARZOTTO. *O positivismo jurídico contemporâneo*, 2ª ed., p. 67 ss.

³⁴³ É também a opinião de Neil MACCORMICK. *Legal Reasoning and Legal Theory*, p. 72: «Judges have to do “justice according to law”, *not justice pure and simple*. The norms of the legal system supply a concrete conception of justice which is in ordinary circumstances –where deductive justification is sufficient itself– sufficiently fulfilled by the application of relevant and applicable rules according to their terms» (grifos nossos).

³⁴⁴ Humberto ÁVILA. «Função da ciência do direito tributário...». In *Direito tributário atual*, p. 183 ss., seguindo a Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*, p. 27 ss.

³⁴⁵ Segundo Riccardo GUASTINI (*ibidem*, p. 28), «l’interpretazione cognitiva –la “disposizione D può essere interpretata nei sensi S1, S2, o S3”– consiste: nell’enumerare i diversi significati che ad un testo normativo possono essere attribuiti a seconda che si impieghi l’uno o l’altro metodo interpretativo, a seconda che si adotti l’una o l’altra tesi dogmatica; ovvero, da un alto punto di vista, consiste nell’enumerare i diversi significati che as un testo normativo saranno prevedibilmente attribuiti».

autoridade criadora do texto e apreensível pelo intérprete. Não haveria, portanto, escolha do significado porque a norma encontra-se no próprio texto (apenas teria de ser «descoberta»³⁴⁶). O intérprete não exercita vontade, apenas conhecimento, sendo que as regras da lógica formal são suficientes para guiar o processo de interpretação (e também de aplicação, mediante o silogismo judicial).³⁴⁷

A melhor demonstração que formalismo interpretativo e positivismo jurídico não são noções indissociáveis é que o próprio KELSEN é antiformalista.³⁴⁸ Daí que seja possível adotar uma concepção diferente à do cognitivismo sem abrir mão da importância dada à separação entre moral e Direito, onde o fator «argumentação jurídica» — e não só a lógica — assumam um papel de importância.³⁴⁹

Parte-se da premissa que os enunciados linguísticos têm como característica uma *potencial equívocidade*. Esses enunciados compreendem, evidentemente, os *textos normativos*. Isso quer dizer que, inevitavelmente, os textos dados pelo legislador são

³⁴⁶ Vittorio VILLA. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, p. 82-83, afirma que a ideia de fundo do procedimento interpretativo característico ao formalismo interpretativo puro (Escola da Exegese e Escola Histórica do Direito) é o *descobrimento*: «Secondo la Scuola dell'esegesi l'interpretazione, nel suo senso genuino, è prima di tutto scoperta del vero significato (l'unico corretto) delle disposizioni del codice. Con l'attributo "genuino" mi voglio riferire a quello che è il significato paradigmatico di interpretazione, quello che per questi giurista ne rispecchia la "vera essenza", al di là di casi, in qualche senso, devianti». Já no caso da Escola Histórica, sendo que o Direito, para seus cultores, era um todo vital criado por um povo, e que o jurista tinha uma tarefa de sistematização a partir das estruturas de base, «il criterio interpretativo fondamentale non è più quello dell'intenzione del legislatore, ma bensì quello della *ratio legis*, dell'intima *razionalità sistematica del diritto*. Ma, si badi bene, pur sempre di una "scoperta" di un diritto preesistente si tratta. Con le parole di Savigny: "l'interpretazione è la libera attività intellettuale mediante la quale... si scopre il vero pensiero espresso dalle parole della legge"» (*ibidem*, p. 84).

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 82.

³⁴⁸ Com efeito, para KELSEN. *Teoria pura do Direito*, 8ª ed., p. 393, o juiz «é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária». No mesmo sentido, cfr. Vittorio VILLA. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, p. 99.

³⁴⁹ Como faz o próprio Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 110, enquadrando seu trabalho no âmbito no juspositivismo argumentativo. Para o autor, essa teoria entraria, consequentemente, no pós-positivismo. Entretanto, acreditamos que esse termo também gera diversas complexidades, podendo significar, inclusive, uma «traição» aos paradigmas positivistas básicos. Sobre o tema, focando na teoria de MACCORMICK, cfr. Vittorio VILLA. «Neil MacCormick's Legal Positivism»; e dando um contexto geral sobre a corrente positivista, mas também com especial atenção ao trabalho do jusfilósofo escocês, cfr. Karen PETROSKI. «Is Post-Positivism Possible?». In *German Law Journal*; Thomas da Rosa BUSTAMANTE. «Comment on Petroski—On MacCormick's Post-Positivism». In *German Law Journal* (apreciando criticamente o artigo anterior).

capazes de não exprimir *um significado unívoco*, mas vários. Daí que seja absolutamente necessária alguma *mediação* entre o texto e o significado.

Esta equívocidade é salientada por Humberto ÁVILA através de exemplos:

A interpretação do Direito pode exigir a análise de dispositivos legais que tenham aparentemente um único significado para uma dada situação. A mencionada interpretação, entretanto, não se esgota no exame desses dispositivos. Ela demanda igualmente a análise de dispositivos que possuem mais de um significado e que, por isso, criam os seguintes problemas.

O *problema da ambiguidade*, assim entendido aquele que surge quando um dispositivo admite a construção de duas normas diferentes e excludentes, exigindo que o intérprete aponte qual delas é a correta (D = N1 ou N2?). Tal situação ocorre no Direito Tributário nos casos em que os elementos textuais são insuficientes para indicar um significado (exemplo: o dispositivo que prevê a responsabilidade tributária por infração à lei pode ser interpretado no sentido de incluir ou excluir a falta de pagamento no conceito de infração à lei).

O *problema da complexidade*, assim entendido aquele que sucede quando um dispositivo enseja a construção de duas normas diferentes e conjuntas, demandando que o intérprete indique quais são elas (D = N1 e N2). Tal situação surge no Direito Tributário na interpretação de dispositivos a partir dos quais são construídas várias normas (exemplo: dispositivo que exige lei para a instituição de tributos, em razão do qual são geradas várias normas, como a regra de reserva legal, a regra proibitiva de regulamentos autônomos, o princípio da legalidade e a metanorma que proíbe o uso de analogia).

O *problema da implicação*, que surge quando um dispositivo enseja a construção de uma norma, mas essa implica outra (D = N1 e N1 → N2). Tal situação ocorre no Direito Tributário na interpretação de dispositivos a partir dos quais são construídas normas com elevado grau de generalidade que contêm comandos implícitos (exemplo: o dispositivo a partir do qual é construído o princípio da segurança jurídica que, por sua vez, implica a proibição de retroatividade e a proibição de surpresa).

O *problema da defectibilidade*, que ocorre quando o dispositivo enseja a construção de uma norma, mas essa admite exceções implícitas decorrentes de experiências recalcitrantes (N = “se A, então B, salvo se X”). Tal problema ocorre no Direito Tributário quando há normas concebidas a partir de situações típicas que precisam ser aplicadas para situações atípicas (exemplo: a aplicabilidade da regra que prevê o prazo de 20 dias para a apresentação de informações para casos em que as informações requeridas são tão extensas que não podem ser apresentados dentro do referido prazo).³⁵⁰

Frise-se que a equívocidade não é exatamente um «problema» do texto, mas uma característica inerente a ele, e não se soluciona por mero aprimoramento linguístico da sua redação.³⁵¹ A equívocidade, na verdade, segundo GUASTINI, deve-se a diversos fatores tais como interesses conflitivos e sentimentos de justiça dos intérpretes, multiplicidade de métodos interpretativos e construções dogmáticas pressupostas. Esses fatores são os que

³⁵⁰ Humberto ÁVILA. «Função da ciência do direito tributário...». In *Direito tributário atual*, p. 190-191, com apoio em Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*, p. 39-44.

³⁵¹ Daniel MITIDIERO. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 55.

originam *motivos de dúvida* a respeito do significado da lei ou da intenção do legislador. Aqui a interpretação não se apresenta mais como *ascertamento*, mas como *valoração, escolha e decisão*.³⁵²

A possibilidade de extrair diversos significados do texto faz com que a norma, entendida como *prescrição de conduta*, não possa ser confundida com o próprio *texto normativo*. Quando se afirma «aqui temos uma norma X», na verdade, pressupõe-se uma *escolha já feita por quem realiza essa asserção*. Entre o texto e a norma existe, portanto, «algo». Esse «algo» é a *interpretação*, entendida como um fenômeno mental através do qual se pode atribuir significado ao texto. Esse procedimento de extração de significados é chamada de *interpretazione-attività*. Já esse procedimento leva a um resultado, um *produto*. O produto da interpretação não é outro do que a *norma*. A interpretação, entendida deste ponto de vista, é chamada de *interpretazione-prodotto*. Trata-se, portanto, de duas acepções da noção «interpretação» absolutamente inconfundíveis entre si.³⁵³

«Interpretar», portanto, significa «individualizar os diversos possíveis significados de um texto, valorar de cada um deles os possíveis resultados práticos, e escolher o mais oportuno em vista de um fim pré-estabelecido». ³⁵⁴ Já o resultado é o que se conhece como

³⁵² Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*, p. 47 ss. De forma absolutamente fundacional, já em 1972, Jerzy WRÓBLEWSKI. «L'interprétation en droit: théorie et idéologie». In *Archives de philosophie du droit*, p. 65, destacava a ligação entre interpretação, valoração e ideologia: «L'idéologie est nécessaire pour l'interprétation juridique de façon générale et de façon spéciale. De façon générale, car chaque activité humaine servant la réalisation de quelque but demande la formulation de ces buts comme valeurs. Et la détermination de ces valeurs forme l'idéologie de cette activité: dans ce sens l'activité est strictement liée à des valeurs et on peut affirmer cette vérité sans confondre "l'être" et "le devoir-être". De façon spéciale l'interprétation est liée à l'idéologie, car les évaluations jouent un rôle important dans cette activité. Comme nous l'avons souligné, le doute est le commencement de l'interprétation opérative et, en règle générale, il implique une évaluation; en outre, es directives interprétatives sont formulées de telle manière, que pour s'en servir, on doit les évaluer. L'idéologie dont nous parlons maintenant indique la manière de le faire».

³⁵³ Tudo conforme à já clássica lição de Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*, p. 39: «La prima accezione di "interpretazione" è quella per cui questo vocabolo funge da norma dell'*attività* designata dal verbo "interpretare"; in questa accezione, "l'interpretazione" è sinonimo di "l'interpretare", e si riferisce primariamente a un fenomeno mentale, come l'attribuere un significato a un documento. La seconda accezione di "interpretazione" è quella per cui questo vocabolo funge da norme del *prodotto* dell'*attività* designata dal verbo interpretare; in questa accezione, "l'interpretazione" è sinonimo non tanto di "l'aver interpretato" quanto di "il risultato dell'aver interpretato"; tale risultato è, per il fatto stesso di essere conosciuto, incorporato in un documento, che oltre a documentare il compiuto fenomeno mentale è dotato di maggiore o minore rilevanza socio-istituzionale a seconda della sua forma e della posizione dell'interprete».

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 47.

norma. Fica claro, nessa seara, que «texto» não é igual a «norma»³⁵⁵ e que «interpretar» não apenas envolve *conhecimento* ou *descrição*. Isso nos afasta da teoria cognitivista da interpretação, pelo que resulta necessário olharmos para outras teorias.

Temos, em primeiro lugar, uma teoria que incorpora elementos volitivos na interpretação, só que restrito a uma série pontual de casos. Trata-se da chamada *teoria eclética da interpretação* ou, também, *teoria mista*, proposta por HART.³⁵⁶ Qualifica-se de *eclética* porque visa a conjugar a teoria formalista com a teoria antiformalista. Partindo da premissa de que é típico do Direito que suas regras possuam abertura (*open texture*), HART afirma ser parte do trabalho dos tribunais avaliar diversos interesses segundo o caso, mas, em grande medida, também existem regras que não requerem da aplicação dos chamados *variable standards*.³⁵⁷ O uso desses *standards* implica o uso de discricção, mas nos casos em que eles não forem avaliados a aplicação das regras pode ser perfeitamente discernida pelos indivíduos.³⁵⁸ A interpretação depende, portanto, da diferença entre *easy-cases* e *hard-cases*, sustentando-se que nos primeiros (entendidos como «aqueles imediatamente enquadráveis na hipótese normativa»³⁵⁹) apenas haveria atos de conhecimento, enquanto nos segundos (aqueles «cujo enquadramento legal é duvidoso»³⁶⁰) haveria autêntica criação.³⁶¹ A teoria hartiana, portanto, mistura elementos cognitivos e volitivos, mas *elas jamais são aplicáveis conjuntamente*.

³⁵⁵ Além da doutrina com a que trabalhamos mais de perto, a diferença entre texto e norma também é reconhecida, por exemplo, por Jerzy WRÓBLEWSKI. «Legal Language and Legal Interpretation». In *Law and Philosophy*, p. 240 ss. (distinguindo entre *norm-formulation* e *norm-meaning*); Aulis AARNIO. *Lo racional como razonable*, p. 93 ss., esp. 105 ss.; e também em obras anteriores de Riccardo GUASTINI, tais como *Il giudice e la legge*, p. 16 ss., e *Das fontes às normas*, p. 23 ss.

³⁵⁶ H. L. A. HART. *The Concept of Law*, 2ª ed., p. 124 ss.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 135: «The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case. None the less, the life of the law consists to a very large extent in the guidance both of officials and private individuals by determinate rules which, unlike the applications of variable standards, do not require from them a fresh judgment from case to case».

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 136.

³⁵⁹ Humberto ÁVILA. «Função da ciência do direito tributário...». In *Direito tributário atual*, p. 185-186.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 186.

³⁶¹ Uma satisfatória exposição sobre a teoria hartiana da interpretação, incluindo uma análise, inclusive, desde a teoria do significado, encontra-se em Vittorio VILLA. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, p. 103-112.

Outra hipótese de trabalho é a chamada *teoria cética da interpretação*, que sustenta que a interpretação envolve atos de conhecimento *e/ou* de vontade,³⁶² ficando claro que o intérprete nem «descobre» o «significado da norma» nem ela é objeto da sua atividade.³⁶³ O objeto, pelo contrário, são enunciados normativos. A teoria cética admite dois desdobramentos: (i) a *teoria cética radical* e (ii) a *teoria cética moderada*.

(i) Na teoria cética radical só tem cabida os *atos volitivos*, condicionando a tarefa do intérprete a ser *unicamente adscritiva*, ou seja, a capacidade de atribuir *qualquer* significado ao texto. A premissa desta teoria é que *nenhum* significado precede à norma. Mais amplamente, no nível filosófico, não existiria nenhum significado pré-existente à recepção da mensagem comunicativa. O significado construir-se-ia no mesmo momento do uso da mensagem. Daí que se diga que não exista *nada* anterior à interpretação,³⁶⁴ ou seja, à intervenção do intérprete.

(ii) No que tange à teoria cética moderada, «deve entender-se por “interpretação” não *qualquer* atribuição de significado ao texto interpretado, mas uma atribuição de significado que recai no quadro –de amplitude variável– dos significados admissíveis».³⁶⁵ Trata-se de um limite conceitual da interpretação.³⁶⁶ Aqui, portanto, à diferença da teoria radical, existe uma mistura entre atos de conhecimento e de vontade, porque o intérprete

³⁶² Humberto ÁVILA. «Função da ciência do direito tributário...». In *Direito tributário atual*, p. 185.

³⁶³ Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*, p. 61 ss. Segundo o autor, o que realmente o intérprete faz é «rileva, o decide, o propone il significato di uno o più enunciati precettivi, rilevando, o decidendo, o proponendo che il diritto ha incluso, o include, o includerà una norma» (*ibidem*, p. 64).

³⁶⁴ Vittorio VILLA. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, p. 101, qualificando essa teoria como *contextualismo radical*. Segundo o autor (*ibidem*, p. 103), «le parole contenute negli enunciati non hanno condizioni generali di applicazioni determinate dalle convenzioni del linguaggio, ma esprimono una sorta di “raccolta di usi o applicazioni passate”, accettate dalla comunità linguistica di riferimento. Ciò vuol dire che il significato, nella sua interezza, non è un dato di partenza, ma i risultato dell'interazione fra i contesti d'uso precedenti e il contesto attuale in cui si produce la comunicazione da interpretare. È la relazione più o meno stretta di somiglianza fra i contesti d'uso precedenti e il contesto attuale a rendere possibile l'estensione del significato di una parola da un contesto all'altro». Já Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*, p. 424, nota 57, no entanto, sustenta ser bem diferente que, de fato, em um enunciado dado *não exista significado*, e que ele ou um deles seja *discutível*. Da mesma forma, a vontade e a escolha no âmbito interpretativo não significa *criar* algo.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 61.

³⁶⁶ *Ibidem, idem*.

descreve ou identifica os vários significados possíveis de um ou mais dispositivos legais (*descrição*) e escolhe um deles considerando-o como correto (*adscrição*).³⁶⁷

Nosso propósito ao expor de forma sucinta as teorias da interpretação está estreitamente ligado à pretensão de desenhar o terceiro elemento para construção de uma decisão justa. Dissemos que aqui ele implica (i) adequada individualização do segmento normativo; (ii) adequada interpretação do texto normativo ou do elemento não textual; e (iii) adequada aplicação da norma (texto interpretado), sendo que *as três atividades devem ser conduzidas pela lógica e pela argumentação jurídica*. Exatamente o discurso sobre texto normativo, norma e interpretação aqui desenvolvido direciona-se a entender da melhor forma possível esses três âmbitos.

Se «interpretar» significa, primeiro, descrever quais os significados que oferece um texto normativo, para isso é preciso, previamente, «individualizar um segmento do discurso legislativo, mediante decomposição e recomposição dos documentos com referência a uma “sistemática”, suscetível de ser interpretado exprimindo a assim chamada “norma do caso”». ³⁶⁸ O juiz, portanto, tem de identificar minimamente quais elementos da ordem jurídica poderiam estar envolvidos no caso concreto, já que os textos possuem sentidos mínimos, e eles, além de não poderem ser ignorados, oferecem *a priori* significados que em grande medida condicionam a atividade interpretativa. Daí que se diga « que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*». ³⁶⁹ Note-se que quando se fala – com grande propriedade – de «segmento» alude-se a um ou vários textos normativos ou, inclusive, elementos não textuais ou não expressos.

Posteriormente segue a *identificação* dos significados que dito segmento pode receber e a conseqüente *escolha* de um deles. Eis a formulação da *norma*, produto da interpretação. ³⁷⁰ Veja-se bem: pode haver uma disposição que exprima uma ou mais

³⁶⁷ Humberto ÁVILA. «Função da ciência do direito tributário...». In *Direito tributário atual*, p. 185.

³⁶⁸ Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*, p. 32.

³⁶⁹ Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 13ª ed., p. 36.

³⁷⁰ Substancialmente conforme, Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, p. 232-233: «La scelta interpretativa è strutturalmente complessa, in quanto non si esaurisce in un unico atto immediato di determinazione del significato “vero” della norma, ma consta di un procedimento nel quale si distinguono diversi momenti, tra cui principalmente la fissazione del problema interpretativo; la determinazione dei diversi significati che alla norma possono attribuirsi secondo le diverse prospettive esegetiche possibili; la

normas, uma disposição que não exprima norma alguma, várias disposições que expressem uma norma, ou normas que advenham de nenhuma disposição.³⁷¹ A constituição da norma (interpretação) dá-se mediante argumentação, isto é, o uso de argumentos e técnicas que demonstrem a correção ou incorreção do procedimento interpretativo.³⁷²

Conectando esta exposição com aquela feita precedentemente sobre a motivação dos juízos de fato, a (re)construção da norma (escolha de significado) está intimamente ligada com o seu enquadramento nos fatos apurados e com as «consequências que a eventual aplicação da norma produziria na solução da lite».³⁷³ Trata-se, portanto, de uma delimitação do campo de aplicabilidade dos efeitos da norma através da indicação de uma situação-tipo (*abstrakte Tatbestand*) diante da peculiaridade da *fattispecie* atinente ao caso concreto (*konkrete Tatbestand*).³⁷⁴

Assim, analiticamente, é preciso empregar diversos critérios (i) para realizar uma análise lógico-semântica do enunciado, derivados do emprego de regras operativas da lógica geral e da semântica própria da linguagem comum e jurídica; (ii) para colocar a norma singular no ordenamento jurídico; e (iii) para formular juízos valorativos para

scelta di uno tra questi significati, in che consiste in senso stretto l'interpretazione della norma come attribuzione all'enunciato normativo di un significato determinato, destinato a servire come criterio di decisione della controversia. Si tratta, come è facile vedere, di un procedimento essenzialmente euristico-ipotesico: da un lato, infatti, vanno individuate le possibili interpretazioni della norma mediante un'attività il cui risultato è la formulazione di alternative, ossia di una pluralità di significati riferibili all'enunciato precettivo. Dall'altro, tali alternative rappresentano ipotesi di possibili interpretazioni della norma: la scelta successiva implica un controllo di adeguatezza di tali ipotesi rispetto al *thema decidendum*, attraverso il quale vengono eliminate le alternative che non appaiono valide come possibili criteri di soluzione della lite. Anche in questa fase, dunque, sono identificabili un momento di *discovery* [sic] delle ipotesi alternative di risposta al dubbio interpretativo, ed un processo di *trial and error* mediante il quale si compie il controllo selettivo di tali ipotesi».

³⁷¹ Riccardo GUASTINI. *Das fontes às normas*, p. 34 ss.; Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*, p. 65 ss.; Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 13ª ed., p. 33-34. Corretamente o último autor afirma que «não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente que haver o outro».

³⁷² Cfr. Humberto ÁVILA. «Função da ciência do direito tributário...». In *Direito tributário atual*, p. 193 ss.; e, amplamente, Alexander PECZENIK. *On Law and Reason*, 2ª ed., p. 305 ss.; Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*, p. 341 ss.; Neil MACCORMICK; Robert S. SUMMERS. «Interpretation and Justification». In MacCormick, Neil; Summers, Robert S. (ed.). *Interpreting Statutes*, p. 512 ss.; Pierluigi CHIASSONI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, p. 49; Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*, p. 267 ss. Assim mesmo, como bem indica Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*, p. 342, «una atribuição de significado a un documento normativo avviene in un contesto storico-culturale caratterizzato da regole e abitudini interpretative, l'aderenza alle quali rende non criticabile l'attribuzione stessa».

³⁷³ Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, p. 250.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 249-250.

integrar as aberturas do enunciado normativo e o uso das técnicas interpretativas.³⁷⁵ Posteriormente, requerer-se-ão diversos tipos de diretivas para (i) direcionar a escolha à hipótese que apresentar maior grau de coerência lógica na relação norma-fato; (ii) privilegiar a hipótese que se mostrar mais coerente com o sistema; ou (iii) privilegiar a hipótese mais coerente segundo critérios de política do direito ou valores gerais, ou com o atingimento da finalidade e efeitos específicos a respeito da *fattispecie* que se trate.³⁷⁶ Resta claro, portanto, que se tratam de critérios complexos e heterogêneos.

Já aplicação ou escolha da norma aplicável ao caso concreto é um *posterius* à interpretação.³⁷⁷ Aqui entendemos, no contexto da decisão judicial, que a «aplicação» só corresponde a «consequências relevantes sobre situações jurídicas de outros sujeitos, e a continuidade ou descontinuidade de cujas operações tem consequências importantes para estabilidade ou a mudança de um sistema jurídico».³⁷⁸ Daí que, depois da interpretação, corresponde a *individualização das alternativas finais*, entre as quais o juiz termina por decidir.³⁷⁹ É no procedimento da formação da decisão (*giudizio*) que se identificam, desde um ponto de vista descritivo, diversos enunciados (normativos, fatuais, qualificativos e prescritivos – que já não são mais hipóteses) e, desde um ponto de vista estrutural, nexos de implicação, correspondência semântica, compatibilidade lógica e semântica e prejudicialidade lógica e jurídica.³⁸⁰ Esses enunciados e nexos, evidentemente, não de ser estruturados de forma *racional*.

Todas essas atividades, evidentemente, devem ser conduzidas sob parâmetros lógicos e argumentativos. Ambos são indispensáveis para estarmos diante de uma decisão justificada interna e externamente.³⁸¹ Uma decisão judicial construída com base em silogismo errado ou que não possua argumentação suficiente para demonstrar a racionalidade da premissa normativa (e também a fática, como foi visto acima – *supra*, III, 7.2) não pode ser considerada como adequadamente motivada. Não se trata, portanto, pelo

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 234-235

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 235-236.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 231.

³⁷⁸ Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*, p. 45.

³⁷⁹ Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, p. 295.

³⁸⁰ Tudo conforme a TARUFFO (*ibidem*, p. 256-257).

³⁸¹ Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*, p. 257 ss.

fato de assumir o carácter argumentativo do Direito,³⁸² desprezar as contribuições da lógica, como se na decisão apenas importasse a retórica argumentativa.³⁸³ A argumentação bem pode ser entendida como o coração da decisão,³⁸⁴ mas toda sentença judicial *deve* ter uma estrutura lógica através de um raciocínio lógico-dedutivo mediante o correto uso de silogismos.³⁸⁵ Da mesma maneira, a teoria da argumentação deixou claro que «nem o raciocínio decisório nem a motivação estão constituídas por estruturas dedutivas “fechadas” e rigorosamente formalizadas».³⁸⁶ Assim, esse procedimento interpretativo e a posterior aplicação da norma ao caso concreto têm de garantir uma *racionalidade substancial*, concretamente, o *princípio de razão suficiente (nihil sine ratione)*.³⁸⁷

Portanto, é possível dizer com CHIASSONI, que uma sentença estará corretamente motivada se cada uma das decisões contidas nela for *racional* ou se elas forem *racionalmente justificadas*. Por sua vez, uma decisão judicial é racional quando: (i) é justificada desde um ponto de vista lógico-dedutivo ou inferencial (justificação interna); (ii) quando é justificada a partir da correção jurídica das suas premissas normativas

³⁸² Neil MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 14-15.

³⁸³ De alguma maneira essa é a proposta de Theodor VIEHWEG. *Tópica e jurisprudência*, P. 97, quando coloca como pressupostos: «(1) A estrutura geral da Jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema. (2) As partes integrantes da Jurisprudência, seus conceitos e suas proposições têm de permanecer vinculadas de um modo específico com o problema e só podem ser compreendidas a partir dele. (3) Os conceitos e as proposições da Jurisprudência só podem ser utilizados numa implicação que conserve sua vinculação com o problema. Qualquer outra é preciso ser evitada». Críticas contra essa posição desde a teoria da motivação foram feitas por Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, p. 170 ss., esp. p. 186 ss.

³⁸⁴ Já dizia HART. «Positivism and the Separation between Law and Morals». In *Harvard Law Review*, p. 610, que «logic does not prescribe interpretation of terms; it dictates neither the stupid nor intelligent interpretation of any expression. Logic only tells you hypothetically that if you give a certain term a certain interpretation then a certain conclusion follows. Logic is silent on how to classify particulars –and this is the heart of a judicial decision».

³⁸⁵ Cfr. Pierluigi CHIASSONI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, p. 19. Para uma explicação das teorias de WRÓBLEWSKI e ALEXY, cfr. *ibidem*, p. 15 ss. Para uma exposição das teorias contemporâneas da argumentação jurídica mais representativas (VIEHWEG, PERELMAN, TOULMIN, MACCORMICK e também ALEXY), cfr. Manuel ATIENZA. *Las razones del Derecho*, p. 149 ss. Para um análise aprofundado sobre teorias do discurso prático, cfr. Robert ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 49.

³⁸⁶ Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, p. 203.

³⁸⁷ Pierluigi CHIASSONI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, p. 15. Para um controle da *validade* da justificação, portanto, não basta entendê-la como um discurso persuasivo, porque a persuasão apenas tem a ver com a eficácia. Com efeito, segundo Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, p. 287, «la giustificazione di tipo meramente persuasivo si colloca ad un livello minimo di oggettivazione e di razionalizzazione, proprio in quanto l'argomento non è apprezzabile sotto il profilo strutturale, ma soltanto dal punto di vista della sua efficacia, appunto, persuasiva». Em obra posterior, o próprio Michele TARUFFO. *Una simples verdade*, p. 272, é claro ao dizer que «o juiz, ao motivar, não deve persuadir pessoa alguma; ao invés disso, deve fornecer as razões pelas quais sua decisão pode parecer fundada diante de um controle intersubjetivo de validade e confiabilidade».

(justificação externa normativa); e (iii) quando é justificada a partir da correção jurídica das suas premissas factuais (justificação externa probatória).³⁸⁸ *Uma decisão justa, portanto, necessariamente é uma decisão racional e, portanto, adequadamente justificada.*³⁸⁹

Na mesma linha encontra-se Michele TARUFFO:

A consideração da motivação divide-se, portanto, em duas perspectivas independentes a uma da outra: a primeira, que faz referência aos componentes estruturais do discurso, consente em estabelecer se ele constitui uma justificação racional, objetivada e controlável sob o perfil da validade e da correção; a segunda, que faz referência aos conteúdos específicos do discurso, está voltada a valorar as escolhas realizadas pelo juiz sob o perfil da correspondência às expectativas, às finalidades e às ideologias do observador.³⁹⁰

Para sermos coerentes com o exposto até aqui, compartilhamos a tese da não existência de uma *única resposta correta* a respeito da solução do caso concreto (*right-answer thesis*³⁹¹). A princípio, no momento em que o juiz deve *interpretar* o material jurídico que dispõe (seja um enunciado normativo, um negócio jurídico, etc.), é claro que pode chegar a diferentes respostas, dependendo do uso das diferentes técnicas

³⁸⁸ Pierluigi CHIASSONI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, p. 13-14.

³⁸⁹ Seguindo a Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 271, isso não quer dizer –e é importante que seja salientado– que uma justificação adequada envolva um «detalhamento do assim chamado *iter* lógico-psicológico que o juiz seguiu para chegar à formulação da sua decisão. À parte o fato de que isso seria impossível (por razões óbvias), não interessa a dinâmica das sinapses ocorridas nos neurônios do juiz, e nem mesmo importam seus humores, sentimentos, e tudo mais que pode ter ocorrido *in interiore homine*».

³⁹⁰ Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, p. 288.

³⁹¹ Segundo a exposição de Aulis AARNIO. *Essays on the Doctrinal Study of Law*, p. 165 ss., existem duas versões diferentes da teoria da resposta correta: (i) a *forte*, que sustenta a existência de uma resposta correta que pode ser detectada em cada caso, sendo que tal resposta está «escondida» no ordenamento e o juiz tem de fazê-la explícita. Esta teoria enquadra-se partindo da premissa que é possível conceber sistemas fechados, e a conclusão é deduzida de premissas axiomáticas e evidentes (*v. gr.*, doutrinas do direito natural racional e *Begriffsjurisprudenz*). (ii) A *fraca*, que também assume a existência de uma resposta correta mas que nem sempre é possível ser detectada. A resposta correta vem a ser uma *guide-line* (*v. gr.*, a teoria de WRÓBLEWSKI). AARNIO afirma que a versão *forte* e, parcialmente, a versão *fraca* estão ligadas a uma teoria silogística da decisão judicial. Mas a versão *fraca* pode ter outra dimensão: eis onde entra DWORKIN e sua tese da resposta correta. Em apertadas linhas, DWORKIN. *Taking Rights Seriously*, p. 23 ss., 90 ss., 123 ss., considera que os direitos são políticos e podem ser institucionais ou primários (*background*). Os direitos jurídicos (*legal rights*) são espécies dos direitos institucionais que buscam ser protegidos por um tribunal. Mas existem situações em que certos direitos (que existem *ex ante*, daí a importância de *levá-los a sério*) não estão o suficientemente claros pela legislação e buscam resposta perante os tribunais. São os chamados *hard-cases*, que justificam o uso não de regras, mas de princípios, que levariam ao uso de juízos morais por parte do julgador. Os *hard-cases* podem conduzir tanto para uma direção quanto para outra. Esse é o ponto de partida, na teoria dworkiniana, para afirmar que, a princípio, existe uma resposta correta para a maioria de casos, e cria a figura do juiz Hércules que, por ser onnisciente e onnipotente, é capaz de outorgar sempre a decisão correta, que é à qual todo juiz deveria tentar se aproximar. As críticas contra esta teoria são várias e muito complexas e não poderão ser expostas aqui. Cfr. Alexander PECZENIK. *On Law and Reason*, p. 249 ss.; Aulis AARNIO. *Essays on the Doctrinal Study of Law*, p. 168 ss.; Neil MACCORMICK. *Legal Reasoning and Legal Theory*, p. 246 ss.

interpretativas das que pode fazer uso ou os critérios que guiaram a interpretação. Uma interpretação válida ou verdadeira só poderia sê-lo em relação a essas técnicas ou critérios, e nada mais.³⁹² Assim mesmo, já no plano da *aplicação*, é perfeitamente possível que o juiz considere que existe mais de uma norma (ou elemento próprio da questão de direito) aplicável ao caso concreto e privilegie uma diante da outra. No entanto, é bom esclarecer que a inexistência de uma resposta correta deve-se ao fato de a decisão judicial ser construída com base na argumentação. Isso quer dizer, com outras palavras, que é perfeitamente possível concluir que uma decisão está certa ou errada *a partir da justificação interna, isto é, aferindo se as premissas levam logicamente a um resultado*.

7.4. Positivismo, moral e interpretação: uma reflexão

Após de todo o assinalado sobre decisão justa, é preciso realizar alguns esclarecimentos adicionais que, por serem importantes, merecem estar separados do discurso anterior.

Em primeiro lugar, somos cientes das preocupações sobre a possibilidade de inclusão da moral *na interpretação jurídica* (correção moral interna) que, sem dizer que a validade das normas jurídicas depende da conformidade com critérios morais (correção moral externa), chegar-se-ia a sustentar, explícita ou implicitamente, a *inseparabilidade* entre Direito e moral. Esse último entendimento sói ser comum em correntes tópicas, retóricas, hermenêuticas ou dialógicas,³⁹³ tendo elas como elemento comum o prestígio da argumentação jurídica.

Mas isso não quer dizer que seja negada a possibilidade de compatibilizar a nossa visão positivista com a teoria lógico-argumentativa da interpretação. Fica claro que «interpretação» não consiste apenas em atividade cognitiva, mas também em operação argumentativa. Isso resulta da diferenciação já exposta entre texto normativo e norma e suas consequências. Sendo a norma uma escolha possível de significado do texto (ou do elemento não textual), então o intérprete deve dizer por que escolheu um significado e não

³⁹² Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, p. 238.

³⁹³ Dimitri DIMOULIS. «Moralismo, positivismo e pragmatismo...». In *Revista dos tribunais*, p. 17.

outro, e isso só pode dar-se mediante argumentação. Positivismo e argumentação na interpretação, desde o nosso ponto de vista, não são incompatíveis.

Entretanto, damos plena razão Luigi FERRAJOLI quando diz, acidamente, com apoio em PRIETO SANCHÍS, que a *irracionalidade de sustentar a conexão entre Direito e moral costuma ser «compensada» com uma teoria forte da argumentação*.³⁹⁴ Com efeito, sustentar a *necessidade* de a moral intervir na interpretação jurídica, ademais de constituir inaceitável confusão entre dever-ser e ser (porque se diz que *deveria existir* uma influência da moral no Direito) pressuporia uma «legitimação incondicional das decisões dos órgãos estatais» com a consequente privação dos cidadãos de «criticar o direito empregando argumentos morais». ³⁹⁵ Afirmar que os tribunais *resolvem* ou *devem resolver* recorrendo às suas concepções morais, por mais racionais, complexas ou sofisticadas que sejam as regras da argumentação jurídica, implicaria cair em perigosíssimo decisionismo. ³⁹⁶ Ele deve ser *evitado a qualquer custo*.

Daí que seja muito preocupante, em nossa visão, a grande abertura dada ao intérprete no uso das suas próprias valorações para reconstruir o sentido do texto normativo. Certo, sendo a interpretação uma escolha, ela envolve valorações. Isso –nos parece– é uma margem de discricionariedade inafastável. No entanto, a *justiça da decisão*, em nossa opinião, implica que essa margem deva ser *o mais reduzida possível*. Embora nosso trabalho não possa se destinar a elaborar critérios para combater esse grave problema, acreditamos que se trata de tarefa pendente da doutrina especializada.

³⁹⁴ Luigi FERRAJOLI. «Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo». In *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, p. 11.

³⁹⁵ Dimitri DIMOULIS. «Moralismo, positivismo e pragmatismo...». In *Revista dos tribunais*, p. 19.

³⁹⁶ Com efeito, como indica DIMOULIS (*Ibidem*, p. 15), «uma concepção aberta da interpretação anula a obrigatoriedade das normas jurídicas e não permite distinguir entre um ordenamento jurídico e uma ordem política e moral que não possui regras jurídicas precisas. Nos últimos anos, foi elaborada uma teoria da argumentação jurídica que concebe a interpretação como um processo volitivo-criativo. A sua meta é a de controlar o processo de tomada de decisão para não cair no arbitrário, que é conhecido como decisionismo. Por este motivo, são elaboradas regras muito sofisticadas de uma argumentação racional e busca-se a solução ideal em um diálogo de especialistas. As teorias abertas e moralistas interessam-se apenas pelo sucesso prático de uma argumentação, isto é, buscam a interpretação convincente em uma situação concreta. Porém, não nos dizem qual é o conteúdo do direito em vigor. Chamo esta ótica de *subjetivismo desejado*. O seu fundamento é a tese de que o sistema jurídico não só é aberto em confronto com a moral, mas também que é fundado sobre a moral».

Curiosamente, muitas vezes se diz que a justiça consistiria em trabalhar com valores sociais por parte dos tribunais. Pelo menos diante da dramática realidade do ativismo judicial contemporâneo, pensamos exatamente o contrário: «fazer justiça» ou «proferir uma decisão justa», no modelo que tentamos construir, não significa, de jeito nenhum, que o juiz *deva* recorrer à moral ou aos princípios racionais do Direito. A argumentação oferece razões para obtenção da norma mediante interpretação e sua posterior aplicação, mas ela pouco ou nada vale se os tribunais, ao invés de trabalharem com o ordenamento jurídico, decidissem na prática com base na moral. *Não há decisão justa se o juiz julgar de costas ao ordenamento jurídico vigente.*

A importância de ter partido, em grande medida, de KANT e, com a contribuição de outras teorias, ter assumido que entre direito natural ou moral e direito positivo não há uma conexão nem condicionamento da validade (senão um *reflexo* deste naquela desde que tal ordem jurídica espelhe o modelo de Estado Constitucional) faz com que se rejeite a possibilidade de ignorar a ordem jurídica. Nem o cidadão nem, por lógica consequência, a autoridade cuja função é tutelar seus direitos (reconhecidos pelo ordenamento positivo), pode excluir-se do estado civil, recorrendo a princípios suprapositivos, por mais «racionais» que eles sejam. Isso acontece, por exemplo, quando se busca «acomodar» a ordem jurídica a determinada solução, seja pelo motivo que for. É a partir dessas «interpretações» que começa a desconfiança do cidadão pela funcionalidade do seu sistema legal e também a arbitrariedade, ainda que muitas vezes ela esteja encoberta sob o nome de «justiça». Exatamente por isso é que dedicamos, até agora, tantas páginas para reduzir, no final, o que significa «justiça no processo» para nós.

Finalmente, é possível, saliente-se, qualificar de justa ou injusta uma norma (ou, melhor, a interpretação que possa ser dada a um determinado texto normativo) desde uma perspectiva valorativa externa, isto é, a partir da adequação ou inadequação ao modelo do Estado Constitucional e, conseqüentemente, ao modelo de processo justo. Daí a utilidade da construção de um *modelo*. Entretanto, tal qualificação está destinada –como queria KANT com sua constituição republicana– ao melhoramento do direito positivo, ou seja, direcionar-se ao legislador, e jamais ao juiz, que *necessariamente está submetido ao ordenamento posto*. E isso é assim porque uma decisão judicial adotada de conformidade com o direito

vigente, mediando uma adequada apuração dos fatos e respeitando os direitos fundamentais processuais *será necessariamente justa*, entendida esta, se for possível adotar a expressão, como *justiça jurídica*.

8. DIMENSÕES DO MODELO DE PROCESSO JUSTO

As vantagens de ter teorizado a partir de modelos ideais, com base em premissas metafísicas, ou seja, independentes de qualquer experiência jurídico-positiva de natureza empírica, permite concluir o seguinte: (i) determinar se tal ou qual ordenamento jurídico é justo ou injusto, por não se ajustar, ou se ajustar em determinado grau, seja ele maior ou menor, mais ou menos adequado, ao modelo de Estado Constitucional (e, portanto, ao modelo de processo justo); (ii) sendo que o Estado Constitucional implica a positivação, *em grau razoável*, de determinados valores (dignidade, liberdade, igualdade, segurança e verdade, todos reconduzíveis à justiça), como modelo ideal que é, coloca-se em patamar ao qual todo ordenamento *pode* (e não *deve*) aspirar, servindo de guia para o legislador aprimorar cada vez mais a sua própria ordem jurídica.

Evita-se, daí, confundir dois discursos complementares, porém necessariamente distintos entre si: o Estado como *ideia* e o Estado como *fenômeno histórico*. O discurso descritivo de um ordenamento jurídico situado em contexto histórico determinado (por exemplo, o ordenamento brasileiro vigente, o ordenamento que vigeu no regime nazista ou ordenamento liberal francês de princípios do século XIX) não deve ser confundido com a noção que se tenha de um ordenamento ideal. Isso vale, principalmente, para análise dos ordenamentos vigentes. Afirmar que o Estado Constitucional exige segurança jurídica (valor) e, de outro lado, dizer que o ordenamento constitucional brasileiro, peruano ou alemão consagrou de tal maneira a segurança jurídica (princípio) constituem dimensões e discursos completamente diferentes. O ordenamento brasileiro, por exemplo, a partir de uma análise da CF e das normas infraconstitucionais pode ter disciplinado a segurança jurídica com maior intensidade do que o alemão. Inclusive a dimensão principiológica pode ser drasticamente diferente e, por lógica decorrência, as consequências normativas o serão também. Mas isso independe à dimensão axiológica. Essa é só um caminho a seguir, um patamar a ser atingido.

A decorrência de certo ordenamento jurídico consagrar o modelo de Estado Constitucional é que também consagra, de forma diretamente proporcional, o modelo de processo justo. A maior ou menor adequação do primeiro se reflete na maior ou menor adequação do segundo. Isto é claro: as diferenças no tange ao tratamento isonômico entre as partes na construção do processo (positivação do valor igualdade) terá reflexos na maior ou menor justeza da decisão judicial. O mesmo se pode dizer no que diz respeito às *exclusionary rules* que possam existir na produção de provas: elas são determinantes para a maior ou menor possibilidade de o juiz buscar a verdade no processo, portanto, de efetuar uma adequada ou inadequada aferição da verdade dos fatos alegados.³⁹⁷ O juiz tem o dever de proferir a decisão mais justa possível, mas dado que ele está submetido ao ordenamento jurídico isso dependerá de quão boas sejam as normas que possam ser extraídas do direito positivo para aplicar o direito ao caso concreto, para determinar o grau de corroboração dos fatos e para conduzir o procedimento em respeito aos direitos fundamentais processuais. Nos exemplos dados, o juiz está vedado de aplicar *diretamente* os valores da igualdade ou da verdade: ele tem o ordenamento jurídico à sua disposição –isto é, concretamente quando olha para a Constituição, os valores positivados por ela–, mas não a dimensão axiológica. Não existe decisão (juridicamente) justa se o juiz decidir contrariamente ao ordenamento positivo vigente.

Acreditamos que após termos desenhado o que entendemos que seja um modelo valorativo que sirva como ideal a ser perseguido por um ordenamento jurídico e, em especial para aqueles ordenamentos que, de fato, acolheram o modelo de Estado Constitucional (como o brasileiro), estamos aptos a sustentar a necessidade de se proferir decisões o mais justas possíveis. «Processo justo» e «decisão justa», desde a nossa perspectiva, não são mais conceitos vazios nem ambíguos. A principal (e natural) crítica que pode se dirigir a um discurso jurídico-processual que envolva esses dois conceitos pelo fato de dar-se sem qualquer base filosófica (pelo menos explícita), buscou ser combatida e –queremos acreditar– superada. Essa foi nossa missão nesta primeira parte do trabalho.

³⁹⁷ Por exemplo, segundo GOLDMAN. *Knowledge in a Social World*, p. 292, «the truth-in-evidence principle says that a larger body of evidence –true evidence, at any rate– is generally a better indicator of the truth-value of a hypothesis than a smaller, contained body of evidence, as long as the implications of the evidence for the hypothesis are properly interpreted».

Agora, com as conclusões chegadas e tudo o defendido até agora, passamos à não menos importante parte III, em que se buscará já não desenvolver o processo justo desde dimensão axiológica, como foi a nossa principal preocupação na parte II, senão desde uma perspectiva diferente. Toca agora falar sobre o processo justo como conceito normativo no ordenamento jurídico brasileiro, compreendido desde dois vieses separados: como (sobre)princípio jurídico e como direito fundamental.

PARTE III

O PROCESSO JUSTO COMO *CONCEITO NORMATIVO*: PRINCÍPIO E DIREITO FUNDAMENTAL

Sumário: 1. Do *modelo* ao *conceito normativo*.- 2. Processo justo *vs.* devido processo legal. O devido processo legal nos ordenamentos brasileiro e peruano.- 3. O processo justo como sobreprincípio.- 3.1. Princípios e regras.- 3.2. Sobreprincípios e normas de segundo grau (metanormas).- 3.3. O sobreprincípio do processo justo.- 3.3.1. Consagra o direito positivo brasileiro o modelo de Estado Constitucional?.- 3.3.2. A (re)construção do princípio do processo justo. Indeterminação do texto normativo contido no art. 5º, LIV, CF. Necessidade de o intérprete trabalhar com base em cláusula geral.- 3.3.3. *Segue*. Processo devido: uma regra?.- 3.3.4. *Segue*. Definição do estado ideal de coisas a ser realizado. 3.3.5. O processo justo entendido como sobreprincípio. Eficácias e funções.- 3.3.6. Inafastabilidade do princípio do processo justo. Interações com o sobreprincípio da segurança jurídica.- 4. O processo justo como direito fundamental.- 4.1. Fundamentalidade formal e material.- 4.2. Titulares, destinatários e eficácia do direito fundamental ao processo justo.- 4.3. O processo justo como direito à organização e ao procedimento.- 4.4. *Segue*. Implicações para o Estado-administrador como seu destinatário.- 4.4.1. Eficiência e racionalização de recursos do Judiciário.- 4.4.2. *A bonne administration de la justice*.- 4.5. *Segue*. Implicações para o Estado-legislador como seu destinatário.- 4.6. *Segue*. Implicações para o Estado-juiz como seu destinatário.- 4.6.1. O processo justo como direito *guarda-chuva*: abrangência da totalidade de direitos fundamentais processuais. *Interpretação* dos textos constitucionais à luz do processo justo.- 4.6.2. Conflitos entre os direitos fundamentais processuais: o recurso à razoabilidade e à proporcionalidade para sua harmonização. *Aplicação* das normas processuais à luz do processo justo.- 4.7. Insuficiência de conceber o processo justo como direito à organização e ao procedimento? O processo justo como *direito a uma decisão justa*.

1. DO MODELO AO CONCEITO NORMATIVO

Após ter explorado a justificação filosófica da íntima vinculação entre justiça e Estado Constitucional, destacando que este possui fundamentos naquela, e de desenhar um *modelo ideal* de processo justo cuja concreção dá-se na *decisão justa*, é preciso agora demonstrar que o processo justo também possui uma *dimensão jurídico-normativa* (separada, mas inspirada, como é natural, nos valores que permeiam o ordenamento positivo). Ambas as dimensões, no entanto, não podem ser entendidas como estanques: a filosófica alimenta, justifica e serve como avaliação da jurídico-normativa.¹

¹ Na mesma seara que Wolfgang Ingo SARLET. *Dignidade da pessoa e direitos fundamentais*, 9ª ed., p. 81, nota 172, «resulta evidente que mesmo para uma compreensão do conceito jurídico-normativo da dignidade

Estado Constitucional e justiça são dois conceitos indissociáveis. O fato de uma ordem positiva consagrar o modelo de Estado Constitucional significa dizer, inevitavelmente –como acreditamos ter demonstrado– que se constrói com base nos fundamentos basilares de justiça, já detalhados. Isso, por sua vez, implica uma exigência inexorável de o Estado ter como fundamento a dignidade da pessoa humana, considerando-a como fim e nunca como meio, com vistas a promover sua liberdade e igualdade, mediante a promoção da segurança jurídica e da verdade. O Direito (positivo) sob o marco do Estado Constitucional deve se estruturar para tal objetivo. Daí que a realização e promoção da justiça (como, por exemplo, a dignidade) irão depender, de forma determinante, da sua positivação pelo ordenamento nacional (e com as normas de direito internacional nele assimiladas).² Isso, entretanto, não autoriza afirmar que não exista um parâmetro axiológico-filosófico a partir do qual se deva *avaliar* uma experiência concreta e ter fundamentos para fazer progredir a legislação. Eis a importância de entender a justiça, primeiro, naquele contexto.

Nesta altura do nosso trabalho, poder-se-ia perguntar: como evitar que o *processo justo* fique apenas em considerações filosóficas, com obscuro reflexo para a prática? A resposta, acreditamos, é uma só: *dotando-o de um conteúdo conceitual preciso a fim de que dele possam se retirar consequências normativas específicas*. Esse conteúdo conceitual estriba em entendê-lo como *sobreprincípio* e *direito fundamental*. Como já pode se antecipar, disso se desprende uma série de problemas que será aqui enfrentada.

2. PROCESSO JUSTO VS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS ORDENAMENTOS BRASILEIRO E PERUANO

Um aspecto importante de trabalhar com a noção de *processo justo* é precisamente criticar a doutrina vinculada ao *entendimento clássico do devido processo legal*, visto apenas como o conjunto de direitos ou garantias processuais que devem se apresentar para

da pessoa humana (notadamente da sua condição de valor e princípio fundamental) não há como dispensar o recurso à fundamentação histórico-filosófica, o que apenas reforça a noção de que se é possível efetuar uma análise calcada na dimensão jurídico-positiva, não se está a abstrair pura e simplesmente as categorias argumentativas oriundas de outras searas do pensamento, especialmente da filosofia».

² *Ibidem*, p. 82.

ter um processo *devido*.³ De fato, sem devido processo não é possível chegar-se a uma decisão correta (leia-se: *justa*). No entanto, apenas o respeito às «garantias processuais» não é suficiente para se obter uma decisão justa.⁴ Portanto, *focar-se no devido processo legal e nas «garantias» que o compõem foge gravemente e de forma inaceitável ao problema da justiça com que o processo deve se preocupar*. São exatamente os mesmos problemas da *procedural justice* já expostos. De fato, sustentar que só interessa o respeito das «garantias constitucionais» que inspiram o procedimento pressupõe visualizar necessariamente o processo apenas como um meio de solução de controvérsias sem que importe a correção desse resultado. Incontáveis processualistas, que fizeram da repetição seu método de pesquisa, afirmam categoricamente que não sendo possível alcançar uma autêntica verdade ou justiça, o processo não deve se preocupar com elas.⁵ Curiosamente, muitos dos autores que sustentam semelhante concepção afirmam também que o processo é um instrumento de pacificação social. Porém, difícil pensar como é possível «pacificar» se as decisões judiciais podem ser proferidas de qualquer maneira.

O tema é ainda mais preocupante quando se deixa de lado trabalhar com o «devido processo legal» e se adota o «processo justo», mas sem conferir qualquer ênfase na importância de alcançar uma decisão justa. Nesse caso, a mudança de termos não resolve

³ Como é o caso de Ada Pellegrini GRINOVER. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 125 ss., e de Nelson NERY Jr., *Princípios do processo na Constituição Federal*, 10ª ed., p. 78 ss. Já Sérgio Gilberto PORTO e Daniel USTÁRROZ. *Lições de direitos fundamentais no processo civil – O conteúdo processual da Constituição Federal*, p. 120 e ss., fazem ênfase nas dificuldades originadas na importação do *due process of law* para o contexto brasileiro, considerando que «justo não é qualquer processo que se limita a ser regulado, no plano formal, mas sim o processo que se desenvolve consoante parâmetros fixados pelas normas constitucionais e dos valores partilhados pela coletividade». Daí que recomendem o uso da expressão «*devido processo constitucional*» (que, aliás, não é uma expressão nova) ou «*devido processo da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito*». Nada obstante, além de não perceber as dificuldades já apontadas sobre o uso da expressão «*devido processo legal*», os autores também não mostram preocupação pela superação de conceituar esse direito fundamental processual macro como uma simples noção capaz de abranger todos os direitos fundamentais processuais específicos.

⁴ É importante salientar que Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 180-181, a pesar de trabalhar com o conceito de *devido processo legal*, afirma que «a observância do devido processo legal contribui para a obtenção de uma decisão justa, a qual, por sua vez, depende, principalmente, da correção na escolha e interpretação da norma jurídica aplicável ao caso concreto, além da reconstrução, tão completa quanto possível, dos fatos relevantes da causa». Para o autor, o *devido processo legal* entende-se como *direito fundamental ao processo justo*.

⁵ Antonio María LORCA NAVARRETE. «El denominado “proceso justo”». In Gonzáles Álvarez, Roberto (coord.). *Constitución, ley y proceso*, p. 232.

absolutamente nada e o abandono do *devido processo legal* fica plenamente injustificado.⁶ Se não se fundamentar adequadamente por que é usado o adjetivo «justo», a opção conceitual escolhida *sempre* será sumamente criticável e ficará vulnerável a todo tipo de objeções –plenamente justificadas, por sinal.⁷

Vistas assim as coisas, seria possível identificar um «processo justo formal» e um «processo justo material». Isso não tem nada a ver, aliás, com o «devido processo legal procedimental» nem com o «devido processo legal substancial» por terem esses conceitos diferentes conotações, como será visto adiante.⁸ Em outras palavras, trata-se da contraposição entre «processo justo fraco» e um «processo justo forte». O primeiro vem a ser uma noção restritiva, limitada aos direitos ou garantias *processuais, perfeitamente intercambiável com a noção clássica de devido processo legal que é trabalhada desde há muito com a doutrina;*⁹ o segundo já inclui uma conotação diferente: *a exigência da justiça também na decisão judicial.*

Vale dizer que na posição restritiva só se vê a árvore, mas não o bosque; só se vê a *justiça no processo*, mas não a *justiça pelo processo*, ou seja, a *justiça* que o próprio

⁶ Como é o caso, por exemplo, de Leonardo GRECO. «Garantias fundamentais do processo: o processo justo». In *Revista Jurídica*, p. 61-99; Sérgio MATTOS. «O processo justo na constituição federal de 1988». In *Revista da Ajuris*, p. 215-260; Gustavo Medeiros MELO, «O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo». In Fux, Luiz; Nery Júnior, Nelson e Alvim, Teresa Arruda (coords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 684-706. Nesses trabalhos identifica-se o processo justo apenas com o conjunto de direitos fundamentais processuais, do que resulta uma insuficiente contribuição à construção do conceito que entendemos mais adequada. Já no caso de Humberto THEODORO Jr. «Processo justo e contraditório dinâmico». In *Revista magister de direito civil e processual civil*, p. 14, embora faça alguma referência à necessidade de a decisão judicial se conformar ao direito material, distingue uma dimensão procedimental e uma dimensão substantiva do processo justo, essa última relacionada com a necessidade de fazer prevalecer a Constituição e com a aplicação da equidade o que é, pelo menos, bastante estranho. De qualquer sorte, apesar do esforço do jurista, parece-nos uma defesa que não é o suficientemente consistente com vista à necessidade de justificar porque deve ser usado o termo «processo justo».

⁷ Exprime Michele TARUFFO. «Idee per una teoria della decisione giusta». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 316-317: «Posto quindi che non si possa parlare di giustizia *sostanziale* della decisione, taluni propongono la nozione di *giustizia procedurale* come unico criterio di valutazione. Sarebbe così giusta la decisione che deriva da un “giusto processo”. Sul piano delle definizioni stipulative si può anche decidere di definire in questo modo la giustizia della decisione giudiziaria. È dubbio tuttavia che con questo si risolva alcunché. Per un verso, infatti, questa definizione non definisce nulla, e rinvia il problema semplicemente mutandone i termini: per sapere se una decisione è “proceduralmente” giusta bisognerebbe infatti definire quali sono le condizioni generali che occorrono perché si possa avere un processo giusto, il che è tutt’altro che semplice».

⁸ Michele TARUFFO. *Una semplice verdade*, p. 141; Artur Cezar SOUZA. «Justo processo ou justa decisão». In *Revista de processo*, p. 477 ss.

⁹ Como foi dito, a essa noção foge Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 180-181.

modelo de processo do Estado Constitucional consagrado em um ordenamento positivo visa a conseguir, a qual não é nem pode ser apenas a *justiça contida ao interior do procedimento*, da qual se serve para se chegar à decisão justa.

Acreditamos ter justificado, se as nossas premissas tiverem sido aceitas, porque é adequado trabalhar com o conceito de processo justo, entendido ele como modelo. Contudo, como nossa principal preocupação é a análise do conceito normativo de processo justo no âmbito do ordenamento positivo brasileiro (em que o *devido processo legal*, reconhecido expressamente no art. 5º, inciso LIV, CF, por direta influência do sistema norte-americano, é a noção com a que costuma trabalhar boa parte da doutrina e jurisprudência¹⁰), é preciso oferecer algumas considerações adicionais a respeito.

O texto constitucional, como é natural, teve uma importância decisiva na teorização do devido processo legal, tanto a dimensão processual ou formal (*procedural due process of law*) quanto a substancial (*substantive due process of law*). Isso partiu dos trabalhos da doutrina estadunidense e da jurisprudência da *Supreme Court*, embora ali não exista até hoje unanimidade a respeito. Com efeito, no que tange ao «devido processo legal substancial», o STF passou a utilizá-lo como sinônimo de razoabilidade e proporcionalidade, entendendo-os como fenômenos normativos praticamente idênticos. Assim, como bem conclui Sérgio MATTOS depois de consultar abundante referência jurisprudencial, para o STF, «devido processo legal (substancial)» significa a exigência de justiça, razoabilidade e racionalidade nas leis,¹¹ em grande medida de forma similar à jurisprudência da *Supreme Court* estadunidense.

Nada obstante, acreditamos que o conceito de devido processo legal oferece diversos problemas. Basicamente duas são as razões:

¹⁰ Cfr. Carlos Roberto Siqueira CASTRO. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*, 3ª ed.; Nelson NERY Jr. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 10ª ed.; p. 78 ss.; Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*, com ampla referência jurisprudencial do STF. Além da doutrina citada, não trabalham com tal categoria, entre outros, Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, 4ª ed.; Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed.; Luiz Guilherme MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*.

¹¹ Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 97.

(i) A primeira é que remete invariavelmente ao *Estado Legal*, em que o cidadão tem direito não a uma prestação por parte do Estado, mas a uma conduta negativa, é dizer, como um anteparo ao arbítrio, tal como a *Supreme Court* estadunidense entende atualmente a noção de *procedural due process of law*, tal como demonstrado (*supra*, II, 2). Em uma palavra, remete a uma «garantia» e não a um «direito fundamental», sendo que a passagem de um para o outro, no direito processual, em nossa opinião, justifica a utilização de outros conceitos.

(ii) A segunda razão é que o *devido processo legal* traz consigo a noção de *devido processo legal substancial*. A pesar do esforço da doutrina e da jurisprudência brasileira para adaptá-la ao nosso ordenamento jurídico, mostra-se como uma figura errática e absolutamente prescindível.¹²

Essas são também as críticas de Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO:

Em primeiro lugar [a expressão é criticável no mínimo em duas frentes], porque remete ao contexto cultural do *Estado de Direito (Rechtsstaat, État Légal)*, em que o processo era concebido unicamente como um *anteparo ao arbítrio estatal*, ao passo que hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat, État de Droit*) tem por missão *colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo*. Em segundo lugar, porque dá azo a que se procure, por conta da tradição estadunidense em que colhida, uma *dimensão substancial* à previsão (*substantive due process of law*), quando inexistente a necessidade de pensá-la para além de sua *dimensão processual* no direito brasileiro.¹³

Com efeito, esse último ponto possui uma importância fundamental: não é preciso acudir ao devido processo legal substancial para reconhecer ou proteger direitos

¹² Trata-se da fulminante crítica de Humberto ÁVILA. «O que é o devido processo legal?». In *Revista de processo*, p. 50-59. Segundo o autor, (*ibidem*, p. 55): «(...) o uso da expressão “devido processo legal substancial”, como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do “devido processo legal” é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao “devido processo legal”, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão “devido processo legal substancial” para representá-los; em terceiro lugar, porque o “devido processo legal substancial”, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no “devido processo legal procedimental”, quando, como será visto, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo».

¹³ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 616.

fundamentais implícitos¹⁴ porque à diferença do *Bill of Rights*, a CF, no seu art. 5º, § 2, reconhece que «os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos regimes e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte». Em nossa opinião, trata-se de um esforço inútil empregar a noção do devido processo legal substancial –tentando fazer não outra coisa que uma indevida importação teórica– como mecanismo interpretativo, porque é a própria Constituição que reconhece, *diretamente*, a fundamentalidade dos direitos implícitos.¹⁵

Ademais das duas críticas contra a noção de *devido processo legal* já expostas, é possível esboçar uma terceira,¹⁶ consubstancial ao que se vem afirmando até aqui: se é possível falar de justiça no processo graças à inseparabilidade entre justiça e modelo de Estado Constitucional, então o termo «processo justo» mostra-se como o mais apropriado para refletir a necessidade de uma decisão justa,¹⁷ que é o que, no final, se busca.

De outro lado, embora a Constituição peruana de 1993 não tenha tido uma influência tão forte do sistema estadunidense, chegou a positivar o devido processo legal.¹⁸ Isso não foi óbice, aliás, para que o Tribunal Constitucional peruano (TC), de forma semelhante ao STF, trabalhasse com o devido processo legal procedimental e substancial,

¹⁴ Essa é a tese de Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 108, com a qual não podemos concordar.

¹⁵ Inclusive, em se tratando de uma Constituição sumamente analítica resulta difícil a consagração de um direito implícito. Já no que diz respeito à Constituição estadunidense, evidentemente, trata-se de outra realidade jurídica.

¹⁶ Roberto DEL CLARO. «Devido processo legal – Direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil». In *Revista de processo*, p. 266 e ss., esboça uma crítica adicional, constatando que a cláusula do *due process of law* (entendida na modalidade substantiva) é o fundamento da doutrina da *judicial review* no direito norte-americano, mas «no Brasil, tal problema inexistente. Como é sabido, a Constituição Federal prevê de modo expresso um sistema misto de controle da constitucionalidade. Assim, seria absurdo imputar ao contido no inc. LIV do art. 5º da nossa Constituição Federal a pedra angular do controle da constitucionalidade, bem como é absurdo supor que a ideias de igualdade e proporcionalidade num senso substancial também encontram fundamento no devido processo legal».

¹⁷ Essa não é a opinião de Serge GUINCHARD e outros. *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4ª ed., p. 413-414, para quem o *due process of law* implica a garantia de um procedimento intrinsecamente justo e equitativo, identificável com a noção de *procès équitable* (da jurisprudência da Corte Europeia e não do *Conseil français*) da que ele é partidário para falar de um «modelo universal». Pelo já exposto, pensamos que não é possível equiparar *due process of law* com *procès équitable* ou ainda com *processo justo* tal como aqui entendido.

¹⁸ Diz o art. 139º, inciso 3: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional».

entendiendo esse último como exigência de racionalidade e justiça das leis materiais.¹⁹ E ainda mais: sendo que a Constituição peruana consagra, simultaneamente, as expressões «debido proceso legal» e «tutela jurisdiccional», somado à ampla definição de «tutela procesal efectiva» trazida no art. 4º do *Código Procesal Constitucional*,²⁰ o TC realiza constantemente esforços interpretativos, no mínimo, bastante curiosos, porque dogmáticamente muito questionáveis. Com efeito, para esse órgão, o *dereito à tutela jurisdiccional* compreende (i) a efetividade das decisões judiciais e (ii) o respeito à coisa julgada,²¹ ou seja, segundo o próprio TC, fora do âmbito do procedimento anterior à sentença. De outro lado, além de decisões em que se entendia o devido processo de forma bastante duvidosa,²² existe um julgado em que se elencou como características do *debido proceso legal* como sendo (i) um direito de efetividade imediata; (ii) um direito de configuração legal; (iii) um direito de conteúdo complexo.²³ De qualquer maneira, não se trata de uma jurisprudência uniforme em que seja pacífico procurar por critérios estáveis sobre como empregar tais conceitos.

¹⁹ Esse entendimento foi expressamente adotado pelo TC em reiterados julgados, tal como constata Luis CASTILLO CÓRDOVA. «El significado iusfundamental del debido proceso». In Sosa Sacio, Juan Manuel (coord.). *El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*, p. 24 ss.

²⁰ «Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal». Frise-se que o *Código Procesal Constitucional* foi publicado no ano 2004.

²¹ Exp. nº 1334-2002-AA/TC, fundamento 2: «Respecto de la supuesta violación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el Tribunal Constitucional debe recordar: a) que este derecho comprende, entre otras cosas, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, es decir, que el fallo judicial se cumpla y que al justiciable vencedor en juicio justo y debido se le restituya su derecho y se lo compense, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido, y b) que el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y la garantía constitucional de que se respete la cosa juzgada, exigen no sólo que quienes hayan resultado vencidos en juicio cumplan todos los términos señalados en la sentencia firme, sino también impone deberes al juez y, en particular, a aquellos que están llamados a ejecutar lo resuelto en una sentencia con calidad de cosa juzgada. En particular, la responsabilidad de ejecutarlas, para lo cual tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y oportunas destinadas a dar estricto cumplimiento de la sentencia, las que deberán tomarse sin alterar su contenido o su sentido».

²² Por exemplo a sentença exp. N. 7289-2005-PA/TC, 2.3.5: «Hemos señalado, igualmente, que dicho derecho comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho, por así decirlo, "continente". En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos».

²³ STC 0023-2005-PI/TC, Plenária, fundamento 47.

No mais, quer pela influência da jurisprudência do TC (que nos últimos anos, mediante decisões muito polêmicas, capturou grade atenção), quer pela tradição jurídica, toda a doutrina peruana, processualista e constitucionalista, trabalha com a noção de devido processo legal. Daí que seja moeda corrente identificar essa noção, ademais da sua dimensão substantiva já criticada,²⁴ apenas com o respeito às garantias processuais que conformam o procedimento.

3. O PROCESSO JUSTO COMO SOBREPRINCÍPIO

É possível afirmar que uma das discussões na jusfilosofia contemporânea é aquela que corresponde à diferenciação entre regras e princípios. Muitas páginas foram escritas sobre o tema, propondo diferentes critérios para formular tal distinção ou, inclusive, para negá-la, sustentando não existir a categoria de princípios no âmbito de uma ordem jurídica ou, também, não ser de utilidade trabalhar com eles, diferenciando-os das regras.²⁵

Foge às pretensões deste trabalho realizar uma exposição sequer mínima sobre um tema tão complexo. É por isso que decidimos trabalhar aqui com uma teoria que, em nosso critério, melhor se ajusta ao desenvolvimento do processo justo como conceito normativo.²⁶ Com base nela buscamos obter a solidez suficiente para transitar pelo complexo mundo do processo justo no ordenamento positivo brasileiro. Assim mesmo, a exposição realizada acima (*supra*, II, 7.3) sobre interpretação jurídica será de grande utilidade para esse próximo passo.

²⁴ Também a Constituição peruana, no seu art. 3º, reconhece a fundamentalidade dos direitos implícitos, não sendo necessário, portanto, o recurso ao devido processo legal substancial: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

²⁵ Por exemplo, para Frederick SCHAUER. *Playing by the rules*, p. 13 ss., se as regras sugerem a presença de especificidade e autoritatividade (*canonicity*) e os princípios a ausência desses elementos, trabalhar com princípios não contribui em nada com a claridade. Já se regras e princípios diferenciam-se na dicotomia do conclusivo (ou categórico) e o que é *prima facie*, entre o absoluto e o superável (*overridable*) ou entre o fechado e o derrotável (*defeasible*), isso vai além de diferenciar ambas as espécies segundo o específico e o geral e o autoritativo e o não autoritativo. Segundo SCHAUER, prescrições gerais podem ser conclusivas, enquanto prescrições específicas, superáveis. O mandato de «dizer a verdade» pode ser tanto conclusivo quanto superável. O fato de dizer que a superabilidade é mais comum em prescrições gerais apenas é uma tendência empírica e não uma conclusão verdadeira a respeito das regras.

²⁶ Trata-se da teoria de Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 13ª ed.

É preciso, entretanto, fazermos uma pequena advertência: se é bem verdade que o processo justo como conceito normativo pressupõe entendê-lo como sobreprincípio e direito fundamental, ambas as dimensões não são estanques. Isso porque partimos da premissa de que um direito fundamental, como categoria *normativa*, só o é porque se encontra reconhecido em norma positiva (ou melhor: pode ser extraído de um texto normativo ou elemento não textual). Há uma indissociável ligação entre direito fundamental e norma jurídica, e isso faz com que os comportamentos que possam ser retirados da existência de um determinado direito fundamental estejam, em realidade, condicionados pela sua configuração como regra ou como princípio.

Da mesma maneira, na própria delimitação do conteúdo do sobreprincípio do processo justo (que, como óbvio, tem assento constitucional) interferem as próprias normas constitucionais, sejam regras, sejam outros princípios. Estas constatações são da mais alta importância para entender a exposição subsequente.

3.1. Princípios e regras

Adotamos a diferenciação entre regras e princípios realizada por Humberto ÁVILA:

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

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁷

Como é claro, ÁVILA chega a essas complexas definições após criticar outras teorias e analisar diversos critérios de dissociação que possam ser úteis. Aqui não falaremos sobre a crítica realizada,²⁸ senão, ainda que sumariamente, da elaboração desses critérios:²⁹

²⁷ *Ibidem*, p. 85.

²⁸ *Ibidem*, p. 38-70, 91-98.

²⁹ *Ibidem*, p. 78-84.

(i) Enquanto os princípios buscam primordialmente realizar um fim juridicamente relevante, as regras têm como característica principal a previsão de um comportamento. O estado ideal de coisas que os princípios consagram para sua realização precisa de comportamentos. Esses comportamentos devem ser *adequados* a esse fim, o qual implica aspirações de conseguir, gozar ou possuir as qualidades prometidas pelo estado de coisas. Já as regras prescrevem com maior exatidão os comportamentos a serem adotados e «dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida».³⁰ As regras têm uma maior vocação descritiva. Daí que os princípios e as regras divirjam no que tange ao *comportamento* e ao *fim*: aqueles são imediatamente finalísticos e mediatamente comportamentais; essas são imediatamente comportamentais e mediatamente finalísticas.³¹

(ii) As regras e princípios não diferem no *modo de serem aplicados*, mas no *modo de justificação necessário à sua aplicação*. As regras pressupõem uma correspondência entre a construção conceitual dos fatos e da norma e a finalidade (mediata) que lhe dá suporte. Os princípios pressupõem uma avaliação da correlação entre o fim e os efeitos que decorrem da conduta adequada para sua promoção. A maior facilidade ou dificuldade para demonstrar correspondência entre o suporte fático da norma e a finalidade determinará um maior ou menor ônus argumentativo, dependendo das circunstâncias para seu cumprimento ou não cumprimento. Assim, «o traço distintivo das regras não é modo absoluto de cumprimento», senão «o modo como podem deixar de ser aplicadas integralmente».³² Já a justificação dos princípios funciona de outra forma. Aqui o aplicador deve «argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de *correlação* entre os efeitos da conduta a ser adotada

³⁰ *Ibidem*, p. 79.

³¹ Mais adiante, ÁVILA (*ibidem*, p. 136) oferece uma explicação ainda mais precisa: «Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exhaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos».

³² *Ibidem*, p. 81.

e a *realização gradual* do estado de coisas a ser exigido»³³ (grifos nossos). A definição do estado ideal e dos comportamentos requeridos para sua consecução (conteúdo normativo dos princípios) depende, em grande medida, de casos paradigmáticos. Isso faz com que as regras sejam *primariamente retrospectivas* e os princípios *primariamente prospectivos*, não podendo se entender, com essa asserção, que o preenchimento dos princípios, por implicarem eles um estado de coisas a ser atingido, não se valham de comportamentos passados.

(iii) De outro lado temos que os princípios e as regras têm uma diferente medida de contribuição com a decisão: enquanto os princípios não têm uma pretensão de gerar uma solução específica, as regras aspiram a proverem-na para o conflito de razões. Disso decorre que aqueles sejam normas com pretensão de *complementariedade e parcialidade*, enquanto estas visem a serem normas *preliminarmente decisivas e abarcantes*. O fato de as regras terem esse caráter «preliminar» é porque podem ser excepcionalmente superadas.³⁴

Finalmente, sempre em relação à exposição subsequente, é conveniente falar sobre as «diretrizes para a análise dos princípios» que, segundo nosso autor, são: (i) necessidade de estabelecer com a maior especificidade possível o fim, para que seja mais controlável sua realização; (ii) investigar casos paradigmáticos na jurisprudência para esclarecer os comportamentos a serem adotados para promoção do fim; (iii) contemplar esses casos paradigmáticos a partir de um problema comum que os aproxime; (iv) analisar a existência de outros critérios que permitam estabelecer os comportamentos necessários para realização do princípio; e (v) sempre na busca por jurisprudência direcionada a delimitar o conteúdo do princípio, evidenciar em quais circunstâncias o princípio em exame poderia ter sido usado.

3.2. Sobreprincípios e normas de segundo grau (metanormas)

³³ *Ibidem, idem*. É interessante constatar que, para ÁVILA, os *easy-cases* e *hard-cases* apenas se apresentam no caso de não-aplicação de regras devido à não correspondência entre o comportamento exigido que pode ser obtido do suporte fático e a finalidade à que visam.

³⁴ O complexo tema da *defeasibility* das regras não será aqui abordado. Para uma exposição sobre o assunto, cfr. Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 13ª ed., p. 120 ss.

Não sendo nossa pretensão esgotar sequer minimamente uma exposição sobre os princípios na teoria de Humberto ÁVILA, consideramos oportuno oferecer umas últimas considerações antes de passar a analisar o tema da nossa preocupação, dado que serão de extrema utilidade para defender a tese sobre o processo justo como princípio na CF. Tais considerações versam sobre a categoria do sobreprincípio e sua diferença com as chamadas normas de segundo grau ou *metanormas*.

À diferença, por exemplo, das teorias de DWORKIN e ALEXY, é possível constatar que nem todos os princípios encontram-se no mesmo nível. Ou seja, estruturalmente compartilham as mesmas características, mas alguns estão *subordinados* a outros desde que sirvam como instrumentos de concretização destes. Em outras palavras, para a realização do estado ideal de coisas ordenado pelo princípio *A* pode haver contribuição de comportamentos destinados a realizar o estado ideal de coisas do princípio *B*. Ali teremos uma confluência nos fins, uma aplicação harmônica. No entanto, se o princípio *B* é uma norma cuja execução ou concreção depende para realização do princípio *A*, então teríamos uma relação de *subordinação*.

Como é pouco mais do que evidente, aceitando que existem princípios subordinados a outros, não é difícil aceitar a possibilidade de falar de princípios que se encontram na mais alta esfera da hierarquia normativa, precisamente devido à vinculação instrumental de outros princípios com aqueles. Podem ser chamados de *princípios estruturantes* ou *sobreprincípios*, e «normatizam o modo e âmbito da atuação estatal».³⁵ Exemplos desses princípios seriam: separação de poderes, federativo, dignidade humana, segurança jurídica ou o próprio princípio de Estado de Direito.

Como bem apontado, uma característica deles é que não possuem a eficácia *prima facie*, graduável e afastável que as teorias de DWORKIN e ALEXY conferem a *todos* os princípios. Pelo contrário, possuem uma eficácia permanente, linear e resistente. Segundo indica a doutrina que seguimos, «como eles [os sobreprincípios] prevêm uma estrutura que organiza e ordena determinados elementos ou conforma determinados modos de atuação e de manifestação, a sua observância não é propriamente gradual, nem podem as suas

³⁵ *Ibidem*, p. 134.

exigências ser simplesmente afastadas por razões contrárias». ³⁶ Assim, a característica destes princípios é a de ser inafastáveis no caso concreto. Daí que a afastabilidade não possa ser verdadeira característica dos princípios.

Como bem indica Humberto ÁVILA:

(...) a homogeneidade conceitual mínima não pode esconder a heterogeneidade eficaz dos princípios constitucionais –há princípios que se ombreiam com outros, assim como a [sic] princípios que fundam e instrumentalizam a eficácia de outros; há princípios cuja eficácia é graduável e móvel, assim como há princípios cuja eficácia é estrutural e imóvel e que não podem ter o seu afastamento compensado com a promoção de outro princípio. Os princípios constitucionais não formam, portanto, uma massa homogênea ou um bloco monolítico. Em outras palavras, o que distingue os princípios não é a sua defectibilidade, mas a sua indeterminação estrutural: eles não enumeram exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica e demandam a concretização por outra norma, de modo diversos e alternativos. As capacidades de ponderação e, por consequência, de restrição e de afastamento não são elementos essenciais dos princípios jurídicos. Princípios não são necessariamente meras razões ou simples argumentos afastáveis, mas também estruturas e condições inafastáveis. ³⁷

Contudo, não pode ser confundido *sobreprincípio* com *norma de segundo grau*, *metanormas* ou *postulados normativos*. Na verdade, a confusão que não deve ser feita é entre essas e as *normas de primeiro grau*, isto é, as regras e os princípios (incluídos os *sobreprincípios*). Estas últimas são normas de primeiro grau porque são objeto de aplicação. Já as normas de segundo grau, se *postulados hermenêuticos*, ajudam à compreensão do sistema, se *postulados normativos aplicativos*, instituem critérios para aplicação das normas de primeiro grau. Colocam-se, portanto, em diferente nível *qualitativo*, não podendo haver, nesse sentido, colisão alguma. Os postulados não estabelecem nenhum dever-ser, não são normas finalísticas (nem mediata nem imediatamente), não são realizáveis em vários graus nem de forma definitiva. São apenas diretrizes metódicas direcionadas a uma compreensão da ordem jurídica a determinar a forma como aplicar as regras e princípios. Segundo essa teoria, *postulados hermenêuticos* são a *unidade do ordenamento jurídico* e, dentro deles, os postulados da *coerência* e da *hierarquia*. Já como *postulados normativos aplicativos* temos a *ponderação*, a *concordância prática*, a *proibição de excesso*, a *igualdade*, a *razoabilidade* e a *proporcionalidade* (com seus critérios característicos: *necessidade*, *adequação* e *proporcionalidade em sentido estrito*).

³⁶ *Ibidem, idem.*

³⁷ *Ibidem*, p. 138.

Tendo diferenciado os princípios das normas de segundo grau, é evidente que elas também não se confundem com os sobreprincípios. A razão mais evidente é que *os sobreprincípios jamais deixam de ser princípios, só que são concretizados e têm irradiação diferente à de outros princípios*. Estruturalmente, princípios e sobreprincípios são idênticos, porque o elemento característico (além de todos os expostos no item anterior) é a prescrição de um estado ideal de coisas a ser atingido sem, no entanto, prever os comportamentos para sua consecução. Tanto os princípios quanto os sobreprincípios, por serem normas objeto de aplicação, são por sua vez o *objeto de trabalho* das metanormas, porque elas orientam como eles devem ser aplicados.

Novamente em palavras de Humberto ÁVILA:

[As normas de segundo grau] não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo).³⁸

A separação conceitual entre princípio, sobreprincípio e metanorma é da mais alta importância para a exposição sobre processo justo. Assim, poder-se-á entender melhor: (i) que ele é um sobreprincípio; (ii) que não é uma metanorma; (iii) sua qualidade de inafastável; (iv) a definição do estado ideal de coisas que consagra; (v) sua interpenetração com outros sobreprincípios (nomeadamente o da segurança jurídica); (vi) de que maneira influi sobre os princípios e regras que lhe subjazem; e (vii) os comportamentos a serem realizados para cumprir com sua finalidade (deveres organizacionais a cargo do Estado). Tudo isso, como já advertido, tem a ver com conceber o processo justo não só como princípio senão também como direito fundamental. Portanto, os tópicos mencionados serão desenvolvidos inclusive no item 4.

Dito tudo isso, passamos ao nosso tema.

3.3. O sobreprincípio do processo justo

³⁸ *Ibidem*, p. 143.

3.3.1. *Consagra o direito positivo brasileiro o modelo de Estado Constitucional?*

Conforme a exposição contida na primeira parte deste trabalho, é preciso saber se a ordem jurídica brasileira, nomeadamente a ordem constitucional, *positivou em grau razoável* os valores que conformam o modelo de Estado Constitucional. Se isso, de fato, é verdade, então será possível concluir que também acolhe o modelo de processo justo. Analisemos o primeiro ponto para, se demonstrado, abordar o segundo no próximo item.

Diz o breve mas expressivo Preâmbulo da CF:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a *liberdade*, a *segurança*, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade* e a *justiça como valores supremos* de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a *solução pacífica das controvérsias* (grifos nossos).

Desde logo é possível contemplar que o constituinte está anunciando que entende como *valores supremos* a liberdade, igualdade, segurança e a justiça. Não obstante a discussão de o Preâmbulo ter ou não conteúdo jurídico, verifica-se que é o desejo do legislador constitucional *positivar* esses valores. Poder-se-ia concluir que já temos uma consagração do Estado Constitucional? Ainda não: é necessário entrar no próprio corpo normativo da CF, mas certamente resulta ser um bom augúrio.

Lembre-se que colocamos a dignidade como *fundamento* do Direito do Estado Constitucional (*supra*, n. 6.1). Não parece ser coincidência que a CF, no seu art. 1º, inciso III, diga expressamente que um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil seja a dignidade da pessoa humana. Ela é, pois, fundamento, pedra angular do Estado Democrático de Direito que pretendeu instaurar-se em 1988.³⁹

Além disso, ao longo do texto constitucional a dignidade também é reconhecida, de forma expressa, no art. 170º, *caput*, no capítulo sobre a ordem econômica e financeira («A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna»), no art. 226º, § 7, sobre a proteção da família, criança, adolescente, jovem e do idoso («Fundado nos princípios da dignidade da pessoa

³⁹ Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 9ª ed., p. 91-92.

humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal (...)), no art. 227º («É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito (...) à dignidade (...)), art. 230º («A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas (...) defendendo sua dignidade (...)).

A essas referências soma-se o fato de a doutrina especializada sustentar que a dignidade, por ser fundamento normativo da ordem constitucional, é refletida, com maior ou menor intensidade, em todos os direitos fundamentais consagrados ao longo do texto constitucional. Assim, os direitos fundamentais, de uma ou outra maneira, apontam à dignidade da pessoa humana. Com esses dados, entendemos ser possível concluir que a dignidade foi consagrada ordem constitucional brasileira como seu *autêntico fundamento*.⁴⁰

Como visto, a liberdade encontra-se plasmada no preâmbulo, mas também é reconhecida como *princípio fundamental*, sendo que um dos *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre (art. 3º, I). Ao se falar de «objetivo fundamental» é possível vincular essa noção à de *fim*. Um dos fins enunciados pela própria CF é, portanto, a liberdade. A isso se adiciona a exigência de garantir aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, *caput*).

A amplitude do conceito «liberdade» é sabidamente enorme, e assim está demonstrado no rol de direitos fundamentais consagrado ao longo do texto constitucional que versam sobre a liberdade. Apenas como exemplo, a CF protege a autonomia individual para fazer tudo aquilo que a lei não manda nem obriga a fazer o que ela não proíbe (art. 5º, II), liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de consciência e religiosa (art. 5º, VI), liberdade de expressão (art. 5º, IX), respeito da intimidade, vida

⁴⁰ *Ibidem*, p. 101: «Neste contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá –apenas a partir deste dado– concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem –ainda que com intensidade variável– explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa».

privada, honra e imagem, o qual possibilita agir com liberdade na esfera íntima da pessoa (art. 5, X), liberdade de trabalho (art. 5º, XIII), liberdade de locomoção (art. 5º, XV), liberdade de reunião (art. 5º, XVI), liberdade de associação (art. 5º, XVII), não prejuízo de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, o qual significa liberdade ou poder de escolha para tomar decisões sabendo quais as consequências jurídicas que serão suportadas⁴¹ (art. 5º, XXXVI), proteção da liberdade diante de exigência de lei ou pena anteriormente configurada (art. 5º, XXXIX), proteção contra a retroatividade da lei promovendo o poder de escolha já mencionado (art. 5º, XL), proibição de restrição da liberdade sem o devido processo legal (art. 5º, LIV), também com o fim de tomar decisões econômicas e financeiras, veda-se a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (art. 150º, III, a) e no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada lei similar (art. 150º, III, b), entre outros casos.

Assim, tendo examinado as relações entre dignidade e liberdade desde a perspectiva kantiana, é possível também considerar que para a dignidade se realizar ela precisa da liberdade. Desde esse ponto de vista, a liberdade serve como *instrumento de concreção da dignidade da pessoa humana*.⁴² De qualquer maneira, não temos dúvidas em afirmar que a ordem constitucional brasileira também consagrou a liberdade e, sobretudo, que a entendeu como um *fim* a ser atingido pela sociedade.

Da mesma maneira que a liberdade, a igualdade também se encontra reconhecida no Preâmbulo. Haveria alguém que diga que à diferença da liberdade, a igualdade não conformaria um *princípio fundamental* por não se encontrar expressamente prevista. Entretanto, basta verificar que ela, de fato, está contida nos incisos III e IV do art. 3º, já que o constituinte colocou como objetivos fundamentais «reduzir as desigualdades sociais e regionais» e «promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação». Em nossa opinião, não vemos nenhuma dificuldade em concluir que, se o Estado propôs-se combater as *desigualdades* e promover

⁴¹ Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 220.

⁴² Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 9ª ed., p. 102, afirmando que a dignidade repousa na liberdade, ainda que não de forma exclusiva, como afirma KANT.

o bem-estar, tratando todos de forma *igualitária* sem discriminar (injustamente, frise-se), a igualdade é objetivo fundamental, ou seja, exatamente como a liberdade, *é fim*.

A igualdade recebeu menção diferenciada na CF, bem no começo do capítulo dos direitos e deveres dos cidadãos. Com efeito, o art. 5º, *caput*, diz que «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 (...) igualdade», e, logo no inciso I desse mesmo artigo, expressa que «homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição». Isso quer dizer que, salvo as exceções feitas pelas próprias normas constitucionais, todos os direitos constitucionais arrolados devem ser entendidos como situações de vantagem *igualmente* atribuídas a todos seus titulares.

A igualdade possui muitas manifestações que estão expressadas no texto constitucional. Entre outras se tem, por exemplo, a igualdade dos votos para eleição (art. 14º), igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7º, XXXIV), a graduação dos impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte (art. 145º, § 1), vedação de instituir tratamento desigual a contribuintes em situação equivalente (art. 150º, II), vedação de a União instituir tributo não uniforme em todo o território nacional que envolve distinção ou preferência de algum Estado, Distrito Federal ou Município (art. 151º, I), vedação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecerem diferença tributária entre bens e serviços dependendo de sua procedência ou destino (art. 152º).

Tendo examinado tudo isso, parece-nos que é possível afirmar que a igualdade foi consagrada em grau suficiente pela ordem brasileira.

Da mesma forma que a liberdade e a igualdade, a segurança consta no Preâmbulo, é reconhecida no art. 5º, *caput* («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 segurança (...)») e permeia toda a ordem jurídica. Fundamenta-se, de um lado, nos princípios do Estado de Direito, do Estado Social de Direito e da divisão funcional de poderes, no princípio democrático e nos princípios de liberdade, igualdade e dignidade. De outro lado, seu âmbito de aplicação verifica-se nos

princípios administrativos (moralidade e publicidade) e procedimentais e em diversas regras tais como a legalidade, anterioridade, retroatividade, etc.⁴³ Inclusive vários dos direitos fundamentais reconhecidos nos incisos do art. 5º respondem, direta ou indiretamente, à segurança jurídica, como é o caso do direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, impossibilidade de ser condenado penalmente sem lei ou pena anterior, etc. E ainda mais, no que tange ao processo, a segurança jurídica se manifesta de diversos modos, seja no conhecimento das formas para realização dos atos processuais, na preclusão, na própria coisa julgada e, também, embora não se restrinja apenas ao plano processual, no caso dos precedentes judiciais.⁴⁴

Assim, se a noção de segurança jurídica envolve cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, os princípios e regras da ordem constitucional e infraconstitucional brasileira atrelados àquela determinam seu conteúdo e eficácia. Com efeito, como registra Humberto ÁVILA:

(...) é somente o exame do ordenamento constitucional que irá permitir saber qual é a sua dimensão normativa (se fato, valor ou norma), qual a sua espécie normativa (se regra ou princípio), qual é o sentido de “segurança” (se cognoscibilidade ou determinação, confiabilidade ou imutabilidade, calculabilidade ou previsibilidade), qual é o significado de “jurídica” (se “do”, “pelo”, “frente ao”, “sob o”, “de direitos”, “como um direito”, “no Direito”), qual o objeto ao qual ela se refere (se ao ordenamento jurídico, a uma norma ou a um comportamento), qual é o sujeito que ela protege (se o contribuinte ou o Estado, ou ambos), em qual perspectiva ela é concebida (se na visão do cidadão comum ou do especialista), quem deverá protegê-la (se o Poder Legislativo, o Poder Executivo ou o Poder Judiciário), qual é o momento em que ela deverá ser realizada (se hoje ou amanhã), em que medida ela deve ser garantida (se relativa ou absolutamente) e por que ela é protegida (se como fim ou como meio). Somente o exame minucioso do ordenamento jurídico permite responder a essas indispensáveis indagações, sem cuja resposta a sua investigação se assemelha a uma luta de esgrima contra rajadas de vento (...).⁴⁵

De outro lado, aceitando que a ordem brasileira responde a um Estado democrático de Direito, não só porque o Preâmbulo da Constituição o enuncia, mas também porque o art. 1º assim determina,⁴⁶ não é possível negar a constitucionalização do valor «verdade». Trata-se da estreita *conexão entre verdade e democracia*.⁴⁷ Aqui, por sinal, não estamos

⁴³ Tudo conforme Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 187 ss.

⁴⁴ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 671 ss. Concretamente sobre os precedentes judiciais, fazendo ênfase na necessidade de a ordem brasileira garantir a segurança jurídica através deles, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, p. 121

⁴⁵ *Ibidem*, p. 195-196.

⁴⁶ Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*, 2ª ed. p. 55 ss.; Ingo Wolfgang SARLET. *Eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., p. 58 ss.; Hermes ZANETI Jr. *Processo constitucional*, p. 44 ss.

⁴⁷ Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 117 ss.

falando apenas de uma conduta moral que *deveria existir* na política de dizer a verdade; pelo contrário, a verdade aparece ligada à segurança e à liberdade para impor *consequências normativas* ao Estado. Por exemplo, a verdade é condição necessária para a confiança do cidadão diante das ações estatais (proteção da confiança, elemento da segurança jurídica) e para o exercício de várias liberdades reconhecidas como direitos fundamentais, tais como a livre de informação, expressão e crítica. Se o Estado mentir sobre suas políticas ou sobre um tema de interesse público, o cidadão não terá «condições de forma opiniões corretas ou executar seu direito à crítica se imerso em um sistema fundado na mentira e na supressão da verdade».⁴⁸ Enganar os cidadãos implica necessariamente, portanto, um prejuízo na promoção dos seus direitos fundamentais. E se é dever primordial do Estado é protegê-los e efetivá-los, então ele não deve enganar seus destinatários.⁴⁹ A mentira não é compatível com um autêntico sistema democrático. E se a Constituição (neste caso, a brasileira) manda construir um Estado Democrático de Direito onde, entre outras coisas, o princípio democrático é uma das notas características, a verdade é uma exigência normativa absolutamente essencial àquele.

Dignidade, liberdade, igualdade, segurança e verdade refletem, cada uma separadamente, e todas conjuntamente, a *justiça*. Isso ocorre no âmbito valorativo próprio do modelo de Estado Constitucional e também, de outro lado, por lógica consequência, no âmbito do direito positivo brasileiro, por ter ele espelhado esses valores, positivando-os. Porém, a despeito das previsões normativas dos valores que conformam a ideia de justiça, o constituinte também considerou importante fazer menção expressa a essa noção. Com efeito, o *valor justiça* aparece *positivado* no art. 3º, inciso I, que impõe ao Estado brasileiro construir uma sociedade *justa*.

Segundo a esquematização da CF, a justiça está enquadrada, da mesma forma que a dignidade, como um *princípio fundamental*. Porém, não seria um *fundamento*, senão um *objetivo fundamental*. Poder-se-ia dizer, nessa linha de raciocínio, que a dignidade possui dimensão diferente à da justiça? A partir de uma leitura literal a resposta seria afirmativa, ao ponto de, por exemplo, se existir uma hipotética colisão entre dignidade e justiça, dever-

⁴⁸ *Ibidem*, p. 117-118.

⁴⁹ Tudo conforme TARUFFO (*ibidem*, p. 118-119).

se-ia privilegiar a primeira por ser *fundamento* e não *apenas objetivo*. Entretanto, não parece ter sido essa a vontade do constituinte se se constata que (i) prestigiar a dignidade humana implica fazê-lo também com a justiça; (ii) a construção de uma sociedade justa logra-se, necessariamente, mediante o respeito à dignidade. Essa última asserção não tem de nos levar a pensar que a justiça seria um meio para alcançar a dignidade, senão que esse ideal de sociedade justa pressupõe uma sociedade em que a dignidade da pessoa humana seja respeitada. Uma sociedade com essa característica é uma sociedade justa. Isso – pensamos – é o que quis exprimir o constituinte brasileiro.

Assim como acontece na dimensão axiológica, a justiça no plano normativo é extremamente difícil de conceituar sem cair em contradições ou, inclusive, em *superfetazione*. E isso é porque definir os *contornos internos* da justiça, seja para determinar quais elementos engloba e a interação entre eles e, de outro lado, os *contornos externos*, para determinar como pode colidir com outros princípios. Com efeito, não poucos problemas oferece, por exemplo, a equiparação da justiça com a igualdade (justiça formal⁵⁰), deixando sem conteúdo uma noção que é bem mais específica e expressiva.⁵¹ Da mesma maneira, se se entende que justiça também envolve elementos de estabilidade da ordem jurídica, proibição de tratamento arbitrário ou a aplicação *justa* das normas, então a segurança jurídica estaria compreendida nela; nada obstante, em se entendendo que a normatividade está ligada à segurança jurídica enquanto a justiça à correção moral das leis, ambos os conceitos estariam afastados.⁵²

Não é propósito deste trabalho, frise-se, delimitar o âmbito normativo da *justiça* como princípio da ordem jurídica brasileira. É, na verdade, bem mais modesto, porque se restringe ao processo, mas, pelas razões já apontadas, isso não proporcionará menor complexidade à nossa análise.

Após o exposto neste item, não temos dúvidas em dizer que a ordem jurídica brasileira consagra o modelo de Estado Constitucional. Existe, portanto, uma verdadeira

⁵⁰ Chaïm PERELMAN. *De la justicia*, p. 37 ss.

⁵¹ Com efeito, os âmbitos de aplicação da igualdade podem ser bem diferenciados entre regra, princípio e postulado normativo. Cfr. Humberto ÁVILA. *Teoria da igualdade*, 2ª ed., p. 133 ss.

⁵² Cfr. a interessante análise de Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 654 ss.

constitucionalização dos princípios da justiça,⁵³ que se traduz no dever do Estado (instrumento *sine qua non* de uma ordem de justiça não espontânea⁵⁴) de realizar diversas políticas direcionadas ao benefício das pessoas, tudo como produto das consequências normativas que possam ser extraídas dos direitos fundamentais. Os titulares deles têm direito não só a que o Estado não fira essas posições jurídicas de vantagem, mas também deve promovê-las mediante prestações normativas e fáticas. Apenas dessa forma a ordem jurídica pode ganhar legitimação diante dos cidadãos com o fim de promover neles o respeito e a sujeição ao império do Direito.

No entanto, isso não quer dizer que a ordem ou a sociedade brasileira *sejam* justas pelo fato de positivarem os valores que compõem o Estado Constitucional. Elas *devem* sê-lo, já que a positivação destes valores é um primeiro passo para a efetiva concretização do Estado Constitucional brasileiro. A partir daí existem autênticos *deveres* direcionados ao Estado, cujo respeito garante a proteção da pessoa humana.

3.3.2. A (re)construção do princípio do processo justo. Indeterminação do texto normativo contido no art. 5º, LIV, CF. Necessidade de o intérprete trabalhar com base em cláusula geral

Não deve ser perdido de vista que o fim, que consagra o estado ideal de coisas, pode não ser um ponto final qualquer senão um *conteúdo desejado*.⁵⁵ Para chegar a esse conteúdo desejado é necessária a instauração e adequação de comportamentos que contribuam para esse objetivo. Nada obstante, não é à toa que se fala de *estado ideal de coisas*: ele exige um ideal, normalmente elevado e até muito difícil de atingir em sua

⁵³ Gustavo ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*, p. 97 ss.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 99.

⁵⁵ Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 13ª ed., p. 85-86: «Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida como referência à função pragmática dos fins: eles representam uma *função diretiva (richtungsgebende Funktion)* para a determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até um lugar), a realização de uma realização ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (apreender o idioma Alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a ideia de que os meios e os fins são conceitos correlatos».

plenitude, não só pela possibilidade de realização do próprio fim, mas também porque outros princípios possuem seus próprios fins que também hão de ser realizados. E essa realização conjunta de vários princípios em uma ordem jurídica, se é bem verdade que poderiam se complementar, também o é que poderiam colidir. Ali necessariamente a promoção do fim exigido por um princípio pode ser prejudicado em face da realização do outro.

Entretanto, o fato que o fim possa não ser atingido certamente não quer dizer que não deva ser promovido *gradualmente*. Não se trata aqui de que os princípios sejam «otimizados na medida das possibilidades fáticas ou jurídicas»,⁵⁶ como se fosse «optativo» que os princípios sejam ou não cumpridos. Tanto regras quanto princípios «devem ser aplicados de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente» porque ambas as espécies de normas «possuem o mesmo conteúdo de dever-ser».⁵⁷ Em outras palavras, a promoção gradual do fim responde exatamente ao juízo de dever-ser que impõe o princípio e, de outro lado, os comportamentos que servem àquela promoção devem ser adequados independentemente de que esse fim chegue a materializar-se. Já sabemos que, por exemplo, a verdade pode não ser atingida mas isso não invalida que o processo tenha que se direcionar à sua busca.

O processo justo é um *princípio* porque estabelece um estado de coisas ideal a ser alcançado, mas não indica os comportamentos para alcançá-lo. Esse estado ideal de coisas é a *decisão justa*. Essa conclusão merece algumas considerações explicativas.

⁵⁶ Como é conhecido, trata-se da ideia de Robert ALEXI. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., p. 90 ss.; «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica». In *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Para críticas contra essa teoria (muitas delas, em nosso critério, insuperáveis), cfr. Andrés JAKAB. «Re-defining Principles as “Important Rules” – A Critique of Robert Alexy». In Borowski, Martin (edited by). *On the Nature of Legal Principles*; Aulis AARNIO. *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, apud Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 13ª ed., p. 70; Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 13ª ed., p. 48 ss., 93-98; Jan-Reinhard SIECKMANN. «The Theory of Principles – A Framework for Autonomous Reasoning». In Borowski, Martin (edited by). *On the Nature of Legal Principles*; Larry ALEXANDER. «Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles». In Klatt, Mathias (edited by). *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*; Luis PRIETO SANCHÍS. *Ley, principios, derechos*, p. 59 ss.; Ralf POSCHER. «The Principles Theory – How many Theories and what is their Merit?». In Klatt, Mathias (edited by). *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Algumas respostas do autor às críticas podem se encontrar Robert ALEXI. «On the Structure of Legal Principles». In *Ratio Juris*; «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales». In *Revista española de derecho constitucional*; «Comments and Responses». In Klatt, Mathias (edited by). *Institutionalized reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*.

⁵⁷ Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 13ª ed., p. 69.

Em primeiro lugar, partimos da premissa de que a ordem constitucional brasileira consagrou o modelo de Estado Constitucional por ter positivado, em grau razoável, os valores que o compõem. Se isso é verdade, então o modelo de processo justo também foi consagrado em grau razoável. O modelo de processo justo impõe que o fim do processo, como mecanismo institucionalizado de resolução de controvérsias, seja a tutela dos direitos. E como sem decisão justa não há tutela dos direitos, concluiu-se que o modelo ideal de processo justo visa à obtenção de uma decisão justa. O fato de a ordem brasileira ter adotado o modelo de processo justo faz com que o processo civil esteja primordialmente preocupado com a tutela dos direitos e, logicamente, com a exigência de o Judiciário ser capaz de conferir decisões justas. Essa é uma necessidade imposta ao Estado (legislador, administrador e juiz) e que se materializa em *deveres organizacionais* (*infra*, III, 4.4).

Assim, a tutela dos direitos como fim do processo civil brasileiro da que corretamente fala a doutrina processualística contemporânea⁵⁸ só faz sentido se, de fato, o ordenamento constitucional brasileiro acolheu o modelo ideal de Estado Constitucional. A positivação dos valores que conformam esse modelo faz com que o Direito e, portanto, o processo, devam se conformar para realização desses valores, que agora formam parte da juridicidade.

Devendo existir, portanto, a maior correspondência possível entre (i) o modelo de processo justo e (ii) a estruturação do processo e dos resultados que ele *deve* conseguir (não basta, portanto, a mera correção do procedimento), *não é difícil perceber que a decisão justa tem de ser o fim consagrado pelo princípio do processo justo, fim esse que deve ser gradualmente atingido*. A necessidade de obter-se uma decisão justa, portanto, deixa de ser um dever-ser meramente axiológico e passa a fazer parte do ordenamento positivo. Não vale confundir, insista-se, a dimensão valorativa e dimensão jurídica que tentamos deixar bem separadas.

⁵⁸ Cfr. Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela*, p. 54 ss.; *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 16 ss.; Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 627 ss., esp. p. 637-638; Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed., p. 247 ss.; *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 145 ss.

Em segundo lugar, o texto normativo que deve ser matéria precípua de análise não é outro que o art. 5º, LIV, CF: «Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal». Apesar da menção expressa da categoria *devido processo legal* preferimos «processo justo» pelas razões já apontadas acima (*supra*, III, 2). É a direta correlação entre a exigência de fazer justiça no processo através da decisão justa o que, em nosso critério, nos habilita a trabalhar com essa categoria. Pelo menos desde esse ponto de vista resulta ser um conceito bastante mais específico do que «devido processo legal», desde que, como óbvio, seja delimitado seu conteúdo.

É preciso, entretanto, reparar em algumas particularidades que nos oferece esse texto normativo para justificar nossa interpretação. Segundo a rigidez ou vagueza da linguagem (*open texture*⁵⁹) empregada pelo legislador para construção dos elementos da *fattispecie* regulada,⁶⁰ encontramos-nos diante de dois diversos tipos de *técnicas legislativas*: a técnica *casuística* e a *não casuística*. A primeira implica uma especificação da qualificação dos fatos, o que determina, em grande medida, uma prescrição precisa e pontual das condutas a serem cumpridas.⁶¹ A segunda, pelo contrário, involucra um texto normativo mais flexível, aberto ou indeterminado.

Assim, dependendo se um dispositivo possui uma redação precisa ou genérica, a tarefa da interpretação e, posteriormente, de aplicação, desempenhada pelo intérprete será diferente. Para a técnica casuística precisa-se da *subsunção*, enquanto a técnica não casuística pressupõe a *concreção*. A *subsunção* é o «ato de colocar em correspondência o conceito do fato com o conceito da norma, enquadrando fatos particulares em uma classe normativa»; já a *concreção* é uma atividade volitiva complexa «por meio da qual as

⁵⁹ Cfr. Ilmar TAMMELO. «Syntactic Ambiguity, Conceptual Vagueness and the Lawyer's Hard Thinking». In *Journal of Legal Education*; David BRINK. «Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)». In *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*; Medha VINAYAK MARATHE. «The Scheme of Open Texture of Legal Language: Towards Finding a Solution for Ambiguous Cases». In *NUJS Law Review*.

⁶⁰ Como resulta ser óbvio, a vagueza constata-se no nível do texto normativo, isto é, na linguagem e não no âmbito da interpretação, tal como indica Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*, p. 56. Esse é exercido posteriormente. Sem interessar que a linguagem seja rígida ou vaga é possível extrair normas. Neste ponto não é possível concordar com Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado*, p. 303, quando coloca os princípios no mesmo nível do que os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Também não é possível apoiá-la quando que «a linguagem jurídica exprime-se através de normas, que constituem preceitos» (*ibidem*, p. 311). A posição assumida neste trabalho é precisamente distinguir entre *preceitos e normas*.

⁶¹ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito*, p. 297.

consequências jurídicas resultam da polaridade entre os valores sistemáticos e problemáticos». ⁶²

Dentro da espécie dos textos abertos, vagos ou indeterminados podem-se distinguir os *conceitos jurídicos indeterminados das cláusulas gerais*.⁶³ A diferença entre ambas as categorias é bastante simples: as últimas possuem uma indeterminação tanto na sua *fattispecie* quanto na sua consequência;⁶⁴ os primeiros possuem a indeterminação, de forma disjuntiva, na *fattispecie* ou na *consequência*. Assim mesmo, como acertadamente refere Judith MARTINS-COSTA, não é o mesmo falar de *vagueza* (característica da técnica legislativa não casuística), que alude a uma *zona de penumbra linguística* geradora de uma imprecisão no significado, com o genérico, a generalidade e a ambiguidade.⁶⁵

Essas considerações servem para analisar de uma melhor maneira o texto normativo do art. 5º, LIV, da nossa CF. Vejamo-lo mais uma vez:

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens *sem o devido processo legal* (grifos nossos).

Trata-se, como é claro, de uma *cláusula geral*⁶⁶ porque existe indeterminação na *fattispecie* (antecedente) e nas consequências jurídicas. Com efeito, se se perguntasse (i) o que significa «devido processo legal» e (ii) quais são as consequências se não se respeita o

⁶² Humberto ÁVILA. «Subsunção e concreção na aplicação do direito». In *Faculdade de direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*, p. 413.

⁶³ Cfr. Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito*, p. 303, 324 ss. Nesse ponto, as lições da professora Judith são acompanhadas por diversos processualistas. Cfr. Fredie DIDIER Jr. «Cláusulas gerais processuais». In *Revista de processo*; Fredie DIDIER Jr. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 56 ss.; Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 617-618.

⁶⁴ Riccardo GUASTINI. *Interpretare e argomentare*, p. 57-58, a partir da legislação italiana, coloca como exemplos de cláusulas gerais: a boa-fé, os bons costumes, o interesse público, a norma diligência, os atos que, segundo o comum sentimento, ofendem o pudor e os motivos de particular valor moral ou social.

⁶⁵ Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito*, p. 308. Com efeito, segundo a jurista «um enunciado é *geral*, quando diz algo que vale, ao mesmo tempo, para todos os objetos que pertencem a uma determinada classe, sem nenhuma exceção. Não há, nesta perspectiva, oposição necessária entre generalidade e precisão da linguagem» (*ibidem*, p. 304). De outra banda, «um enunciado é *genérico*, quando não refere a presença de *especificação*, isto é, quando a expressão se referir indiferentemente a uma pluralidade de situações diversas. Para que um enunciado seja considerado genérico basta que valha para qualquer coisa da classe considerada» (*ibidem*, p. 305). Finalmente, «um termo ou um enunciado é dito *ambíguo* se, em razão de *homonímia* ou de *polissemia*, possa assumir mais de um significado, sem que o contexto em que empregado permita clarificar em tal ou qual significado está o mesmo sendo empregado» (*ibidem, idem*).

⁶⁶ Da mesma opinião são Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 618.

«devido processo legal», responder-se-ia que não é possível definir em abstrato a cabal conformação do processo justo.⁶⁷ Essa indeterminação é o ponto de partida para desenvolver a tarefa interpretativa aqui imposta.

3.3.3. Segue. *Processo devido: uma regra?*

Cabe salientar que esse texto normativo permite extrair uma *regra*, ainda que bastante genérica. Existe, de fato, um comportamento dirigido ao Estado (e não só aos órgãos jurisdicionais) de não restringir a liberdade e a propriedade das pessoas sem respeitar um processo devido. Colocado em termos hipotéticos, teríamos o seguinte comando: *Se se respeita o processo devido é possível privar alguém da sua liberdade e propriedade*. Ou seja, a única forma possível de interferir na esfera jurídica das pessoas é através de um processo devido. O Estado tem de criar as condições necessárias e adotar os comportamentos adequados para construção e respeito desse processo devido. Como é evidente, esse comportamento geral dos órgãos estatais (não privar da liberdade nem da propriedade sem processo devido) encontra-se em direta relação à determinação do que seja um «processo devido». Uma vez definido o conteúdo normativo dele, a regra adquire a descritividade desejada para que seja cumprida. Não se trata aqui de uma realização gradual, como é típico dos princípios: existe uma exigência clara de nunca desrespeitar o processo devido.

Note-se, também, que é possível realizar uma interpretação das expressões «liberdade» e «propriedade». Com efeito, seria inadmissível sustentar que apenas nos casos em que se discuta a liberdade ou propriedade de uma pessoa os órgãos estatais estarão adstritos a respeitar o processo devido. Na verdade, o constituinte usou esses termos de forma ampla, muito provavelmente para fazer a contraposição entre bens jurídicos protegidos no âmbito criminal (liberdade) e no âmbito civil (propriedade). Assim, um processo em que se discuta, por exemplo, a responsabilidade civil por defeito de produto ou uma ação possessória, em que tecnicamente não engloba uma discussão sobre propriedade (direito das coisas), claramente deverá ser «devido». E mais: uma restrição interpretativa como a ensaiada não faz nenhum sentido diante dos direitos fundamentais que a ordem

⁶⁷ *Ibidem, idem.*

brasileira visa a proteger, *seja ou não através de um processo*. É possível, por exemplo, falar de dignidade ou segurança aplicadas de forma igualitária se o processo devesse ser «devido» apenas para alguns casos e não para outros? A resposta é claramente negativa. «Liberdade» e «propriedade» não estão sendo utilizadas, pelo constituinte, no estrito sentido meramente técnico, mas em *latissimo senso*.

A essa interpretação contribui, inclusive, a palavra inicial do texto: «Ninguém». Isso, acreditamos, é revelador. «Ninguém» não é «muitos», «alguns» ou «um grupo determinado de pessoas». Com licença pela redundância, «ninguém» é «ninguém». *Contrario senso*, todos os destinatários dos direitos fundamentais arrolados na ordem jurídica –especialmente no art. 5º, em que se enquadra o texto sob análise– têm direito a um processo devido.

Mas essa regra não parece ser suficiente. O intérprete não pode se contentar apenas com ela. Simultaneamente é possível verificar a existência de um princípio, apesar de que, a primeira vista, o texto do art. 5º, LIV, CF, não ofereça essa possibilidade ao intérprete. Isso é assim porque quando o legislador decidiu usar um termo tão vago como «devido processo legal», além de proibir ao Estado que o desrespeitasse, conferindo, na mesma vez, uma situação jurídica de vantagem para as pessoas, *antes, já tinha instituído um estado de coisas ideal a ser atingido: a construção de uma sociedade justa*. Essa constatação é essencial para construirmos o estado ideal de coisas do princípio do processo justo.

3.3.4. Segue. Definição do estado ideal de coisas a ser realizado

Já sabemos que a ordem jurídica brasileira consagrou o modelo de Estado Constitucional. Em outras palavras, positivou de forma razoável a dignidade, liberdade, igualdade, segurança e verdade. Sendo que Estado Constitucional e justiça (ambas entendidas como *ideias*) são elementos indissociáveis, o Estado brasileiro, através da criação de atos normativos e da sua correta aplicação pelos órgãos competentes, tem de criar as condições necessárias para espelhar essa exigência de justiça. A imposição de construção de uma sociedade justa (art. 3º, I) é o suficientemente expressivo. Sociedade justa é um *fim*, e muito embora requeira uma enormidade de comportamentos e que, também, seja grande a dificuldade para sua determinação, é possível identificar claramente

um *primeiro estado ideal de coisas a ser atingido*, provavelmente o maior que o constituinte brasileiro quis para sua sociedade.

Não tem menor importância a consagração expressa da dignidade humana (art. 1º, III), que pode ser entendida como regra e princípio.⁶⁸ Além das implicações normativas que isso traz –o qual não poderá ser desenvolvido aqui–, o fato de a ordem constitucional ter colocado a dignidade como *fundamento* do Estado Democrático de Direito faz com que seja a existência do Estado um instrumento para prestigiar a pessoa humana e não ao contrário. Como foi dito acima (*supra*, II, 6.3), existe uma direta correlação entre a dignidade humana e a exigência de tutela dos direitos. Isso, como é natural, reflete-se em uma ordem que acolheu o modelo de Estado Constitucional, como a brasileira. Temos, portanto, mais um estado ideal de coisas a ser atingido: a promoção da pessoa humana mediante a possibilidade de ela se autodeterminar, «plasmando o seu presente e planejando seu futuro com liberdade e autonomia».⁶⁹

Para nosso intuito de definir o estado ideal de coisas do princípio do processo justo (o que, de fato, será determinante para falar legitimamente de princípio ou não) são também de grande relevância as *regras* adotadas no art. 5º, *caput*: igualdade de todos perante a lei, e inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Esses elementos, sendo direitos fundamentais desenvolvidos ao longo da ordem constitucional, também impõem comportamentos ao Estado, nomeadamente de não-ingerência injustificada e de promoção desses direitos mediante prestações normativas e fáticas.

O que podemos extrair até agora? Que existe uma conjugação entre os fins (i) «construção de uma sociedade justa», (ii) «promoção da autodeterminação da pessoa humana» e (iii) a exigência de jamais violar diversos direitos fundamentais. Esses elementos espelham uma exigência de justiça para o Estado diante da sociedade e das pessoas em território brasileiro.

⁶⁸ Cfr. Ingo Wolfgang SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 9ª ed., p. 81, embora o jurista esteja muito ligado à teoria de ALEXY aqui rejeitada.

⁶⁹ Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 225.

Nossa preocupação, já é sabido, é o processo, e mais concretamente, o processo civil. Sendo ele um dos instrumentos –sem dúvida nenhuma, um dos principais– para realizar os fins mais altos da ordem constitucional, são esses mesmos elementos os que contribuem para sustentar que o processo civil *deve* promover a justiça. E a justiça neste âmbito *apenas pode ser efetivada mediante o processo devido de que fala o art. 5º, LIV, CF*. Não existe outra forma. Esse é o caminho que deve ser seguido. *Note-se, portanto, que não só se trata de legitimar uma intervenção estatal da liberdade e propriedade: estamos diante de uma autêntica exigência de promover todos os bens jurídicos que, por uma ou outra razão, são discutidos no processo, tanto na posição do autor que busca tutela (proteção) para uma situação jurídica, quanto na do réu, também titular de diversas situações jurídicas e que, em caso de decisão desfavorável que restrinja sua liberdade ou propriedade (ambas, como se disse, entendidas no sentido mais lato possível), deve gozar de um processo devido.*

Essa exigência de promoção dos bens jurídicos sobre os quais o órgão jurisdicional exerce o poder público é claramente um *fim* que o Estado tem o *dever* de promover mediante uma série de comportamentos que estejam em grau de adequação com esse fim. E pelo fato de ter um conteúdo diretamente inspirado na exigência de justiça, o «processo devido» adquire uma nova qualificação: o «processo justo». Eis como é possível extrair um autêntico princípio que permeia toda a ordem constitucional no contexto do processo civil.

Aqui se poderia dizer, então, que o estado ideal de coisas a ser atingido pelo princípio do processo justo não seria outro que a *justiça*. Entretanto, tendo feito diversas considerações a respeito da necessidade de definir com a maior especificidade possível o estado de coisas inerente a um princípio para uma maior controlabilidade da sua realização, em nossa opinião, dizer que o processo visa à justiça não é, nem pode ser, suficientemente satisfatório. É preciso um esforço adicional.

Se o processo civil, como instrumento da ordem jurídica, deve contribuir à realização dos seus mais altos fins (construção de uma sociedade justa, possibilidade de autodeterminação da pessoa humana etc.), é claro que isso jamais poderá ser conseguido se os *resultados* que o processo institucionalmente dá não contribuírem ao logro daqueles.

Importa, portanto, que o resultado espelhe *na maior medida do possível* essa tão ansiada justiça. Fizemos ênfase na frase «na maior medida do possível» porque o erro judicial existe e nunca vai deixar de existir. Exatamente por isso é que resulta transcendental, depois da determinação do estado ideal de coisas, a especificação dos comportamentos a serem adotados para promoção daquele estado ideal. Trata-se, portanto, de diminuir gradualmente as hipóteses em que o Estado não ofereça aos seus jurisdicionados a justiça tão solenemente prometida pela Carta constitucional. Em uma palavra, busca-se eliminar a possibilidade de *decisões* que não colaborem com a realização dos fins da ordem jurídica.

*O estado ideal de coisas do processo justo, portanto, não é exatamente a justiça, mas a decisão justa.*⁷⁰

Muito embora não haja jamais a possibilidade de atingir o fim de forma perfeita (ou seja, que os órgãos jurisdicionais emitam *sempre* decisões qualificadas como justas), isso não elimina, de jeito nenhum, a necessidade de promover o princípio do processo justo e, assim, que os juízes (e o Estado em geral) desempenhem os comportamentos necessários para chegar a esse fim. É preciso, portanto, uma *realização gradual do princípio*.

Se é bem verdade que já é uma conquista termos definido com a maior exatidão possível o estado ideal de coisas que, em nosso entendimento, possui o princípio do processo justo, ainda estamos longe de especificarmos quais os comportamentos que o Estado deve adotar para que ele próprio, nomeadamente através dos seus órgãos jurisdicionais, seja capaz de proferir decisões justas. Como é evidente, é preciso estabelecer o que se deve entender por «decisão justa».

Já estabelecemos algumas páginas acima em que consiste a decisão justa no marco do modelo do Estado Constitucional e sua relação com a tutela dos direitos (*supra*, II, 6.3). Se a ordem brasileira incorporou –como de fato o fez– tal modelo, a conclusão é uma só: essas características que compõem a decisão para ser qualificada como justa (correção do

⁷⁰ Essa é a opinião de Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 615 ss., ao entender o processo justo como princípio (*ibidem*, p. 622), cujo fim não é outro do que a decisão justa (*ibidem*, p. 618): «O direito ao *processo justo* visa a assegurar a obtenção de uma *decisão justa*. Ele é o meio pelo qual se exerce *pretensão à justiça* (*Justizanspruch*) e *pretensão à tutela jurídica* (*Rechtsschutzanspruch*). Esse é seu objetivo central dentro do Estado Constitucional».

procedimento, adequada apuração sobre os fatos e adequada interpretação do texto ou do elemento não textual, individualização da norma jurídica aplicável e sua efetiva aplicação ao caso concreto) adquirem plena exigência normativa. O fato de termos especificado o conteúdo da decisão justa nos exime de repetir essas considerações novamente. Porém, não nos exime de tratar dos *comportamentos* que o Estado deve adotar para possibilitar um contexto cada vez mais idôneo em que os órgãos jurisdicionais profiram decisões justas. Por razões de sistemática na ordem da exposição, esses comportamentos serão tratados mais adiante (*infra*, III, 4.4). Com eles é que pretendemos fechar o discurso sobre o processo justo e, também, nosso estudo.

3.3.5. O processo justo entendido como sobreprincípio: Inafastabilidade e eficácias

Processo justo é princípio, mas não só: remetendo-se à juridicidade própria da ordem constitucional brasileira do Estado Constitucional, vem a ser um *sobreprincípio* ou, também, um *princípio estruturante*. Trata-se, sem sombra de dúvidas, do princípio mais importante no âmbito processual do ordenamento jurídico pátrio.

Mas o processo justo é sobreprincípio devido à sua importância na seara constitucional e à transcendência do estado de coisas a ser atingido (isto é, a decisão justa) para a ordem jurídica e os propósitos do Estado Democrático de Direito. O processo justo é sobreprincípio, principalmente, porque a realização do estado ideal inerente a ele depende, por sua vez, da realização de uma série de regras e princípios (muitos deles consagrados na Constituição). Essas regras e princípios estão *instrumentalmente* vinculados ao sobreprincípio do processo justo. Sua execução e concreção servem *diretamente* à promoção da possibilidade de decisões justas.

A grande maioria daquelas regras e princípios constitui, por si só, direitos fundamentais e evidentemente possuem valor próprio. É o caso, por exemplo, dos direitos fundamentais processuais à isonomia no processo, à publicidade, à prova, ao contraditório, à ampla defesa, à motivação das decisões judiciais, à segurança jurídica no processo, à

duração razoável do processo, etc.⁷¹ Cada um deles, embora estejam mutuamente conectados para sua realização (é o caso, por exemplo, do contraditório e da motivação, ou da ampla defesa com a prova), possuem finalidades próprias que devem ser prestigiadas. Com efeito, sendo que muitos deles são princípios, os estados ideais de coisas que eles consagram estão estreitamente imbricados. Da mesma forma, o cumprimento daqueles direitos que têm feição de regras (como a preclusão, a coisa julgada e a isonomia) também pressupõe uma importância própria.

Entretanto, o cumprimento das finalidades de *todos* esses direitos, sejam princípios ou regras, respondem ao fim inerente ao processo justo, qual seja a decisão justa. Aqueles estão vinculados teleologicamente à promoção de tal decisão. Com efeito, bem se disse que «o processo justo depende da observância de seus elementos estruturantes».⁷² Tais elementos, de fato, estão integrados pelos direitos fundamentais processuais consagrados na ordem constitucional brasileira. No entanto, é preciso ser insistente, mais uma vez, no fato de que a construção do «perfil mínimo», «conteúdo mínimo essencial» ou o «núcleo forte ineliminável» do direito fundamental ao processo justo não pode se limitar à «*justa estruturação do processo*».⁷³ Tal estruturação não basta para obtenção da decisão justa nem para espelhar as necessidades de tutela do direito material. A justiça *no* processo (ou seja, o próprio procedimento) contribui apenas *parcialmente* com decisão justa. É absolutamente indispensável uma justiça *pelo* processo, isto é, que o resultado do processo –aqui entendido como um todo, institucionalmente, como um instrumento da ordem jurídica– *deve ser justo*, porque só assim é possível consolidar, gradualmente, a justiça que a ordem jurídica brasileira se impôs construir.

Produto do anterior foi a necessidade de definirmos o estado ideal de coisas inerente ao sobreprincípio do processo justo, para cuja construção confluem outros fins que, inclusive, provém do próprio direito constitucional material. Afirmar que o processo visa à

⁷¹ Cfr. a esclarecedora exposição dos direitos fundamentais da ordem constitucional brasileira feita por Ingo Wolfgang SARLET; Luis Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 615-681, e por Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 202 ss. Frise-se que nesta oportunidade, em parte pela extensão que demandaria, em parte porque as obras citadas o fazem de forma ótima, não serão analisados esses direitos fundamentais em espécie.

⁷² Ingo Wolfgang SARLET; Luis Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 619.

⁷³ *Ibidem, idem.*

obtenção da decisão justa e, por isso, que tem por função tutelar as promessas estabelecidas pelo direito material, mas, simultaneamente, sustentar que seu perfil mínimo é uma construção justa do procedimento, implica cair em grave contradição. Pensar que o conteúdo normativo do processo justo apenas pode se limitar ao respeito dos direitos fundamentais processuais, cuja promoção reflete apenas parcialmente a justiça que o processo deve trazer é fugir às próprias pretensões do Estado Democrático de Direito brasileiro.⁷⁴

Mas não só isso: lembre-se que algumas páginas acima afirmamos ser possível a extração de uma regra que proíbe ao Estado privar da liberdade e da propriedade sem o processo devido ou justo. Cabe perguntar-se, então, se essa restrição da liberdade ou da propriedade pode ser legítima se, embora o procedimento tenha sido imaculado, a decisão for ruim. Será que o constituinte, ao impor a regra de respeitar o processo devido, abriu mão da necessidade de ter uma decisão «devida»? Pensamos que não.

Dito tudo isso, é preciso aprofundar na delimitação do processo justo, cuja eficácia diante de outras normas –concretizada em funções– e sua inerente inafastabilidade faz com que ele seja um autêntico sobreprincípio. A seguir abordaremos o tema das funções, sendo que a inafastabilidade ficará para o próximo item.

Como todo princípio possui diversas *eficácias*, das quais se derivam *funções*.⁷⁵ Vejamos cada uma delas:

⁷⁴ Esta é, portanto, a crítica que temos para oferecer contra a meritória exposição elaborada pelos professores SARLET, MARINONI e MITIDIERO. No entanto, somos cientes que o conteúdo normativo que eles atribuem a alguns direitos fundamentais processuais –concretamente, os direitos à prova e à motivação das decisões judiciais– são tão abrangentes que também impõem, respectivamente, deveres ao juiz de apurar os fatos conforme a busca pela verdade e de realizar uma justificação adequada, o que necessariamente implica uma idônea interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Aceitamos que essa abrangência é positiva e concordamos com ela, mas não sem ser esclarecido que as consequências normativas desses direitos, neste âmbito, já não mais estão voltadas apenas a uma «justa estruturação do processo», porque também tem reflexos diretos na própria decisão. Se é bem verdade que a decisão dá-se no marco do procedimento, ela não pode ser confundida com ele. Pelo menos *funcionalmente* são diferentes, ao ponto que é correto dizer que o procedimento pode ser justo, mas a decisão não. Se isso é verdade, tratam-se de categorias inconfundíveis. Desde a nossa perspectiva, os atos que compõem o procedimento –conceitualmente entendido– têm um *efeito comum*: encaminhar-se ao ato final. Sem o procedimento, é claro que não se cogita em ato final. Mas a decisão –contida no ato final, como é claro– possui uma função diferenciada. Ela pode e deve ser teorizada autonomamente, exercendo uma dimensão bem distinta à do procedimento.

⁷⁵ Voltamos aqui a trabalhar com base nas lições de Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, p. 104 ss.

(i) O processo justo conta com *função integrativa* porque serve para agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Um claro exemplo disso é colocado por Humberto ÁVILA: «Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo –mas eles são necessárias–, elas deverão ser garantidas com base direta no princípio do devido processo legal»⁷⁶.

(ii) O processo justo possui *função definitória* porque, sendo seu estado ideal de coisas a decisão justa, exerce uma delimitação maior de princípios a ele superiores, como por exemplo, a dignidade, a liberdade, a igualdade, o princípio do Estado de Direito, segurança jurídica e a própria necessidade de construção de uma sociedade justa. Todos esses são sobreprincípios e impõem um estado ideal de coisas que deve ser realizado, também, no processo civil. Daí que o princípio do processo justo, delimitando seu próprio fim à decisão justa, contribui para densificar a atuação desses princípios no contexto de um processo civil. O promoção do processo justo leva à promoção dos princípios mais importantes da ordem jurídica.

No entanto, note-se que o fato de o processo justo se remeter a princípios superiores não autoriza pensar que, em sendo assim, não seria um sobreprincípio. Isso não é correto. «Sobreprincípio» não indica aquele princípio que não tenha nenhum princípio acima de si, senão aquele princípio cuja realização se expressa por meio de outros princípios, a ele instrumentalmente ligados. Portanto, podem tranquilamente existir diversos sobreprincípios em diferentes hierarquias e, inclusive, instrumentalmente ligados entre si, como é o caso da segurança jurídica diante da liberdade, igualdade e dignidade.

(iii) O processo justo tem *função interpretativa*, condicionando a interpretação de textos normativos expressos, ampliando ou restringindo seu sentido. O processo justo visa à decisão justa, e a decisão justa impõe correção do procedimento, adequada apuração dos fatos mediante a busca da verdade e adequada interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Temos aqui, portanto, que os direitos fundamentais adquirirão uma feição determinada uma vez que sejam interpretados conforme o princípio do processo justo. O intérprete deve preencher o conteúdo normativo dos direitos fundamentais ao juiz natural,

⁷⁶ *Ibidem*, p. 105.

isonomia, ampla defesa, contraditório, etc., quer sendo eles regras, quer sendo princípios, tendo sempre presente que essas espécies normativas estão encaminhadas para obtenção de uma decisão justa. Três exemplos serão suficientes para demonstrar isso.

(1) O direito fundamental ao contraditório não pode ser mais entendido como o binômio conhecimento-reação, senão como um autêntico direito de influência das partes na decisão, e um dever de debate do juiz. Trata-se do chamado *contraditório forte*.⁷⁷ Isso é assim porque o princípio do processo justo impõe uma decisão justa, e a justiça da decisão requer uma participação efetiva das partes, ao ponto de influir na própria decisão, sendo um dever do juiz espelhar, na fundamentação, a influência desse debate. Destarte, o direito fundamental ao contraditório é interpretado conforme o princípio do processo justo.

(2) O direito fundamental à prova não pressupõe apenas a possibilidade de produzir provas que levem ao convencimento do juiz, entendendo este como o destinatário da prova. O conteúdo deste direito vai desde a admissão até a valoração racional dos elementos probatórios,⁷⁸ mas não só: sua fundamentalidade material reside na busca pela verdade no processo.⁷⁹ Isso é assim porque uma decisão justa não o é se não existisse uma adequada apuração dos fatos, e essa apuração, para ser adequada, deve buscar espelhar, no que for possível, a verdade. Assim, o direito fundamental à prova é interpretado conforme o princípio do processo justo.

(3) A motivação das decisões judiciais não consiste tão-somente em operação silogística em que apenas importa a lógica das premissas que leva à conclusão. O elemento da argumentação para definição das próprias premissas constitui, agora, um ponto igualmente importante devido ao caráter argumentativo do Direito⁸⁰ e leva à demonstração de que o juiz fez escolhas racionalmente corretas.⁸¹ Assim, hoje não é possível entender a motivação sem uma adequada fixação da premissa que corresponde à interpretação do texto

⁷⁷ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 646 ss., 666-667; Renzo CAVANI. «Contra as nulidades-surpresa...». In *Revista de processo*, p. 66 ss.

⁷⁸ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 656.

⁷⁹ Cfr. Vitor de PAULA RAMOS. «Direito fundamental à prova». In *Revista de processo*, p. 43 ss.

⁸⁰ Neil MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 12 ss.

⁸¹ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 668.

normativo ou do elemento não textual e a efetiva aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Isso é assim porque não existe decisão justa se o juiz, diante dos fatos alegados e comprovados, der um enquadramento jurídico errado. Destarte, o direito fundamental à motivação das decisões é interpretado conforme o princípio do processo justo.

(iv) O processo justo também desempenha uma *função bloqueadora* porque é capaz de afastar elementos que possam perturbar o estado de coisas que deve ser promovido, como seria o caso de uma regra infraconstitucional que não dê suficiente margem para efetivar o contraditório ou que consagre diversas *exclusionary rules* que dificultem indevidamente o direito à prova. Nesses casos, como é óbvio, a atuação de bloqueio estaria preponderantemente desempenhada pelos direitos fundamentais (princípios ou regras), mas o conteúdo normativo deles, por sua vez, está inspirado na promoção da decisão justa. Bloqueia-se, portanto, «a eficácia de normas contrárias ou incompatíveis com a promoção do estado de proteção».⁸² A forma como opera esse bloqueio, de outro canto, pode ser das mais diversas: em se tratando de princípios, haveria uma colisão entre o cumprimento das finalidades, devendo ceder lugar ao fim maior que é a obtenção da decisão justa. Em se tratando de regras, haveria o caso de uma superação. Tudo isso, é claro, desde que não seja possível interpretar os textos normativos de acordo com o princípio do processo justo.

(v) O processo justo desempenha uma *função rearticuladora* porque, sendo a totalidade dos direitos fundamentais processuais uma importante parte do seu conteúdo, e, ademais, por inspirar toda a regulação infraconstitucional processual, permite uma harmônica interação entre todos eles (*infra*, III, 4.6.2). A função rearticuladora é, na verdade, o que dá ao processo justo a característica de sobreprincípio. Sendo o estado ideal de coisas a promoção da decisão justa, esse fim é compartilhado pelos direitos fundamentais, permitindo-se, assim, um relacionamento entre subprincípios. É o claro exemplo do contraditório com a motivação. Segundo a doutrina que seguimos, «a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório e fornece seguro parâmetro para aferição da submissão do juízo ao

⁸² *Ibidem*, p. 622.

contraditório e ao dever de debate que dele dimana. Sem contraditório e sem motivação adequados não há processo justo».⁸³

Mas não só isso. Em se partindo da premissa já salientada de que o processo justo não só é estruturação de um procedimento justo, mas pressupõe um estado de coisas a ser alcançado que vai além da própria correção do procedimento, esse estado de coisas (que é a decisão justa) não se poderá lograr se não há uma devida valoração dos fatos nem uma idônea interpretação da questão de direito. Portanto, também tem relevância a *eficácia seletiva* e a *eficácia argumentativa* do princípio do processo justo: o juiz tem de valorar os fatos e interpretar o direito da forma mais adequada possível a chegar à justiça da decisão.

3.3.6. Inafastabilidade do princípio do processo justo. Interações com o sobreprincípio da segurança jurídica

O princípio do processo justo é inafastável. A razão disso é que só através da sua promoção é possível conseguir, por sua vez, a promoção de fins mais elevados: autodeterminação da pessoa humana em liberdade, construção de uma sociedade justa, segurança jurídica e império do Direito (exigência do Estado de Direito). Todos esses fins são garantidos e protegidos de diversas maneiras, e uma delas –provavelmente das mais importantes– é com recurso ao processo civil. *Contrario sensu*: se não importasse a obtenção de decisões justas, não se poderia falar em dignidade, liberdade, igualdade, justiça nem segurança. A decisão justa está tão estreitamente ligada a esses fins que não se cogita em supressão dela privilegiando algum daqueles.

Neste ponto, cabe realizar uma ponderação da mais alta relevância: como se relaciona o sobreprincípio do processo justo com o sobreprincípio da segurança jurídica? Existe possibilidade de os fins protegidos por ambos colidirem? Pode um deles ser sacrificado prestigiando o outro? Se sim, em que medida? A resposta para essas perguntas não é fácil. Tentaremos, no entanto, oferecer algumas aproximações desse «conflito» que, segundo nos parece, é mais aparente do que real.

⁸³ *Ibidem*, p. 666-667.

Em primeiro lugar, a segurança jurídica é sobreprincípio que informa *toda* a ordem jurídica. Isso é assim não só por causa dos princípios aos quais subjaz (Estado de Direito, liberdade, dignidade, etc.), mas também devido aos princípios e regras que ela própria inspira e dá forma. Entre eles destacam-se os princípios administrativos, princípios procedimentais e diversas regras no âmbito de vigência das leis, tributário-financeiro etc.⁸⁴ Já o sobreprincípio do processo justo restringe-se, naturalmente, ao âmbito processual; isto é, sua presença dá-se no contexto de um processo. Desde essa perspectiva, ambos os sobreprincípios visam a satisfazer mais ou menos os mesmos fins, mas possuem um âmbito de incidência diferenciado. O sobreprincípio da segurança claramente possui um âmbito muito maior.⁸⁵

Isso não quer dizer, entretanto, que estejam radicalmente afastados, já que existem convergências. Com efeito, se a segurança jurídica visa a dotar os atos estatais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, é pouco mais do que evidente que esse fim influencia diretamente as próprias aspirações do processo justo, veiculadas através da necessidade de obtenção da decisão justa. Essa cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade *devem ser* prestigiadas pelo Estado-Administrador possibilitando os recursos para os órgãos jurisdicionais cumprirem com seu papel; pelo Estado-legislador, construindo um processo conforme aos direitos fundamentais, coordenados todos eles para promoção da decisão justa; e pelo Estado-juiz, controlando o trabalho legislativo e colocando o máximo esforço para conformar uma decisão qualificável como justa. O sobreprincípio do processo justo, portanto, ao impor a necessidade de chegar a decisões justas, visa a promover os fins mais elevados de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

Com efeito, em palavras de Humberto ÁVILA:

Veja-se, igualmente, o caso da ausência da segurança procedimental por meio da garantir do contraditório e da ampla defesa. A pretensão à tutela jurídica exige que as partes sejam informadas a respeito dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes, para que possam

⁸⁴ Cfr. Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 201 ss.

⁸⁵ Essa asserção é da mais alta relevância porque aqui não estamos falando de justiça em geral, senão aquela que o processo é capaz de outorgar. Isso –pensamos– delimita muito mais o tema que nos preocupa. Para algumas interessantes ponderações sobre o conflito entre segurança jurídica e justiça (dessa vez entendida em forma geral), cfr. Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 654 ss.

manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo e para que consigam ver seus argumentos considerados de forma isenta, imparcial e fundamentada. Quando essas garantias não são obedecidas, isto é, quando o cidadão é surpreendido relativamente a decisões ou a atos que restringem os seus direitos, não podendo contra eles autonomamente reagir, não apenas está sofrendo restrição no seu direito à segurança jurídica procedimental (pela ausência de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade da manifestação judicial ou administrativa do Direito), como também está tendo a sua dignidade injustificadamente afetada.⁸⁶

Mas não só isso. A segurança jurídica, no contexto de um processo, adquire uma feição muito particular, ao ponto de poder se falar de um *direito fundamental à segurança jurídica no processo*. Isso é o que sustenta, de maneira inovadora, a doutrina que seguimos:

O direito à segurança jurídica no processo constitui direito à *certeza*, à *estabilidade*, à *confiabilidade* e à *efetividade* das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só *segurança no processo*, mas também *segurança pelo processo*. Nessa linha, o direito fundamental à *segurança jurídica processual* exige respeito: (i) à *preclusão*; (ii) à *coisa julgada*; (iii) à *forma processual em geral* e (iv) ao *precedente judicial*.⁸⁷

Destarte, existem duas dimensões que não devem ser confundidas. Na primeira, mais geral, a realização do sobreprincípio do processo justo serve ao fim maior imposto pelo sobreprincípio da segurança jurídica. Na segunda, restrita ao âmbito processual, o fim do princípio da segurança jurídica processual serve para obtenção da decisão justa.

Neste ponto é preciso contrastar essas ideias com uma posição que entende que efetividade (muitas vezes entendida, neste contexto como justiça) e segurança, no contexto do processo, estão em constante tensão, e que o prestígio de uma importa no sacrifício da outra.⁸⁸ É a posição de Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, quem concebe a justiça, a paz social, a efetividade, a segurança jurídica e a justa organização interna do procedimento como *valores e elementos externos ao formalismo*. Os dois primeiros seriam propriamente fins do processo, já os três últimos desempenhariam uma função instrumental diante daqueles.⁸⁹ Assim mesmo, segundo o autor, sua recíproca influência faz com que esses *valores* devam ser balanceados no momento de estruturar o formalismo (espinha dorsal do procedimento, em suas palavras⁹⁰). Da lição do professor gaúcho, fica claro que o

⁸⁶ *Ibidem*, p. 227-228.

⁸⁷ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 671.

⁸⁸ Cfr. a crítica exposição sobre o tema na nossa *opera prima*: Renzo CAVANI. *La nulidad en el proceso civil* (no prelo).

⁸⁹ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, 4ª ed., p. 98.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 155 ss.

balanceamento dos *valores* (embora trate, indistintamente, de *princípios e direitos fundamentais*), caros ao formalismo, resulta na contraposição entre o *poder organizador e ordenador* e o *poder disciplinador* (regulador). Isto é: uma «ponderação» entre efetividade e segurança jurídica. É imperativo, portanto, demonstrar como é que se resolve essa colisão. Diz o jurista:

Diante do caráter normativo dos direitos fundamentais da efetividade e da segurança, penso que no âmbito do processo é possível definir a adequação da tutela jurisdicional como a aptidão desta para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a *maior efetividade e segurança* possíveis. Portanto, em regra, a adequação resulta da ponderação desses valores ou direitos fundamentais, com vistas ao resultado que se quer obter diante da classe de direito violado. Essas diretivas comprometem o legislador, a doutrina e a aplicação prática do direito processual pelo órgão judicial, respeitada é claro, a dispositividade assegurada à parte, pois esta pode escolher a forma de tutela que mais lhe convém, salvo as exceções consignadas expressamente na lei.⁹¹

Assim, quanto mais efetividade, menos segurança haverá; e quanto mais segurança, menos efetividade se conseguirá. Sempre dependerá da particular situação à qual se enfrente, de um lado, o legislador, na sua tarefa de instaurar preceitos normativos que reflitam com maior acentuação um ou outro princípio, e de outro lado, o juiz, por ser aquele que deverá outorgar a tutela reclamada. Da ponderação desses princípios busca-se «alcançar um processo tendencialmente justo»,⁹² ou, melhor, «um resultado qualitativamente diferenciado».⁹³ Nada obstante, a doutrina citada entende que atualmente existe uma *prevalência da efetividade sobre a segurança jurídica*,⁹⁴ dado que esta já não seria suficiente por si mesma nem teria um caráter estático; pelo contrário, agora estaria impregnada de uma tendência a gerar, dinamicamente, a maior efetividade possível.⁹⁵

⁹¹ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. «Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica». In *Revista magister de direito civil e processual civil*, p. 122.

⁹² Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. «O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais». In Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org.). *Processo e Constituição*, p. 15.

⁹³ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. «Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica». In *Revista magister de direito civil e processual civil*, p. 120.

⁹⁴ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, 4ª ed., p. 117.

⁹⁵ Registra Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. «Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica». In *Revista magister de direito civil e processual civil*, p. 119-120, que «hoje a segurança jurídica de uma norma deve ser medida pela estabilidade da sua finalidade, abrangida no caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada com um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança ao movimento, visto que deve estar ao serviço do objetivo mediato de permitir a efetividade do direito fundamental a um processo equânime. Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às peculiaridades do caso,

Entretanto, apesar de serem louváveis as ideias precedentes, o discurso da efetividade e da segurança jurídica, em nosso critério, não é nem pode ser como ALVARO DE OLIVEIRA pretende. A razão principal disso é um inadequado dimensionamento do papel que desempenha a segurança na ordem jurídica, nomeadamente na sua relação com o Estado de Direito. Com efeito, segundo Humberto ÁVILA:

Esse princípio [a segurança jurídica] não apenas é associado com a universalidade e com a não-arbitrariedade do Direito, mas também com a exigência de que a atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e não-contraditórias. Um Estado de Direito caracteriza-se igualmente pelo ideal de protetividade de direitos e de responsabilidade estatal, somente atingido por meio de um ordenamento inteligível, confiável e previsível: a atividade estatal não é fundada e limitada pelo Direito se os poderes e se os procedimentos não são previstos, estáveis e controláveis (segurança do Direito); ainda, os direitos fundamentais não são minimamente efetivos se o cidadão não sabe previamente dentro de que limites pode exercer plenamente sua liberdade (segurança de direitos) e se não há instrumentos que possam assegurar as suas expectativas (segurança pelo Direito) e atribuir-lhes eficácia no caso de restrições injustificadas (segurança frente ao Direito). Se o Estado de Direito é a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função. O Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito.⁹⁶

É por isso que a segurança jurídica, introduzida no discurso processual (e aqui pegamos o gancho da exposição anterior), a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, de forma geral, implicam, respectivamente: (i) que o jurisdicionado tem direito a um acesso material e intelectual dos preceitos normativos que estruturam o procedimento e que estes efetivamente respondam à necessidade de tutela; (ii) que o jurisdicionado tem o direito que as decisões adotadas no percorrer do procedimento e que consagram diversas situações jurídicas processuais sejam estáveis e contínuas; (iii) que o jurisdicionado tem o direito de prever *razoavelmente* as consequências futuras do comportamento do Estado diante da condução do processo e *do seu resultado*.

Caberia perguntar, portanto, diante desse discurso, onde é que entra a *efetividade*. Consideramos que esse elemento *também é uma manifestação da segurança jurídica*, dado que não faz nenhum sentido que o Direito (ou o processo) seja cognoscível, confiável e calculável se não houver *realização*, isto é, *efetividade*.⁹⁷ A efetividade, portanto, não pode

pois, às vezes, mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face às circunstâncias da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto».

⁹⁶ Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 207.

⁹⁷ Cfr. Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela*, p. 61. Inclusive, o próprio Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica*, p. 256, reconhece que «o princípio da segurança jurídica busca garantir racionalidade e efetividade ao Direito como um todo».

se colocar em contraste com a segurança jurídica, mas como um dos seus *elementos condicionantes para sua plena realização*, ainda mais quando, muitas vezes, se fala de *efetividade como sinônimo de celeridade e rapidez* para chegar a uma decisão definitiva.⁹⁸ Isto é muito relevante porque Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA entende a efetividade às vezes como a exigência de uma prestação jurisdicional em tempo razoável, às vezes com a justiça material da decisão.⁹⁹ Daí que não seja possível concordar com a conflagração entre efetividade e segurança proposta por ele, porque *um processo só poderá ser capaz de chegar a uma decisão materialmente justa se for seguro, pelo que a segurança jurídica, na sua manifestação de direito fundamental processual, é fator integrante e condicionante do direito fundamental ao processo justo*.

Finalmente, o fato de a doutrina criticada não se importar com o adequado estabelecimento do conteúdo normativo dos direitos fundamentais processuais nem com a determinação concreta do princípio do processo justo faz com que entenda haver colisão onde não há. Daí a nossa grande preocupação por trabalhar um conceito processual, como é o processo justo, na visão da teoria geral do Direito. A ideia é, basicamente, uma só: fazer mais controlável a realização da justiça que a ordem jurídica brasileira impôs ao processo civil.

4. O PROCESSO JUSTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Ingressamos aqui na última parte do nosso trabalho, na que será desenvolvido o processo justo como direito fundamental. Como já se advertiu, em grande medida a exposição a seguir entrelaça-se com a anterior, no que tange concretamente à definição dos comportamentos a serem realizados para promoção do estado ideal de coisas inerente ao *princípio* do processo justo (a decisão justa). Em se tratando de um princípio constitucional, esses comportamentos têm lugar nos *deveres* que o Estado está exigido a promover, já que a realização do processo justo (princípio e direito fundamental) está sob seu encargo. Antes de abordarmos as implicações desses deveres será preciso, de forma breve, tecer algumas

⁹⁸ Cfr. Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela*, p. 63.

⁹⁹ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, 4ª ed. p. 111.

considerações a respeito dos direitos fundamentais e o seu enquadramento no processo justo, sempre a partir da ótica da ordem constitucional brasileira.

4.1. Fundamentalidade formal e material

É possível entender o processo justo como um verdadeiro direito fundamental porque possui *fundamentalidade*. Ela pode ser *formal* ou *material*.

Segundo a lição de Ingo Wolfgang SARLET, um direito tem *fundamentalidade formal* (i) por aparecer reconhecido na Constituição e, portanto, na parte de cima do ordenamento jurídico, (ii) porque constitui um *direito pétreo* e (iii) porque é diretamente aplicável às entidades públicas e privadas.¹⁰⁰ Como foi demonstrado, sendo o «processo devido» do art. 5º, LIV, CF, não outra coisa que a consagração expressa do processo justo, não restam dúvidas de que existe uma posição jurídica subjetiva de vantagem de nível constitucional que consagra um direito fundamental.

Ao lado da *fundamentalidade formal* (que se limita ao texto escrito da Constituição) existe a *fundamentalidade material*. Um direito possui essa característica pelo fato de decorrer «da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade».¹⁰¹ Como já se referiu acima (*supra*, III, 3.3.4), o princípio do processo justo responde diretamente à dignidade, à liberdade, à igualdade, à segurança e à verdade, sendo todos eles elementos normativos presentes na ordem constitucional brasileira. Ademais, sendo que ela impõe a missão da construção de uma sociedade justa, a realização dessa não poderá se dar se o processo, como instrumento institucionalizado para resolução das controvérsias, não for capaz de alcançar decisões justas. A proliferação de mais e mais decisões justas pelos tribunais é *conditio sine qua non* para construção da sociedade que o constituinte desejou. Fica fora de toda dúvida que o direito ao processo justo (e, portanto, basicamente, a uma decisão justa) possui *fundamentalidade material*. Ele é, de fato, uma

¹⁰⁰ Ingo Wolfgang SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., p. 74-75.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 75. Contrários à fundamentalidade material como identificação de um direito fundamental, cfr. Dimitri DIMOULIS; Leonardo MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 55.

das ferramentas primordiais para o triunfo do império do Direito e da adequada proteção dos direitos das pessoas. *O processo justo, destarte, é um direito fundamental.*¹⁰²

4.2. Titulares, destinatários e eficácia do direito fundamental ao processo justo

Sendo o direito fundamental um verdadeiro *direito subjetivo*,¹⁰³ ele possui *titulares* e *destinatários*. Como indica SARLET, «titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito»;¹⁰⁴ no entanto, como é claro, a definição da titularidade e dos destinatários dependerá das particularidades próprias do direito fundamental que se trate.

No que tange à titularidade, a seguinte passagem é bastante clara para explicar o assunto:

São titulares do direito ao processo justo todas as *pessoas físicas e jurídicas*. Embora a Constituição brasileira não conte com regra geral a respeito, como há na *Grundgesetz* alemã (art. 19º,3) e na Constituição portuguesa (art. 12º, § 2), a doutrina é unânime em assinalar a possibilidade de pessoas jurídicas serem titulares de direitos fundamentais.

Todos podem propor ação para obtenção de tutela jurisdicional mediante processo justo. Não são só as pessoas que titularizam o direito ao processo justo. Na verdade, todo aquele que tem *personalidade processual* –isto é, *capacidade para ser parte*– é titular do direito ao processo justo. Diante da nossa ordem jurídica, a personalidade processual é mais ampla que a *personalidade jurídica*. Daí, sempre que a lei reconhecer personalidade processual a *entes despersonalizados* no plano do direito material esses terão igualmente direito ao processo justo (exemplos: nascituro, condomínio, sociedade em comum, art. 986º, CC, espólio, massa falida e herança jacente, art. 12º do

¹⁰² E por isso encaixa na conceituação de direito fundamental elaborada por Ingo Wolfgang SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., p. 77: «Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)».

¹⁰³ Assim, como direito fundamental que é, possui uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva. Para um maior aprofundamento sobre esses conceitos, cfr. Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., p. 180 ss.; Ingo Wolfgang SARLET. *Eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., p. 141 ss.; Dimitri DIMOULIS; Leonardo MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 116 ss.; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2ª ed., 109 ss. Assim mesmo, apesar de trabalhar com o devido processo legal, resulta pertinente a exposição de Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 145-155, à que nos remetimos.

¹⁰⁴ Ingo Wolfgang SARLET. *Eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., p. 208.

CPC, Ministério Público, Tribunal de Contas, Procon, comunidades indígenas, grupos tribais, art. 37º da Lei 6.001/1973).

Pode ocorrer ainda de a *personalidade processual resultar implícita* da atribuição de situações jurídicas ativas e passivas a *órgãos públicos* (exemplos: Câmara de Vereadores e Assembleias Legislativas) ou *grupos minimamente organizados* (exemplos: MST). A jurisprudência registra alguns desses casos agrupando-os a partir do conceito de “direito-função”. Nessas hipóteses, *órgãos* e *grupos* também são titulares do direito ao processo justo, posto que [sic] não se pode conceber a existência de um *direito* senão acompanhado de um *remédio* destinado a efetivá-lo concretamente.¹⁰⁵

No que diz respeito aos *destinatários*, como bem indica Luiz Guilherme MARINONI, não se trata de identificar se existe um direito autônomo diante do direito material ou se ele se dirige ao Estado ou ao réu. Essas preocupações são parte do passado.¹⁰⁶ Como direito fundamental que é, o que interessa é «de que forma esse direito incide sobre o Estado e, ainda, se ele tem algum efeito em relação ao réu».¹⁰⁷

Entretanto, é implícito a esta exposição que, embora nossa preocupação esteja direcionada ao processo civil (portanto, no contexto da intervenção dos órgãos jurisdicionais), o processo justo não só se limita a processos civis nem jurisdicionais, nem sequer estatais: também tem plena incidência nos processos privados, seja nas arbitragens, seja, por exemplo, perante associações ou sociedades.¹⁰⁸ A Constituição claramente garante esse direito fundamental quando o titular desse direito não só recorre ao Estado, mas em todo e qualquer âmbito em que suas situações subjetivas materiais sejam discutidas no contexto de um processo (entendido este, ontologicamente, como um *tipo de procedimento, caracterizado pela existência de uma dialética no desenrolar dele, ou seja, a existência de contraditório*).

Essa última constatação interessa para estabelecer quem são os destinatários do direito fundamental ao processo justo. Isso, por sinal, equivale a falar sobre a *eficácia do processo justo pelo fato de ser um direito fundamental*.

¹⁰⁵ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 621. Fica claro, portanto, que não pode ser confundido *titular* de um direito com *destinatário* de um direito. Na doutrina constitucional sói haver essa confusão, cfr. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, 30ª ed., p. 191.

¹⁰⁶ Luiz Guilherme MARINONI. *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed., p. 211, embora o jurista trabalhe com o *direito fundamental de ação*.

¹⁰⁷ *Ibidem, idem*.

¹⁰⁸ Conforme, Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 618.

Mostra-se, primeiro, uma distinção entre *eficácia vertical* e *eficácia horizontal*. A primeira pressupõe uma vinculação do Estado (administração, legislador e judiciário) com o direito fundamental ao processo justo. Já a segunda implica uma vinculação direta dos privados.¹⁰⁹ Como pode se apreciar, «a vinculatividade dos direitos fundamentais constitui precisamente uma das principais dimensões da eficácia».¹¹⁰ Aí o art. 5º, § 1, CF («As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata») cobra uma importância relevante, embora não seja tão explícita, por exemplo, como o art. 18º, 1, da Constituição portuguesa, que impõe a vinculação das entidades públicas e privadas diante dos direitos fundamentais.¹¹¹ Nada obstante, isso não é óbice, como afirma a doutrina, para que a amplitude da norma que é possível retirar desse texto seja menor do que o texto da ordem portuguesa.¹¹²

No que diz respeito à *eficácia vertical*, os direitos fundamentais vinculam *diretamente* ao poder público. Não pode ser de outra maneira, aliás, no contexto do Estado Democrático de Direito (e também do *modelo* de Estado Constitucional) consagrado na CF, já que a ordem constitucional pátria está assentada na dignidade da pessoa humana. Ora, segundo Ingo SARLET:

Neste sentido, é possível falar de uma dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são. Por este motivo é que se aponta para a necessidade de todos os Poderes públicos respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, renunciando, em regra, a ingerências, a não ser que presente justificativa que as autorize. Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos Poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.¹¹³

Isso não foge ao direito fundamental ao processo justo: os poderes públicos estão obrigados a respeitá-lo, quer abstendo-se de interferir nele injustificadamente (direito de

¹⁰⁹ Uma breve exposição sobre os problemas a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 171 ss.

¹¹⁰ Ingo Wolfgang SARLET. *Eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., p. 365.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 365-366.

¹¹² *Ibidem, idem*.

¹¹³ *Ibidem*, p. 366.

defesa ou abstenção), quer efetivando prestações positivas.¹¹⁴ Sendo que o fim do *princípio* do processo justo –que dá contornos normativos ao *direito fundamental* ao processo justo– é a decisão justa, o Estado basicamente deve evitar realizar ações que possam entorpecer a sua consecução. Já no tema das prestações é exatamente o contrário: o Estado deve fazer tudo aquilo que favoreça à realização da decisão justa (*infra*, III, 4.3 ss.).

No que tange à *eficácia horizontal* ou *efeito perante terceiros* (*Drittwirkung*) não nos interessa as discussões gerais sobre sua aplicabilidade direta ou indireta (ou seja, se deve existir uma mediação ou não do legislador infraconstitucional ou do Estado em geral).¹¹⁵ Aqui importa salientar que o direito fundamental ao processo justo possui eficácia horizontal pelo fato que ele também tem de ser observado (agregamos, imediatamente) pelos privados, no caso de processos não estatais.¹¹⁶

No entanto, existe doutrina que nega a eficácia horizontal ao direito ao processo justo. Trata-se da posição de Luiz Guilherme MARINONI, que trabalha concretamente sobre o «direito fundamental à tutela *jurisdicional* efetiva».¹¹⁷ O raciocínio do jurista é o seguinte: não podem ser confundidas a eficácia *horizontal* e a eficácia *lateral*, porque tem

¹¹⁴ Segundo Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 162, apoiado em VIERA DE ANDRADE, «o direito fundamental ao devido processo legal configura-se como um misto de direito de defesa e de direito a prestações, impondo primariamente ao Estado não apenas um *dever de abstenção* –vale dizer, “abstenção de agir e, por isso, dever de não-interferência ou de não-intromissão no que toca às liberdades propriamente ditas, em que se resguarda um espaço de autodeterminação individual”, bem como “abstenção de prejudicar e, então, dever de respeito, relativamente aos bens, designadamente pessoais, que são atributos da dignidade humana individual–, mas também um *dever de agir* –“quer seja para protecção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade (excepcionalmente, a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais».

¹¹⁵ Amplamente, cfr. Virgílio Afonso da SILVA. *A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1ª ed. (sustentando, no âmbito de direito privado, uma mediação do legislador e defendendo que a autonomia privada, como garantia de competência dos particulares, não pode ser equiparada aos direitos fundamentais); Ingo Wolfgang SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 379 ss.; Dimitri DIMOULIS; Leonardo MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 109 ss.; Claus-Wilhelm CANARIS. *Direitos fundamentais e direito privado* (que, a partir de uma análise do ordenamento alemão, conclui pela eficácia imediata). Assim mesmo, embora a consagração expressa feita pela Constituição portuguesa, a doutrina constitucional daquele país admite haver dificuldades. Cfr. Jorge MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, IV, 4ª ed., p. 320; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2ª ed., p. 238.

¹¹⁶ Conforme, Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 622. Amplamente, com clara preocupação pelo direito material, cfr. Paula Sarno BRAGA. «Aplicação do devido processo legal a processos particulares: processos punitivos de sócios, associados e condôminos». In *Revista de processo*.

¹¹⁷ Luiz Guilherme MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 239 ss.

de ser distinguidos, da sua vez, o *direito fundamental discutido* e o *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva* (para efeitos da explicação, entenda-se esse conceito como associado ao direito ao processo justo). Esse direito fundamental que conforma o objeto litigioso possui eficácia vertical para o juiz e eficácia horizontal para as partes. Pense-se no direito de trabalho ou de consumo, que vincula ao empregador e ao consumidor. De outro lado temos o direito à tutela jurisdicional efetiva ou, como diz MARINONI, «a incidência do direito fundamental em face dos órgãos estatais –que também é eficácia vertical– *para efeito de sua vinculação no seu modo de proceder e atuar*». Nesse caso, não existe vinculação diante do particular porque não tem por função regular seu comportamento. Portanto, não tem eficácia sobre ele, senão apenas *repercussão*.

Segundo o autor:

Na realidade, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ao ser tomado em conta pelo juiz, pode *apenas repercutir* sobre o particular, *conforme a maior ou menor efetividade da técnica processual empregada no caso concreto, o qual pode nada ter a ver com um “outro direito fundamental”*.

Nessa dimensão, para evitar a confusão entre a eficácia do direito fundamental objeto da decisão judicial e a eficácia do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional sobre a atividade do juiz, deve ser feita a distinção entre eficácia horizontal mediata e eficácia vertical com repercussão lateral, essa última própria do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.¹¹⁸

A razão da existência dessa repercussão é que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ao dirigir-se ao Estado, inevitavelmente repercute sobre os particulares envolvidos no processo. E isso é assim porque eles são titulares desse direito e a forma como ele é aplicado pelo Estado atingir-lhes-á.

Resta claro, portanto, que o direito fundamental ao processo justo possui *eficácia vertical com repercussão lateral*. No entanto, uma pergunta ficou no ar: por que MARINONI nega a existência de eficácia horizontal? Muito simples: porque ele fala de direito fundamental à tutela *jurisdicional* efetiva. Isso faz com que sua preocupação seja o processo desenvolvido perante os tribunais, e daí sua constante menção ao juiz. Isso – pensamos– é bastante coerente; porém, se se quer falar sobre o direito macro capaz de, entre outras coisas, englobar a totalidade dos direitos fundamentais processuais previstos

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 244.

pela CF, é absolutamente necessário que essa noção compreenda, também, os processos não estatais. Daí que a eficácia horizontal exista, mas apenas nos âmbitos em que não existe presença estatal.

O direito ao processo justo, portanto, possui *eficácia vertical, horizontal e vertical com repercussão lateral*.¹¹⁹

4.3. O processo justo como direito à organização e ao procedimento

Na doutrina constitucional que seguimos, classificam-se¹²⁰ os direitos fundamentais como: (i) direitos de defesa¹²¹ e (ii) direitos à prestação em sentido amplo. Esses últimos podem ser (ii.a) direitos à proteção, (ii.b) direitos à organização e procedimento e (iii.c) direitos à prestação em sentido estrito (direitos sociais).¹²² Isso surge como constatação de que o Estado não apenas pode assumir um papel de abstenção diante dos direitos fundamentais, como aconteceu no momento histórico da consagração dos direitos civis e políticos após o triunfo da burguesia.¹²³ Com a cada vez mais crescente necessidade de proteger às necessidades da pessoa humana e com a incorporação de novos direitos nas

¹¹⁹ Da mesma opinião são Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 622.

¹²⁰ Tal como afirmam Dimitri DIMOULIS; Leonardo MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 64, «para compreender a função dos direitos fundamentais, deve-se imaginar a relação entre o Estado e cada indivíduo como relação entre *duas esferas em interação*. Os direitos fundamentais garantem a autonomia da esfera individual e, ao mesmo tempo, descrevem situações nas quais um determinado tipo de contato é obrigatório».

¹²¹ Falando sobre o chamado «direito de defesa», DIMOULIS e MARTINS (*ibidem*, p. 65) esclarecem que «a essência do direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Trata-se de um direito negativo, pois gera a *obrigação negativa* endereçada ao Estado de *deixar de fazer* algo. Trata-se de uma obrigação de *abster-se da intervenção* na esfera de liberdade garantida pela Constituição (garantia de omissão – *Unterlassungsgebot*). O termo que melhor qualifica essa categoria de direitos é o termo “pretensão de resistência à intervenção estatal” e de forma abreviada, “direito de resistência”. Como isso, traduz-se a designação desses direitos feita na doutrina constitucional alemã pelo termo *Abwehrrechte*. Uma segunda tradução literal deste termo para o português é “direitos de defesa”, bastante difundido na doutrina brasileira. Todavia, ao contrário dos primeiros autores a recepcionar a dogmática dos direitos fundamentais no Brasil, que optaram pelo termo “direito de defesa” preferiu-se aqui a tradução “direito de resistência”. O termo “direito de defesa” faz pensar no direito de se defender em processo (direito à ampla defesa, defensoria pública etc.) no intuito de contestar pretensão jurídico-material de outrem. Mas, no caso em exame, tem-se a pretensão jurídico-material ao cumprimento da obrigação estatal de não fazer e não uma mera possibilidade de trazer argumentos da parte processual (titular do direito) a juízo». No entanto, como precisa CANOTILHO. «Constituição e déficit procedimental». In *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2ª ed., p. 78, «o dever de não abstenção do Estado não dispensa este de criar órgãos, agentes, procedimentos e processos para o cidadão assegurar e garantir, perante o próprio Estado, o seu espaço de autodeterminação e de liberdade de decisão».

¹²² Ingo Wolfgang SARLET. *Eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., p. 159 ss., esp. 168 ss.

¹²³ Jorge MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, IV, 3ª ed., p. 22 ss.

cartas constitucionais, os Estados modernos foram desempenhando um papel já não só de abstenção, mas de proteção efetiva, ou seja, de prestações normativas e fáticas direcionadas à tutela dos direitos fundamentais. Isso não pressupõe, aliás, que o Estado tenha se desincumbido do seu papel abstencionista: apenas o novo papel assumido veio complementar o anterior. Daí que o processo justo, nesta visão, além de possuir uma dimensão de direito de defesa, enquadra-se na dimensão de direito à organização e ao procedimento,¹²⁴ já que sua efetivação tem a ver com a estruturação de um processo segundo o fim que, como princípio, ostenta.

Tendo em conta a ênfase realizada a respeito da decisão justa, neste ponto é importante frisar que mais adiante (*infra*, III, 4.7) polemizaremos sobre se conceber o processo justo como direito fundamental à organização e ao procedimento é *plenamente* adequado. No entanto, não pode ser negado que o processo justo, percebido com essas características, possui uma dimensão transcendental que merece ser desenvolvida.

Destarte, após identificar acima qual é o estado ideal de coisas inerente ao sobreprincípio do processo justo (*supra*, III, 3.3.4), chegou o momento de indicar quais são os comportamentos que contribuem para promoção daquele fim, qual seja a decisão justa. Eis a importância de entender o processo justo, simultaneamente, como *sobreprincípio* e *direito fundamental*, e a indissociável conexão entre esses aspectos. No final das contas, trata-se de categorias normativas a partir das quais é possível reconstruir o âmbito de incidência do processo justo na ordem positiva brasileira.

Dado que, no contexto do processo civil, já sabemos que o Estado é o *destinatário* do direito fundamental ao processo justo (eficácia vertical), aqueles comportamentos são entendidos como *deveres organizacionais* dirigidos ao Estado, na sua faceta de *administrador, legislador e juiz*.¹²⁵ De forma muito genérica, como *administrador*, tem o dever de construir e adequar o aparato judiciário com a finalidade de gerar as condições

¹²⁴ Conforme, Sérgio MATTOS. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 155 ss., esp. p. 167; Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 617. Tratar-se-ia dos *Einrichtungsgarantien*, de origem na doutrina de Carl SCHMITT, segundo Bodo PIEROTH; Bernhard SCHLINK. *Grundrechte. Staatsrecht II*, apud Dimitri DIMOULIS; Leonardo MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 74.

¹²⁵ Essa é a correta opinião de Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 617.

mais adequadas para o trabalho dos órgãos jurisdicionais. Como *legislador* tem o dever de estruturar o procedimento em respeito aos direitos fundamentais que integram o processo justo, para que se consiga chegar a uma decisão justa. *Last but not least*, o *Estado-juiz* tem um dever não menos importante: interpretar e aplicar a legislação processual conforme o direito fundamental ao processo justo.

Partindo da premissa da necessidade de chegar-se a uma decisão justa, entretanto, o panorama mostra-se muito mais complexo do que tudo o que foi mencionado no parágrafo anterior. Por este motivo, nossa intenção jamais foi esgotar o tema, já que cada um poderia dar origem a uma pesquisa absolutamente independente. Tendo em conta as necessárias dimensões deste estudo, trata-se apenas de contribuir à identificação mínima daqueles comportamentos que o Estado tem por missão adotar para promoção do fim intrínseco ao sobreprincípio do processo justo. É esse nosso norte nesta parte final da pesquisa.

Tudo isso será analisado a seguir.

4.4. Segue. Implicações para o Estado-administrador como seu destinatário

4.4.1. Eficiência e racionalização de recursos do Judiciário

Com o chamado «The Florence Access-to-Justice Project», capitaneado por CAPPELLETTI e GARTH,¹²⁶ deu-se uma autêntica virada nos estudos de direito processual:¹²⁷

¹²⁶ Mauro CAPPELLETTI; Bryant GARTH (eds.). *Access to Justice*, vol. I – *A World Survey*. O monumental estudo (realizado entre 1973 e 1978, e publicado em oito tomos) consistiu em profunda pesquisa empírica multidisciplinar sobre o sistema judiciário de 23 países, que salientou como principais problemas do acesso à justiça: (i) o custo do processo (custos em geral, pequenas causas e duração); (ii) possibilidade das partes (*party capability*, que envolve recursos financeiros, capacidade para reconhecer e perseguir uma ação ou defesa e a desigualdade entre “*one-shot*” *litigants* e “*repeat-player*” *litigants*) e (iii) interesses difusos (*ibidem*, p. 10 ss.). Daí que, sob a premissa de que o acesso à justiça significava um direito fundamental básico, era necessário empreender reformas estruturais para favorecer a criação de instrumentos verdadeiramente efetivos para proteção dos direitos dos cidadãos no âmbito do processo. São as chamadas *ondas renovatórias*, consistentes em (i) *legal aid* para os pobres; (ii) representação legal para interesses difusos e (iii) *access-to-justice approach* (isto é, uma noção mais abrangente que envolva outros elementos como instituições, recursos humanos, procedimentos, que implique, por exemplo, a adaptação do processo civil ao tipo de disputa –*ibidem*, p. 22 ss. Para uma breve descrição do projeto, cfr. Dierle NUNES; Ludmila TEIXEIRA. *Acesso à justiça democrático*, p. 34 ss.

¹²⁷ A percepção da necessidade de construir um *processo civil social* já tinha sido percebida pela doutrina processual italiana a partir da segunda metade do século passado. Cfr. Piero CALAMANDREI. «Processo e democrazia». In *Opere Giuridiche*, vol. I, 690 ss., que falava sobre a igualdade jurídica e igualdade

o tema do *efetivo acesso à justiça* passou a ser, a nível internacional, objeto de preocupação pela processualística, deixando de enxergar o processo apenas como uma questão de partes, para entendê-lo sob um contexto muito mais complexo: como instrumento inerente ao serviço público de justiça que devia ser capaz de dar efetiva resposta a todas as necessidades sociais.¹²⁸ Não é à toa que se fez muita ênfase no *legal aid*,¹²⁹ no defensor de ofício e nos juizados de pequenas causas.

Além das implicações ideológicas do estudo (claramente associadas ao *Welfare State*¹³⁰), ele permitiu entender que o funcionamento idôneo do serviço de justiça encontrava-se diretamente ligado à reforma do Estado e das suas políticas públicas.¹³¹

De outro lado, verifica-se também que o discurso do *Law & Economics* penetrou com muita força em diversas disciplinas jurídicas, principalmente em setores do direito privado tais como direito das coisas (*Property Law*), direito da responsabilidade civil (*Tort Law*), direito contratual (*Contract Law*) e, também, no campo do direito público (*Procedural Law* e *Constitutional Law*).¹³² Embora a existência de diversas escolas e correntes de pensamento que, por sua vez, remetem-se a diversas teorias econômicas, o discurso caracterizou-se, nomeadamente, pela análise das instituições jurídicas a partir do prisma da *eficiência econômica* devido à existência de recursos escassos que deviam ser alocados eficientemente pelo Estado.

econômica das partes, a relação entre direito de defesa e direito de ter um defensor, a defesa do pobre, o patrocínio gratuito etc.

¹²⁸ Segundo os próprios Mauro CAPPELLETTI; Bryant GARTH (eds.). *Access to Justice*, vol. I – *A World Survey*, p. 6, «the words “access to justice” are admittedly not easily defined, but they serve to focus on two basic purposes of the legal system – the system by which people may vindicate their rights and/or resolver their disputes under the general auspices of the state. First, the system must be equally accessible to all, and second, it must lead to results that are individually and socially just».

¹²⁹ Vittorio DENTI. *Processo civile e giustizia sociale*, p. 53 ss., 137 ss.

¹³⁰ Dierle NUNES; Ludmila TEIXEIRA. *Acesso à justiça democrático*, p. 44.

¹³¹ Deixando constância de que o estudo de CAPPELLETTI e GARTH precedeu às reformas neoliberais experimentadas na Inglaterra e nos Estados Unidos, e que por isso as soluções teriam de serem revistas, cfr. Ugo MATTEI. «Access to Justice. A Renewed Global Issue?». In *Electronic Journal of Comparative Law*.

¹³² A penetração do *Law & Economics* nestas áreas de conhecimento se deu, segundo COOTER e ULEN. *Law and Economics*, 3ª ed., p. 1-2, a partir da década de 60', com a aparição dos ensaios clássicos de COASE («The problem of social cost») e CALABRESI («Some thoughts on risk distribution and the law of the torts»). Segundo aqueles autores, antes a influência limitava-se às áreas do *antitrust law*, regulação industrial, impostos e a determinação dos danos monetários.

Da mesma forma, não é coincidência que, com base nos instrumentos e protocolos internacionais, nos últimos anos tenham-se realizados diversos estudos comparatísticos e estatísticos para medir a resposta de diversos países –em termos de eficiência– diante dos problemas que acarreta a demanda pelo serviço de justiça.¹³³ Também não é por acaso que a eficiência da justiça seja um dos índices de avaliação da competitividade de qualquer país.¹³⁴

Destarte, sendo um serviço público de responsabilidade do Estado (concretamente, da Administração Pública), a justiça é entendida desde um nível macroscópico,¹³⁵ involucrando índices de produtividade e eficiência, tudo isso vinculado ao uso de recursos públicos por parte do poder público.

Assim, em palavras de Sérgio ARENHART:

Esse serviço “justiça” pode, a seu turno, apresentar defeitos em fundamentalmente três campos distintos: a) legislativo; b) estrutural; c) cultural.

No plano *legislativo*, a adequação do serviço público aqui examinado implica o dever de que as leis sejam orientadas a oferecer respostas adequadas e modernas às demandas de justiça oriundas da sociedade civil. Note-se que, sob esse ponto de vista, não se trata mais de examinar a lei processual à

¹³³ Um exemplo são as pesquisas e reportes realizados pela Comissão Europeia pela Eficiência da Justiça (CEPEJ) do *Council of Europe*. A última data de 2013 e chama-se *The functioning of judicial systems and the situation of the economy in the European Union Member States*.

¹³⁴ Apenas como exemplo, tem-se o informe sobre competitividade global do prestigioso *World Economic Forum*, em que um dos índices de medição não é outro do que a *efficiency of legal framework in settling disputes*. Cfr. WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2013–2014 – Full Data Edition* (Professor Klaus Schwab, ed.).

¹³⁵ Assim, segundo o informe da COMMISSION GOUVERNANCE DE LA JUSTICE. *Pour une administration au service de la justice*, p. 21-22 (presidida por Loïc CADIET), «à première vue, parler d’administration de la justice ne va pas de soi: l’administration renvoie au gouvernement, c’est-à-dire à la fonction *exécutive* de l’État, tandis que la justice réfère au pouvoir judiciaire, c’est-à-dire à la fonction *juridictionnelle* de l’État (...). Mais si administration et justice doivent être distinguées au nom de la séparation des pouvoirs, la justice n’en reste pas moins une fonction étatique, essentielle, qui exerce le service public de la justice, c’est-à-dire une activité publique devant répondre aussi adéquatement que possible à une demande sociale, soumise aux exigences traditionnelles de continuité et d’égalité. Elle nécessite une *administration*, faite d’actes, de décisions, de mesures, de procédures, pour assurer son organisation et son meilleur fonctionnement possible, ce qui renvoie aux termes de *gestion*, sinon de *management*, qui n’ont rien de choquant dans ce contexte. Tout l’environnement administratif de la justice constitue une mission de service public comme les autres: au premier niveau, par exemple, l’accueil dans un tribunal, le temps de réponse au téléphone ou de remise d’un document; à un second niveau, la volonté de faciliter la compréhension des documents remis aux justiciables, la gestion du dossier et de l’information dans toute la phase préparatoire au procès, l’aide à la compréhension de tous les termes du débat, malgré la nécessaire rigueur des termes et raisonnements juridiques. Constitue aussi une question sensible celle des conditions d’attente des justiciables et l’heure à laquelle une affaire est prise à l’audience, malgré, là encore, les évidentes contraintes du débat judiciaire et des relations avec les avocats».

luz de um determinado caso concreto, a fim de perquirir da adequação da tutela prestada *ao caso singular*. Busca-se, isso sim, refletir se a legislação existente é hábil a dar conta, de maneira adequada, do serviço “justiça” a ser prestado pelo Estado. Dito de outro modo, a questão aqui se centra na avaliação da situação judiciária como um todo, examinando se o esforço judicial empregado para certo tipo de causa se justifica em face do volume, da complexidade e das necessidades de outros feitos.

No que se refere ao plano *estrutural*, exige-se a verificação sobre a suficiência dos recursos, humanos e materiais, concretamente postos à disposição do serviço público a ser prestado, para que este possa ser desempenhado da melhor forma possível. Entram em consideração, aqui, por exemplo, a proporção entre o número de juízes e o número de causas; a quantidade de auxiliares na atividade jurisdicional e sua suficiência em relação à demanda social; a infraestrutura oferecida ao Poder Judiciário para o desempenho de suas funções; a localização do serviço jurisdicional no espaço geográfico; e a organização dinamizada dos serviços a serem prestados.

Finalmente, deve-se considerar o plano *cultural*. Essa questão se relaciona, sobretudo, com a qualidade da demanda proposta perante o Judiciário e, indiretamente, com a resposta que este é capaz de fornecer. Ora, se a demanda do serviço “justiça” provém da sociedade, é evidente que, além de possíveis questões econômicas e sociais, importa avaliar o componente cultural nessa sociedade. Nesse passo, cumpre examinar elementos como a lealdade e a boa-fé que presidem as relações econômicas e sociais de um povo, o seu grau de educação cívica e de conhecimento dos seus próprios direitos, a propensão a recorrer a outros meios de pacificação de conflitos etc.¹³⁶

Vistas assim as coisas, é absolutamente indissociável as exigências de eficiência que salienta a doutrina do direito administrativo da necessidade de o serviço de justiça se conduzir segundo parâmetros de eficiência. A razão é simples: o Poder Judiciário também forma parte o aparelho estatal e destina uma grande quantidade de recursos públicos (humanos e materiais) para atender as demandas da população. Daí a óbvia necessidade de usar esses recursos, pelo fato de serem escassos, de forma racionalizada, ainda mais em um país das proporções territoriais do Brasil. Não é outra a preocupação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com seu conhecido relatório «A justiça em números».¹³⁷

Embora a necessidade de uma maior eficiência do serviço de justiça também sirva ao cumprimento de outras regras constitucionais,¹³⁸ temos aqui a evidente exigência de que, como destinatário do direito fundamental ao processo justo, *o Estado-administrador tem por função organizar o Poder Judiciário para que possa cumprir com sua tarefa de outorgar uma prestação jurisdicional da forma mais idônea possível*. Isso implica, entre

¹³⁶ Sérgio Cruz ARENHART. *A tutela coletiva de interesses individuais*, p. 36-37.

¹³⁷ A informação sobre o relatório «A justiça em números» pode ser consultada aqui: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>

¹³⁸ Por exemplo, o art. 74º, II: «Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...) II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado».

outras coisas: (i) fornecer um sistema sobre a atividade dos órgãos judiciais que, em tempo real, informe sobre (i.a) litigiosidade, (i.b) carga de trabalho, (i.c) quantidade de processos entrantes; (i.d) quantidade de processos julgados, (i.e) duração dos procedimentos etc.; (ii) traçar metas e objetivos institucionais; (iii) capacitação dos juízes e auxiliares para gerenciar os recursos humanos e materiais do gabinete; (iv) ferramentas para auto-avaliação e autocontrole; (v) adoção de tecnologias para uso eficiente dos recursos por parte do cidadão e dos funcionários (processo eletrônico, serviços informáticos etc.); (vi) promover a colaboração institucional.

4.4.2. *A bonne administration de la justice*

Na linha do item anterior, mostra-se fecundo o tema da *bonne administration de la justice* (clara influência do *case management* inglês¹³⁹) que cobrou muitos adeptos na França.¹⁴⁰ O tema, como indica CADIET, abrange aqueles elementos vistos como secundários pelos estudiosos do direito processual, já que são atos do juiz que não possuem natureza jurisdicional, próprias da gestão administrativa do órgão jurisdicional. No entanto, as chamadas «mesures d'administration judiciaire», por atingirem o uso de recursos econômicos, podem ter incidência direta no ato de julgar e, portanto, importam para o próprio direito ao processo justo.¹⁴¹

A importância da gestão administrativa no Judiciário e dos órgãos jurisdicionais responde a uma –cada vez mais crescente– necessidade de aplicar, na administração pública, a lógica do setor privado (*new public management*) e, principalmente, à necessidade de outorgar uma decisão em tempo razoável (*jugement dans un délai raisonnable*), que é um tema maior nas reformas processuais contemporâneas. Isso redundando no âmbito da *qualidade da justiça*.¹⁴² A isso exatamente aponta a noção de *bonne*

¹³⁹ Para um estudo sobre o tema no direito inglês, cfr. Beatrice FICCARELLI. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, p. 91 ss.

¹⁴⁰ Apenas como exemplos, cfr. Loïc CADIET. «Case management judiciaire et déformalisation de la procédure». In *Revue française d'administration publique*; Loïc CADIET. «Le développement des questions d'administration dans le système de la justice français»; Laurent BERTHIER. *La qualité de la justice*; Pascal MBONGO (ed.). *La qualité des décisions de justice*, e toda a bibliografia citada por esses autores.

¹⁴¹ Loïc CADIET. «Le développement des questions d'administration dans le système de la justice français», p. 2-3.

¹⁴² «Qualité de la justice» é uma expressão que na França é bem conhecida, intimamente vinculada à percepção da necessidade de melhorar o serviço de justiça através de boa administração. Por exemplo, afirma

administration de la justice,¹⁴³ que remete às noções de *justiça boa, boa administração dos serviços judiciários e bom funcionamento da justiça*.¹⁴⁴

Assim, seguindo CADIET, entre as medidas que interessam para o bom funcionamento do serviço administrativo encontram-se: repartição da carga de trabalho; fixação e organização das audiências; designação ou delegação de juízes para missões específicas; condições de formação, nomeação e promoção dos juízes; disposição de recursos monetários, materiais e humanos; carga de trabalho e performances dos funcionários etc.¹⁴⁵ Os meios, portanto, devem ser otimizados e a *performance* controlada pela própria instituição ou órgão.¹⁴⁶

No que aqui interessa,¹⁴⁷ vale a pena destacar que falar de *qualité de la justice* ou de *bonne administration de la justice* desde o âmbito da organização judicial não tem a ver

CADIET. «La qualité de la norme juridictionnelle». In *Revista de processo*, p. 140, «qu’au-delà de la qualité de la décision de justice, c’est la qualité d’un service public qui se joue plus largement sur fond de réforme de l’Etat et qu’il y a là des enjeux de pouvoirs certains, spécialement quant à la définition des critères de qualité et de l’attribution du contrôle de la qualité des jugements». Em ensaio posterior, o próprio CADIET. «Le développement des questions d’administration dans le système de la justice français», p. 7-8, sustenta que «la justice est une administration de l’Etat, participant de ses missions de service public, financée par l’impôt dans le cadre du budget de la Nation. Administrer la justice, c’est aussi gérer les moyens dont l’institution judiciaire est dotée pour remplir sa mission. Bien administrer la justice, c’est bien administrer les moyens de la justice, ce qui soulève la question des critères de la bonne administration de la justice en ce nouveau sens car la justice n’est pas une administration de l’Etat comme une autre en raison de ses finalités mêmes, qui ne sont pas réductibles à de simples questions comptables et à d’ordinaires impératifs gestionnaires qu’exprime la référence, récente et croissante, au management de la justice. Il y a là un changement de perspective, que traduit sémantiquement l’apparition de la notion de qualité de la justice, qui recèle bien des dangers car le souci des moyens risque alors de l’emporter sur la réalisation des fins». Na mesma seara, diante da pergunta «o que abrange a expressão “bonne administration de la justice”?», Laurent BERTHIER. *La qualité de la justice*, p. 34-35, responde o seguinte: «Cette première approche fait de la qualité une valeur positive ou ajoutée de la justice, elle impose un nouveau champ de lecture, de consacrer les caractéristiques attendues d’une justice de qualité. La qualité ne s’épuisant toutefois pas dans la caractéristique, elle est nécessairement autre chose. Car si elle peut être bonne ou mauvaise, elle induit nécessairement l’idée d’amélioration, après la constatation de son insuffisance. La qualité n’est donc pas qu’une valeur, elle est un outil, une technique fournissant un arsenal de moyens tournés unanimement vers une logique d’amélioration constante. La qualité est donc valeur et technique, spéculative et opérative, porteuse d’ambitions mais également plus méthodique, plus contraignante car plus incitative. Au final, la qualité de la justice consisterait donc en une analyse de ses caractéristiques essentielles mais également en la recherche de méthodes d’amélioration du système judiciaire dans sa globalité, justice judiciaire et justice administrative confondues».

¹⁴³ Loïc CADIET. «Le développement des questions d’administration dans le système de la justice français», p. 4-5.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 5.

¹⁴⁵ Loïc CADIET. «La qualité de la norme juridictionnelle». In *Revista de processo*, p. 153 ss.

¹⁴⁶ «Le développement des questions d’administration dans le système de la justice français», p. 25.

¹⁴⁷ Vale a pena destacar que CADIET (*ibidem*, p. 8-17) identifica dois âmbitos de aplicabilidade ou versões da *bonne administration de la justice*. O primeiro é no que tange aos processos jurisdicionais, em que aquela noção é útil para solucionar problemas de competência entre dois tribunais distintos, quando existem

apenas com a eficiência que, ulteriormente, possa se refletir em números e cifras. Não só interessa o aspecto *quantitativo*, mas também o *qualitativo*.¹⁴⁸ Agora existem preocupações que vão além: por exemplo, verificar que as condições materiais da sala de audiências para casos de família podem ter influência sensível no próprio desenvolvimento da audiência ou, também, exatamente como acontece com a relação entre o consumidor e um estabelecimento privado, realizar uma pesquisa nos jurisdicionados para medir seu grau de satisfação com o serviço oferecido.¹⁴⁹

Com efeito, se de fato se busca uma legitimidade da justiça, ela resulta já não da *contraposição* entre eficiência e equidade, senão da *conjugação equilibrada* entre a primeira e a segunda.¹⁵⁰ Destarte, a eficácia da gestão do *management*, não sendo um fim em si mesmo, busca uma justiça de qualidade que vise à obtenção da aceitação pelos jurisdicionados pelo fato de terem sido entendidos, muito embora tenham perdido a causa.¹⁵¹

Assim, em palavras de Loïc CADIET:

O direito a um processo justo [*procès équitable*] não pode ser exercido do que nos limites dos recursos assignados à instituição judiciária. A boa justiça não é apenas uma justiça justa no absoluto do caso particular do que o juiz é devedor, é também uma justiça justa a respeito do conjunto dos casos dos que a instituição judiciária é devedora.¹⁵²

instâncias simultâneas em uma mesma jurisdição ou também instâncias sucessivas e, em geral, contribui à promoção dos direitos fundamentais tais como a liberdade (como o caso julgado pela Corte europeia em que usou essa noção para questionar uma decisão da justiça italiana de não adiar uma audiência fixada para o dia sábado, sendo que o advogado da parte professava a religião judaica) e a duração razoável do processo. O segundo –que vem sendo abordado no texto– versa sobre os processos administrativos.

¹⁴⁸ Loïc CADIET. «La qualité de la norme juridictionnelle». In *Revista de processo*, p. 157-158: «C'est dire la difficulté de définir des indicateurs de qualité, qui vont au-delà des indicateurs de performance et qui ne sauraient donc être exclusivement quantitatifs, sauf à sombrer dans ce qu'Antoine Vauchez appelle la "quantophrénie", ou la justice française satisferait peut-être aux *rankings* internationaux, à commencer par celui de la Banque mondiale, mais risquerait de perdre son âme».

¹⁴⁹ Basta mencionar dois recentes informes da CEPEJ sobre o assunto: *Quality Management in Courts and in the Judicial Organisations in 8 Council of Europe Member States* e *Report – Conducting satisfaction surveys of Court Users in Council of Europe Member States*, ambos de acesso livre na Internet.

¹⁵⁰ Loïc CADIET. «Le développement des questions d'administration dans le système de la justice français», p. 30; «La qualité de la norme juridictionnelle». In *Revista de processo*, p. 160.

¹⁵¹ Loïc CADIET. «Le développement des questions d'administration dans le système de la justice français», p. 30.

¹⁵² Loïc CADIET. «La qualité de la norme juridictionnelle». In *Revista de processo*, p. 157. E arremata (*ibidem*, p. 166) dizendo que: «Une chose me semble cependant à peu près claire: si l'on veut contenir la logique managériale dans de justes limites et éviter qu'elle ne subvertisse l'essence même de la fonction de juger, il

Portanto, se tivermos que definir o comportamento que serve à promoção do fim do sobreprincípio do processo justo, além da eficiente organização do Judiciário em termos de eficiência, a administração judiciária deve fornecer aos usuários um serviço de qualidade com o que possam se sentir satisfeitos ao ponto de aprová-lo, legitimando-o.

4.5. Segue. Implicações para o Estado-legislador como seu destinatário

Não é novidade dizer que o legislador infraconstitucional tem o dever de adequar a legislação aos direitos fundamentais. Nada diferente acontece no caso do procedimento legalmente constituído a respeito dos direitos fundamentais processuais que conformam o direito ao processo justo. Portanto, o legislador infraconstitucional tem de adequar sua tarefa em respeito da Constituição, percebendo que a construção do procedimento nada mais é do que uma densificação do direito fundamental ao processo justo e, concretamente, dos direitos fundamentais que o integram.¹⁵³

Aqui é onde se manifesta com grande intensidade a dimensão do direito fundamental ao processo justo como *direito de defesa ou resistência e direito à organização e procedimento*. No final das contas, é o legislador infraconstitucional quem sói colocar maiores travas à realização das normas constitucionais. É por isso que resulta da mais alta relevância determinar quando é que o legislador infraconstitucional *não pode intervir*, isto é, quando existe justificação constitucional de não intervenção na área de proteção do direito fundamental.¹⁵⁴ Entretanto, a forma de saber quando não se admite intervenção é delimitar quando ela é permitida. Fora dessas hipóteses, tratar-se-ia de uma intervenção proibida e, portanto, uma violação ao direito fundamental.

Destarte, no que tange ao legislador, sua intervenção é permitida ou constitucionalmente justificada quando: (i) o comportamento exigido não se situar na área

est raisonnable d'introduire plus de démocratie dans l'organisation et le fonctionnement de l'institution judiciaire, la démocratisation en quelque sorte comme antidote à la mécanisation et à la marchandisation».

¹⁵³ Com efeito, afirmam Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 617, que «a legislação infraconstitucional constitui um meio de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. É a forma pela qual esse cumpre com o seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos».

¹⁵⁴ Dimitri DIMOULIS; Leonardo MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 148 ss. Para as considerações posteriores sobre a intervenção do legislador trabalharemos de perto com esses autores.

de proteção do respectivo direito;¹⁵⁵ (ii) quando for uma «concretização de um limite constitucional derivado do chamado direito constitucional de colisão»;¹⁵⁶ (iii) quando se restringe o direito fundamental devido à reserva legal imposta pela própria Constituição.

Para o que aqui interessa, o legislador não deve prever um comportamento (editando normas que conferem deveres, ônus, faculdades etc.) se ele, de fato, se situar na área protegida pelo direito fundamental. Em outras palavras, o legislador deve se abster a desenhar o procedimento afetando o núcleo duro dos direitos fundamentais processuais. Se isso acontecer, estaria prejudicando a promoção da decisão justa e desconsideraria o dever que o sobreprincípio do processo justo (e também do direito fundamental ao processo justo) lhe impôs.

Assim mesmo, ainda no dever de abstenção do legislador, ele não deve interferir com a margem mínima de liberdade que possuem as partes na sua participação no procedimento. Assim, o legislador não pode *obrigar* a uma pessoa a defender sua posição em juízo, ou alegar determinados fatos (já oferecer prova dos fatos alegados é hipótese bem diferente), não pode impedir que ela deixe de recorrer, nem proibir que se desista da ação ou do direito (a restrição deve ser suficientemente razoável), e tampouco pode não permitir ao réu que reconheça os fatos alegados pelo autor ou, inclusive, a procedência do seu pedido. Tudo isso está emparentado, como é evidente, ao *direito de liberdade* que, apesar de não ser propriamente um direito processual, sendo um autêntico fim do processo, deve ser promovido.

De outro lado, já no âmbito do direito ao processo justo como *direito a prestações*, cobra grande relevância os deveres dirigidos ao legislador que provêm do *direito à tutela adequada* (direito que forma parte do processo justo). Esse direito implica que o processo deve estruturar-se infraconstitucionalmente de maneira a promover a tutela dos direitos. Trata-se de construir um processo «dotado de *técnicas processuais aderentes* à situação

¹⁵⁵ Aqui os autores (*ibidem*, p. 151) fazem a ressalva de que essa hipótese «não configura sequer uma intervenção no sentido juridicamente relevante do termo por representar uma ação estatal que não atinge a área de proteção do direito fundamental tangenciado (o alcance da ação estatal ficou adstrito à área de regulamentação não tendo afetado a área de proteção)».

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 150.

levada a juízo».¹⁵⁷ Daí a importância de o legislador consagrar «normas abertas» para o juiz, posteriormente, determinar qual técnica processual é mais idônea para o caso concreto (*infra*, III, 4.6.2). Isso é muito claro, por exemplo, na regulação da técnica antecipatória¹⁵⁸ e das técnicas executivas.¹⁵⁹

Assim, segundo a doutrina que seguimos:

O direito à tutela jurisdicional adequada determina a previsão: (i) de *procedimentos com nível de cognição apropriado* à tutela do direito pretendida; (ii) de distribuição adequada do *ônus da prova*, inclusive com possibilidade de *dinamização* e *inversão*; (iii) de *técnicas antecipatórias* idôneas a distribuir isonomicamente o ônus do tempo no processo, seja em face da *urgência*, seja em face da *evidência*; (iv) de *formas de tutela jurisdicional com executividade intrínseca*; (v) de *técnicas executivas* idôneas; (vi) de *standards para valoração probatória* pertinentes à natureza do direito material debatido em juízo. É dever do legislador estruturar o processo em atenção à necessidade de adequação da tutela jurisdicional.¹⁶⁰

Destarte, o direito à tutela adequada exige que o legislador estruture o processo de acordo com os direitos fundamentais processuais, uma vez que seja conformado seu núcleo duro de cada um deles pelo intérprete, segundo as diretrizes do processo justo (*infra*, III, 4.6.1). Assim por exemplo, no caso do juiz natural, será preciso que estruture o regime de

¹⁵⁷ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 630.

¹⁵⁸ Segundo Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela*, p. 63, «o direito de ação como direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo impõe a necessidade de viabilização de *técnica antecipatória atípica* para tutela dos direitos. Um ordenamento processual civil só pode ser concebido como *completo* do ponto de vista do Estado Constitucional se predispõe ao jurisdicionado a *técnica antecipatória* de forma *atípica* e voltada não só a combater a *urgência*, mas também para prestigiar a *evidência* das posições jurídicas postas em juízo. Trata-se de conclusão de há muito conhecida na doutrina, mas infelizmente formada a partir de vases teóricas mais acanhadas e, por isso mesmo, apenas parcialmente idônea a densificar de forma efetiva o direito ao processo justo».

¹⁵⁹ Cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 211 ss. De outro lado, afirmam Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 635-636, que «a *adequação da técnica executiva* é imprescindível para prestação da *tutela efetiva*. A efetiva atuabilidade da tutela do direito depende da previsão de *técnicas executivas idôneas*. Nesse particular, o direito processual civil brasileiro conta com um *sistema misto*: há previsão de *atipicidade* (art. 461, § 5.º, CPC) temperada por casos em que a tutela do direito deve ser realizada *tipicamente* (art. 647, CPC). A atipicidade da técnica executiva, que mais interessa para prestação de tutela jurisdicional adequada aos direitos, tem a sua maior expressão no art. 461, § 5.º, do CPC. Para além da possibilidade de imposição de *astreintes* (art. 461, § 4.º, do CPC), as posições jurídicas que se concretizam mediante imposições de fazer e não fazer e aquelas que visam à tutela do direito à coisa contam com tutelabilidade a partir das “medidas necessárias” –busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial, são apenas exemplos». Inclusive, a atipicidade dos meios executivos não só contribuem a uma melhor tutela do direito do autor, mas também à proteção da esfera jurídica do réu, já que o meio executivo idôneo pressupõe, também, que seja o menos gravoso possível para aquele que sofrerá sua incidência. Cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 212-213.

¹⁶⁰ Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 630-631.

competência, impedindo a criação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII) e prevendo critérios de distribuição aleatória.¹⁶¹ Já no caso do direito à prova, o processo tem de se estruturar a fim de possibilitar a admissão e produção dos meios de prova que efetivamente contribuam à busca pela verdade (pertinentes, relevantes e controversos). Da mesma maneira, no que tange ao direito à segurança jurídica no processo, é imprescindível promover o respeito à coisa julgada, impedindo que a matéria seja rediscutida pelas mesmas razões, e regular as hipóteses de ação rescisória com o intuito de não sacrificar excessivamente a estabilidade conseguida.

Finalmente, e fazendo o correlato com a necessidade de o legislador não prejudicar a margem de liberdade para agir no processo, temos que ele tem de favorecer o exercício dessa liberdade. Existem vários caminhos para fazê-lo, mas um deles é, certamente, permitir uma maior disposição do processo pelas partes através dos chamados *negócios processuais*, prestigiando sua autonomia privada. Muito além dos problemas dogmáticos que essa categoria oferece,¹⁶² mostra-se como uma alternativa útil e bastante positiva para uma solução harmônica da controvérsia.¹⁶³

Portanto, outro comportamento destinado a promover o fim do processo justo é a necessidade de o legislador estruturar a legislação processual infraconstitucional de acordo com os direitos fundamentais processuais, seja deixando uma margem razoável para promover a liberdade e autonomia dos participantes do processo, seja consagrando as técnicas processuais idôneas (de preferência mediante normas abertas) para obter uma tutela efetiva dos direitos.

4.6. Segue. Implicações para o Estado-juiz como seu destinatário

4.6.1. O processo justo como «direito guarda-chuva»: abrangência da totalidade de direitos fundamentais processuais. Interpretação dos textos constitucionais à luz do processo justo

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 644-645.

¹⁶² Algumas ponderações podem se encontrar em Renzo CAVANI. *La nulidad en el proceso civil* (no prelo).

¹⁶³ Cfr. amplamente, Loïc CADIET. «Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia».

Uma das características do direito fundamental ao processo justo é a *capacidade de abranger todos e cada um dos direitos fundamentais processuais que reconhece a Constituição, explícita ou implicitamente*. Com efeito, pela sua própria formulação, o processo justo é capaz de expressar a *totalidade do fenômeno processual* que a Constituição garante para qualquer tipo de processo, seja ou não jurisdicional, seja ou não estatal. Fala-se de um «direito guarda-chuva» porque sob seu âmbito é possível encontrar e edificar todas as situações jurídicas ativas processuais que formam parte do processo. Isso é assim porque, como não pode ser de outra maneira, o processo civil contemporâneo tem de ser pensado à luz dos direitos fundamentais. O direito fundamental ao processo justo ajuda a dar sustento teórico e normativo a essa asserção e, ademais, como categoria normativa, fornece de coesão às diversas posições jurídicas fundamentais que possuem as partes e, em geral, os participantes do processo.

Em palavras da doutrina:

No entanto, é possível identificar um “núcleo forte ineliminável”, um “conteúdo mínimo essencial” sem o qual seguramente não se está diante de um processo justo. O direito ao processo justo conta, pois, com um *perfil mínimo*. Em primeiro lugar, do ponto de vista da “divisão de trabalho” processual, o processo justo é pautado pela *colaboração* do juiz para com as partes. *O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões*. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar *tutela jurisdicional adequada e efetiva*, em que as partes participam em pé de *igualdade* e com *paridade de armas*, em *contraditório*, com *ampla defesa*, com *direito à prova*, perante *juiz natural*, em que todos os seus pronunciamentos são *previsíveis, confiáveis e motivados*, em procedimento *público*, com *duração razoável* e, sendo o caso, com direito à *assistência jurídica integral* e formação de *coisa julgada*.¹⁶⁴

Com efeito, direitos fundamentais como a isonomia processual, prova e motivação recebem, por parte do intérprete, um conteúdo normativo mais ou menos preciso devido à comunhão que eles tem a respeito do direito fundamental ao processo justo. Se for verdade que esse direito, a partir da sua construção como sobreprincípio, tem a decisão justa como estado ideal de coisas a ser atingido, todos os textos normativos e elementos não textuais a partir dos quais podem ser extraídos os direitos fundamentais processuais que, por sua vez, inspiram a construção da legislação infraconstitucional, devem ser interpretados em harmonia com os fins que possam ser estabelecidos para cada uma dessas normas, mas também, e principalmente, visando à obtenção de uma decisão justa em todos os casos.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 619.

Com efeito, em se entendendo a decisão justa como aquela que respeita a correção do procedimento, que reflete uma adequada apuração dos fatos alegados no processo orientada pela busca da verdade, e que exhibe uma adequada interpretação e aplicação do direito ao caso concreto (*supra*, II, 7), os direitos fundamentais que compõem o processo justo, segundo suas próprias particularidades, devem encontrar-se modelados para conseguir a confluência daqueles três elementos.

A correção do procedimento não somente implica o simples respeito às disposições processuais que o informam, mas também que ele próprio seja construído a partir dos direitos fundamentais processuais. Portanto, o direito ao processo justo, que exige a prolação de decisão justa, requer que os direitos fundamentais cuja promoção é necessária para realização daquela, sejam a pauta sob a qual o procedimento toma forma. Um procedimento edificado contrariamente aos direitos fundamentais não pode levar a uma decisão justa. Assim, enquanto a efetivação dos direitos fundamentais materiais (e também outros direitos de rango infraconstitucional) depende da organização e do procedimento, esses mesmos direitos fundamentais são também parâmetros para a própria estruturação organizativa e procedimental.¹⁶⁵

Entre os direitos que se colocam como *critérios de observância da justiça do procedimento* encontram-se os direitos à tutela adequada, à isonomia, ao juiz natural, ao contraditório, à ampla defesa, à prova (concretamente no que tange à admissão e produção), à publicidade, à segurança jurídica no processo (especificamente, respeito às formas, preclusão e coisa julgada), à assistência jurídica integral e à duração proporcional do processo.¹⁶⁶ E essa justiça do procedimento, se aferida, leva (pelo menos *parcialmente*) a uma decisão justa.

¹⁶⁵ Afirma Ingo Wolfgang SARLET. *Eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., p. 194, que «se os direitos fundamentais são, de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, sobre estes também exercem uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais».

¹⁶⁶ Como foi mencionado, o conteúdo desses direitos não será aqui desenvolvido. Uma adequada análise encontra-se na obra de SARLET, MARINONI e MITIDIERO várias vezes citada: *Curso de direito constitucional*, p. 627).

A adequada apuração dos fatos e a adequada interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, como é claro, ingressam precipuamente no âmbito da decisão judicial. Se é bem verdade que tais elementos não formam parte da justa estruturação do processo (daí a ideia que a decisão assume contornos autônomos diante do procedimento), dificilmente eles possam ser efetivados desconsiderando a forma como se desenrolou o *iter* procedimental. Com efeito, seria difícil de imaginar uma adequada apuração dos fatos ou uma adequada identificação e aplicação da norma jurídica aplicável ao caso concreto se as partes, por exemplo, não tivessem as mesmas oportunidades para participar e para influir na decisão, em diálogo paritário com o juiz. Além das consequências normativas por desrespeitar o direito ao contraditório ou à isonomia processual (geração de um vício que levaria a uma decretação de nulidade), alude-se aqui às reais possibilidades de o juiz proferir uma decisão cujas premissas de fato e de direito não tenham sido discutidas previamente com as partes. O juiz não é super-humano –como o juiz Hércules de DWORKIN– ao ponto de possuir, na sua cabeça, toda a informação e as ferramentas para prolar, em qualquer circunstância, uma decisão justa ou uma resposta correta. Também não é um juiz inquisidor que possa desprezar a limitação do objeto litigioso realizada pelas partes. Sem a intensa participação das partes, as possibilidades de julgar adequadamente sobre fatos e direitos certamente se evaporaria.

Daí que, por exemplo, o fato de identificar, no núcleo duro do direito à prova, o direito à valoração racional das provas e, ademais, assumir que a fundamentalidade material daquele direito reside na busca pela verdade que inspira o Estado Constitucional, encontra-se em direta correspondência com a necessidade de apurar uma decisão justa por espelhar, de forma minimamente razoável, o que realmente aconteceu, isto é, a verdade. Com outras palavras, a interpretação do texto constitucional do qual é possível partir para estruturar o direito fundamental à prova faz-se a partir do fim do sobreprincípio do processo justo: a decisão justa.

Não é diferente o que acontece com o direito à motivação das decisões judiciais. Se ele, de fato, exige que as decisões judiciais sejam racionalmente justificadas, tanto lógica quanto argumentativamente, é porque o tal conteúdo normativo é informado pela necessidade de obtenção de uma decisão justa.

Destarte, conclui-se que outro comportamento que visa à promoção da decisão justa é interpretar os textos constitucionais (e também os elementos não textuais) que consagram direitos fundamentais processuais, promovendo sempre a correção do procedimento, a adequada apuração dos fatos da causa e a adequada interpretação e aplicação do direito ao caso concreto.

4.6.2. Conflitos entre os direitos fundamentais processuais que compõem o direito ao processo justo: o recurso à razoabilidade e à proporcionalidade para harmonização. Aplicação das normas processuais à luz do processo justo

A característica do processo justo salientada precedentemente faz com que, no seu seio, possam colidir entre si, diante de uma situação concreta, diversos direitos fundamentais processuais. Será necessário saber, portanto, *como* é que eles devem ser aplicados, e para isso é imprescindível ter critérios mínimos para o juiz decidir os diversos casos que se lhe apresentem.

Já indicamos que as normas que orientam a aplicação de outras normas chamam-se *postulados normativos aplicativos*. No entanto, eles não funcionam da mesma maneira. Por exemplo, a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso são postulados *formais* (ou *inespecíficos*) porque não possuem conteúdo. Apenas exigem um relacionamento entre dois ou mais elementos, mas não dizem como é que esse deve ser estruturado nem como se soluciona.¹⁶⁷ De outra banda, existem *postulados específicos* porque seu emprego pressupõe, além do relacionamento entre elementos, diversos critérios que orientam essa vinculação. Esses postulados são a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade.¹⁶⁸

É claro que este não é o lugar para desenvolver *in extenso* o impacto daqueles postulados no contexto no processo justo. Uma pesquisa independente seria necessária para isso. Nossa intenção é apenas, como já foi anunciado, definir tanto quanto possível os *comportamentos* a serem adotados pelo juiz diante do fim imposto pelo sobreprincípio do processo justo, qual seja a decisão justa. Entendemos seja suficiente, portanto, oferecer

¹⁶⁷ Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 13ª ed., p. 163.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 164.

algumas considerações que nos levem a delimitar qual o comportamento a respeito da aplicação dos direitos fundamentais que compõem o âmbito do direito ao processo justo.

Entende-se a *ponderação* como *sopesamento de razões* (e não como método de aplicação que se limita aos princípios, como é comum na doutrina¹⁶⁹), ela visa a assignar pesos aos elementos que são matéria da ponderação. De outro lado, a *concordância* prática reflete uma necessidade de harmonização dos elementos submetidos à ponderação, «de modo que eles sejam protegidos ao máximo».¹⁷⁰ Já a *proibição de excesso* significa um limite para a ponderação: trata-se de evitar uma restrição excessiva de um dos elementos a ela submetidos, ainda mais quando estão em jogo princípios ou regras constitucionais.¹⁷¹

Já foi mencionado, esses três postulados carecem, por si sós, de critérios que levem a determinar a solução para o caso; isto é, não dizem a respeito de como é possível promover as finalidades das normas levadas a uma análise de relacionamento. Com efeito, dizer que os direitos fundamentais processuais podem ser matéria de ponderação e, quando o forem, que têm de se procurar a maior harmonização possível entre eles sem restringi-los excessivamente não é dizer muito. Daí que os critérios que o aplicador precisa encontrar-se na igualdade, razoabilidade e proporcionalidade. São estes que dão o verdadeiro conteúdo aos postulados inespecíficos. Aqui nos ocuparemos sucintamente das duas últimas.

Segundo a doutrina que seguimos, a razoabilidade pode ser aplicada: (i) como *equidade*, em que se exige a harmonização entre a norma geral e o caso individual, podendo (i.a) estimular a aplicação de normas a partir do que normalmente acontece, e (i.b) não aplicar a norma geral, apesar da incidência, em se tratando de um caso com particularidades que o converte em anormal; (ii) como *congruência*, em que se exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação, pressupondo (ii.a) a sua verificação na natureza das coisas, é dizer, que tenha autêntica factibilidade na realidade, e (ii.b) a relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido pela

¹⁶⁹ Robert ALEXY. «Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade». In *Ratio juris*, p. 135 ss. Isso é assim porque, como é conhecido, o autor percebe a colisão de regras não como um sopesamento (que para ele sempre envolve um *peso*), mas como uma autêntica colisão que gera a invalidade de uma delas.

¹⁷⁰ Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 13ª ed., p. 166.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 166 ss.

norma e a medida efetivamente adotada; e, finalmente, (iii) como *equivalência*, em que se exige uma harmonização entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.¹⁷² Note-se, aliás, que a razoabilidade não só serve para aplicação dos próprios direitos fundamentais senão, em geral, para aplicar normas processuais de forma razoável e em conformidade com aqueles.

Já no que tange à proporcionalidade, ela possui três critérios para determinar quando uma medida legislativa ou administrativa é proporcional ou desproporcional diante de um ou mais direitos fundamentais. Esses critérios são: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, segundo Humberto ÁVILA:

Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.¹⁷³

Um exemplo poderia ajudar a dimensionar este tema. Quando o juiz encontra-se na dúvida de se ouvir ou não o réu no momento de concessão de antecipação de tutela satisfativa, ele tem de analisar o direito à tutela adequada e o direito ao contraditório. O primeiro lhe exige que aplique a técnica processual idônea ao caso concreto de maneira a efetivar a tutela do direito. O juiz, portanto, tem em mente o uso da técnica antecipatória e da técnica do contraditório diferido. Mas do outro lado também deve considerar o direito ao contraditório, sendo que é a regra que ele seja prévio. Assim mesmo, o réu também tem direito à tutela adequada, ou seja, que se aplique a técnica do contraditório prévio e não outra (diferido ou eventual). Destarte, tem-se o direito à tutela adequada de ambas as partes e o direito ao contraditório do réu. Como julgar então?

Evidentemente o juiz deve valer-se da ponderação para identificar os elementos a serem avaliados, e também deve ter presente que a solução deve ser o mais harmônica possível sem que implique uma restrição excessiva de um deles. Por exemplo, se o juiz decidir fazer uso da técnica antecipatória, logo efetivada a ordem, imediatamente deveria dar oportunidade ao réu para se manifestar. Mas ele precisa de critérios: assim, será

¹⁷² Toda a exposição, como é claro, conforme a Humberto ÁVILA (*ibidem*, p. 174 ss.).

¹⁷³ *Ibidem*, p. 180.

necessário recorrer à proporcionalidade para avaliar se (i) a medida (restrição do contraditório) responde à promoção da decisão justa, (ii) se, de fato, é a medida menos restritiva possível e (iii) se as vantagens superam as desvantagens que provocaria. Tudo isso, como é evidente, tem de ser devidamente justificado.

É aqui onde entra, portanto, a adaptação a ser realizada, pelo juiz, das *técnicas processuais* consagradas pelo legislador, tal como salienta a doutrina que visualiza corretamente o binômio «tutela do direito/técnica processual».¹⁷⁴ O juiz tem o dever de aplicar a técnica processual idônea para o caso concreto, o que inclusive lhe permite, em caso de omissão do legislador, determinar qual é a técnica mais adequada para tutela os direitos.¹⁷⁵ Mas não só: sendo que a ordem jurídica brasileira permite ao juiz exercer o controle difuso de constitucionalidade, é possível que, diante de uma regra infraconstitucional que fira o direito à tutela adequada, possa superá-la e aplicar diretamente tal direito. Isso, no entanto, tendo presente a presunção de constitucionalidade da legislação infraconstitucional (*favor legislatoris*), não pode ser feito sem uma adequada justificação em que se demonstre o uso de critérios para derrotar a regra. Não se deve esquecer que, da mesma maneira que o juiz tem o dever de controlar a densificação do direito ao processo justo feita pelo legislador, também tem o dever de motivar suficientemente suas decisões. Ambas as exigências devem ser conjugadas.

Finalmente, lembre-se que na conceituação realizada a respeito da decisão justa (*supra*, II, 7) indicamos que a aplicação concerne à escolha da norma aplicável para o caso concreto e que, por tal motivo, é posterior à interpretação. Exatamente naquele âmbito têm uma forte presença a razoabilidade e a proporcionalidade: já existindo a norma (*interpretazione-prodotto*) é possível ponderá-la com outra norma para saber qual das duas será aplicada ou em que medida uma delas será aplicada em prejuízo da outra. E essa

¹⁷⁴ Cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela inibitória*, 4ª ed., p. 115 ss.; *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 145 ss., 249 ss.; *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed., p. 246 ss.; Daniel MITIDIERO. *Antecipação da tutela*, p. 54 ss.; Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 633 ss.; Renzo CAVANI. «¿Qué es la tutela inibitoria?». In *Gaceta civil & procesal civil*, p. 173 ss.

¹⁷⁵ Cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 234 ss.

aplicação tem de ser executada atendendo a parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, sendo seu emprego justificado racionalmente.¹⁷⁶

Portanto, após o exposto, outro comportamento que visa à promoção da decisão justa consiste em que o juiz leve a cabo a aplicação das regras e princípios constitucionais, que conformam os direitos fundamentais processuais, da forma mais razoável e proporcional possível.

4.7. Insuficiência de conceber o processo justo como direito à organização e ao procedimento? O processo justo como direito a uma *decisão justa*

O problema que se coloca aqui é se a abrangência do processo justo diante dos deveres do Estado para efetivá-lo não só se enquadraria na categoria dos direitos à organização e ao procedimento, porque tais deveres não se esgotam apenas na *correção do procedimento*. Parece-nos ser este um ponto chave para a nossa pretensão de justificar a mútua implicação entre processo justo (entendido como um *todo*) e decisão justa, que não só abrange, tal como visto, a justa estruturação do processo.

É útil, neste campo de análise, por pertinente, recorrer a ALEXY e a problemática que ele vislumbra no conceito de «direito a organização e procedimento»:

Esse conceito amplo de procedimento engloba tudo o que está incluído na fórmula “realização e asseguarção dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimento”. Nesse sentido, 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 ideia de procedimento no âmbito dos direitos fundamentais. As normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais (...).

¹⁷⁶ Embora falando de «princípio de proporcionalidade», essa é a ideia de Willis Santiago GUERRA Filho. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 2ª ed., p. 85: «Ainda com relação ao modo de aplicar corretamente o princípio da proporcionalidade, para encerrar essa ligeira apresentação dele, vale ressaltar que, assim como ele pressupõe a existência de valores estabelecidos positivamente em normas do ordenamento jurídico, notadamente naquelas com a natureza de um princípio fundamental, também requer um *procedimento decisório*, a fim de permitir a necessária ponderação em face dos fatos e hipóteses a serem considerados. Tal procedimento deve ser estruturado –e, também, institucionalizado– de uma forma tal que garanta a maior racionalidade e objetividade possíveis da decisão, para atender ao imperativo de realização de justiça que é imanente ao princípio com o qual nos ocupamos. Especial atenção merece, portanto, o problema do estabelecimento de formas de participação suficientemente intensiva e extensa de representantes dos mais diversos pontos de vista a respeito da questão a ser decidida».

Mesmo após o que foi analisado até aqui, uma ambigüidade fundamental permanece. Direitos a procedimentos podem ser tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada “interpretação e aplicação concreta” de normas procedimentais (...). O direito a procedimentos como direito a proteção jurídica efetiva, nesse caso, tem como destinatário os tribunais. De outra parte, os direitos a procedimentos que têm como objeto a criação de normas procedimentais, por serem direitos ao estabelecimento de normas, têm como destinatário o legislador.¹⁷⁷

Com efeito, tal como indica ALEXY, é possível entender a expressão «procedimento» em sentido amplo, abrangendo também à organização. Isto, como foi visto, não é um problema para nosso tema, dado que o Estado, nas suas três modalidades, deve desempenhar tarefas tanto de organização quanto de procedimentos. O ponto que aqui interessa, curiosamente, é deixado de lado pelo jurista alemão: «Em que medida é possível estabelecer uma tal conexão entre procedimentos jurídicos e seus resultados é algo que por enquanto pode ser deixado de lado».¹⁷⁸

Outro registro merece também a exposição de Ingo SARLET sobre o tema, com visível preocupação pelo âmbito do direito processual:

Nesta mesma linha de entendimento, considerando que ao Juiz também incumbe um dever de proteção dos direitos fundamentais, levar a sério da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais pressupõe também tomar a sério o poder-dever do Juiz da adequada interpretação e formatação do processo e dos procedimentos, assim como das técnicas processuais de tutela dos direitos (o que inclui, à evidência, o dever de zelar pelo referido cunho cooperativo do processo), na esteira do que vem advogando a doutrina processual mais recente e afinada com a atual dogmática dos direitos fundamentais, como é o caso, entre outros, do já citado contributo de Luiz Guilherme Marinoni em obra específica sobre o tema.¹⁷⁹

Isso não é óbice, contudo, para que o jurista gaúcho, logo depois, afirme que «a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial, do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento».¹⁸⁰

¹⁷⁷ Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., p. 473-474.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 474.

¹⁷⁹ Ingo Wolfgang SARLET. *Eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., p. 197.

¹⁸⁰ *Ibidem, idem*.

Já dissemos que a justa estruturação do procedimento não só contribui ao preenchimento do elemento «correção procedimental» (que envolve uma construção do procedimento em concordância com os direitos fundamentais e, também, seu efetivo respeito), mas também à adequada apuração dos fatos e à adequada interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Com efeito, as premissas de fato e de direito só poderão ser idoneamente colocadas pelo juiz mediante uma efetiva participação das partes no processo. Essa participação, como é óbvio, tem a ver com a justa estruturação do processo.

A questão que se coloca, entretanto, é a seguinte: qualificar o direito ao processo justo como direito à organização e procedimento permite entender também que uma exigência a cargo do Estado-juiz (e não apenas do legislador) é a obtenção de uma *decisão justa* e não apenas de um *procedimento justo*? Ou, com outras palavras: será que a decisão justa, tal como entendida neste trabalho (*supra*, II, 7), ultrapassaria a eventual resposta do Estado se apenas se concebesse o processo justo como direito à organização e procedimento?

Respondendo essas perguntas, pensamos que os comportamentos que levam à promoção do fim do sobreprincípio do processo justo, consubstanciados nos deveres cuja titularidade reside no Estado, podem perfeitamente encaixar nos deveres correlatos a um direito à organização e procedimento. Isso não resta, aliás, a enorme importância que possuem os deveres organizacionais, tal como foi evidenciado nos itens precedentes. A análise de eles, de fato, permitiu extrair uma grande quantidade de comportamentos direcionados à promoção da decisão justa. Porém, o comportamento mais importante, qual seja, a prolação de uma decisão que, efetivamente, reflita uma adequada apuração dos fatos e uma adequada interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, não deve ser deixado de lado apenas por entender que só interessariam o procedimento e a organização. Com efeito, não basta um *processo tendencialmente estruturado para obtenção de uma decisão justa*; pelo contrário, ademais disso, é absolutamente indispensável *a própria obtenção da decisão justa*. É essa, e não outra, a resposta que o jurisdicionado espera da ordem jurídica brasileira que consagrou, tal como visto, o modelo de Estado Constitucional (*supra*, III, 3.3.1). E essa é a resposta que, de fato, o Estado *deve* fornecer.

Sem o intuito de reformular a classificação dos direitos fundamentais (que, frise-se, foi elaborada pela doutrina do direito constitucional, nem sempre atenta aos pormenores do direito processual), acreditamos que essa dificuldade dogmática pode ser superada a partir da já aludida conjugação entre processo justo como *sobreprincípio* e processo justo como *direito fundamental*. Ambas as dimensões estão mutuamente imbricadas, não sendo possível entender a uma sem a outra. Com efeito, não é por acaso, como já salientado, que o núcleo duro dos direitos à prova e à motivação das decisões judiciais certamente vai além de uma preocupação com a justa estruturação do processo. A busca pela verdade e a justificação racional das premissas de fato e de direito na decisão são claros exemplos disso. Ali temos, sem dúvida nenhuma, dois direitos fundamentais processuais que estão em direta correspondência com as exigências de uma decisão justa não limitas à correção do procedimento.

Portanto –e aqui chegamos ao final da nossa caminhada– é possível sustentar que o *processo justo, como sobreprincípio e direito fundamental, equivale ao direito a uma decisão justa*. A razão é singela: através da decisão justa é possível prestar uma tutela jurisdicional que espelhe a proteção e promoção da dignidade, liberdade, igualdade, verdade e segurança jurídica e, sobretudo, que tenda à construção de uma sociedade justa, exatamente como nosso constituinte, de maneira eloquente, prometeu ao adotar o modelo de Estado Constitucional.¹⁸¹ Identificar, portanto, que o fim a ser atingido é a decisão justa porque se prestigia, com ela, tais valores supremos positivados na Constituição, conduz-nos a reconstruir os comportamentos que o Estado deve efetivar para promover aquele fim. E se tudo isso é verdade, falarmos de processo justo, justiça ou decisão justa não é motivo para nos alarmar; muito pelo contrário, deve dar-nos a suficiente tranquilidade de que é possível navegar pelos intrincados meandros e escolhos que representa a justiça no Direito e no processo, com a segurança de que, finalmente, podemos chegar sãos e salvos no oceano, para, assim, ver materializado o sonho da progressiva realização de uma verdadeira *comunidade de justiça*.

¹⁸¹ Contraste-se essa asserção com a ressalva realizada no que tange à relação entre precedente judicial e justiça, produto das diferentes funções que têm as cortes na ordem constitucional brasileira (*supra*, II, 6.3).

CONCLUSÕES

Este trabalho teve como propósito demonstrar que «processo justo» não é um termo vazio nem intercambiável. Se, de fato, é possível entender o Estado Constitucional como um *modelo valorativo ideal* construído a partir da dignidade, liberdade, igualdade, verdade e segurança jurídica, conclui-se que Estado Constitucional e justiça são noções inseparáveis: onde está um está a outra e vice-versa.

Essas considerações no plano valorativo serviram basicamente para justificar porque é autorizado falar de «processo justo», a fim de responder à crítica mais evidente que pode surgir: o que se deve entender por justiça? A resposta não pode ser outra que definir qual seria aquele conteúdo mínimo da noção de justiça. Daí que acreditemos que não é errado afirmar que o Direito (do Estado Constitucional) visa à sua obtenção. Também não o é defender que o processo deve aspirar a uma decisão justa, e que para isso deve ser justo. «Processo justo» e «justiça da decisão» são uma clara decorrência do modelo do Estado Constitucional, inspirado na justiça.

Entretanto, quando o juiz está diante de um caso para ser julgado, essa «justiça» não é nem pode ser qualquer uma. Eis a importância de deixar claro que o modelo do Estado Constitucional é adotado *em grau razoável* por uma ordem jurídica e que, a partir daí, a matéria-prima é a normatividade e não os valores nem a moral. O juiz tem de saber que ele tem o dever de outorgar justiça porque a ordem jurídica brasileira permite reconstruir o princípio do processo justo, cujo fim a ser atingido é a *decisão justa*. E a decisão justa será tal se o juiz promover o respeito dos direitos fundamentais processuais no procedimento e se, mediante decisão racionalmente justificada, fizer uma adequada apuração dos fatos e uma idônea interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Não se deve buscar a «resposta correta» e sim a *melhor decisão possível*. É através dela que o juiz cumpre com seu dever de tutelar os direitos e construir uma sociedade justa, tal como manda a ordem jurídica brasileira.

Mas o sobreprincípio do processo justo, conjugado com sua categoria de direito fundamental, direciona-se não apenas ao juiz naquele aspecto concreto, mas ao Estado em geral. Os comportamentos que o fim «decisão justa» exige para sua promoção identificam-se com *deveres organizacionais* cuja titularidade recai no Estado pelo fato de ser o *destinatário* do direito ao processo justo. Esses deveres são os mais variados: (i) promover a eficiência do serviço de justiça e buscar a satisfação dos jurisdicionados com o serviço oferecido pelo Estado (Estado-administração); (ii) construir a legislação processual infraconstitucional em consonância com os direitos fundamentais processuais, evitando interferir na necessária margem de liberdade e autonomia que devem possuir os participantes do processo, e criando, em geral, uma estrutura procedimental que serve ao cumprimento dos três elementos que compõem a decisão justa (Estado-legislador); (iii) interpretar a Constituição a fim de construir o núcleo duro dos direitos fundamentais processuais de conformidade com o direito ao processo justo, aplicando-os, em caso de colisão, com razoabilidade e proporcionalidade e, em geral, controlando a densificação do direito ao processo justo realizada pelo legislador, através do correto uso das técnicas processuais (Estado-juiz).

Destarte, estamos diante um autêntico *direito a uma decisão justa*. É essa a missão do Estado que abraça o modelo de Estado Constitucional. Mas isso exige uma clara e justificada definição dos meios para chegar a esse fim, já que é absolutamente indispensável fomentar a maior controlabilidade possível para sua realização; se não fosse assim, não haveria mais do que arbitrariedade. E essa foi nossa missão neste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable – Un tratado sobre la justificación jurídica* [1987], trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Heidelberg-Londres-New York: Springer, 2011.

AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2004.

ALEXANDER, Larry. «Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles». In Klatt, Mathias (edited by). *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 115-131.

_____; SHERWIN, Emily. *The Rule of Rules – Morality, Rules, & the Dilemmas of Law*. Durham-London: Duke University Press, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [1978], trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais* [1985], trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», trad. Manuel Atienza. In *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 5. Madri: Marcial Pons, 1988, p. 139-151.

_____. *The Argument of Injustice – A Reply to Legal Positivism* [1992], trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, reprinted. Oxford: Clarendon Press, 2004.

_____. *El concepto y la validez del Derecho* [1992], trad. Jorge M. Seña, 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. «On the Structure of Legal Principles». In *Ratio Juris*, vol. 13, n. 3, setembro 2000, p. 294-304.

_____. «Epílogo a la *teoría de los derechos fundamentales*», trad. Carlos Bernal Pulido. In *Revista española de derecho constitucional*, ano 22, n. 66, setembro-dezembro 2002, p. 13-64.

_____. «Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade», trad. Menelick de Carvalho Netto. In *Ratio juris*, vol. 16, n. 2, junho 2003, p. 131-140.

_____. «Comments and Responses». In Klatt, Mathias (edited by). *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 319-356.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo* [1997], 4ª ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. «O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais». In Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-15.

_____. «Os direitos fundamentais à efetividade e segurança em perspectiva dinâmica». In *Revista magister de direito civil e processual civil*, n. 21. Porto Alegre: Magister, nov./dez. 2007, p. 109-124.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2009.

AMODIO, Ennio. «Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa». In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milão: Giuffrè, n. 1/2, 2003, p. 93-107.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais – Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho – Teorías de la argumentación jurídica*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

ATRIA, Fernando. *On Law and Legal Reasoning*. Oxford, Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005.

ÁVILA, Humberto. «Subsunção e concreção na aplicação do direito». In *Faculdade de direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 413-465.

____. «O que é o devido processo legal?» In *Revista de processo*, n. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 50-59.

____. *Teoria dos princípios – Da aplicação à definição dos princípios jurídicos* [2003], 13^a ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

____. *Segurança jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

____. «Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo». In *Revista de direito tributário atual*, n. 29. São Paulo: Dialética, 2013, p. 181-204.

AZARETO DE VÁSQUEZ, María Isabel. Prólogo. In RADBRUCH, Gustav. «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal» [1946], trad. María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 7-19.

B

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo – Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*, 2ª ed. revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAUR, Fritz. «Il processo e le correnti culturali contemporanee (rilievi attuali sulla conferenza di Franz Klein dal medesimo titolo)». In *Rivista di diritto processuale*. Pádua: Cedam, , 1972, n. 2, p. 253-271.

BERTHIER, Laurent. *La qualité de la justice*. Thèse pour l'obtention du grade de Docteur de l'Université de Limoges. Discipline: Droit public. Thèse dirigée par Mme. Helene Pauliat et M. Joël Andriantsimbazovina, 2011. Disponível em: <http://epublications.unilim.fr/theses/2011/berthier-laurent/berthier-laurent.pdf> (acesso: 23/03/2014).

BERNAL PULIDO, Carlos. «Legal Argumentation and the Normativity of Legal Norms». In *Cogency*, vol. 3, n. 2, Summer 2011, p. 53-66.

BERTOLINO, Giulia. *Giusto processo e giusta decisione – Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile*. Tesi di dottorato. Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, s/a.

BIX, Brian. «Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory». In *Rechtstheorie*, 37, 2006, p. 139-149.

BOBBIO, Norberto. *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*. Turim: Giappichelli, 1957.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social* [1958], 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Curso de direito constitucional* [1985], 27ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRAGA, Paula Sarno. «Aplicação do devido processo legal a processos particulares: processos punitivos de sócios, associados e condôminos». In *Revista de processo*, n. 161. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2008, p. 301-323.

BREMER, Juan José. *Prólogo: la teoría crítica del Derecho*. In Rudolf STAMMLER. *Doctrinas modernas sobre el Derecho y el Estado*, trad. Juan José Bremer. México DF: General ed., 1941, p. 15-57.

BRINK, David. «Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)». In *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 2, issue 2, julho 1989, p. 181-192.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. «Pós-positivismo: o argumento da injustiça além da fórmula de Radbruch». In *RDE – Revista de direito do Estado*, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez., 2006, p. 199-230.

_____. «Comment on Petroski – On MacCormick’s Post-Positivism». In *German Law Journal*, vol. 12, n. 2, 2011, p. 693-727.

C

CABRAL, Antonio do Passo. «Alguns mitos do processo (I): a contribuição da *prolusione* de Chiovenda em Bolonha para a teoria da ação». In *Revista de processo*, 216. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2013, p. 57-70.

CADIET, Loïc. «Pour une justice économique efficiente en Europe – Enjeux et perspectives d’une harmonisation». Disponível em: <http://www.creda.ccip.fr> (acesso: 23/03/2014).

_____. «Case management judiciaire et déformalisation de la procédure». In *Revue française d’administration publique*, 2008/1, n. 125, p. 133-150.

- _____. «La legalité procedurale en matière civile». In *Revista de processo*, n. 161. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2008, p. 62-100.
- _____. «La qualité de la norme juridictionnelle». In *Revista de processo*, n. 181. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2010, p. 137-166.
- _____. «Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia». Disponível em: www.civilprocedurereview.com (acesso: 23/03/2014).
- _____. «Le développement des questions d'administration dans le système de la justice français». Palestra realizada no Pantheon da UFRGS, no dia 10 de junho de 2013.
- CAIANELLO, Vincenzo. «Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione». In *Rivista di diritto processuale*. Pádua: Cedam, n. 1, 2001, p. 42-63.
- CALAMANDREI, Piero. «La relatività del concetto di azione». In *Rivista di diritto processuale civile*, XVI. Pádua: Cedam, parte I, 1939, p. 22-46.
- _____. «Processo e giustizia». In *Rivista di diritto processuale*, vol. V, parte I. Pádua: Cedam, 1950, p. 273-290.
- _____. «Processo e democrazia» [1952]. In *Opere giuridiche* (a cura di Mauro Cappelletti), v. I. Nápoles: Morano, 1965, p. 618-702.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* [1999], trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, reimp. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 6ª ed. revisada. Coimbra, Almedina, 1993.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. «Constituição e déficit procedimental». In *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2^a ed. Coimbra-São Paulo: Coimbra-Revista dos Tribunais, 2008, p. 69-84.

CAPPELLETTI, Mauro. «Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e “due process of law clause”)» [1961]. In *Processo e ideologie*. Bolonha: Il Mulino, 1969, p. 499-509.

_____. «Ideologie nel diritto processuale» [1962]. In *Processo e ideologie*. Bolonha: Il Mulino, 1969, p. 3-34.

_____. «Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione “civil law” – “common law”». In *Rivista di diritto civile*. Pádua: Cedam, 1963, p. 31-64.

_____. «Il diritto comparato e il suo insegnamento in rapporto ai bisogni della società moderna» [1967]. In *Processo e ideologie*. Bolonha: Il Mulino, 1969, p. 265-285.

_____. «Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato» [1968]. In *Processo e ideologie*. Bolonha: Il Mulino, 1969, p. 169-251.

_____. «Aspetti sociali e politici della procedura civile (riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale)». In *Giustizia e società*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. «Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano». In *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974, p. 525-570.

_____; GARTH, Bryant (eds.). *Access to Justice*, vol. I – *A World Survey*, book I. Milão-Alphenandenrijn: Giuffrè-Sijthoof and Noordhoff, 1978.

CARRATTA, Antonio. «Prova e convincimento del giudice nel processo civile». In *Rivista di diritto processuale*. Pádua: Cedam, n. 1, 2003, p. 27-64.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «El significado iusfundamental del debido proceso». In Sosa Sacio, Juan Manuel (coord.). *El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 9-31.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade* [1989], 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALLONE, Bruno. «In difesa della *veriphobia*: considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo». In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 2010, n. 1, p. 1-26.

CAVANI, Renzo. «Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual». In *Revista de processo*, n. 218. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril 2013, Ingo Wolfgang SARLET; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional* p. 65-78.

_____. «¿Veinte años no es nada? – Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil y un diagnóstico para el Perú». In *Gaceta civil & procesal civil*, n. 3. Lima: Gaceta Jurídica, setembro 2013, p. 255-270 (disponível: <https://ufrgs.academia.edu/RenzoCavani>).

_____. «¿Qué es la tutela inhibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos». In *Gaceta civil & procesal civil*, n. 8. Lima: Gaceta Jurídica, fevereiro 2014, p. 173-190. Disponível em: <https://ufrgs.academia.edu/RenzoCavani>).

_____. *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra, 2014 (no prelo).

CECCHETTI, Marcello. «*Giusto processo*». In *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, vol. V. Milão: Giuffrè, 2001, p. 595-627.

CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual – Disputing Systems in Cross-cultural Context*. New York-Londres: New York University Press, 2005.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law – Principles and Policies*, 3ª ed. New York: Aspen, 2006.

CHIARLONI, Sergio. «Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile». In *Rivista di diritto processuale*. Pádua: Cedam, n. 4, 2000, p. 1010-1034.

_____. «Giusto processo, garanzie processuali e giustizia della decisione». In *Revista de processo*, n. 152. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 87-108.

CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile – Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milão: Giuffrè, 1999.

_____. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 2007.

_____. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto – I. Di Bentham a Kelsen*. Turim: Giappichelli, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. «L'azione nel sistema dei diritti» [1903]. In *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 3-99.

_____. *Principii di diritto processuale civile* [1906], 3ª ed. Nápoles: Jovene, 1923.

_____. «Dell'azione nascente dal contratto preliminare» [1911]. In *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, volume primo. Milão: Giuffrè, 1993, p. 101-119.

CIPRIANI, Franco. «Il 3 febbraio 1903 tra mito e realtà». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 57, n. 4. Milão: Giuffrè, 2003, p. 1123-1137.

COMMISSION GOUVERNANCE DE LA JUSTICE. *Pour une administration au service de la justice*. Le club des juristes, maio 2012. Disponível em: <http://www.leclubdesjuristes.com/notre-expertise/a-la-une/rapport-de-la-commission-de-loic-cadiet-pour-une-administration-efficace-au-service-de-la-justice> (acesso: 23/03/2014).

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale di azione e il processo civile*. Pádua: Cedam, 1970.

_____. «Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale». In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, n. 2, 1993, p. 465-490.

_____. «Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto)». In *Revista de Processo*, n. 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 95-150.

_____. *La prova civile* [1998], 3ª ed. interamente riveduta e ampliata. Turim: UTET, 2010.

_____. «Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica». In *Il «giusto processo»*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 2003, p. 213-264.

_____. «Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa». In *Revista de Processo*, n. 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 97-158.

_____. «Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani». In *Etica e tecnica del «giusto processo»*. Turim: Giappichelli, 2004, p. 389-407.

_____. «Le garanzie fondamentali del “giusto processo”». In *Etica e tecnica del «giusto processo»*. Turim: Giappichelli, 2004, p. 39-94.

_____. «Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto)». In *Etica e tecnica del «giusto processo»*. Turim, Giappichelli, 2004, p. 151-223.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, 3ª ed. Reading: Addison Wesley Longman, Inc., 2000.

COUTURE, Eduardo J. «Las garantías constitucionales del proceso civil». In *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar, 1946, p. 151-213.

D

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State authority – A comparative approach to the legal process*. New Haven-Londres: Yale University Press, 1986.

DEL CLARO, Roberto. «Devido processo legal – Direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil». In *Revista de processo*, 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 260-294.

DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça* [1922], trad. António Pinto de Carvalho, prefácio de Clóvis Beviláqua. São Paulo: Saraiva, 1960.

_____. *Filosofía del derecho* [1930], trad. Luis Legaz y Lacambra, 9ª ed. española corregida y aumentada. Barcelona: Bosch, 1969.

DENTI, Vittorio. «Il diritto di azione e la Costituzione». In *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, n. 1, 1964, p. 116-124.

_____. «Le ideologie del processo di fronte al problema sociale». In *Processo civile e giustizia sociale*. Milão: Edizione di Comunità, 1971, p. 13-29.

_____. «Diritto comparato e scienza del processo». In *Rivista di diritto processuale*, Pádua: Cedam, 1979, p. 334-364.

DIAS, Jefferson Aparecido. «Princípio do devido processo legal». In Olavo de Oliveira Neto; Maria Elizabeth de Castro Lopes (orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus jurídico, 2008, p. 25-46.

DIDIER Jr., Fredie. «Cláusulas gerais processuais». In *Revista de processo*, n. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2010, p. 69-83.

_____. *Fundamentos do principio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*, 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1993.

DIMOULIS, Dimitri. «Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional». In *Revista dos tribunais*, v. 769. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 1999, p. 11-27.

_____. «A relevância prática do positivismo jurídico». In *Revista brasileira de estudos políticos*, n. 102. Belo Horizonte: UFMG, jan. /jun. 2011, p. 215-253.

_____; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* [1987], 6ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977-1978.

_____. *Law's Empire*. Cambridge, Londres: Harvard University Press, 1986.

E

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ). *Quality Management in Courts and in the Judicial Organisations in 8 Council of Europe Member States*. Estrasburgo, 2010. Disponível em: xx.

_____. *Report – Conducting satisfaction surveys of Court Users in Council of Europe Member States*. Estrasburgo, 2010. Disponível em: xx.

_____. *The functioning of judicial systems and the situation of the economy in the European Union Member States – Compiled Report*. Estrasburgo, 2013. Disponível em: http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/cepej_study_justice_scoreboard_en.pdf (acesso: 23/03/2014).

F

FALLON, Damien. «L'entrée du droit au procès équitable dans le champ du droit constitutionnel». Disponível: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/fallonT.pdf> (acesso: 28/08/2012).

FAZZALARI, Elio. «Chiovenda e il sistema del diritto processuale civile». In *Rivista di diritto processuale*, v. 57, n. 2. Pádua: Cedam, 1988, p. 287-298.

_____. «La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1894-1994)». In *Rivista di diritto processuale*. Pádua: Cedam, 1994, n. 4, p. 911-925.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*. Roma: Bari, 2000.

_____. «Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo». In *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 5. Porto Alegre, jan./jun. 2010, p. 9-26.

FERRAZ, Salma. *Justiça e razão – Filosofia clássica e o liberalismo antropológico de F. Von Hayek*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2005.

_____. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007.

FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiana, 2011.

FOLGER, Robert; GREENBERG, Jerald. «Procedural justice: an interpretive analysis of personnel systems». In *Research in Personnel and Human Resources Management*, volume 3, 1985, p. 141-183.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito* [1995], 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003.

FULLER, Lon L. «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart». In *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4, fev. 1958, p. 630-672.

G

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Doctrina aristotélica de la justicia – Estudio, selección y traducción de textos*. México DF: Universidad Autónoma de México, 1973.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. «El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». Disponível: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf> (acesso: 27/08/2012).

GENTILI, Aurelio. «Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão: Giuffrè, jun. 2009, n. 2, p. 745-762.

GUERRA Filho. Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a Social World* [1999], reprinted. Oxford: Clarendon Press, 2003.

GRECO, Leonardo. «Garantias fundamentais do processo: o processo justo». In *Revista Jurídica*, n. 305. Porto Alegre: Notadez, 2003, p. 61-99.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge*. Turim: Giappichelli, 1995.

_____. *Das fontes às normas* [1990], trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011.

GUINCHARD, Serge e outros. *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable* [2000], 4ª ed. Paris: Dalloz, 2007.

H

- HAACK, Susan. «Epistemology Legalized – Or Truth, Justice, and the American Way». In *Evidence and Inquiry – A Pragmatist Reconstruction of Epistemology* [1993], expanded edition. New York: Prometheus Books, 2009, p. 361-381.
- _____. «Confessions of an Old-Fashioned Prig». In *Manifesto of a Passionate Moderate*. Chicago: Chicago University Press, 1998, p. 7-30.
- HABERMAS, Jürgen. «“Razonable” versus “verdadero”, o la moral de las concepciones del mundo» [1996]. In HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*, trad. Gerard Vilar Roca. Buenos Aires: Paidós, 1998, p. 145-181.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, com estudo introdutório de Diego Valadés. México DF-Lima: Unam-Fondo Editorial de la PUCP, 2001.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist* [1787-1788], the Gideon edition. Indianapolis: Liberty Found, 2001.
- HART, H. L. A. «Positivism and the Separation between Law and Morals». In *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4, fev. 1958, p. 593-629.
- _____. *The Concept of Law* [1961], 2ª ed. with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- _____. *Post scriptum al concepto del Derecho* [1994], ed. Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán. México DF: UNAM, 2000.
- HELLER, Agnes. *Além da justiça* [1987], trad. Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1998.
- HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law – Justice in the Search for the Truth* [2008], reimpressão. Oxford: Oxford University Press, 2010.

HOLLANDER-BLUMOFF, Rebecca. «The Psychology of Procedural Justice in the Federal Courts». In *Hastings Law Journal*, vol. 63, 127, dezembro 2011, p. 127-178.

I

v. IHERING, Rudolf. *El espíritu del derecho romano*, vol. 3. México DF: Oxford University Press, 2001.

INTERRIGHTS. *Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights (article 6)*. Londres: Interights, 2009.

ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure* [2005], 3ª ed. New York: The Foundations Press-Thomson Reuters, 2012.

J

JAKAB, András. «Re-defining Principles as “Important Rules” – A critique of Robert Alexy». In Borowski, Martin (edited by). *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag-Nomos, 2010, p. 145-159.

JESTAEDT, Matthias. «A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen», trad. Carlos Eduardo de Abreu Boucault. In *Revista brasileira de estudos políticos*, n. 106. Belo Horizonte, jan./jun 2013, p. 13-67.

K

KANT, Immanuel. *Critique of Pure Reason* [1781], trad. J. M. D. Meiklejohn da segunda edição alemã de 1787. Londres: Henry G. Bohn, 1860.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes* [1785-1786], trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso editorial-Barcarolla, 2009.

_____. *Project for a Perpetual Peace – A Philosophical Essay* [1795], trad. não especificado. Londres: Stephen Couchman, 1796.

_____. *A metafísica dos costumes* [1797], 2ª ed., trad. José Lamego. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2011.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito* [1997], trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. «La idea del derecho natural» [1927], trad. Francisco Ayala. In *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 13-52.

_____. *La teoría pura del Derecho – Introducción a la problemática científica del Derecho* [1934], 2ª ed., trad. Jorge G. Tejerina. Buenos Aires: Losada, 1946.

_____. *General Theory of Law and State* [1945], trad. Anders Wedberg, third printing. Cambridge-MA: Harvard University Press, 1949.

_____. «Natural Law Doctrine and Legal Positivism», trad. Wolfgang Herbert Kraus. In *General Theory of Law and State* [1945], trad. Anders Wedberg, third printing. Cambridge-MA: Harvard University Press, 1949, p. 389-446.

_____. *¿Qué es la justicia?* [1953], trad. Ernesto Garzón Valdés, 3ª ed. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1966.

_____. *Teoria pura do Direito* [1960], 8ª ed., 3ª tiragem, trad. João Baptista Machado. Sao Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *O problema da justiça* [1960], trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOLM, Serge-Christoph. *Teorias modernas da justiça* [1996], trad. Jefferson Luiz Camargo, Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins-Fontes, 2000.

L

LACERDA, Galeno. «Processo e cultura». In *Revista de direito processual civil*, v. III. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 74-86.

LA CHINA, Sergio. «Giusto processo, laboriosa utopia». In *Rivista di diritto processuale*, v. 60. Pádua: Cedam, 2005, n. 4, p. 1111-1126.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho* [1960], trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ariel, 1966.

LA TORRE, Massimo. «On two distinct and opposing versions of natural law: “exclusive” versus “inclusive”». In *Ratio Juris*, vol. 19, n. 2, 2006, p. 197-216.

LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, trad. Aachen Assis Mendonça, revisor jurídico Bonn Urbano Carvelli. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf (acesso: 01/07/12).

LIEBMAN, Enrico Tullio. «L’azione nella teoria del processo civile» [1950]. In *Problemi del processo civile*. Nápoles: Morano, 1962, p. 22-53.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*, 7ª ed. a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Milão: Giuffrè, 2007.

_____. «Storiografia jurídica “manipolata”». In *Rivista di diritto processuale*. Pádua: Cedam, 1974, n. 1, p. 100-123.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. «El denominado “proceso justo”». In González Álvarez, Roberto (coord.). *Constitución, ley y proceso*. Lima-Cusco: Ara Editores-Universidad Andina del Cusco, 2013, p. 225-245.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento* [1969], trad. Maria da Conceição Côrte-Real, revisão Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

M

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory* [1978], reprinted. Oxford: Clarendon, 1995.

- _____. *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- _____; SUMMERS, Robert S. «Interpretation and Justification». In MacCormick, Neil; Summers, Robert S. (ed.). *Interpreting Statutes – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate-Dartmouth, 1991, p. 511-544.
- MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*, 2ª ed. Oxford, Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado – Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MASSINI CORREA, C. I. *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. México DF: Unam, 2004.
- MATSCHER, Franz. «L'equo processo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão: Giuffrè, 2006, n. 4, p. 1155-1168.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*, 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Tutela inibitória – Individual e coletiva* [1998], 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Curso de processo civil*, volume 1 – *Teoria geral do processo* [2006], 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2011.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- MATTEI, Ugo. «Access to Justice. A Renewed Global Issue?». In *Electronic Journal of Comparative Law*, 11.3, 2007. Disponível em: http://works.bepress.com/ugo_mattei/34 (acesso: 23/03/2014).
- MATTOS, Sergio. «O processo justo na Constituição Federal de 1988». In *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, n. 91. Porto Alegre, 2003, p. 215-260.
- _____. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MBONGO, Pascal (ed.). *La qualité des décisions de justice*. Editions du Conseil de l'Europe. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes4Qualite_fr.pdf (acesso: 23/03/2014).
- MELLO, Cláudio Ari. *Kant a e dignidade da legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- MELO, Gustavo de Medeiros. «O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo». In Fux, Luiz; Nery Júnior, Nelson e Alvim, Teresa Arruda (coords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 684-706.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo II, 4ª ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra editora, 2000.
- _____. *Manual de direito constitucional*, tomo IV – Direitos fundamentais, 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*, 1ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. «O processualismo e a formação do Código Buzaid». In *Revista de processo*, n. 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 165-194.

_____. *Colaboração no processo civil – Pressupostos lógicos, éticos e sociais* [2009], 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. «Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial». In *Revista de processo*, n. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61-78.

_____. *Antecipação da tutela – Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Anticipación de tutela – De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, trad. Renzo Cavani. Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.

_____. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORESO, Juan José. «In Defense of Inclusive Legal Positivism». In *Diritto & Questioni pubbliche*, 1, 2001. Disponível em: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2001_n1/D_Q-1Moreso.pdf

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito* [1994], I, trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O novo paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes* [2009], 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, vários trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

N

NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal* [1992], 10ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito – Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Separata o volume

XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

O

OKERE, B. Obinna. «The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter and People's Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems». In *Human Rights Quarterly*, vol. 6, n. 2. Baltimore: John Hopkins University Press, 1984, p. 141-159.

ORESTANO, Riccardo. «Azione. I. Azione in generale. a) Storia del problema». In *Enciclopedia del diritto*, vol. IV. Milão: Giuffrè, 1958, p. 785-822 (bibliografia: p. 825-829).

P

PALAZZOLO, Vincenzo. «La filosofia del diritto di Gustav Radbruch» [1941]. In *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*. Milão: Giuffrè, 1983, p. 1-65.

PASINI, Dino. «Il pensiero giuridico di Radbruch». In RADBRUCH, Gustav. *Propedeutica alla filosofia del diritto (Vorschule der Rechtsphilosophie)*, trad. Dino Pasini [1948]. Turín: Giappichelli, 1958, p. 15-81.

PAULA RAMOS, Vitor de. «Direito fundamental à prova». In *Revista de processo*, v. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41-61.

PECZENIK, Alexander. *On Law and Reason* [1989], 2ª ed. Dordrecht: Springer, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *De la justicia* [1945], trad. Ricardo Guerra. México DF: Centro de Estudios Filosóficos, 1964.

____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – A nova retórica* [1988], trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*. Bolonha: Real Colegio de España, 1971.

____. *Los derechos fundamentales* [1984], 8ª ed. Madri: Tecnos, 2005.

____. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.

PETROSKI, Karen. «Is Post-Positivism Possible?». In *German Law Journal*, vol. 12, n. 2, p. 663-692.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed. Barcelona: Bosch, 2012.

PINO, Giorgio. «Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale – Sul neocostituzionalismo e i suoi critici». In *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 56, 1, 2011, p. 965-997.

PISANI, Mario. «Noti breve su temi penalistici – Riflessioni sul “giusto processo” penale». In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milão: Giuffrè, 2008, n.3, p. 1314-1326.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil – O conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

POSCHER, Ralf. «The Hand of Midas – When Concepts Turn Legal or Deflating the Hart-Dworkin Debate». In Jaap Hage; Dietmar von der Pfordten (eds.). *Concepts in Law*. Oxford: Hart Publishing, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1121128> (acesso: 24/03/2014).

_____. «The Principles Theory – How many Theories and what is their Merit?». In Klatt, Mathias (edited by). *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 218-247.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dyckinson, 1998.

R

RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del derecho* [1932]. 4ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

_____. «Primera toma de posición luego del desastre de 1945» [1945, 1946]. In RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el Derecho – Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. Aníbal del Campo. Buenos Aires: Depalma, 1980.

_____. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* [1946], trad. María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 127-141.

_____. «Leis que não são direito e direito acima das leis» [1946]. *Justitia*, v. 93. São Paulo, Serviço de documentação jurídica do Ministério público, 1976. p. 155-163.

_____. *Propedeutica alla filosofia del diritto (Vorschule der Rechtsphilosophie)*, trad. Dino Pasini [1948]. Turín: Giappichelli, 1958.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Pádua: Cedam, 1987.

RAWLS, John. *A Theory of Justice* [1971], revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. «Kantian Constructivism in Moral Theory». In *The Journal of Philosophy*, vol. 77, n. 9, set. 1980, p. 515-572.

_____. *O liberalismo político* [1993], trad. Dinah de Abreu Azevedo, rev. Alvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000.

_____. «Réplica a Habermas» [1995]. In HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*, trad. Gerard Vilar Roca. Buenos Aires: Paidós, 1998, p. 73-143.

RAZ, Joseph. «Legal Principles and the Limits of the Law». In *The Yale Law Journal*, vol. 81, n. 5, abril 1972, p. 823-854.

_____. *O conceito de sistema jurídico – Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos* [1970], trad. Maria Cecília Almeida, rev. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *The Authority of Law – Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito* [1953], 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *O direito como experiência (introdução à epistemologia jurídica)* [1968], 2ª ed. fac-similar com nota introdutiva do autor. São Paulo: Saraiva, 1992.

REHFELD, Walter I. «Necessidade e transcendentalidade». In *Ensaio filosóficos* (J. Guinsburg e Goldszajn, orgs.). São Paulo: Perspectiva: 2008, p. 119-128.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o «princípio liberdade» na cultura constitucional europeia*, coord. e revisão técnica Ingo Wolfgang Sarlet, trad. Carlos Luiz Strapazon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ROSS, Alf. *Direito e justiça* [1958], trad. Edson Beni. São Paulo: Edipro, 2000.

ROZAKIS, Christos. «The Right to a Fair Trial in Civil Cases». In *Judicial Studies Institute Journal*, 4:2, 2004, p. 96-106.

S

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant – Seu fundamento na liberdade e na igualdade* [1986], 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

- SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa* [2009], trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* [1998], 10ª ed. revista, atualizada e ampliada, 3ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais* [2000], 9ª ed. revista e atualizada, 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life* [1991], reprinted. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- SHAPIRO, Scott J. «The “Hart-Dworkin Debate: a Short Guide for the Perplexed». *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, working paper n. 77, março 2007. Disponível em: In <http://ssrn.com/abstract=968657>
- SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 2000.
- SIECKMANN, Jan-Reinhard. «The Theory of Principles – A Framework for Autonomous Reasoning». In Borowski, Martin (edited by). *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag-Nomos, 2010, p. 49-61.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares* [2005], 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOLUM, Lawrence B. «Procedural Justice». In *Southern California Law Review*, vol. 78: 181, 2004, p. 181-321.

SOSA SACIO, Juan Manuel. «Nuestros neoconstitucionalismos». In Sosa Sacio, Juan Manuel (coord.). *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 5-26.

_____. *La satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los derechos humanos y su relación con los derechos fundamentales y constitucionales en el ordenamiento constitucional peruano*. Tese de mestrado em Direito Constitucional – Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Orientador: Félix Morales Luna. Disponível em: https://www.academia.edu/6516181/La_satisfaccion_de_las_necesidades_basicas_como_mejor_fundamento_para_los_derechos_humanos_y_su_relacion_con_los_derechos_fundamentales_y_constitucionales_en_el_ordenamiento_constitucional_peruano (acesso: 23/03/2014).

SOUZA, Artur Cezar. «Justo processo ou justa decisão». In *Revista de processo*, n. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 469-492.

STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho* [1921], trad. W. Roces. México DF: Editora Nacional, 1980.

_____. *La génesis del derecho* [1922], trad. W. Roces. Madri: Calpe, 1925.

T

TAMMELO, Ilmar. «Syntactic Ambiguity, Conceptual Vagueness and the Lawyer's Hard Thinking». En *Journal of Legal Education*, vol. 15, issue 1, 1962-1963, p. 56-59.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milão: Giuffrè, 1980.

_____. «Quattro buoni giuristi per una cattiva azione» [1977]. In *Dottrine del processo civile – Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (ao cuidado de R. Guastini y G. Rebuffa). Bolonha: Il Mulino, 1989, p. 241-261.

_____. «La riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice di procedura civile» [1974]. In *Dottrine*

del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile (ao cuidado de R. Guastini y G. Rebuffa). Bolonha: Il Mulino, 1989, p. 7-109.

____. «L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale» [1973]. In *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (ao cuidado de R. Guastini y G. Rebuffa). Bolonha: Il Mulino, 1989, p. 109-214.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: Cedam, 1975.

____. «Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 40, n. 4, Milão: Giuffrè, 1986, p. 1133-1168.

____. *La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali*. Milão: Giuffrè, 1992.

____. «Idee per una teoria della decisione giusta». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Pádua: Cedam, 1997, n. 2, p. 315-329.

____. «Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 57. Milão: Giuffrè, 2003, n. 4, p. 1139-1147.

____. «Cultura e processo». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 63. Milão: Giuffrè, 2009, n. 1, p. 63-92.

____. *Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos* [2007], trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.

____. «La valutazione della prova». In Taruffo, Michele (a cura di). *La prova nel processo civile*. Milão: Giuffrè, 2012, p. 207-269.

TARZIA, Giuseppe. «Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale». In *Rivista di diritto processuale*. Pádua: Cedam, 1998, parte II, p. 657-672.

_____. «L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile». In *Rivista di diritto processuale*. Pádua: Cedam, 2001, n. 1, p. 1-22.

THEODORO Jr., Humberto. «Processo justo e contraditório dinâmico». In *Revista magister de direito civil e processual civil*, n. 33. Porto Alegre: Magister, nov./dez. 2009, p. 5-18.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law* [1977], 2ª ed. New York: The Foundation Press, 1988.

_____. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

_____; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge-London: Harvard University Press, 1991.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione – Problemi di diritto tedesco ed italiano*. Milão: Giuffrè, 1974.

_____. «Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: Profili generali». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 55, Milão: Giuffrè, abril-junho 2001, n. 2, p. 381-410.

_____. «La Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e il ruolo "propositivo" della giurisprudenza di Strasburgo: regole europee per il contenzone nazionale». In *La formazione del diritto processuale civile europeo*. Turim: Giappichelli, 2011.

TYLER, Tom R. «Procedural justice and the courts». In *Court Review*, vol. 44, p. 26-31. Disponível em: <http://aja.ncsc.dni.us/courtrv/cr44-1/CR44-1-2Tyler.pdf>.

V

VENTURA, Catarina Sampaio. «Contexto e justificação da Carta». In Moreira, Vital e outros. *Carta de direitos fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 39-51.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência – Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos* [1974], trad. da 5ª ed. alemã, revista e ampliada da profa. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. «Kant e Stammler: o a priori e o ser do direito». In *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 5, n.9/10. Belo Horizonte: PUC Minas, jan./dez. 2002, p. 9-34.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976* [1983], 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile* [1970], reimpressão inalterada da 1ª ed. Milão: Giuffrè, 1973.

VILLA, Vittorio. «Neil MacCormick's Legal Positivism». Disponível em: https://www.academia.edu/196048/Neil_MacCormicks_Legal_Positivism (acesso: 27/03/2014).

_____. «Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation, and Value-Judgments». In *Ratio Juris*, vol. 22, n. 1, março 2009, p. 110-127.

_____. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*. Turim: Giappichelli, 2012.

VINAYAK MARATHE, Medha. «The Scheme of Open Texture of Legal Language: Towards Finding a Solution for Ambiguous Cases». En *NUJS Law Review*, Issue 4, 2008, pp. 681-690.

VITKAUSKAS, Dovydas; DIKOV, Grigoriy. *Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo: Council of Europe, 2012.

W

WALTER, Gerhard. «I diritti fondamentali nel processo civile tedesco», trad. Remo Caponi. In *Rivista di diritto processuale*. Pádua: Cedam, 2001, n. 3, p. 750-782.

WALUCHOW, Wil. «Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism». Disponível em: <http://weblaw.usc.edu/centers/clp/papers/documents/Waluchow.pdf> (acesso: 22/03/2014).

WEBER, Thadeu. «O Estado ético». In Nythamar Fernandes de Oliveira, Draiton Gonzaga de Souza (orgs.). *Justiça e política – Homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 669-687.

_____. «Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant». In *Direitos fundamentais & justiça*, n. 9. Porto Alegre: HS Editora, out./dez. 2009, p. 232-259.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2013–2014 – Full Data Edition* (Professor Klaus Schwab, ed.). Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf (acesso: 23/03/2014).

WROBLEWSKI, Jerzy. «L'interprétation en droit: théorie et idéologie». In *Archives de philosophie du droit*, n. 17 (L'interprétation dans le droit). Paris: Sirey, 1972, p. 51-69.

_____. «Legal Language and Legal Interpretation». In *Law and Philosophy*, vol. 4, n. 2, aug. 1985, p. 239-255.

Z

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia* [1992], trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2009.

ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional – O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito* [2011], trad. António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012.