

## O PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA SUPERAÇÃO DO MODELO DE PROCESSO DO ESTADO LIBERAL: DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL AO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO E DEMOCRÁTICO

FELIPE SCALABRIN\*  
IGOR RAATZ\*\*

RESUMO: O marco do Estado Democrático de Direito assegura novos alicerces para a produção do direito e para o modo de compreender o Estado e o Direito Processual Civil. O presente ensaio visa a analisar os reflexos dos diferentes perfis assumidos pelo Estado na estruturação do processo civil. Se durante o Estado Liberal vigorava um modelo legalista-normativista de produção do direito, calcado na prevalência da lei e tendo por fundamento a representatividade democrática, então agora novos postulados surgem. A importância assumida pela Constituição irá revitalizar o processo civil (antes fundado na ampla liberdade das partes frente ao juiz e na necessidade de mera subsunção legal no ato de decidir) – literalmente o constituindo num espaço conformado pelos direitos fundamentais (profícuo à participação política, no qual juiz e partes deixam de ser antagonistas) e voltado à realização de uma democracia agora participativa.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil; Direitos Fundamentais; Estado de Direito; Democracia.

ABSTRACT: The mark of the Democratic State-of-law ensures new foundations for the production of law and for understanding the state and the Civil Process Law. This essay aims to analyze the impacts of different profiles made by the State in the structures of civil process. If during the Liberal State prevailed a legalistic-normative model of production of law, based on prevalence of law and based on a democratic representation, now new principles arise. The importance assumed by the Constitution will revitalize the civil process (based on the

---

*Artigo recebido em 15.10.2010. Pareceres emitidos em 30.11.2010 e 28.12.2010.*

*Artigo aceito para publicação em 12.04.2011.*

\* Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado. São Leopoldo. Rio Grande do Sul. Brasil.

\*\* Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Processual Civil pela ABDPC – Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Mestrando em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado. São Leopoldo. Rio Grande do Sul. Brasil.

freedom of the parties before the judge and the need of a legal subsumption in the act of deciding) - literally forming a space conformed by the fundamental rights (meaningful political participation, where judge and parties are no longer antagonists) and directed to the implementation of democracy that is now participative.

KEYWORDS: Civil Process; Fundamental Rights; State-of-law; Democracy.

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1. O processo civil no marco do Estado Liberal Clássico; 1.1 O Estado e seus elementos informadores no período; 1.2 O processo, a liberdade das partes frente ao juiz (passivo) e o controle político de quem apenas deve ser a boca da lei; 2. A publicização do processo civil no Estado Social; 3. O Estado Democrático de Direito: novas perspectivas para pensar a Constituição, a Democracia e os Direitos Fundamentais; 3.1 O deslocamento do centro da normatividade: da lei para a Constituição; 3.2 A revalorização do espaço político do processo a partir da democracia participativa; 3.3 A renovada compreensão dos Direitos Fundamentais; 4. Processo civil, Constituição e direitos fundamentais: construindo as bases para um processo justo e democrático; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Initial Considerations; 1. The Civil Process at the Classic Liberal State; 1.1 Informative elements of the State; 1.2 The process, the freedom of parties before the passive judge and the political control of the one who should be the mouth of the law; 2. Publicity of Civil Process in the Welfare State; 3. The Democratic State: a new perspective to think about constitution, democracy and fundamental rights; 3.1 The displacement of the normativity's center: from the law to the constitution; 3.2 The revaluation of civil process political space through participatory democracy; 3.3 The Fundamental Rights renewed understanding; 4. Constitution and Fundamental Rights: building the foundations for a democratic and fair process; Conclusions; References.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo civil enquanto produto da cultura reflete diversos elementos como os costumes religiosos, os princípios éticos, os hábitos sociais e políticos que marcam a sociedade.<sup>1</sup> Nessa linha, uma maneira profícua de visualizá-lo é a partir da função desempenhada pelo Estado em dado contexto histórico e social. Afinal, é o papel do ente estatal que irá influenciar as diversas concepções dos escopos da justiça e que, por sua vez, irá dar relevo à escolha das mais variadas soluções processuais.<sup>2</sup> Essa multiplicidade de configurações, tomadas desde uma perspectiva cultural, têm o condão, de informar a importância e o papel conferido à Constituição na conformação do Direito Processual Civil contemporâneo. Nessa esteira, o presente ensaio visa a analisar os reflexos dos diferentes perfis assumidos pelo Estado na

---

<sup>1</sup> LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 3, 1962, p. 75. As relações entre processo e cultura são, no entanto, de recíproca implicação: o processo civil representa uma parte da cultura jurídica e, portanto, também uma parte da cultura geral (TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, mar. 2009, p. 9).

<sup>2</sup> DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002, p. 41.

estruturação do processo civil, a fim de alcançar bases sólidas para a sua compreensão no Estado Democrático de Direito.

Se durante o Estado Liberal vigorava um modelo legalista-normativista de produção do direito, calcado na prevalência da lei e tendo por fundamento a representatividade democrática, então é acertado que o processo dos tempos atuais já não possui tal conformação. O marco do Estado Democrático de Direito traz novos alicerces para a produção do direito e para o modo de compreender o Estado.

A importância assumida pela Constituição, ao lado das modificações ocorridas no âmbito do Estado, vai fazer com que o processo civil, antes era fundado na ampla liberdade das partes frente ao juiz e na necessidade de mera subsunção legal no ato de decidir, passe a constituir-se em um espaço, conformado por direitos fundamentais, profícuo à participação política, no qual juiz e partes deixam de ser antagonistas. Da tríade democracia participativa, Constituição e direitos fundamentais, o processo civil vai formar suas bases no marco do Estado Democrático de Direito, superando as amarras do Estado Liberal Clássico e dando uma nova roupagem ao devido processo legal e às garantias constitucionais do processo, que sofrem qualitativamente profundas modificações. O texto apresentado pretende, pois, desenvolver os principais elementos dessa temática.

## **1. O PROCESSO CIVIL NO MARCO DO ESTADO LIBERAL CLÁSSICO**

### **1.1 O Estado e seus elementos informadores no período**

Pode-se dizer que o Estado Liberal Clássico<sup>3</sup> começa a ser idealizado em um contexto histórico no qual à justificação patrimonial ou religiosa do poder, traduzida no governo da vontade do Príncipe, opõe-se o governo da razão e da soberania da vontade geral expressa no Parlamento através de normas gerais e abstratas e de direitos fundamentais<sup>4</sup>. Isso ocorre porque apesar de o Estado Absolutista ter sido, em um primeiro momento, fundamental para os propósitos da burguesia nascente, mormente na área econômica, afastou-a do poder político<sup>5</sup>, que permanecia ilimitado nas mãos do soberano<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Adjetiva-se aqui o Estado Liberal de clássico, na medida em que, ainda hoje, não se pode negar a presença de diversos elementos que caracterizam o Estado como Liberal de sorte que o próprio Estado Democrático de Direito é um Estado, em certo sentido, ainda liberal. Assim, para manter a compreensão histórica do período liberal dos séculos XVII e XVIII, adjectivou o Estado Liberal daquele período como Estado Liberal Clássico. Acerca da manutenção das raízes liberais no Estado Democrático de Direito, ver STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101.

<sup>4</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 40 e 44.

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44-45.

<sup>6</sup> Segundo Carlos S. Fayt, no Estado Absolutista, “os valores vinculados a ordem e a segurança eram considerados mais importantes que a liberdade. A burguesia reclamava estabilidade de proteção para realizar suas atividades. A ordem somente poderia lograr-se mediante a concentração do poder nas mãos do rei ou do parlamento, porém esses poderes deveriam ser,

A ausência de limites ao Estado, no entanto, deu margem a uma reação da burguesia, a qual buscava erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder, ou, pelo menos, domesticar uma administração cujas providências concretas, individuais e potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, a liberdade e a igualdade de oportunidades dos agentes econômicos, essenciais para o desenvolvimento das bases econômicas burguesas<sup>7</sup>. O Estado, então, era visto como um inimigo, que chancelava desigualdades de direitos em favor do clero e da nobreza, os quais não pagavam qualquer tipo de impostos<sup>8</sup>, ao mesmo tempo em que tinha total ingerência sobre a economia e a autonomia dos cidadãos. Fazia-se necessário, portanto, contrapor à onipotência do rei um sistema infalível de garantias<sup>9</sup>.

Nesse ponto, sobleva a afirmação de que o governo deveria ser limitado e as instituições políticas se justificavam se fossem suficientemente permissivas para que todos pudessem viver suas vidas por si mesmos<sup>10</sup>. A outra face dessa concepção política era a ideia dos direitos fundamentais como barreira à interferência estatal<sup>11</sup>.

É importante notar que as concepções liberais do Estado acabavam por se confundir, em certa medida, com o contexto histórico do Estado de Direito. O Estado Liberal, portanto, acabou moldando os contornos do Estado de Direito – entendido a partir da proteção da liberdade e de direitos fundamentais – aos valores burgueses, notadamente a iniciativa privada, a segurança da propriedade e as exigências de calculabilidade próprias do sistema capitalista<sup>12</sup>.

A adjetivação liberal do Estado de Direito trouxe, também, o pressuposto teórico de três separações: a separação entre a política e a economia, a

---

por natureza, ilimitados. Sem autoridade ilimitada o governante estava impedido de impor a paz e assegurar a ordem. Os valores supremos são, assim, a paz, a segurança, a ordem. Os desvalores, por conseguinte, a guerra, a anarquia, a desordem (FAYT, Carlos S. *El absolutismo*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967, p. 21).

<sup>7</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. op. cit, p. 40.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45. Este foi um dos fatores determinantes para se ter na igualdade um dos pilares da Revolução Francesa, a qual, no entanto, visou apenas estabelecer uma igualdade formal, uma igualdade de direitos, sem preocupar-se com as desigualdades reais entre as pessoas. Nesse sentido, José Maria Rodriguez Paniagua, afirma que "antes da revolução, os franceses eram muito mais desiguais em direito que na realidade, enquanto que com a revolução se suprime a desigualdade em direitos, porém não na realidade". (PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*: v. I. De heráclito a la revolución francesa. 8a ed. Madrid: Universidad commplutense seccion de publicaciones, 1996, p. 304).

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 45.

<sup>10</sup> ROSENKRANTZ, Carlos F. Introduccion a La ediciona em castellano. In: ACKERMAN, Brunce. *La justicia social em El estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 11. Sobre o tema, ver também: NEUMANN, Franz. *El estado democratico y el estado autoritario; ensayos sobre teoria politica y legal*. Buenos Aires: Paidos, 1968, p. 30.

<sup>11</sup> ROSENKRANTZ, Carlos F. Introduccion a La ediciona em castellano. In: ACKERMAN, Brunce. *La justicia social em El estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 12.

<sup>12</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. op. cit, p. 73.

separação entre o Estado e a moral e a separação entre o Estado e a sociedade civil<sup>13</sup>. A partir daí estruturava-se o Estado Liberal pelos direitos fundamentais, concebidos como esferas de autonomia a preservar a intervenção do Estado<sup>14</sup>, e pela divisão de poderes, que assegura o predomínio do corpo legislativo (pelo império da lei e pelo princípio da legalidade) e da força social que o hegemoniza, ou seja, a burguesia<sup>15</sup>. Nesse sentido, o direito era identificado pela lei<sup>16</sup> e sua titularidade era exclusiva do legislador, o qual “aparecia como único protagonista da juridicidade com preterição e quase total sacrifício do juiz”<sup>17</sup>, que nada mais era do que a boca da lei<sup>18</sup>.

Assim, como forma de assegurar o desenvolvimento da burguesia e do então incipiente modelo econômico capitalista, os direitos fundamentais vinham estruturados como garantias da autonomia individual contra as invasões do soberano<sup>19</sup>. Por outro lado, a divisão dos poderes se apresentava com uma manifesta ênfase no Poder Legislativo e uma total subordinação do Poder Judiciário à lei, que, é claro, espelhava os valores burgueses. Nesse seio, o processo civil acabou refletindo a forma negativa e limitadora das ações do Estado.

Importa agora verificar em que medida as concepções políticas, econômicas e morais<sup>20</sup> próprias do ambiente cultural do Estado Liberal Clássico influenciaram as ideias acerca do processo civil.

---

<sup>13</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. op. cit. p. 59.

<sup>14</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. op. cit. p. 78.

<sup>15</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. op. cit. p. 89.

<sup>16</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema, "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV [separata], 1998, p. 19.

<sup>17</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 186.

<sup>18</sup> Conforme MONTESQUIEU, “Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juizes observem literalmente a lei. (...) Os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, Barão de. Do Espírito das Leis. In: *Coleção: Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultura, 1997, p. 116 e 208). Essa concepção de um juiz boca da lei, hoje, não mais se sustenta, principalmente, porque o contexto histórico em que vivemos difere sobremaneira daquele em que foi concebida. Com a Revolução Francesa, e a tomada do poder econômico e político pela burguesia, esta se vê frente a uma classe de magistrados comprometidos com o sistema anterior, haja vista que estes eram detentores do feudo. Em face da impossibilidade de substituir a magistratura, já que é uma classe altamente técnica, a maneira encontrada para domesticá-la, e impedir que julgasse contrário aos ideais da revolução, foi aplicar o sistema da separação dos poderes, baseando-se em Platão, mas tornando o judiciário um poder nulo, a quem caberia somente declarar a vontade da lei, criada pela burguesia, que então passava a deter o poder. A respeito ver MERRYMAN, Jonh H. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

<sup>19</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 78.

<sup>20</sup> Trabalha-se, nesse sentido, com a conjugação e aproximação de duas ideias: uma, já lançada no presente ensaio, de que o Estado Liberal estava assentado pela ideologia das três separações, vale dizer, da separação do Estado, a moral e a sociedade civil; outra, de que essa separação se deu apesar da existência de três núcleos, no interior do liberalismo, que davam sustentação a

## 1.2 O processo, a liberdade das partes frente ao juiz (passivo) e o controle político de quem apenas deve ser a boca da lei

O processo civil do Estado Liberal era caracterizado pela autonomia e liberdade das partes privadas. Elas tinham a disposição de todos os instrumentos processuais necessários para desenvolver, por iniciativa própria, uma competição individual, que se dava frente ao juiz, o qual fazia o papel de um verdadeiro árbitro, cuja função era somente assegurar o respeito das regras do embate<sup>21</sup>.

Essa caracterização do processo é comum a todas as legislações processuais liberais, as quais enfeixam, por assim dizer, uma série de princípios capazes de dar lugar a um modelo processual típico<sup>22</sup>. Tais princípios foram encampados pelas duas principais legislações processuais puramente liberais dos oitocentos: o Código napoleônico de 1806 e o Código italiano de 1865. Nestes, não havia muitos procedimentos especiais, apenas pouquíssimos casos de jurisdição voluntária, disciplinados como procedimentos de caráter nitidamente administrativo. A admissão da ação não estava subordinada a nenhuma aprovação do juiz, uma vez que se tratava de serviço necessário do Estado e estava no domínio absoluto dos particulares. A regra da demanda, ademais, era entendida no seu sentido mais rigoroso, de modo que as partes não obtinham nenhuma colaboração do juiz na fixação da prova. Ainda nesse sentido, era confiada às partes a disposição do processo e o controle do tempo. Salvo a audiência de discussão oral, o processo se desenvolvia na forma escrita<sup>23</sup>, inclusive na fase de instrução, que era remetida integralmente à disponibilidade das partes, as quais podiam prolongá-la indefinidamente.<sup>24</sup>

Nessa senda, pode-se constatar que a configuração de um processo remetido integralmente à autônoma iniciativa individual dos particulares, no qual a intervenção do juiz era reduzida ao mínimo, respondia às ideologias burgo-liberais<sup>25</sup>. O processo civil forjava-se, nesse sentido, de um lado pelo

---

essa separação. São eles: o núcleo moral, calcado na ideia de liberdade; o núcleo político-jurídico, caracterizado pelo consentimento individual, pela representação legislativa, pelo constitucionalismo e pela soberania popular; e o núcleo econômico, cujos pilares são a propriedade privada e uma economia capitalista de mercado livre de controles estatais. Sobre os três núcleos do liberalismo, ver, MACRIDIS, Roy. *Ideologias políticas contemporâneas*. Brasília: UNB, 1982. STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 50-53.

<sup>21</sup> TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009, p. 72.

<sup>22</sup> TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: *Dottrine del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 15.

<sup>23</sup> TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: *Dottrine del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, pp. 15-16.

<sup>24</sup> TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 115-116.

<sup>25</sup> TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, pp. 115-116. Nesse sentido, como advverte Roger Perrot, o Código napoleônico de 1806,

dogma da liberdade das partes privadas no processo e, de outro, pelo dogma da mais completa tutela dos direitos processuais das partes<sup>26</sup>. É fácil verificar que o domínio das partes sobre a gestão do processo transferia o ideal da autonomia pessoal da esfera ideológico-política à administração da justiça<sup>27</sup>. O processo civil foi, então, reconduzido a um ideal individualista enquanto controversia de duas partes autônomas frente a uma corte passiva, pensado, ainda, como uma mera continuação de outros meios de relações privadas<sup>28</sup> instituídas sob os auspícios da cultura da época.

Além disso, o Estado Liberal Clássico construiu um modelo de juiz passivo e que deveria evitar qualquer intervenção na gestão dos afazeres privados<sup>29</sup>. Ao mesmo tempo, moldou os contornos do processo civil a partir de um forte controle estatal sobre o juiz no momento de decidir, uniformizando rigorosamente o comportamento dos juízes às orientações políticas do governo, usando todos os instrumentos lícitos ou ainda ilícitos, como pressões de arrecadações e sanções burocráticas ou disciplinares sobre aqueles que ousassem se comportar de modo independente<sup>30</sup>. Obtinha-se, dessa forma, um amplo controle sobre as decisões tomadas pelos juízes, de modo a garantir a supremacia da legislação sob os auspícios do positivismo-exegético<sup>31</sup>.

---

sob o plano jurídico, era o reflexo de um certo liberalismo reinante no século XIX e no início do século XX (PERROT, Roger. Il nuovo futuro codice di procedura civile francese. *Rivista di Diritto Processuale*. 1975. N. 2, p. 239).

<sup>26</sup> TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. op. cit., p. 143.

<sup>27</sup> DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. op. cit., p. 168.

<sup>28</sup> DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. op. cit., p. 343. Basta pensar, nesse sentido, a concepção dominante na época da ação como elemento do direito substancial (TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 143).

<sup>29</sup> TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 144.

<sup>30</sup> TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 139.

<sup>31</sup> Nesse sentido, "a lei é aquela que o legislador diz que é, e os juízes são apenas os seus porta vozes, autómatas, através dos quais a lei é expressa, isto é, através dos quais o Legislador fala. Em todas as sentenças, o Juiz é obrigado a referir o artigo do Código ou da lei, ou do decreto real, sob o qual é fundamento a sentença: ele é somente a *bouche de la loi*. Esta foi a atitude dos revolucionários franceses, que temiam que os tribunais conservadores pudessem fazer o que os velhos Parlamentos tinham feito, coarctar o poder dos políticos que controlavam as assembleias representativas e em particular a Convenção (*convention*), que era uma combinação do parlamento e do governo. O único poder histórico que se sobrepôs ao conservadorismo do Banco de Magistrados foi o legislador. Daqui decorre o clube dos *Nomophiles* na Paris revolucionária e o seu recurso para restringir o poder dos juízes, e transformá-los em "*buches de la loi*" mecânicos: daqui também decorre o édito de Napoleão contra os comentários aos seus Códigos. Esta atitude revolucionária e Napoleônica foi, como bem conhecemos, continuada pelos professores do século XIX da *Ecole de l'exégese (Escola da Exegese)* que não ensinavam a lei mas os Códigos" (CAENEGEM, R.C. Van. *Oráculos da Lei ou Bouche de la Loi. Considerações Históricas sobre o papel dos juízes. O perfil do juiz na tradição ocidental.* / Seminário Internacional. Lisboa: Almedina, 2007, p. 40). Para uma adequada compreensão do positivismo-exegético, que imperou no Estado Liberal, e do positivismo-semântico-normativista, que se desenvolveu no século XX e ainda hoje figura como um fantasma que domina o pensamento de diversas doutrinas do processo

Nesse viés não era dado nem ao juiz, nem às partes contribuir para a compreensão do sentido do direito<sup>32</sup>. O perfil do processo no Estado Liberal Clássico, portanto, pode ser resumido no seguinte binômio: “total liberdade das partes privadas frente ao juiz; forte controle político sobre o juiz por parte do governo”<sup>33</sup>.

Cumpra enfatizar que o parlamento ganhava um papel de extrema importância, a partir de uma noção de democracia eminentemente representativa. Vale dizer, não se concebia outra forma de participação dos cidadãos nos assuntos políticos e jurídicos senão pela voz dos representantes parlamentares. Por outro lado, a ideia de direito fundamentais tinha uma conotação condizente com o próprio papel do Estado: eram direitos de defesa, ou seja, garantias. Tudo isso veio a influenciar a forma de pensar o processo civil, o qual era estruturado como uma garantia contra o arbítrio do Estado, a partir de um devido processo alicerçado na lei, emanada pelo parlamento e que, portanto, espelhava um ideal de democracia próprio daquela época. Não se cogitava, de maneira alguma, que as partes pudessem, juntamente com o juiz, dialogar, participar na construção do direito, pois este era algo dado, previamente, pelo legislador e, assim, traduzia-se como democrático<sup>34</sup>.

## 2. A PUBLICIZAÇÃO E A SOCIALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO SOCIAL

Se a concepção do processo civil como “coisa das partes”<sup>35</sup> respondia bem aos anseios do Estado Liberal Clássico, as mutações vindouras no papel do Estado cobraram uma nova forma de pensar o processo civil. Com o advento do Estado Social, surgiram as linhas mestras daquilo que

---

civil, ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? In: *Novos estudos jurídicos*, vol. 15. n. 1., 2010. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em 10 set. 2010.

<sup>32</sup> Essa forma de ver o direito é própria do modelo normativista-legalista de juridicidade, que marca o Estado Liberal Clássico. A respeito, ver CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV [separata], 1998.

<sup>33</sup> TARUFFO, Michele. La giustizia civile in Italia dal’700 a oggi. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 149. Acerca do tema, com ampla análise doutrinária e histórica do tema, ver, LEMOS, Jonathan Iovane de. *A organização do processo civil do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Fundamentação histórica*. Dissertação de mestrado. PUCRS, 2011, pp. 103-111. Texto no prelo gentilmente cedido pelo autor.

<sup>34</sup> Conforme Gustavo Zagrebelsky “o sentido geral do Estado liberal de direito consiste no condicionamento da autoridade do Estado à liberdade da sociedade, em um marco de equilíbrio recíproco estabelecido pela lei” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 23).

<sup>35</sup> A expressão remete ao alemão (*sache der parteien*) e é utilizada tanto pela doutrina nacional, quanto pela doutrina estrangeira (principalmente a doutrina italiana) sem referência precisa à fonte da expressão.



Enrico Allorio chamou de história ideal do direito processual civil: a história da sua publicização<sup>36</sup> – que hoje tem sua mais forte expressão na constitucionalização do processo.

Não tendo o individualismo e a neutralidade do Estado liberal conseguido satisfazer as reais exigências de liberdade e igualdade dos setores mais oprimidos social e economicamente, eclodiu, na segunda metade do século XIX, uma série de conflitos de classe que veio a desvelar a insuficiência do marco de liberdades burguesas quando se inibe o reconhecimento da justiça social<sup>37</sup>. Sobreleva, nesse marco, o progressivo estabelecimento por parte do Estado de medidas para frear os excessos mais chocantes do capitalismo<sup>38</sup>; o ideal que predominava e alicerçava a concepção de Estado social passou a ser o de um sistema político que desse a todos os cidadãos um digno padrão de vida, como possibilidade efetiva para se realizarem como homens<sup>39</sup>. O Estado, portanto, passou a desempenhar um comportamento ativo na realização da justiça social<sup>40</sup>, rompendo com aqueles padrões próprios da atuação estatal mínima que permeava o modelo puramente liberal. A previsão de uma linha de conduta para o Estado, no sentido de regular os fenômenos sociais, significou, então, a superação da até então mística divisão entre o Estado e a sociedade<sup>41</sup>. Nesse quadro, mostra-se adequado caracterizar o Estado pela sua finalidade, que é a realização da igualdade a partir de mínimos materiais em favor de grupos sociais<sup>42</sup>.

Paralelamente o direito e o processo civil começaram a sofrer os influxos dessa mudança, com reformas legislativas justificadas como rejeição ao individualismo associado aos princípios do liberalismo clássico<sup>43</sup>. O processo deixava de ser um espaço privado, na medida em que deveria representar o

---

<sup>36</sup> ALLORIO, Enrico. Significato della storia nello studio del diritto processuale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Volume XV - Parte I. Anno 1938 - XVI-XVII, p. 189. Para uma crítica desta concepção, ver SATTA, Salvatore. *Soliloqui e colloqui di un giurista*. Padova: CEDAM, 1968.

<sup>37</sup> PEREZ LUNO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 223.

<sup>38</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 180.

<sup>39</sup> SANTOS, Ângelo dos. *O estado social: análise à luz da história*. Lisboa: Editorial Minerva, 1970. p. 15. Numa perspectiva crítica é interessante notar, no entanto, que o Estado Social acaba servindo como forma de assegurar a continuidade do projeto liberal. Nesse sentido, "da propriedade privada dos meios de produção passou a vigor a função social da propriedade, e da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual. Contudo, o primado básico do Estado Liberal se mantém, a despeito de o Estado ter-se transformado em Intervencionista, qual seja: a separação entre os trabalhadores e os meios de produção, gerando mais-valia, de apropriação privada pelos detentores do capital" (STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 65).

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

<sup>41</sup> COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989, p. 32.

<sup>42</sup> Idem. *Ibidem*. p. 33.

<sup>43</sup> DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. op. cit, p. 346.

exercício de uma função pública e soberana<sup>44</sup>, espelhando um lugar no qual se exprimia a autoridade do Estado, com o escopo não somente de tutelar os interesses privados, mas também de realizar o interesse público da administração da justiça<sup>45</sup>. Em síntese, o processo deixava de ser visto como uma forma na qual se explicava a autonomia privada no exercício dos direitos, para assumir a forma de instrumento que o Estado coloca à disposição dos privados para a atuação da lei<sup>46</sup>.

Com efeito, a doutrina processual da época cuidou de repensar o processo apostando em maiores poderes ao juiz, o que refletia o novo papel que o Estado assumiu. Não se tratava, portanto, de cogitar o processo a partir de um modelo autoritário, mas, sim, em pensá-lo como um instrumento de justiça social, com vistas a um processo mais rápido e eficaz. Nesse contexto, o incremento dos poderes do juiz se deu a partir de dois vetores em certa medida conexos: a publicização do processo - consequência direta do agigantamento do papel do Estado - e a socialização do processo - o qual não fica de fora, portanto, das preocupações com o problema da justiça social. A gênese dessa movimentação no estudo do processo civil centrou-se, principalmente, na obra de dois autores, Franz Klein e Giuseppe Chiovenda, os quais propuseram um fortalecimento do papel do juiz.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> LIEBMANN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di Diritto Processuale*. v. 29. Parte I. 1974, p. 108.

<sup>45</sup> TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 188.

<sup>46</sup> TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 188.

<sup>47</sup> As raízes dessa forma de pensar o processo e o direito assentaram-se no chamado socialismo jurídico, notadamente na obra de Anton Menger, o qual pugnava pela intervenção espontânea do juiz na justiça civil, combatendo veementemente a legislação processual vigente na maioria dos Estados civilizados daquela época, na qual o Tribunal, ainda depois de iniciado o litígio, atuaria como o mecanismo de um relógio que é preciso impulsionar para que se mova. Para ele, tais condições jurídicas seriam cômodas e benéficas para as classes ricas, as quais teriam condições de tomar iniciativa, ao contrário dos pobres, que, para defender seu direito, tropeçariam frente a um mecanismo tão complicado, sem conselho e mal representadas, encontrando na passividade judicial gravíssimos prejuízos (MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947, pp. 65-66). As ideias de Menger influenciaram diretamente o pensamento de Franz Klein, responsável pelo projeto de reforma da legislação processual austríaca, elaborado em 1895, em vigor a partir de 1898. Para ele, o processo civil, enquanto instituto de direito público, deveria satisfazer, ao lado dos interesses privados, também os valores sociais mais elevados, de modo que o juiz, "timoneiro do Estado", figuraria como representante profissional do interesse geral (SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 1980. v.17, p. 147), de modo que, a partir de uma concepção do processo como instituição para o bem-estar social, aumentou-se a atividade do órgão judicial, munindo-o de suficientes poderes para a direção material do processo, capazes de garantir a sua marcha rápida e regular (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50). A obra de Klein e Menger influenciou diretamente Chiovenda, o qual, baseado na ideia reformista do modo político de considerar o processo, ia dizer que, sendo a administração da justiça uma função da soberania, o juiz, como órgão do Estado, não deveria assistir passivamente a lide, mas deveria nela participar com força viva e ativa. Vale dizer, o Estado seria interessado não no

Todavia, os problemas levantados por Chiovenda em 1906 permaneceram sem seguimento na ciência processual posterior e na sua própria produção científica. O fascínio pelas grandes construções conceituais acabou impedindo o desenvolvimento do rico trabalho ideológico das correntes de inspiração social<sup>48</sup>. Durante toda a primeira metade do século XX, a ideologia jurídica que dominou a ciência do processo encontrou esteio nas grandes obras sistemáticas, com a elaboração de princípios e categorias dotadas de intrínseca validade conceitual, como a jurisdição, a ação, a coisa julgada, dentre outras. Tais construções conceituais gozavam de uma aparente neutralidade, pois, na verdade, correspondiam plenamente à ideologia conservadora dentro da qual a ciência jurídica tinha fundado seus princípios informadores<sup>49</sup>. A época entre as duas grandes guerras foi, portanto, marcada por um substancial fechamento cultural e ideológico aos problemas sociais da justiça, caracterizando-se uma involução no progresso social e civil, da qual os juristas carregam não pouca responsabilidade<sup>50</sup>.

A retomada das preocupações com relação à realidade social por parte dos juristas ocorre somente após a segunda guerra mundial<sup>51</sup>, em obras como as de Ascarelli<sup>52</sup>, Cappelletti<sup>53</sup>, Denti<sup>54</sup> e Trocker<sup>55</sup>. Verificava-se, então, uma modificação na raiz ideológica e na concepção global do processo<sup>56</sup>. A garantia de acesso à tutela jurisdicional deixou de significar somente a eliminação de obstáculos e de limites formais ao exercício da ação, para consistir também na eliminação de condicionamentos e discriminações sociais e econômicas capazes de limitar e excluir de fato o acesso à justiça<sup>57</sup>. Novas técnicas internas do processo começaram a ser alçadas à consecução da justiça social, dentre elas, a simplificação das formas procedimentais, a presença de juízes leigos nos órgãos judiciais e o aumento dos poderes do

---

objeto da lide, mas no modo em que esta se desenvolveria (CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 385).

<sup>48</sup> DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971, p. 15.

<sup>49</sup> DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971, p. 17. Trata-se da fase metodológica do processo denominada processualismo. A respeito, ver MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>50</sup> DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971, pp. 28-29.

<sup>51</sup> LEMOS, Jonathan Iovane de. *A organização do processo civil do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Fundamentação histórica*. Dissertação de mestrado. PUCRS, 2011.

<sup>52</sup> ASCARELLI, Tullio. Litigiosità e ricchezza. In: *Scritti Giuridici In Memoria Di Piero Calamandrei*. Padova: CEDAM, 1958. v.1, pp. 57-72.

<sup>53</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

<sup>54</sup> DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

<sup>55</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

<sup>56</sup> TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 312.

<sup>57</sup> TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 313.

juiz, sobretudo no campo da prova<sup>58</sup>. Note-se, no entanto, que o foco das preocupações dos juristas voltava-se à necessidade de conferir maiores poderes ao juiz para reduzir as desigualdades em relação ao litigante socialmente mais fraco<sup>59</sup>.

Tudo isso foi deveras importante para que o papel do juiz e das partes começasse a ser rediscutido, abandonando-se a ideia de um processo dominado pelas partes em contraposição a um juiz passivo e inoperante. A superação da concepção puramente liberal do processo passa a ser visualizada com outro tom no marco do Estado Democrático de Direito. Afinal, não há mais como defender um juiz inoperante e passivo como aquele do Estado Liberal<sup>60</sup>. Da mesma forma, é impensável que o órgão julgador possa assumir uma posição de protagonista do processo, alijando a participação democrática dos litigantes<sup>61</sup>. Dentro dessa perspectiva, pois, ganha relevo a compreensão do processo civil focada no papel da Constituição, na democracia participativa e nos direitos fundamentais.

### **3. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: NOVAS PERSPECTIVAS PARA PENSAR A CONSTITUIÇÃO, A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Tanto no Estado Liberal Clássico quanto no Estado Social o fim ultimado é o de adaptação à ordem estabelecida<sup>62</sup>, mantendo-se a já mencionada

---

<sup>58</sup> DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971, p. 56.

<sup>59</sup> Nessa linha, Denti visualiza o aumento dos poderes do juiz sob três perspectivas: a intervenção do juiz no sentido de solicitar o andamento do processo, a fim de obter rapidez na atuação da justiça, o que consistiria em um bem muito mais precioso ao litigante pobre que ao rico; a intervenção do juiz tendente a provocar o esclarecimento das questões de fato e de direito que servem de fundamento à respectiva pretensão, de modo a suprir as deficiências da defesa do litigante mais pobre; e o crescimento dos poderes do juiz relativamente à disponibilidade da prova (DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971, pp. 63-64).

<sup>60</sup> Nesse sentido, ver as constantes críticas ao "neoprivatismo processual" elaboradas por Barbosa Moreira nos seguintes ensaios: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 34, p. 5-16, mar/abr, 2005. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 2004. n. 116, p. 313-323. Na mesma linha, ver, na doutrina italiana, TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.*, Milano, a. giuffrè, v. 60, n.2, p.451-482, giugno, 2006. DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. VERDE, Giovanni. Le ideologie del processo in un recente saggio. *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LVII. N. 3. Luglio-Settembre 2002. VERDE, Giovanni. Il processo civile sociale (postilla). *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LIX. N. 2. Aprile-Giugno 2004.

<sup>61</sup> É interessante notar que em 1972, Fritz Baur já alertava para a necessidade de uma atualização do pensamento de Franz Klein, no sentido de que também o papel das partes e a tutela dos seus direitos deve ser reforçado, sem que isso signifique um amesquinamento do papel do juiz: "o pensamento de Franz Klein acerca da atividade do órgão judicial no processo não é hoje de algum modo superado, mas acima de tudo vai reformulado sob a base de um necessário e contemporâneo reforço dos direitos das partes" (BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee. In: *Rivista di Diritto Processuale*. v. 27. 1972, p. 258)

<sup>62</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91.

separação entre o Estado e a sociedade. Quanto mais profunda essa separação, mais a relação de cidadania se converte numa relação paternalista de clientela, ou seja, reservando ao cidadão um papel apático e periférico<sup>63</sup>. Desse modo, a exigência de socialização do Estado passa a exigir não somente o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada das decisões políticas centrais, mas, efetivamente, a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente expressa pelo conjunto da sociedade<sup>64</sup>. Vale dizer, o cidadão deve ser visto como participante, e não mero recipiente da intervenção social do Estado<sup>65</sup>.

A autodeterminação democrática da sociedade inscreve-se, por sua vez, nos limites demarcados por uma vinculação material dimensionada pela autonomia individual e pelos direitos fundamentais<sup>66</sup>. Esse caráter democrático implica uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado e do direito<sup>67</sup>, não bastando a limitação ou a promoção da atuação estatal: objetiva-se, nessa senda, a transformação do *status quo*<sup>68</sup>. Nessa senda, o Estado Democrático pode ser visto assentado em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais, havendo uma “co-pertença entre ambos”<sup>69</sup>.

Ocorre, com efeito, uma legítima mutação no papel do Estado e que tem, como pano de fundo, três fatores determinantes para o Direito Processual civil: o deslocamento do centro de normatividade da lei para a Constituição, o repensar da democracia (antes meramente representativa) e a importância assumida pelos direitos fundamentais, encarados agora dentro de outras perspectivas.

### **3.1 O deslocamento do centro da normatividade: da lei para a Constituição**

Se o Estado Liberal construiu o terreno propício para o absolutismo da lei<sup>70</sup>, no Estado Democrático de Direito experimenta-se um rompimento com esse paradigma, de modo que a lei passa a submeter-se a uma relação de adequação e subordinação a um *status* mais elevado de direito estabelecido

---

<sup>63</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 23.

<sup>64</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 191.

<sup>65</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 191.

<sup>66</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 212-213.

<sup>67</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95.

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91.

<sup>69</sup> STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 104.

<sup>70</sup> O termo *absolutismo da lei* é aqui utilizado a partir de Arthur Kaufmann. *Analogia y naturaleza de la cosa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 43.

pela Constituição<sup>71</sup>, encarada como o centro para o qual o todo deve convergir<sup>72</sup>.

No Constitucionalismo Contemporâneo, próprio do Estado Democrático de Direito, rompe-se tanto com o positivismo, quanto com o constitucionalismo liberal, a partir de uma perspectiva claramente dirigente e compromissória<sup>73</sup>. Temáticas que antes estavam à margem da discussão pública são trazidas para o direito: “a política, representada pelos conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonegados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas *no* e *a partir* do direito”<sup>74</sup>. O constitucionalismo contemporâneo<sup>75</sup> altera substancialmente a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios passam a proporcionar uma nova teoria da norma, calcada em princípios que resgatam o mundo prático para o direito, dando lugar a um novo paradigma interpretativo<sup>76</sup>. O direito assume, pois, um caráter hermenêutico, com o crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão dos poderes do Estado em direção à jurisdição, dada a impossibilidade da lei antever todas as hipóteses de aplicação<sup>77</sup>.

Nessa onda de rupturas, Castanheira Neves vai dizer que “metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação

---

<sup>71</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 153.

<sup>72</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 14.

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 9.

<sup>74</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 389.

<sup>75</sup> O constitucionalismo contemporâneo, na precisa lição de Lenio Streck, é ao mesmo tempo ideológico, teórico e metodológico: “é ideológico porque alça a Constituição a ‘elo conteudístico’ que liga a política e o direito (aqui se poderia falar no aspecto compromissório e dirigente da Constituição, que é, assim, mais do que norma com força cogente, representa uma justificação político-ideológica); teórico porque estabelece as condições de possibilidade da leitura (descrição) do modelo de constitucionalismo e dos mecanismos para a superação do positivismo (papel dos princípios enquanto resgate do mundo prático expungido do direito pelo positivismo, problemática que deve ser resolvida a partir dessa teoria do direito e do Estado); metodológico, porque ultrapassa a distinção positivista entre descrever e prescrever o direito, sendo que, para tal, reconecta direito e moral (que ocorre sob vários modos, a partir de teses como a co-originariedade entre direito e moral ou o papel corretivo que a moral assumiria neste novo modelo de direito)” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 7-8).

<sup>76</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 9-10. Sobre o tema, ver também OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

<sup>77</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

das normas legais e manifesta-se com o acto judicativamente decisório” através do qual, pela mediação do critério jurídico possivelmente oferecido por essas normas, mas com ampla atividade normativamente constitutiva, cumprem-se, em concreto, as intenções axiológicas e normativas do direito, enquanto tal<sup>78</sup>. Toma-se, então, como paradigma da jurisdição, o juízo, caracterizado pela resolução de uma controvérsia prática<sup>79</sup>, o que possibilita trabalhar com a ideia de justiça do caso ao invés da justiça da lei<sup>80</sup>. O direito, dessa forma, deixa de se encontrar contraído na lei<sup>81</sup>, revalorizando-se o seu momento jurisprudencial<sup>82</sup>, o que, além de reclamar maiores responsabilidades ao juiz<sup>83</sup> e um maior controle democrático de decisionismos, impõe a separação dos direitos fundamentais em relação à lei (com a preferência jurídica daqueles

---

<sup>78</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Actual problema metodológico da Interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003, pp. 11-12.

<sup>79</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema, "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito, op. cit., p. 41. Perspectiva que em muito se assemelha à lógica jurídica do *ordo iudicarius* medieval. A respeito, ver PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>80</sup> Verifica-se no pensamento de Ovídio A. Baptista da Silva, uma acentuada preocupação com a justiça do caso, uma vez que o sistema jurídico passou a ignorá-la, contentando-se, apenas com a justiça da lei: "Não há justiça abstrata, pairando sobre o sistema jurídico, quaisquer que sejam suas peculiaridades. Jamais será possível encontrar a justiça do 'caso' (não há justiça que não seja do caso) partindo da 'norma', sem a intermediação do julgador (intérprete). (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Racionalidade e hermenêutica. In: *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 60).

<sup>81</sup> Paolo Grossi traz uma excelente análise histórica a respeito das nuances em que o "direito se contraiu na lei", entendida esta como um sistema de regras autoritárias, de comandos que foram pensados e desejados como abstratos e sem elasticidade, insindivisíveis no seu conteúdo, já que não é da qualidade desse, mas da qualidade do sujeito legislador que tiram a própria autoridade" (GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pp. 46-47).

<sup>82</sup> Metodologia jurídica que é bastante profícua para fundamentar uma perspectiva monista do direito. A respeito ver RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 2004. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões. In: Tubenchlak, James, 1939- (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. v. 3. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

<sup>83</sup> Conforme Alessandro Giuliani e Nicola Picardi, O princípio da irresponsabilidade dos juízes nos confrontos com as partes é um produto do jusnaturalismo moderno: esse eliminou os resíduos da responsabilidade profissional, que o direito romano comum tinha elaborado com base na classificação romanística dos "quase delitos" (...) No século XVI se perfilha já - particularmente na França e Alemanha - o problema da subordinação dos juízes ao soberano; neste contexto a responsabilidade profissional, como veremos, foi utilizada inicialmente pra fins disciplinares. (...) A doutrina da responsabilidade do juiz pressupõe a fratura entre a patologia da conduta e a patologia da decisão, entre o momento ético e o momento lógico no raciocínio judicial. A sua configuração - como aplicação mecânica, técnica, rigorosa das regras pré-constituídas - não deixa espaço nem para o poder decisional, nem para a responsabilidade do juiz: o erro é reparado pelo sistema através dos meios de impugnação. (...) O juiz é vinculado a um rigoroso dever de obediência e de lealdade nos confrontos com o soberano (...) Mas a soberania é incompatível com a responsabilidade; o juiz funcionário não é responsável frente às partes, mas somente frente ao soberano (PICARDI, Nicola. GIULIANI, Alessandro. *La responsabilità del giudice*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995, pp. 10-15).

perante esta)<sup>84</sup>, bem como o reconhecimento de “princípios normativos a transcenderem também a lei, a legalidade, convocados como fundamentos normativos da juridicidade e que a própria lei terá de respeitar e cumprir”<sup>85</sup>.

Essa nova forma de pensar o direito traz conseqüências sérias para o processo civil, na medida em que se deixa de acreditar que o perfil democrático do processo está na simples submissão cega do juiz à lei como ocorrida no Estado Liberal Clássico. Ora, se metodologicamente o direito deixa de ser encarado como algo pré-dado pelo legislador, as condições de possibilidade para uma construção democrática do direito também não podem mais ser as mesmas presentes no Estado Liberal Clássico, já que alicerçadas em um forte controle do juiz pelo parlamento a partir da idéia de democracia representativa. Desse modo, faz-se necessário, igualmente, repensar a própria democracia, como uma das formas de se oferecer blindagens para o risco de arbitrariedades e decisionismos que podem surgir nesse novo paradigma.

### **3.2 A revalorização do espaço político do processo a partir da democracia participativa**

De fato, se no plano normativo se aventa um deslocamento para o plano constitucional, também nos fundamentos políticos participativos o Estado adquire uma nova fundamentação democrática. Nesse contexto (já atual), alguns poderes institucionais, que deveriam estar tão-mais próximos do cidadão quanto outros, se distanciam e perdem seu respaldo democrático<sup>86</sup>. Essa crise despercebida por alguns pensadores<sup>87</sup>, evidencia que a democracia

---

<sup>84</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema, "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito, op. cit., p. 5. Conforme o autor, "não é já a lei a dar validade jurídica a direitos, enquanto direitos subjectivos, são os direitos, os reconhecidos como fundamentais, a imporem-se à lei e a condicionarem sua validade jurídica (Idem. Ibidem, p. 5).

<sup>85</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema, "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito, op. cit., p. 6. Segundo o referido autor, tratam-se de princípios que "se distinguem decisivamente dos 'princípios gerais do direito' que o positivismo normativístico-sistemático via como axiomas jurídicos-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade ('princípios de justiça'), expressões normativas de 'o direito' em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade (...) o seu verdadeiro sentido não é determinável em abstracto, e só em concreto, porque só em concreto logram a sua determinação e se lhes pode atingir o seu autêntico relevo. E decerto que a essa determinação em concreto será chamada, numa responsabilidade iniludível, a jurisdição nos seus juízos decisórios em solução das controvérsias práticas suscitadas pela invocação daqueles mesmos direitos e destes princípios" (Idem. Ibidem. pp. 6-7). O que, por óbvio, não significa a criação de princípios *ad hoc* que sirvam de alibi para decisionismos e arbitrariedades, afinal os princípios não estão à disposição do intérprete como se este pudesse criar princípios, remontando-se à problemática do esquema sujeito-objeto e da filosofia da consciência.

<sup>86</sup> Sobre essa crise de legitimidade, consultar por todos BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 281 e 296.

<sup>87</sup> FUKUYAMA dirá que o regime democrático representativo teria o valor de uma fórmula abstrata e universal – neutro – e capaz de se desenvolver em qualquer ponto do globo sem levar em



idealizada no período liberal foi incapaz de “cumprir suas promessas”<sup>88</sup> e que a estrutura do Estado já não é compatível com os anseios sociais.

Por outro lado, o conteúdo subjetivo da democracia pode ser visualizado com diferentes facetas em distintos pontos históricos (afinal, a democracia é, também, um fenômeno dotado de historicidade<sup>89</sup>). Refere-se aqui ao povo. Povo titular do poder soberano, destinatário das prestações estatais e criador último das vontades do Estado<sup>90</sup>. O povo da democracia vigente deve ser compreendido em qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses juridicamente tutelados<sup>91</sup>, protegido pela possibilidade de apreciação de seus conflitos e, preponderantemente, como novo partícipe na realização concreta da seara política<sup>92</sup>.

Paulo Bonavides considera a participação democrática do povo como mecanismo de resistência e de luta no qual o sistema deixa de ser estruturado exclusivamente com fulcro na lei, mas sim com assento no próprio cidadão. Tanto que “o abraço com a Constituição aberta, onde, sem cidadania não se governa e sem povo não se alcança a soberania legítima” é que implicará na essência de uma nova legitimidade.<sup>93</sup> Não se olha mais para o Estado, mas sim para quem o irá compor em última instância, ou seja, o próprio cidadão. Avilta-se a participação em todas as esferas de concretização/criação do Direito, notadamente na esfera judicial.

Dessarte, o processo se apresenta como marco privilegiado para a concretização do convívio em sociedade. Nessa senda, conceber os instrumentos processuais e a própria decisão do juiz como fruto de um diálogo democrático converge para uma nova legitimidade.

À luz da concepção democrática participativa, em que se enfatiza a racionalidade do diálogo, se vê na participação dos interessados – sujeitos

---

consideração a cultura e a tradição de cada sociedade. (FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992).

<sup>88</sup> BOBBIO, Norberto. *Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*, O. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, pp. 34-45.

<sup>89</sup> SILVA, José Afonso da. *Constituinte e Regime Democrático*. In: Poder Constituinte e Poder Popular. Rio de Janeiro: Malheiros, 2007, p. 43.

<sup>90</sup> Ou na vetusta fórmula democrática de Lincoln: “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

<sup>91</sup> Acerca dessa complexa distinção que atribui ao direito objetivo uma dupla função, psicológica e judicial, hierarquizando os múltiplos interesses tutelados, vide RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004, especialmente p. 28 a 35. Esta idéia encontra-se também desenvolvida em: *Esboço de uma teoria processual do direito*. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53 a 64.

<sup>92</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa*. Revista da Ajuris. Ano 36. n. 114, pp. 91-103, jun. 2009, pp. 94-95.

<sup>93</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*, op. cit. p. 36.

processuais – para a formação da decisão jurisdicional, o primeiro critério identificador dessa legitimidade. Assim, todos os meios de incidir, influenciar e requerer decisões estatais devem ser encorajados como forma legítima de participação<sup>94</sup>. Participação esta que se consolida em cada alegação das partes, que se faz presente na produção probatória, na possibilidade de apresentar seus argumentos e de se opor aos argumentos do adversário<sup>95</sup>.

A própria formação da decisão é irrigada por elementos de participação, na medida em que fruto de debates em contraditório e de inclusão e oitiva do sujeito através da publicidade dos atos jurisdicionais. Como quer Dierle Nunes, tanto o papel das partes como o do Magistrado é redefinido. Este último passa a ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, inclusive daqueles que asseguram a participação dos sujeitos processuais na formação da decisão<sup>96</sup>. Mais do que isso, o juiz democrático não pode ser omissivo em relação à realidade social e deve assumir sua função institucional decisória, num sistema de regras e princípios, com o substrato extraído do debate endoprocessual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam o dimensionamento decisório<sup>97</sup>.

Ganha força, assim, a democracia participativa, própria do Estado Contemporâneo, que incentiva os cidadãos a participarem diretamente no manejo do poder do Estado, dando legitimidade à normatividade construída pela via hermenêutica<sup>98</sup>. Também nesse sentido, Canotilho afirma que o “princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos”<sup>99</sup>.

### 3.3 A renovada compreensão dos Direitos Fundamentais

Pode-se dizer que “a evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retracção ou de obnubilação, acompanham o processo histórico, as lutas

---

<sup>94</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, CEDAM, v. 60, n. 2, apr.-giugno 2005, p. 453.

<sup>95</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 548.

<sup>96</sup> NUNES, Dierle Jose Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 200.

<sup>97</sup> Idem. Ibidem. Além disso, a percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. op. cit., p. 203).

<sup>98</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Estado Democrático e Social de Direito, Controle de Constitucionalidade e Processo Civil no Brasil: do iustum iudicium à Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 18 out. 2006.

<sup>99</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 280.

sociais e os contrastes de regimes políticos”<sup>100</sup>, de modo que o advento do Estado Democrático de Direito vai cobrar uma nova forma de se trabalhar com os direitos fundamentais. O incremento do papel do Estado, nesse sentido, faz com que os direitos fundamentais deixem de ser visualizados apenas como liberdades, como esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, do qual se exige, na medida do possível, abstenção de se intrometer na vida econômica e social<sup>101</sup>.

Com efeito, os direitos fundamentais passam a gozar de uma multifuncionalidade, podendo ser classificados como direitos de defesa, direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e direitos à prestação em sentido estrito<sup>102</sup>. Os direitos de prestação, que implicam numa postura ativa do Estado, obrigando-o a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática), encontram na Constituição brasileira de 1988 uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio<sup>103</sup>.

Cumprir destacar, dentro dos direitos à prestação, os direitos à participação na organização e procedimento – no sentido de assegurarem ao indivíduo a implementação de procedimentos ou organizações em geral ou a possibilidade de participação em procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes<sup>104</sup> – e os direitos à proteção, que tem o condão de alcançar tudo que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, exigindo efetiva realização<sup>105</sup>. Ademais, essa nova postura de visualizar os direitos fundamentais traz em seu bojo um amplo manancial teórico, como a eficácia imediata, as dimensões objetiva e subjetiva, a eficácia irradiante e a interpretação conforme aos direitos fundamentais, o dever geral de efetivação desses direitos que acomete o legislador, o executivo e o judiciário, pontos cuja análise desbordaria do âmbito do presente trabalho<sup>106</sup>.

Essa renovada forma de trabalhar com os direitos fundamentais irá permitir, então, uma análise revigorada do devido processo legal e das denominadas garantias constitucionais do processo, os quais, por óbvio, não ficaram infensos a toda a mudança ocorrida no âmbito dos direitos fundamentais.

---

<sup>100</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 27.

<sup>101</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 49.

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 167.

<sup>103</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, op. cit, p. 185.

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, op. cit, p. 196.

<sup>105</sup> Idem. *Ibidem*. p. 191.

<sup>106</sup> A respeito do tema, ver, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

O incremento da nova teoria dos direitos fundamentais no âmbito do processo civil vai preenchê-lo com os elementos necessários para que seja compreendido a partir do deslocamento do centro de normatividade para a Constituição e do modelo participativo de democracia.

#### **4. PROCESSO CIVIL, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSTRUINDO AS BASES PARA UM PROCESSO JUSTO E DEMOCRÁTICO**

O papel da Constituição na conformação do processo civil já era preocupação de autores clássicos como Eduardo Couture<sup>107</sup> e Liebman<sup>108</sup>. No Brasil, José Frederico Marques, foi um dos primeiros autores a ressaltar a importância da Constituição para o processo.<sup>109</sup> Porém, é no final dos anos sessenta e princípio da década de setenta que ocorre uma “virtual renovação” dos estudos do direito processual, enfatizando-se a origem constitucional dos institutos processuais, como se pode verificar na obra de Nicolò Trocker, que vai falar em um direito à tutela jurisdicional a partir de bases constitucionais.<sup>110</sup>

Em um primeiro momento, a constitucionalização do processo civil trouxe consigo a incorporação de normas processuais na Constituição<sup>111</sup>, de modo a enfatizar a base constitucional do direito processual. Todavia, no marco do Estado Democrático de Direito, este movimento de constitucionalização desenvolve-se em outra perspectiva: passa a empregar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais<sup>112</sup>, sem ignorar o aporte de seu regime jurídico, como “a teorização acerca da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF), da interpretação conforme

---

<sup>107</sup> Conforme José Alfredo de Oliveira Baracho, “Eduardo J. Couture, com seus estudos, despertou o interesse da doutrina na América Latina e, inclusive, na Europa, pela análise das garantias constitucionais do Processo”, nessa linha, afirma que “após o projeto do Código de Procedimentos Civis de Couture, em 1945, começou na América Latina certa tendência reformista”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 122-23). Para Couture, o processo civil significava “o desenvolvimento de um preceito constitucional” (COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 94).

<sup>108</sup> Ainda na década de cinquenta, Liebman já alertava sobre a necessidade de que fosse atribuído mais valor à interpretação constitucional das normas processuais (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Il principio Del contraddittorio e La costituzione*. Rivista di diritto processuale. Padova: CEDAM, 1954, p. 129).

<sup>109</sup> Conforme o autor em questão, em passagem já constante da primeira edição (1952) da sua obra clássica sobre jurisdição voluntária, “a importância da Constituição, no tocante ao processo, é das maiores, não só porque na Lei Básica se acham regras que o legislador ordinário não pode violar, como também porque o processo, concedido como garantia de justiça, nada mais significa que a imediata e direta complementação dos mandamentos constitucionais” (MARQUES, José Frederico. *Ensaio Sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000, p. 11).

<sup>110</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

<sup>111</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

<sup>112</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. op. cit, p. 42.

aos direitos fundamentais e da vinculação do Estado e dos particulares aos direitos fundamentais”<sup>113</sup>.

Além disso, a própria Constituição passa a ser o centro de normatividade e a condição de possibilidade para toda e qualquer estrutura processual, de sorte que: “Todo processo é público. Todo processo é constitucional. Se todos os ramos do direito servem-se, na velha expressão de Pellegrini-Rossi da seiva do direito constitucional, como os galhos e ramos de uma árvore, não há como afirmar a existência de um processo que não seja constitucional. Todos os direitos são fruto de uma herança genética que no Estado Constitucional os conforma e justifica”<sup>114</sup>.

Essa (re)compreensão do processo civil no marco do Estado Democrático do Direito impele uma (re)leitura do devido processo legal e das chamadas garantias constitucionais do processo. Abandona-se a ideia de um processo procedimentalmente estruturado por garantias de defesa (concepção liberal do fenômeno processual) para encará-lo sob o prisma dos direitos fundamentais, tomados em perspectiva dinâmica e substancial<sup>115</sup>. O devido processo vai então visualizado em sua dupla dimensão (processual e material) como direito de defesa e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito à organização e procedimento<sup>116</sup>. Com essa mudança paradigmática ocorrida na compreensão do devido processo, é bastante profícua a denominação *processo justo*, que visa justamente a demarcar essa ruptura. O direito fundamental ao processo justo vem, nessa quadra, a

---

<sup>113</sup> MITIDEIRO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Op. cit, p. 43-44.

<sup>114</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 171.

<sup>115</sup> Conforme Comoglio, Ferri e Taruffo, “se atribui às garantias constitucionais a tarefa de precisar o conteúdo mínimo do ‘direito ao processo’, segundo áreas de extensa ‘cobertura’, que não se aplicam somente ao ato de impulso inicial do juízo, mas envolvem todas as posições ‘ativas’ das partes no processo”. Por conseguinte, “no quadro dos princípios constitucionais, o “direito ao processo” não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato (processo *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualificado (como ‘direito ao justo processo’)”. Dessa forma, “a ação em juízo vai, portanto, remodelada em harmonia com tal conteúdo, tendo em conta o fato que a norma constitucional não é, por assim dizer uma garantia somente de ‘meios’, mas é também (pelo menos em termos modais) uma garantia ‘de resultado’, de modo que, com a inviolabilidade de tais *poderes processuais mínimos* (ação e defesa), essa consagra a adequada possibilidade de obter, por tais ‘meios’, um *mínimo de forma de tutela efetiva*, próprio (exatamente) de um processo ‘justo’” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998, pp. 228-229). Nesse sentido, é importante ressaltar que não existe momento estático no processo, uma vez que não pode existir processo puramente abstrato que goze de uma justificação imanente (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004, p. 126).

<sup>116</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 134. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. NUNES, Dierle José Coelho. Processo constitucional contemporâneo. In: THEODORO JR., Humberto et all (coord). *Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 21-22.

estruturar o formalismo processual a partir de uma série de direitos fundamentais coordenados e necessários para conferir um perfil democrático ao processo<sup>117</sup>.

Como corolário da própria noção de democracia participativa, o direito de participação configura um direito de incidir sobre o desenvolvimento e sobre o êxito da controvérsia<sup>118</sup>. O contraditório – agora visualizado como verdadeiro direito fundamental, e não mais como mera garantia – passa a ter como núcleo essencial a participação<sup>119</sup>, que não pode ser somente aparente e fictícia, razão pela qual ao direito da parte de pronunciar-se em juízo corresponde o dever do juiz de escutá-la<sup>120</sup>. O polo metodológico do direito processual é deslocado da jurisdição ao processo, que vai encarado como um procedimento em contraditório<sup>121</sup>. A nota essencial é, pois, a participação dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório e em simétrica paridade de condições, de modo que eles possam realizar atividades que deverão ser levadas em conta pelo autor do ato (órgão julgador), que não poderá ignorá-las<sup>122</sup>. A condução do processo pelo juiz vai se dar, portanto, “de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões”<sup>123</sup>.

---

<sup>117</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 687. O processo ganha então o tom democrático. Deixa de ser “aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos”. Nesse viés democrático do processo, “todas as esferas de exercício do poder encontrariam um controle compartilhado, uma blindagem de mão dupla, em um espaço de problematização incessante, que impediria o subjetivismo e o autoritarismo, de um lado, e a má fé e a procrastinação por parte do advogado, do outro” (NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 250-251).

<sup>118</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 170.

<sup>119</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 377. CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Volume primo. Padova: Cedam, 1982, p. 210.

<sup>120</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 371. Sobre o contraditório como direito de influência, ver, COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 116, ago. 2004, p. 132. TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994, p. 60. CABRAL, Antônio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 60. Padova, CEDAM, apr.-giugno 2005, p. 458.

<sup>121</sup> No âmbito do processo civil, deve-se à obra de Elio Fazzalari o desenvolvimento da teoria processo como procedimento em contraditório com vistas à superação do “gasto e inadequado clichê da relação jurídica processual” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 24). A ideia do processo como procedimento em contraditório tem origem, no entanto, no direito administrativo, especificamente, a Aldo Sandulli (SANDULLI, Aldo. *Il procedimento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1940).

<sup>122</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 30.

<sup>123</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73. GELSI BIDART, Adolfo. La humanizacion del proceso. *Revista de Processo*. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 115.

Em síntese, o contraditório configura-se como um direito de influência e de participação na formação das decisões jurisdicionais, ao mesmo tempo em visa a evitar decisões surpresa<sup>124</sup>. O processo, nesse sentido, passa a carregar consigo as marcas de uma perspectiva participativa da democracia, decorrente dos influxos constitucionais<sup>125</sup>.

O processo civil, constitucionalizado no marco do Estado Democrático de Direito passa a ser visto, então, como um verdadeiro direito fundamental concretizante de um amplo feixe de outros direitos, tais como o contraditório e todos os demais princípios informadores do *processo justo*. Ao mesmo tempo, o processo civil, (re)pensado implica nele “mesmo tendente à efetividade e a respeitar as posições subjetivas das partes como direito fundamental na participação e na formação da decisão”<sup>126</sup>.

Trata-se de um contexto revigorado e que propicia, através da realização plena dos direitos fundamentais – materiais e processuais – vivificar a democracia participativa<sup>127</sup>. O processo civil, assim, deixa de ser um ambiente dominado

---

<sup>124</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in italia e in europa. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. n.116, p.97-158, p. 132. FERRI, Conrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Ano 42. Vol. 3-4. 1988, p. 788. DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*. Volume XXIII. Padova: CEDAM, 1968, p. 231. Dessa forma, “a submissão de todos os aspectos potencialmente relevantes da decisão ao contraditório apresenta-se como uma manifestação da percepção de que o poder do juiz no processo não é absoluto (incontrolável protagonismo judicial), em face de sua falibilidade e do fato de que a discussão será muito mais adequada (e legítima) se todos souberem os aspectos mais importantes da demanda” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, op. cit., p. 231). Conforme Streck, “a garantia que cada cidadão tem de que a decisão estará devidamente fundamentada – porque cada ato de aplicação judicial é um ato de jurisdição constitucional – está umbilicalmente ligada (e dependente) à garantia do contraditório, que assume uma especificidade radical nesta quadra da história, isto é, o contraditório passa a ser a garantia da possibilidade da influência (e efetiva participação) das partes na formação da resposta judicial, questão que se refletirá na fundamentação da decisão, que deve explicitar o *iter* percorrido no processo, tornando a decisão visível e apta ao controle social-jurisdicional (inclusive, a toda evidência, transparente à apreciação que a doutrina deve fazer sobre as decisões judiciais)” (STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica, constituição e processo*, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro/coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 17-18)

<sup>125</sup> Perspectiva que parece estar presente no Projeto do Novo Código de Processo Civil, especialmente nos seus artigos 5 e 10.

<sup>126</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

<sup>127</sup> Nessa esteira, Hermes Zaneti Júnior aponta que: “A Constituição Federal, ao definir que todo poder emana do povo, expressamente indicou as formas de seu exercício representativo no Poder Legislativo e no Poder Executivo, restando ao Poder Judiciário, em decorrência da inércia como princípio basilar, o compromisso de prestar jurisdição quando provocado pela forma direta, sempre nos limites do litígio e criando a solução para as partes envolvidas, mediante princípios de direito” (*Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 137). É justamente essa abertura da jurisdição que, nos termos de Ovídio Baptista da Silva, proporciona o mais autêntico exercício de cidadania (*Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 219).

pelos particulares, numa concepção liberal e privatista do processo, ou um espaço no qual o Estado se sobrepõe aos indivíduos.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O processo civil no marco do Estado Democrático de Direito não pode ser pensando distante dos influxos fornecidos pela Constituição, que, nesse perfil de Estado, assume um papel sobremaneira relevante, constituindo-se como centro de normatividade, ao mesmo tempo em que estabelecendo as bases para a compreensão da democracia participativa e redimensiona as perspectivas de atuação e teorização dos direitos fundamentais. Tudo isso, aliado às modificações ocorridas na forma de agir do Estado, o qual passa a desempenhar uma configuração mais ativa, faz com que o processo deixe de ser pensando como um simples afazer privado no qual o juiz mantém-se passivo e figurando como mera boca da lei.

Nessa senda, a ideia de um devido processo legal alicerçado em garantias de defesa frente ao Estado não mais se sustenta. O processo civil, hoje, a partir das suas relações com a Constituição, configura-se como um verdadeiro direito fundamental dos cidadãos para a tutela dos seus direitos, cuja conformação deve-se dar a partir de uma nova roupagem das garantias constitucionais, agora encaradas como verdadeiros direitos fundamentais, e do devido processo, que frente a todas essas mudanças passa a ser denominado de processo justo e democrático. Dentro dessa configuração, o processo passa a se constituir como um ambiente democrático-participativo, nos qual as partes atuam em conjunto com o juiz na formação da decisão, sem que isso importe em protagonismos judiciais (controlados pelos direitos fundamentais), na total passividade do órgão jurisdicional (o qual deve zelar para que o processo seja adequado e efetivo) ou no amesquinamento do papel das partes (que passam a participar democraticamente na construção do processo e das decisões).

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALLORIO, Enrico. Significato della storia nello studio del diritto processuale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Volume XV - Parte I. Anno 1938 - XVI-XVII.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: *Revista AJURIS*, n. 74, 1998.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRAGA, P. S.; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, R. S. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2: Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada. Salvador: Juspodivm, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*, O. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come Diritto D'influenza e Dovere di Dibattito. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, CEDAM, v. 60, n. 2, apr.-giugno 2005.

CAENEGEM, R.C. Van. Oráculos da Lei ou Bouche de la Loi. Considerações Históricas sobre o papel dos juizes. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Seminário Internacional. Lisboa: Almedina, 2007.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões. In: Tubenclak, James, 1939- (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. v. 3. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Volume primo. Padova: Cedam, 1982.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV [separata], 1998.

\_\_\_\_\_. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. "I modelli di garanzia costituzionale del processo". In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1991.

\_\_\_\_\_; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni Sul Processo Civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

\_\_\_\_\_. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 116, ago. 2004.

COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Volume XXIII. Padova: CEDAM, 1968.

FERRI, Conrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano 42. Vol. 3-4. 1988.

FUKUYAMA, Francis. *O Fim da História e o Último Homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 3, 1962.

LEMOS, Jonathan Iovane de. *A organização do processo civil do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Fundamentação histórica*. Dissertação de mestrado. PUCRS, 2011, pp. 103-111. Texto no prelo gentilmente cedido pelo autor.

- LIEBMANN, Enrico Tullio. Storiografia jurídica “manipolata”. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 29. Parte I. 1974.
- \_\_\_\_\_. Il principio Del contraddittorio e La costituzione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1954.
- MACRIDIS, Roy. *Ideologias Políticas Contemporâneas*. Brasília: UNB, 1982.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: *Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MERRYMAN, Jonh H. *La Tradición Jurídica Romano-Canônica*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Estado Democrático e Social de Direito, Controle de Constitucionalidade e Processo Civil no Brasil: do iustum iudicium à Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 18 out. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MONTESQUIEU, Barão de. Do Espírito das Leis. In: *Coleção: Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultura, 1997.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006.
- NUNES, Dierle Jose Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.
- \_\_\_\_\_. Processo constitucional contemporâneo. In: THEODORO JR., Humberto et all (coord). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- PEREZ LUNO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PERROT, Roger. Il nuovo futuro codice di procedura civile francese. *Rivista di Diritto Processuale*. N. 2. 1975.
- PICARDI, Nicola. GIULIANI, Alessandro. *La Responsabilità del Giudice*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.

\_\_\_\_\_.; SCALABRIN, Felipe. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa*. Revista da Ajuris. Ano 36. n. 114, jun. 2009, pp. 91-103.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Introducción a La edición en castellano. In: ACKERMAN, Bruce. *La Justicia Social em el Estado Liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

SANTOS, Ângelo dos. *O Estado Social: análise à luz da história*. Lisboa: Editorial Minerva, 1970.

SATTA, Salvatore. *Soliloqui e Colloqui di un Giurista*. Padova: CEDAM, 1968.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Contribuição ao estudo das relações entre processo civil e cultura. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 107, set. 2007, p. 111-121.

SILVA, José Afonso da. *Constituinte e Regime Democrático*. In: Poder Constituinte e Poder Popular. Rio de Janeiro: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Racionalidade e hermenêutica. In: *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica, constituição e processo, ou de "como discricionariedade não combina com democracia": o contraponto da resposta correta. Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro/coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: *Dottrine del Processo Civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, mar. 2009, p. 63-92.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.