

## A insuficiência das concepções clássicas de jurisdição para a compreensão da jurisdição coletiva

### *The insufficiency of classic concepts of jurisdiction for understanding collective jurisdiction*

Angela Araújo da Silveira Espindola\*

Jaqueline Mielke da Silva\*\*

**Resumo:** A proposta do texto, partindo de abordagem fenomenológico-hermenêutica é questionar os limites e a insuficiência da jurisdição moderna, denunciando os seus compromissos com o Estado Liberal e a sua desfuncionalidade em face da emergência de novos direitos. Ao final, sinaliza a necessidade e as possibilidades de superação da concepção clássica de jurisdição, para que a mesma possa abrigar, promover e proteger os direitos transindividuais.

**Palavras-chaves:** Crise da jurisdição. Novos direitos. Tutela coletiva.

**Abstract:** Based on a phenomenological-hermeneutical approach, the purpose of this paper is to look into the limitations and insufficiency of modern jurisdiction, as well as expose its ties to the Liberal State and its shortcomings in terms of dealing with the emerging new rights. At the end, the authors indicate the need and possibilities for going beyond the classic concept of jurisdiction so that such concept may encompass, promote and protect transindividual rights.

**Keywords:** Crisis of jurisdiction. New rights. Collective protection.

\* Advogada. Doutora e Mestre em Direito Público pela Unisinos. Professora no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (Imed) Passo Fundo – RS. Professora-Adjunta no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Colaboradora no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM.

\*\* Advogada. Doutora e Mestre em Direito Público pela Unisinos. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional / IMED. Professora nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade Inedi – Cesuca – Cachoeirinha.

## 1 Considerações iniciais

O ensaio propõe uma revisão da concepção clássica de jurisdição, estruturando-se em três partes. A primeira parte “O Direito moderno e a herança romana na concepção de jurisdição: a declaração do direito em oposição ao *imperium*” trata das fontes romanas da jurisdição moderna, trazendo a oportuna crítica de Silva e Micheli às concepções tradicionais de jurisdição.

Na segunda parte, denominada “A tutela de interesses transindividuais e os compromissos históricos e ideológicos da jurisdição moderna”, demonstra a insuficiência daquelas construções sobre jurisdição, evidenciando suas deficiências ante a emergência de novos direitos, em especial, daqueles direitos difusos e coletivos. Faz-se um acompanhamento da construção dos direitos transindividuais ao longo da evolução da própria concepção de Estado.

A terceira parte “Por uma releitura necessária do Direito e do processo: impactos na concepção de jurisdição” inicia a partir das premissas estabelecidas nos itens anteriores, propondo uma releitura da jurisdição, descartando o modelo normativista-legalista e o modelo funcionalista, com fundamento no jurisprudencialismo de Neves. Reconhece-se, assim, o direito como dimensão constitutivamente indefectível do Estado, impactando, por certo, a concepção de jurisdição estatal, que precisa “coletivizar-se” para além da democratização do Estado.

## 2 O Direito moderno e a herança romana na concepção de jurisdição: a declaração do direito em oposição ao *imperium*

O conceito de jurisdição, na modernidade, teve como base as fontes romanas dos últimos períodos de sua história, especialmente o Direito romano *justiniano*, perante o qual tornara-se acentuada a equivalência entre *jurisdictio* e declaração do direito, com a finalidade de composição da lide, em oposição ao *imperium*.<sup>1</sup> Consoante refere Pugliesi,

---

<sup>1</sup> Neste sentido: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 21.

*il termine giurisdizione, avendo recepito le evoluzioni di significato verificatesi già nell'epoca tardo romana e poi nel medioevo e nell'età moderna, indica l'attività e il potere di dichiarare autoritativamente (ossia con efficacia vincolante per le parti) la volontà della legge nel caso concreto [...] e poichè tale dichiarazione si compie col giudicare mediante sentenza [...] si può dire che per giurisdizione si intende l'attività e il potere con cui si giudica di una controversia emanando una sentenza munita di valore vincolante (al meno per le parti). Ma una simile nozione di iurisdictio non può valere per il diritto romano antico e classico [...] per la specifica che, nell'età in cui sicuramente attestato l'uso di *ius dicere* e *iurisdictio* con riferimento ai magistrati, esse non giudicavano, né pronunciavano sentenze, né quindi dichiaravano autoritativamente la volontà di legge o le situazioni giuridiche, ma sia nelle *legis actiones*, sia nel processo formulare, presiedevano soltanto alla prima fase del processo, demandando poi il compito di giudicare a un giudice all'uopo nominato.*<sup>2</sup>

Silva,<sup>3</sup> ao tratar do tema, conclui que o conceito de “jurisdição que nos foi legado pelo direito romano tardio pressupunha a distinção clara e radical entre a função declaratória de direito, enquanto *ius dicere*, e o *facere* com que o magistrado haveria de socorrer o litigante, impondo uma ordem, a ser cumprida pelo demandado”. Essa herança romana é claramente verificada na concepção de jurisdição adotada por diversos processualistas clássicos, dentre eles, Giuseppe Chiovenda.<sup>4</sup> Segundo o processualista, a natureza e a finalidade da função jurisdicional compreende substituição por uma atividade pública de uma atividade privada de outrem, que poderá se dar de dois modos referentes a dois estágios do processo: cognição e execução. Observa-se na doutrina de Chiovenda a nítida separação entre as duas funções processuais e o fundamento teórico que sustenta o processo de conhecimento, com suas três ações tradicionais (declaratórias, constitutivas e condenatórias), cujas sentenças de procedência ou prescindem de execução ou, no caso das condenatórias,

---

<sup>2</sup> PUGLIESI, G. *Il Processo Civile romano*, 1961, p. 157.

<sup>3</sup> SILVA, O. A. B. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 23.

<sup>4</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Jovene, 1965.

relegam a atividade executória a um processo autônomo subsequente,<sup>5</sup> ou seja, a composição da lide está em oposição à ideia de império.

Do mesmo modo, a concepção de Allorio sofreu forte influência da concepção romana de jurisdição. Segundo o doutrinador,<sup>6</sup> “o efeito declaratório, ou seja, a coisa julgada, é o sinal inequívoco da verdadeira e própria jurisdição”. A forma do processo declaratório, mais a coisa julgada como seu resultado definem a jurisdicionalidade do processo. Não havendo coisa julgada, não haverá verdadeira jurisdição. Essa mesma concepção de jurisdição também foi defendida por Calamandrei,<sup>7</sup> ao afirmar que a coisa julgada constitui a “pedra de toque” do ato jurisdicional.<sup>8</sup> Do mesmo modo, Couture foi adepto dessa teoria, afirmando que a função imediata da jurisdição é a de “decidir conflitos e controvérsias de relevância jurídica”.<sup>9</sup> Segundo o doutrinador, o objeto próprio da jurisdição é a coisa julgada, sendo ela a pedra de toque do ato jurisdicional.

O atrelamento da ideia de jurisdição vinculada à declaração também se observa na concepção de Carnelutti.<sup>10</sup> Segundo o autor, a jurisdição consiste na justa composição da lide, mediante uma sentença de natureza declarativa, por meio da qual o magistrado diz o direito, razão pela qual não haveria jurisdição no processo executivo. Essa foi sua concepção originária de jurisdição. Posteriormente, o próprio jurista passou a distinguir a atividade jurisdicional para composição de um conflito de interesses, representada por uma pretensão contestada, da outra lide, destinada a compor um conflito de interesses originado de uma pretensão insatisfeita. A partir de então, passou a reconhecer a existência de lide também no processo de execução.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 15.

<sup>6</sup> ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ejea, 1963. p. 15. v. 2.

<sup>7</sup> CALAMANDREI, P. *Limites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961, p. 48.

<sup>8</sup> Para Calamandrei, a própria sentença constitutiva, como a que decreta separação judicial em processo litigioso, ou anula algum ato ou negócio jurídico, não é inteiramente jurisdicional, mas, ao contrário, constitui um ato complexo, formado por dois elementos, um dos quais verdadeiramente jurisdicional, que é a declaração contida na sentença, e outro administrativo, ou pertencente à chamada jurisdição voluntária através do qual o juiz, baseado no ato declaratório e jurisdicional, decreta (efeito constitutivo), a separação judicial dos cônjuges, ou anula o ato ou o negócio jurídico anuláveis (*Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19).

<sup>9</sup> COUTURE, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 42.

<sup>10</sup> CARNELUTTI, F. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Pádua: Cedam, 1936. p. 131. v. 1.

## 2.1 Críticas de Ovídio A. Baptista da Silva sobre a jurisdição à vinculação da concepção de jurisdição à declaração

Segundo Silva,

a identificação que a doutrina faz entre decidir e julgar é talvez o testemunho mais eloquente de que a jurisdição, tal como ela é concebida por nosso direito, resume-se numa pura declaração. Com efeito, julgar, enquanto ato intelectual, é apenas o antecedente lógico, ou o pressuposto, para a decisão, que é ato de vontade.<sup>11</sup>

Por outro lado, a doutrina moderna, guardando absoluta fidelidade aos princípios do Direito Privado romano, particularmente universalizando as ações em detrimento dos interditos, preservou a distinção radical entre decisão e ordem, de modo a conceber o ato jurisdicional típico como constituído exclusivamente de juízo, sem que a ordem integre o seu conteúdo.<sup>12</sup>

Ao separar decisão de ordem, há uma nítida separação entre o “mundo normativo” do “mundo dos fatos”. Esse modo de conceber a jurisdição é, sem dúvida, um dos pilares que sustentam o Processo de Conhecimento, através do qual se consuma a separação entre a atividade puramente normativa e a atividade prática. A separação radical *do é e deve*, dos domínios existencial e normativo, ao qual corresponde a separação de substância e forma, produz a perspectiva decididamente formal da teoria do direito, que não deseja, por assim dizer, “sujar-se” no contato com o mundo concreto.<sup>13</sup>

Não é demasiado referir que o processualista Micheli<sup>14</sup> entende que o elemento característico da jurisdição é a presença de um terceiro imparcial, que é o magistrado.

---

<sup>11</sup> SILVA, O. A. B. da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 27.

<sup>12</sup> SILVA, O. A. B. da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 29.

<sup>13</sup> Neste sentido: FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva histórica da filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 190.

<sup>14</sup> MICHELI, A. G. Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria. *Rivista di Diritto Processuale*, Milão, v. 1, p. 31, 1947.

Partindo dessa concepção, Silva lembra que notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade pelo juiz, devem atender a dois pressupostos básicos:

a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função; o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função tendo a lei por limite de sua atuação, cujo objetivo não é simplesmente a aplicação da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo; b). o outro componente do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela.<sup>15</sup>

As clássicas concepções de jurisdição são insuficientes para explicar a jurisdição coletiva, consoante a seguir se demonstrará.

### **3 A tutela de interesses transindividuais e os compromissos históricos e ideológicos da jurisdição moderna**

A concepção de jurisdição necessariamente deve atentar para o fenômeno da tutela dos interesses transindividuais. A jurisdição coletiva apresenta características próprias, que a distinguem da jurisdição individual, razão pela qual merece tratamento diverso. Lunelli bem observa que “a prestação da tutela jurisdicional ambiental apresenta-se como um dos desafios do Estado contemporâneo. A ideologia que permeia o processo, dando-lhe nítido comprometimento privatista é, certamente, um dos entraves que se apresentam para a efetiva tutela do bem ambiental”. E a partir dessa compreensão propõe, uma releitura do Direito Processual, ou seja, “a compreensão de institutos presentes em sistema jurídico diverso, divorciado da inclinação privatista e capaz de representar maior possibilidade de proteção dos direitos e interesses transindividuais, sobretudo os ambientais”.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> SILVA, O. A. B. da. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.

<sup>16</sup> LUNELLI, Carlos Alberto. Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção de bem ambiental: a contribuição do *contempt court*. In: LUNELLI, Carlos

De modo a compreender melhor a problemática, imperiosa que seja realizada uma breve análise da evolução e características dos interesses transindividuais.

### 3.1. A tutela dos interesses transindividuais no Estado Social e Democrático de Direito<sup>17</sup>

Em razão das modificações ocorridas no modelo liberal/individualista de Estado,<sup>18</sup> houve uma verdadeira revolução em termos de categorias, direitos e de meios de proteção aos mesmos.<sup>19</sup> Os direitos deixam de ter uma feição meramente individual, passando a ter uma dimensão coletiva.

Tais direitos,<sup>20</sup> além de evidentemente escaparem à tradição liberal/individualista, colocam-se como indispensáveis à sobrevivência contemporânea.<sup>21</sup> Trata-se de direitos que atingem toda a coletividade;

---

Alberto; MARIN, Jefferson (Org.). *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Caxias do Sul: Educs. 2012. p. 147-148.

<sup>17</sup> Segundo Manuel García PELAYO, “en términos generales, el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado Liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y posindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos”. (*Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1985. p. 14-15).

<sup>18</sup> No seu nascedouro, o Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo do próprio liberalismo. Assim, os liames jurídicos do Estado têm relação direta com a concreção do ideário liberal no que diz respeito ao princípio da legalidade (submissão do poder estatal à lei, divisão de poderes e garantia de direitos individuais).

<sup>19</sup> A consagração dos direitos sociais não é uma descoberta do século XX, na exata medida em que as Declarações de Direitos da Revolução Francesa já estabeleciam obrigações positivas do Estado nos domínios do ensino e da assistência social, o que viria a ser aprofundado nas Constituições do século XIX.

<sup>20</sup> Cappelletti refere, ao tratar do assunto: “No campo jurídico o Estado Social incorporou novos direitos das mais variadas ordens, direitos sociais dos pobres, os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais das crianças e dos velhos, das mulheres, dos consumidores, do meio ambiente, etc.” (Acesso à Justiça. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 18, p. 9, 1985).

<sup>21</sup> OST cita algumas características que afastam para sempre a projeção contraditória entre direito subjetivo e interesse: “A) O interesse, estando na base dos principais conceitos jurídicos, mesmo na de direito subjetivo, tem assim, um caráter onipresente, aparecendo, desta forma, para além das pretensões asseguradas pela ordem jurídica; B) Paralelamente a esta onipresença e, talvez em consequência mesmo desta presença constante, a noção de interesse se caracteriza por uma imprecisão no seu significado, o que implica uma recorrente confusão e, mesmo, identificação entre interesse e direito; C) De outro lado, o interesse adquire, como noção funcional ou operatória, uma leveza (souplesse) que contrasta com a rigidez própria do direito subjetivo. Assim é que, à titularidade exclusivista do direito subjetivo se contrapõe a titularidade difusa, indeterminada ou coletiva dos interesses; da mesma forma, os interesses estão vinculados a valores novos especificados, apontando

referem-se a categorias inteiras de indivíduos e exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação – exigem uma atividade. Contrariamente a um direito excludente, negativo e repressivo, com feição liberal, tem-se um direito comunitário, positivo, promocional, de cunho transformador.<sup>22</sup>

O ponto central da questão deixa de ser o individual, passando a ser, predo-minantemente, o coletivo (*lato sensu*). A socialização e a comunitarização dos interesses têm papel fundamental.<sup>23</sup>

Assim, se observa que os interesses transindividuais (coletivos em sentido estrito + difusos + individuais homogêneos) escapam da dimensão privada do modelo jurídico liberal e se caracterizam por uma amplitude não apenas jurídica, em sentido estrito, mas também socioeconômica, tendo em vista que importam, muitas vezes, no desapego, afastamento e/ou na negação dos postulados liberais tradicionalmente aceitos como meios de sanabilidade das contro-vérsias. Portanto, a variabilidade e complexidade dessas questões coletivas fazem com que caminhos distintos para sua resolução devam ser adotados. A resolução dos conflitos coletivos reclama a negação dos postulados do modelo liberal/individualista.<sup>24</sup>

---

para objetivos abertos, ampliados; D) Por fim, o interesse incorpora um traço subversivo, apontando novos atores, novos objetos, bem como implica uma relativização de direitos tradicionais – o caso da propriedade que vê agregada a noção de função social, assumindo um interesse difuso da coletividade – é exemplar. A preferência pela utilização do termo direito apenas para o âmbito dos interesses juridicamente protegidos que têm sua titularidade ligada ao indivíduo aponta para os vínculos que se estabelecem entre a noção de direito e sua projeção como direito individual, uma tradição vinculada ao liberalismo. Assim, direito seria aquele fato juridicamente definido para o qual temos uma titularidade e um sujeito definidos, além de um objeto perfeitamente delimitado, ou seja, identifica-se com a noção de direito subjetivo. Há, entre direito e interesse, uma vinculação na qual à preponderância daquele se reflete uma negação deste. Ou seja: a hegemonia do direito subjetivo implica a desqualificação do interesse como portador de alguma relevância jurídica.” (*Entre droit et non-droit: l'intérêt: essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*. Bruxelas: publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. p. 106-107. t. II.

<sup>22</sup> MORAIS, J. L. B. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1996. p. 96.

<sup>23</sup> Streck afirma que “o Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência”. (*Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 37).

<sup>24</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. O contributo do *contempt of court* para o processo ambiental. *Revista de Processo*, v. 218, p. 47-64, 2013.



Trata-se de interesses que se referem simultaneamente a mais de um indivíduo, ou seja, cada pessoa tem um interesse idêntico qualitativamente ao de outra e, portanto, não diferenciado. Conforme refere Cappelletti,<sup>25</sup> cada indivíduo que compõe a coletividade ou o grupo possui um interesse fragmentado, exatamente idêntico ao do outro que compõe essa mesma coletividade ou esse mesmo grupo. Há, portanto, que se revisitar os paradigmas até então vigentes.<sup>26</sup>

### 3.2 Por uma nova concepção de jurisdição a partir da tutela coletiva

Desde longa data, o perfil do Estado se reflete no modelo de produção do direito e na jurisdição. Seu crescimento está intimamente vinculado à criação – legislativa ou jurisdicional – do direito, revelando o vínculo existente entre Estado e Direito ou entre Poder e Justiça.<sup>27</sup> Nem sempre

---

<sup>25</sup> Tutela dos Interesses Difusos. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, ano XII, n. 33, p. 169.

<sup>26</sup> MARIN, Jefferson. A necessidade de superação da estandartização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas da tutela ambiental. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson (Org.). *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Caxias do Sul: Educs. 2012. p. 51-92.

<sup>27</sup> Inúmeras referências podem ser feitas quando se toca no assunto Estado e Poder, Direito e Justiça. De todo modo, cabe aqui registrar que, embora possa haver (e há) forte relação entre eles, Estado e Poder não se confundem. Qualquer identificação merece ser desmi(s)tificada. O Poder é uma “prática social histórica” que se expande por toda sociedade, que não se encerra à estrutura estatal. (MACHADO, Roberto. Introdução: por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Org., introd. e rev. téc. de Roberto Machado. 23. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007. p. X). Igualmente pode ser dito sobre a relação entre Direito e Justiça. A justiça é um dos temas clássicos da Filosofia e da teoria do Direito, marcando as ideias ocidentais não só na Filosofia, mas também na política e no Direito. Por certo não se pretende revisar todos os postulados históricos que dão suporte a essa discussão, porém cabe esclarecer que afirmar a distinção entre ambos traz a necessidade de um regresso à ideia de justiça, sem, contudo, restaurar o discurso jusnaturalista. Adota-se, nesse contexto, a perspectiva de Neves e Kaufmann. Ver, nesse sentido, Kaufmann quando afirma que “*una situación en la que el contenido del Derecho estuviese siempre y absolutamente positivizado sería idílica. Pero sabemos por experiencia que este no es el caso: sabemos que se há positivizado la pura injusticia. Los contenidos concretos del Derecho no pueden alcanzar, en mayor o menor grado, e incluso de ningún modo, la realización. La esencia y la existencia del Derecho no tienen porque ir siempre parejas, pues existe entre ellas cierta contraposición, una diferencia ontológica. Es característico, tanto para el positivismo como para el jusnaturalismo, el no hacer caso de esa diferencia para poder coordinar legitimidad y positividad del Derecho. Esta tensión no culmina en anulación: la diferencia entre esencia e existencia es ontológica, no es circunstancial: está presente en todos los entes terrenales*”. (KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*, op. cit., p. 41). Em Neves, de modo bastante próximo a Kaufmann, tem-se: “*Se a fundamentação jusnaturalista invocava uma acrítica referência*

o Direito ou a atividade jurisdicional foram monopólios do Estado, ou melhor, nem sempre a civilização conheceu um Estado,<sup>28</sup> uma vez que esse surgiu apenas na modernidade e só então passou a imprimir uma concepção e valores à jurisdição e ao direito por ele conduzidos.

Assumindo a modernidade como marco para o surgimento do Estado (moderno), tem-se que foi só a partir de então que se pôde falar em uma função nitidamente jurisdicional. Nos primórdios da civilização, antes de o Direito ser um monopólio estatal, ele era uma manifestação divina, revelado exclusivamente pelos sacerdotes, cuja atividade não pode ser identificada à função jurisdicional, limitando-se, apenas, a legitimar a defesa privada.

---

*já ontológico-metafísica, já antropológica que se revelou insustentável, e a fundamentação racionalista, sob os diversos modelos de auto-constituídas racionalidades procedimentais, implicava afinal pressuposições que a invalidam nesse sentido, não fica excluído que se reconheça na experiência (poderá dizer-se, humano-hermenêutica) da histórico-cultural prática humana e da corresponsabilizante coexistência uma específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido, e estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, intencionalidades que referem sempre e convocam constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos que pertencem ao ethos fundamental ou ao seu episteme prático de uma certa cultura numa certa época.” (NEVES, António C. *A crise actual da filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 146).*

<sup>28</sup> Para os limites desta pesquisa, valendo-se de um sentido mais restrito – e mais adequado para esta discussão – a palavra *Estado* surge apenas no começo dos tempos modernos, em especial a partir do século XV. Essa conotação de Estado ergue-se para atender a uma nova realidade, apresentando-se como uma organização estatal completamente distinta das anteriores. Essa acepção, portanto, justificaria a descontinuidade entre o Estado moderno e aquelas formas organizacionais que o precederam, denominadas, por Morais e Streck, como formas estatais pré-modernas, dentre as quais se destaca o “Medievo”. A passagem do Medievo para o Estado moderno se deu na mesma medida em que se avança do feudalismo em direção ao capitalismo, momento em que surge o Estado moderno em sua primeira versão, qual seja, Absolutista. Em sentido estrito, portanto, somente a partir do Estado moderno é viável falar-se em Estado, tornando-se redundante a expressão *Estado moderno*. Sob essa ótica, o Estado consistiria em um fenômeno da modernidade, tendo como sustentáculo, em seu surgimento, as teorias absolutistas e um cenário concreto de urgência da concentração de poder. Inserido nessa discussão, Bobbio é bastante oportuno ao tratar da questão do nascimento da palavra *Estado*, bem como da questão da (des)continuidade histórica do Estado moderno em relação às ordens estatais precedentes. Para ele, saber se o Estado existiu sempre ou se existe somente a partir da Era Moderna consiste em uma questão dependente unicamente da definição da qual se opte: ou se por uma definição mais ampla, ou se por uma definição mais restrita. Assim, “a escolha de uma definição depende de critérios de oportunidade e não de verdade”. (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1987. p. 65 ss). Sobre a discussão acerca das formas estatais pré-modernas, ver: (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz B. de. *Ciência política e teoria geral do Estado*, op. cit.

O surgimento da jurisdição estatal, nessa perspectiva, coincide com a formação do Estado moderno. Ambos – Estado moderno e jurisdição estatal – nascem em oposição à sociedade medieval pluralista, que compreendia diversas fontes de direito e formas de resolução de conflitos, caracterizando-se pela multiplicidade e descentralização do poder. Ergueu-se, assim, sobre os escombros do Medieval, o Estado moderno, centrado no Absolutismo,<sup>29</sup> convertido posteriormente ao Liberalismo, pretendendo-se, após, um Estado social e, mais recentemente, um Estado Democrático de Direito,<sup>30</sup> com base em valores constitucionais.

A civilização moderna testemunhou essa mutação estatal. As grandes transformações (no âmbito da política, da economia, da cultura, etc.) resultaram em uma nova sociedade que passou a exigir um novo Estado a cada nova fase. O constante e dinâmico processo evolutivo do Estado moderno foi marcado primeiramente pela presença de um poder ilimitado, absoluto e perpétuo, concentrado nas mãos de um monarca, justificado

---

<sup>29</sup> Sob os escombros da sociedade feudal, moldado sob a perspectiva das monarquias absolutistas, emerge o Estado absolutista. Nas palavras de Miranda, o Estado estatal da sociedade medieval foi substituído pelo Estado absoluto, que afirmava o princípio da soberania, não aceitando qualquer interposição a separar o poder do Príncipe e os súditos. (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002). O Estado, em sua primeira versão absolutista e como instituição centralizada, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do Capitalismo, quando essa, por razões econômicas, abriu mão do poder político, delegando-o ao soberano. Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então um privilégio da aristocracia. (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 136). Assim, apesar de o Estado absolutista ter como um de seus alicerces o apoio da burguesia aos monarcas, o ente estatal não foi controlado pela burguesia, que não ocupou o poder político do Estado absolutista, restringindo-se ao domínio do poder econômico. A partir do século XVIII, a burguesia não estava mais satisfeita em deter apenas o poder econômico, reivindicando o espaço político para fazer par ao poder econômico já conquistado. Testemunha-se, então, uma nova tensão: a tensão entre o político e o econômico. (STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz B. de. *Ciência política e teoria geral do Estado*, op. cit., p. 44). Nesse aspecto, pode-se ilustrar citando que “o absolutismo do poder monárquico é alcançado, ao menos em teoria, na medida em que o príncipe não encontra mais limites para o exercício de seu poder nem dentro nem fora do Estado nascente”. (BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Trad. de Carmen C, Varriale et al., coord. da trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Ed. da UnB, 1998. p. 429, v. 1. Verbete “absolutismo”).

<sup>30</sup> STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz B. de. *Ciência política e teoria geral do Estado*, op. cit.

ideologicamente na teoria do direito divino dos monarcas.<sup>31</sup> Os intelectuais da modernidade, sobrepujando a mentalidade medieval, alinhavaram uma nova ideologia política, legitimando o Absolutismo.<sup>32</sup>

As monarquias absolutistas e a atmosfera de opressão do Estado, aos poucos, ameaçaram os anseios da burguesia em ascensão e os ideais dos grupos protestantes. Aquele poder absoluto e ilimitado, antes necessário, tornou-se um obstáculo aos ideais e valores liberais que começavam a ser ensaiados.<sup>33</sup> O Estado absoluto, que antes incentivava a burguesia e sua força produtiva, passa a obstruí-la, impondo limites à propriedade e cerceando a livre-concorrência.<sup>34</sup> Paulatinamente, a burguesia, auxiliada pelas forças sociais populares e pelos pensadores liberais, fortalece-se.<sup>35</sup> O Estado absolutista passou a ser considerado um

---

<sup>31</sup> “O poder que se aglutina neste momento reflete a idéia de sua absolutização e perpetuidade. Absoluto, pois não sofre limitações sequer quanto à duração e, por isso, também perpétuo. Resta, apenas, adstrito às leis divinas e naturais”. (MORAIS, José Luis B. de. *Mediação e arbitragem*: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29).

<sup>32</sup> Dentre os principais teóricos do Absolutismo destacaram-se: Nicolau Maquiavel (1469-1527), Jean Bodin (1530-1596), Hugo Grotius (1583-1645), Thomas Hobbes (1588-1619) e Jacques Bossuet (1627-1704).

<sup>33</sup> “Esgotada a sua função histórica como moldura institucional propícia à acumulação capitalista, o Estado absoluto passou a constituir um entrave à expansão das forças produtivas, na medida em que impunha limitação à propriedade ao continuar legitimando a estrutura fundiária feudal, e cerceava a livre-concorrência, ao persistir na manutenção das corporações de ofício. Além disso, os antigos privilégios da nobreza, em especial, a isenção de impostos, continuavam a subsistir, onerando, assim, as demais classes sociais, notadamente a burguesia e o campesinato.” (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 21-22).

<sup>34</sup> Intensifica-se a luta entre a burguesia em ascensão e a monarquia em decadência. A derrocada das monarquias absolutas teve como grande marco a Revolução Francesa. Assumiram também especial relevância nessa mudança a Inglaterra e os Estados Unidos: aquela com a Revolução Gloriosa e com a Revolução Industrial; esses com as primeiras Constituições escritas em sentido moderno e com a Revolução Americana.

<sup>35</sup> Heller refere que a independência política do Estado absolutista vê-se ameaçada pelos poderes econômicos privados que haviam crescido poderosamente – poder econômico da burguesia. Reproduzindo-se as palavras de Heller tem-se: “*El poder del capital les permite dirigir la opinión pública de modo indirecto, valiéndose de las cajas de los partidos políticos y de los periódicos, del cine, de la radio y de otros muchos medios de influir en las masas, con lo cual adquieren un enorme poder político. Pero también pueden ejercer un influjo político formidable, de un modo directo, por la presión de su potencialidad económica sobre el poder del Estado, como, v. g., mediante la financiación de la acción directa de fuerzas de choque de carácter político-militar, o también por su competencia en materias técnico-económicas que los sitúan por encima de la burocracia, y, en fin, mediante sus grandes relaciones internacionales*”. (HELLER, Herman. *Teoria del Estado*. Trad. de Luís Tobío. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1990. p. 153-154).

empecilho ao desenvolvimento das atividades econômicas,<sup>36</sup> a expansão do capital precisava ir além das fronteiras nacionais, e o Absolutismo do *ancien régime* precisava ser substituído. O crescimento das economias de mercado e das mudanças na orientação econômica demandava novos rumos. A clareza cartesiana começa a despontar e contestar o Estado absoluto.

Diante das exigências por uma autonomia política e mais respeito às liberdades individuais, especialmente as religiosas, o edifício absolutista começa a ruir. Se o Estado absoluto emerge para se opor ao modelo organizacional da sociedade medieval e ao poder feudal, o Estado liberal, que vai sucedê-lo, consagrou-se pela firme tentativa (e pelo sucesso) de frear aquele poder ilimitado, absoluto e perpétuo característico do Absolutismo (do rei).<sup>37</sup>

O liberalismo surge como a melhor resposta contra o Absolutismo (do soberano). A autonomia da vontade recebe destaque bastante especial, expressando a limitação da autoridade por meio do dogma da separação dos poderes e do princípio da legalidade. Elege-se um novo soberano para o Estado moderno, qual seja, a assembleia parlamentar (a lei). O primeiro palco dessas modificações foi a França: a assembleia parlamentar francesa substituiu o rei na tarefa de legislar. O absolutismo do rei – um absolutismo institucionalizado – foi decapitado, mas o absolutismo da assembleia parlamentar francesa – um absolutismo velado – conseguiu ensaiar já seus primeiros sinais de vida.<sup>38</sup> Mesmo que não se adote a

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, consultar (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 64).

<sup>37</sup> Enquanto no primeiro momento demandava-se um poder absoluto, garantidor da segurança dos indivíduos contra outros indivíduos, ou seja, nas relações entre particulares; no segundo momento, passa-se a exigir certa segurança aos indivíduos em face do próprio ente estatal, desenhando-se, então, a segunda articulação institucional sucessora do Estado absolutista, qual seja, o Estado liberal com conotação absentéista – Estado mínimo. A partir da consolidação e expansão do liberalismo, rompe-se com o Estado absoluto e um novo perfil é assumido pelo Estado moderno, caracterizado pela omissão ante às questões de ordem social e econômica, baseado no princípio da não intervenção. É neste contexto que o Estado liberal é forjado, assumindo uma postura de Estado mínimo ou absentéista, dotado de funções ligadas tão somente à garantia da segurança e da propriedade privada, calcado no absentéismo estatal.

<sup>38</sup> Nesta quadra, o caminho trilhado pelo Parlamento inglês será outro: o Absolutismo é erradicado e a lei, conjugada a valores, dará origem ao sistema da *common law*. Nesse sentido, consultar (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, op. cit.; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trad. de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005).

perspectiva de uma continuidade do espírito monárquico nessa supremacia da lei, é praticamente inegável que se atribuiu à lei a responsabilidade de renovar o sistema jurídico da época. Certamente, não se trata da lei em sentido substancial, mas tão somente em sentido formal. Era tempo da primeira revolução do Estado de Direito<sup>39</sup> de que trata Ferrajoli, ou seja, da afirmação da onipotência do legislador.

Para atender a essa supremacia da lei, o dogma da separação dos poderes, também fixado pela Revolução Francesa, consolidou o Poder Legislativo como o protagonista do Estado. O objetivo era “impedir que o juiz interviesse como legislador; mesmo para melhorar o direito, o juiz não deve completar a lei nem interpretá-la”.<sup>40</sup> As decisões judiciais, os atos administrativos e os negócios jurídicos não eram vistos como atos de criação do Direito. Na verdade, não podiam criar direitos, mas apenas aplicar um direito predefinido pelo legislador.

O Direito, já predefinido pelo legislador, representava, assim, a vontade geral rousseuniana – *la volonté general*. Ao mesmo tempo que se proclama a soberania da nação, estipula-se que a lei é a expressão da vontade geral e que todos os cidadãos têm o direito de concorrer para a sua formação.<sup>41</sup> Porém, o Estado é o responsável pela *volonté*

---

<sup>39</sup> A expressão *primeira revolução* é aqui empregada no sentido utilizado por Ferrajoli. Na perspectiva dele, existem dois sentidos para o Estado liberal recém-formado, ou seja, dois sentidos para o princípio da legalidade que o apoia: um sentido fraco (formal) e um sentido forte (substancial). Aquele se refere a “*cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos*”, ao passo que um sentido mais forte refere-se “*sólo aquellos ordenamientos en que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos*”. No caso, o princípio da legalidade, nesse período inaugural do Estado liberal, assume-se com um sentido fraco, formal, “*como criterio exclusivo de identificación del derecho válido*”, alterando os paradigmas do direito e da jurisdição. A primeira revolução, nessa linha, representa a onipotência do legislador, submetido a vínculos exclusivamente formais (princípio da legalidade formal), e a segunda revolução representa o constitucionalismo e a positivação dos direitos fundamentais como limites substanciais para a lei (princípio da legalidade substancial). Ambos os perfis do Estado de Direito, seja o primeiro (fraco), seja o segundo (forte) resultam de transformações paradigmáticas, no que se refere à natureza e estrutura do Direito, da Ciência Jurídica, bem como da Jurisdição (FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; também publicado ena *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, n. 17, p. 31-46, 2001).

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 520.

<sup>41</sup> LEFORT, Claude. Nação e soberania. In: NOVAES, Aduino (Org.). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 69.

*general*.<sup>42</sup> Não só na França, mas em toda a Europa do século XIX, o poder do Parlamento se faz sentir de modo absoluto. A ideia de onipotência do Parlamento converteu-se em verdadeiro mito jurídico.

A influência que esse cenário exerce sob a concepção de direito e jurisdição é flagrante: tem-se nela uma função voltada eminentemente para dar atuação aos direitos privados violados, facilmente convertidos em valores pecuniários. Repararam-se direitos violados sem proteger direitos consagrados, ou seja, não há uma preocupação relevante com a prevenção do dano ou do ilícito. Na verdade, a preocupação principal, no cenário do Estado liberal, é com a construção de uma jurisdição atenta aos direitos privados violados.

Na verdade, o Estado liberal, cuja semente foi burguesa, adotava a mesma retórica do Estado absolutista, particularizada pela fundamentação da soberania não em Deus (poder divino do monarca), mas no povo. O Estado liberal mínimo representou a primeira forma de Estado de Direito,<sup>43</sup> concebido como aquele que realiza suas atividades subordinadas ao

---

<sup>42</sup> Para Rousseau, “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1996). Em que pese a crítica que se faz contra a vontade geral rousseauiana, há que se enfatizar a repercussão positiva desse conceito, como fonte permanente de inspiração. A teoria política de Rousseau, baseada na vontade geral, não se manifestou apenas na Revolução Francesa, mas inspirou muitas das teses republicanas e igualitárias no movimento de independência norte-americano e nas Constituições das 13 ex-colônias inglesas. Nesse sentido, ressaltando a contribuição da teoria da vontade geral, consultar FORTES, Luiz Roberto S. *Rousseau: o bom selvagem*. São Paulo: FTD, 1989. Na verdade, a ideia de *volonté generale* surgiu para cuidar de um problema político como argumento para a revolução e não como um problema filosófico.

<sup>43</sup> A locução “Estado de Direito” foi cunhada, pela primeira vez, na Alemanha, na obra de Weicker, publicada em 1813. Consultar (HAYEK, Friedrich August von. *Los fundamentos de la libertad*. 5. ed. Madrid: Unión, 1991. (capítulo 18).) Ao abordar a temática sobre Estado de Direito, Canotilho refere que “contra a idéia de um Estado de Polícia que tudo regula e que assume como tarefa própria a prossecução da ‘felicidade dos súditos’, o Estado de Direito é um Estado liberal de direito no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (‘Estado de Polícia’, ‘Estado Gendame’, ‘Estado guardanoturno’), remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 92-93).

Direito<sup>44</sup> (identificado com a lei), atuando em conformidade com a ordem jurídica. Foi esse o cenário do movimento de codificação presenciado pela modernidade, que consolidou a tradição jurídica romano-canônica. Assim, o modelo liberal formaliza-se como Estado de Direito, contrapondo-se ao modelo absolutista; e os valores liberais vão alimentar o movimento da codificação e a cultura jurídica europeia e dos demais países que recepcionaram ou foram influenciados pela doutrina da Europa Continental.

Toda a concepção de Direito e de jurisdição idealizada no contexto do Estado liberal foi o resultado da afirmação da onipotência do legislador, ancorada no princípio da legalidade formal<sup>45</sup> e na eliminação das tradições jurídicas do Absolutismo e do *Ancien Régime*. O objetivo era vincular o direito e, em especial, o exercício do poder pelos juízes à estrita legalidade formal. O direito, personificado na figura do juiz, falava por meio da *bouche que prononce les paroles de la loi*, reduzindo-se à lei, elevada a ato supremo. A jurisdição resumia-se à atividade meramente declaratória.

A autovinculação e a autolimitação jurídicas do poder estatal, portanto, impuseram-se cada vez mais, fomentando o movimento constitucionalista do século XIX, ou seja, a afirmação do caráter plenamente normativo da Constituição dos Estados, considerada a instância jurídica superior, símbolo maior do poder soberano.

Não se pode negar a íntima relação que se estabelece entre Direito e Estado, entre Justiça e Poder. A jurisdição, por sua vez, encontrou obstáculos no princípio da legalidade (formal) e no princípio da separação dos poderes, tal como concebido pela doutrina clássica.

Importante é apontar o Liberalismo como um legado do Iluminismo. Ora, o Iluminismo foi uma tentativa de substituir a religião, a ordem e o classicismo pela razão, pelo progresso e pela ciência, espalhando-se pela Europa, em meados do século XVIII.<sup>46</sup> Há, portanto, uma forte coincidência entre os ingredientes liberais e iluministas.

---

<sup>44</sup> Segundo Ferreira Filho, “é ao direito que o Liberalismo, descendente direto e imediato do Iluminismo, confia a tarefa de limitar, instituir e organizar o Poder, bem como de disciplinar a sua atuação, sempre resguardando-se o fundamental: a liberdade, os direitos do homem”. (*Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3-4).

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales: los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 53.

<sup>46</sup> Os contornos do Iluminismo foram ditados por Voltaire, Diderot, Hume, Smith e Kant, para citar alguns. A doutrina do Iluminismo, fortemente caracterizada pelo racionalismo e pela aversão ao Absolutismo e Mercantilismo, permitiu a discussão sobre direitos humanos, governo constitucional e liberdade econômica e, sobretudo, serviu de alicerce para o



As conquistas liberais – liberdade religiosa, direitos humanos, ordem legal, governo representativo responsável e legitimidade da mobilidade social – foram preservadas com o advento da democracia no Ocidente industrial, a partir da década de 70 (séc. XIX). O século XIX foi a idade de ouro do movimento liberal, porém nem todas as conquistas democráticas resultaram de forças explicitamente liberais, e vários foram os perfis assumidos pelo liberalismo, que teve como principais padrões o liberalismo de paradigma inglês e o liberalismo de paradigma francês.<sup>47</sup>

Entretanto, o modelo liberal clássico do Estado de Direito esgotou-se, havendo a carência de orientação das condutas humanas para a promoção dos desenvolvimentos econômico e social. A sociedade passou a exigir a presença de um Estado intervencionista.<sup>48</sup> O ideal de um Estado liberal, com postura absentéista, que não interferisse no domínio econômico, não correspondia mais à realidade da época.<sup>49</sup> Nesse momento, o cenário que se ergueu com o pós-guerra foi decisivo.

Na verdade, foi ficando cada vez mais difícil reduzir o Direito a Direito estatal exclusivamente. O cenário de internacionalização econômica, política e social provocou a aproximação de sistemas jurídicos e, principalmente, o desvelamento de novos direitos. Paralelamente, tem início um movimento de revisão das fontes do Direito com um questionamento acerca da supremacia da lei/legislador e da força do princípio (formal) da legalidade formal que ganha espaço. Como refere Sundfeld,

---

Estado liberal, assumido como república representativa constituída pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). A partir da concepção de tempo, assumida na presente pesquisa, é razoável imaginar uma crítica aos ideais liberais e iluministas que alimentam, ainda hoje, o paradigma racionalista e o paradigma liberal-individualista-normativista. No entanto, não se pode negar a contribuição desses movimentos para aquele período da história e a evolução em termos políticos e filosóficos. Na verdade, trata-se, nos exatos limites deste trabalho, de avançar da crise (paradigmática) à crítica, em que a crise assume o significado (positivo) de ruptura com o passado e compreensão do presente, no sentido da construção de um futuro (possível). Negar a crise, portanto, é ocultar a temporalidade e se deixare seduzir pela tentação do óbvio.

<sup>47</sup> Ver, nesse sentido, a obra (MERQUIOR, José Guilherme Alves. *O liberalismo antigo e moderno*. Trad. de Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991).

<sup>48</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1982. p. 23.

<sup>49</sup> Dallari refere que, apesar de o Estado liberal, com um mínimo de interferência na vida social, ter trazido, de início, alguns inegáveis benefícios (valorização do indivíduo, desenvolvimento da ideia de poder legal a sobrepor-se a ideia de poder pessoal), o próprio modelo liberal criou as condições para a sua própria superação. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000).

a crise econômica do primeiro pós-guerra levou o Estado a assumir – forçado, diga-se, pelas exigências da própria sociedade – um papel ativo, seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre poderes econômicos e miséria (defendendo trabalhadores em face de patrões, consumidores em face de empresários).<sup>50</sup>

Nesse cenário, não era mais possível prescindir-se de uma postura interventiva do Estado sobre o domínio socioeconômico.<sup>51</sup> O reflexo foi o progressivo alargamento das funções públicas. Novamente a burguesia atua como personagem na transformação do Estado.<sup>52</sup> Dá-se, portanto, a transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, permanecendo alguns caracteres essenciais do Estado absolutista e outros do Estado liberal, como a base nacional-territorial, a unificação administrativa, o arcabouço constitucional e a referência aos direitos e às garantias fundamentais.<sup>53</sup> Insere-se, no entanto, um novo componente, qual seja, a função social.<sup>54</sup> Conforme refere ZIPPELIUS,

---

<sup>50</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 54.

<sup>51</sup> MARIN, Jeferson Dytz. Constituição, Estado Democrático de Direito e Novos Direitos. *Revista dos Tribunais*, v. 928, p. 187-198, 2013.

<sup>52</sup> Scaff infere desse cenário que a burguesia, ao sentir-se ameaçada pelas tensões sociais existentes, acaba por facilitar a realocação das forças do Estado, permitindo sua participação no processo produtivo do sistema econômico-político. (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 39).

<sup>53</sup> SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do Direito e filosofia política*. Porto Alegre: Safe, 1987. p. 112.

<sup>54</sup> A partir da leitura de Pasold, observa-se que a função social do Estado, apesar de não possuir um conteúdo fixado *a priori* e imediatamente, não pode ser compreendida com uma conotação de paternalismo ou de protecionismo, mas como uma consequência da necessária interação continuada entre Estado e sociedade. Em sendo assim, o Estado, necessariamente, precisa assumir dimensões fundamentais, executando determinadas atividades para a consecução dos objetivos pretendidos e anseios sociais, considerando as peculiaridades da época, haja vista tratar-se de um dever do Estado ante a sociedade. Para a compreensão da função social do Estado, Pasold parte dos elementos: sujeito, objeto e objetivo, afirmando que a função social do Estado deve englobar a execução de ações que respeitem e valorizem o sujeito, observando o seu objeto e cumprindo com o seu objetivo, privilegiando o social e valores fundamentais do ser humano. A função social relaciona-se com a justiça social. (PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do Estado contemporâneo*. Florianópolis: Ed. do Autor, 1984).

a passagem do Estado liberal ao Estado Social Moderno foi caracterizada por o Estado ter incluído no âmbito da sua atuação política, em medida crescente, aquelas decisões respeitantes às finalidades sociais e económicas e à sua efetivação planejada. Os principais elementos componentes deste alargamento das funções públicas foram a promoção do bem comum e da justiça social.<sup>55</sup>

No Estado Social de Direito, o seu conteúdo jurídico passa a ser a questão social, visando ao bem-estar geral e se dispendo a controlar os aspectos económicos, sociais e culturais da sociedade.<sup>56</sup> Sobre essa nova roupagem do Estado de Direito, García-Pelayo vai afirmar que “não só se incluem direitos para limitar a ação do Estado, como também direitos a serem prestados pelo Estado, que, naturalmente, deverão obedecer a um princípio de eficácia, o que exige harmonização entre racionalidade jurídica e racionalidade técnica”.<sup>57</sup>

Na sequência de transformações verificadas no Estado de Direito, percebe-se que a garantia de liberdades negativas, privilegiando o indivíduo, e a promoção de liberdades positivas, atendendo ao bem-estar comum, deixaram de ser suficientes para suprir os anseios da sociedade da época, a qual passava a reivindicar uma pretensão à igualdade. Deu-se, assim, uma tentativa de transformação do *status quo* com o acréscimo do elemento democrático ao Estado de Direito. Trata-se do Estado Democrático de Direito.

Os modelos do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito não conseguem dar conta das progressivas e constantes demandas sociais, em especial, no âmbito do ideal de liberdade e igualdade, da limitação do poder, da proteção e implementação dos direitos.<sup>58</sup> O novo modelo de Estado de Direito – o Estado Democrático de Direito – tem o objetivo de imprimir o ideal democrático ao Estado de Direito, em que a “preocupação

<sup>55</sup> ZIPPELIUS, *Teoria geral do Estado*, op. cit., p. 144.

<sup>56</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1982. p. 24.

<sup>57</sup> Tradução livre da autora. No original: “[...] no sólo incluye derechos para limitar la acción del Estado sino también derechos a las prestaciones del Estado, que, naturalmente, han de obedecer al principio de la eficacia, lo que exige una armonización entre la racionalidade jurídica y la racionalidade técnica”. (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1982. p. 56).

<sup>58</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.77.

básica é a transformação do *status quo*".<sup>59</sup> O Estado Democrático de Direito, segundo Morais e Streck, possui um "conteúdo transformador da realidade", distinguindo-se do Estado Social de Direito, que visava à "adaptação melhorada das condições sociais de existência".<sup>60</sup> Streck vai dizer que "o Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social".<sup>61</sup> O Estado, visto como fenômeno da modernidade, teve várias roupagens, todas elas com consequências para a concepção de Direito e de jurisdição de um determinado período.

#### **4 Por uma releitura necessária do Direito e do processo: impactos na concepção de jurisdição**

Uma releitura do Direito e do processo civil modernos é condição de possibilidade para a superação do Direito como sistema de regras e para a assunção de uma materialidade ocupada pelos princípios. Já não é novidade que grande parte dos direitos, tanto de cunho patrimonial como não patrimonial, não podem ser adequadamente protegidos, sequer concretizados, através da função reparadora e individualista exercida pela jurisdição. Não raro é possível verificar a inefetividade dessa função jurisdicional.

O resultado dessa releitura será a abertura de espaço para um novo cenário, para um novo paradigma hermenêutico ou, quiçá, para a libertação do Direito dos grilhões paradigmáticos, favorecendo, desse modo, o reconhecimento de que o Direito nasce do fato e não da lei. É preciso, no entanto, estarmos dispostos a essa releitura, suspendendo alguns prejuízos e desconfiando de algumas obviedades que se costumam reproduzir sem uma reflexão mais profunda.

---

<sup>59</sup> MORAIS, José Luis B. de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p.74.

<sup>60</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz B. de. *Ciência política e teoria geral do Estado*, op. cit., p. 90.

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit., p. 39.

#### 4.1 O desvelamento dos novos direitos e o redimensionamento do papel da jurisdição e do juiz

Ora, o desvelamento dos novos direitos – o processo de multiplicação e direitos – que se verifica a partir dos últimos séculos, seja pelo aumento de bens a serem tutelados, seja pelo aumento do número de sujeitos de direito, ou ainda, pela ampliação do *status* dos sujeitos,<sup>62</sup> somados às alterações no perfil da sociedade brasileira e do Estado moderno (desde o modelo liberal clássico, passando pelo (ou saltando o) Estado social, até chegar – ou pretender chegar – ao Estado Democrático de Direito),<sup>63</sup> exige (a) que se questione o papel da jurisdição ante a concretização dos direitos; e (b) que se reconheça a função social do Direito Processual, superando a falsa ideia de que o processo se reduz a um simples procedimento.

Esses problemas podem ser apresentados como pertencentes a duas categorias, conforme expõe Neves: são os problemas estruturais ou externos ao exercício da jurisdição e o problema intencional, ou seja, o problema do sentido, do sentido da jurisdição, o qual orienta a discussão sobre a Crise do Juiz, a Crise da Justiça, crises, essas, que não podem se traduzir exclusivamente ao negativo circunstancial, mas, em especial, à consumação histórico-cultural de um sistema, ou seja, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas. Para adotar uma terminologia que já faz parte do modismo intelectual, a crise representa o cenário de um paradigma que, antes em vigor, agora se esgotou, clamando por um novo, por um novo modelo de pensamento.

É evidente que o principal elemento fundante dos sistemas e dos paradigmas não se concentra na sua estrutura, mas, antes, no seu sentido, eis que se a estrutura organiza e permite o funcionamento do sistema ou de um paradigma, só o sentido funda e constitutivamente sustenta. Por essa razão, concorda-se com Neves, quando, enfaticamente, alerta que uma crise só pode ser superada pela reflexão fundadora de um novo sentido. Se assim é, não há como fundar um novo sentido sem distinguir

---

<sup>62</sup> Sobre a multiplicação dos direitos, consultar (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, op. cit. Ver também: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000).

<sup>63</sup> Sobre as diversas roupagens do Estado moderno, consultar (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz B. de. *Ciência política e teoria geral do Estado*, op. cit.

os problemas estruturais e o problema intencional, traçando uma reflexão crítico-reflexiva acerca dos mesmos.<sup>64</sup>

Os problemas estruturais – externos ao exercício da função jurisdicional – consideram o poder, a organização, a responsabilidade e o modo desse exercício, mas não se referem à intencionalidade material da própria jurisdição como jurisdição e o sentido que ela assume e realiza. Dizem o modo do fazer jurisdicional, mas não dizem “o que é” esse fazer ou “o que” nele se faz. São: (a) os problemas diretamente político-constitucionais; (b) o problema institucional; e (c) o problema da legitimação decisória. Os problemas estruturais ou externos são condições de possibilidade da jurisdição que se pretende, mas o problema intencional, ou interno, compreende os momentos constitutivos da jurisdição, toca a essência, e não, a forma; a substância, e não, o procedimento. Assim, se tem que a realização da essência está condicionada à correta ou adequada solução dada aos problemas estruturais; a solução correta ou adequada será um correlato funcional do que seja (ou se pretenda que seja) a jurisdição enquanto tal. Como bem refere Neves, pensar o sentido da jurisdição é pensar a sua relação com o Direito (*juris-dictio*), o que significa que um diferente sentido do Direito implicará, correlativamente, um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo. Importa, portanto, mais que discutir problemas estruturais do Poder Judiciário e da jurisdição, investigar sobre o problema do sentido, do sentido da jurisdição, para que, assim seja, possível ressignificar o Direito e a jurisdição e, consequentemente, o próprio papel do jurista.<sup>65</sup>

O magistrado, na jurisdição coletiva, não é imparcial tal como é na jurisdição que tutela direitos individuais, razão pela qual as concepções de Micheli e Silva revelam-se insuficientes para explicar a jurisdição coletiva. O que efetivamente caracteriza a jurisdição coletiva, no Estado Social e Democrático de Direito, é a presença de um terceiro que integra o conflito de interesses. No âmbito da tutela coletiva, o magistrado não pode ser visto como um terceiro imparcial, mas como um agente que transforma a realidade social, realizando direitos fundamentais. A imparcialidade do

---

<sup>64</sup> Nesse sentido (NEVES, António C. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXIV, p. 1-44, 1998.

<sup>65</sup> NEVES, A. C. Entre o ..., op. cit., p.1-44.

magistrado, embora mais fácil de ser compreendida no âmbito das ações individuais, também é bastante criticada e questionada, principalmente nas ações individuais que tenham por objeto direitos sociais e individuais homogêneos, que também se classificam como transindividuais.

Assim, a jurisdição pode ser definida a partir da presença de um terceiro – que é o magistrado –, que tem por função primordial a realização de direitos fundamentais. Como integra o conflito, o magistrado tem um papel fundamental nas ações que têm por objeto interesses coletivos, que é a de realizar direitos fundamentais.

Nesse sentido, Taruffo<sup>66</sup> aponta três linhas para uma reflexão orientada à superação da situação problemática no Direito Processual Civil, admitindo que são aspectos que poderão alcançar também o processo penal e, ainda, para além do contexto italiano, pois se trata de situação comum a muitos países. A primeira direção rumo à superação da situação problemática no Direito Processual seria uma mudança na cultura processualista, que se sobreponha a atitudes obsoletas, formalistas da dogmática tradicional. A segunda direção é no sentido da recuperação e reformulação dos valores fundamentais e dos princípios gerais considerados válidos para o processo. A terceira direção está na redefinição da sistemática dos instrumentos de tutela processual.

Surge, portanto, a necessidade de uma nova forma de atuação do Direito e dos juristas, que passa por quatro principais aspectos: (a) a recuperação do sentido do Direito; (b) a recuperação do papel do poder (função) judicial; (c) a concretização jurídica e social dos direitos; e (c) a rediscussão do Direito Processual. Portanto, para que se alcance algum contributo para o processo civil moderno, não se pode furtar-se de, antes, investigar sobre o sentido do Direito e os modelos jurisdicionais de realização do Direito, buscando, com isso, identificar indícios da superação de velhos paradigmas e diagnosticar um novo caminho para o Direito e, conseqüentemente, para o Direito Processual Civil.

Não se trata de apresentar soluções, mas antes de “problematizar o problema” da (in)efetividade da jurisdição e sua insuficiência na proteção de direitos difusos e coletivos, sem ocultar a fragilidade das reformas processuais propostas pelo *establishment* e das construções doutrinárias,

---

<sup>66</sup> TARUFFO, Michele. Racionalidad y crisis de la ley procesal. *Doxa – Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n. 22, p. 311-320, 1999.

eis que reproduzem o paradigma dominante, sem problematizá-lo, sem revelá-lo, sem um “dar-se conta”, sem o necessário enfrentamento da crise de paradigmas que assola o Direito e o processo.<sup>67</sup>

Retomando a sugestão de Taruffo sobre as três linhas para uma reflexão acerca da superação da situação problemática atual, é possível identificar alguns indícios que atestam já essa superação, com repercussão nas tarefas da função jurisdicional e na atual situação jurídico-jurisdicional.

Ao falar sobre isso, Neves detecta alguns fenômenos jurídicos que indicam a superação do Positivismo, quais sejam: (a) a recuperação da autonomia normativo-intencional do Direito perante a mera legalidade, na medida em que há uma renovada distinção entre *lex* e *ius*, seja através da preferência jurídica dos direitos (fundamentais) perante a lei, seja pelo reconhecimento de princípios normativos translegais (que transcendem a lei/legalidade); e (b) o reconhecimento de limites normativo-jurídicos da lei (os limites objetivos, os intencionais e os temporais).

Ainda no cenário atual, (re)afirmam-se direitos fundamentais nas Constituições e nos princípios normativamente materiais, colocados antes e acima da lei. Essa deixa de ser o fundamento de validade jurídica dos direitos, e esses – reconhecidos como fundamentais – passam a condicionar a validade daquela. A normatividade passa a ser determinada realizando-se e na sua realização, eis que é reconhecida na *práxis* histórico-social. Torna-se já impossível continuar a identificar o Direito com a legislação, bem como a idealizar o Poder Judicial como um poder nulo, acético, insípido. Daí falar-se na necessária revisão do problema das fontes do Direito e do princípio da separação dos poderes.<sup>68</sup> Para expressar este contexto, Neves, num esforço de síntese, vai afirmar que

as normas legais esperam a sua aplicação e em último termo visam-na, mas podem compreender-se e determinar-se sem ela, ou seja, na sua subsistência abstrata; não assim os princípios, já que o seu verdadeiro sentido não é determinável em abstrato, 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 sua

---

<sup>67</sup> LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. O Direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. *RECHTD* – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 165-174, 2012.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 5, 12-13.



determinação em concreto será chamada, numa responsabilidade iniludível, a jurisdição nos seus juízos decisórios em soluções das controvérsias práticas suscitadas pela invocação daqueles mesmos direitos e destes princípios.<sup>69</sup>

Afora a recuperação da autonomia normativo-intencional do Direito perante a mera legalidade, implica a superação do positivismo, o reconhecimento de limites normativo-jurídicos que fazem ver que é através da jurisdição que vai se dar a realização concreta do Direito, em necessária intenção normativamente constituenda. Esses limites desvelam o espaço do Poder Judicial, da jurisdição e do papel do juiz. O Direito legalmente positivado não alcança a dinâmica social, ficando aquém do domínio histórico; socialmente problemático a que terá de responder jurídico e normativamente. Isso significa que esse limite objetivo exige um desenvolvimento autônomo do Direito através da sua própria realização, ou seja, da sua jurisprudencial realização, afirmando-se não como um sistema fechado, mas, antes, como um sistema aberto. De outro lado, existem limites intencionais que fazem reconhecer que a realização do Direito está para além de um sentido lógico-dedutivo e formal, apresentando-se como insuficiente à subsunção da lei ao caso. A realização do Direito vai assumir um sentido normativamente material, mostrando-se concretamente adequada ao mérito problemático dos casos decididos e normativamente justificada em referência aos fundamentos axiológico-normativos que dão sentido normativo material ao próprio Direito. Por fim, há também os limites temporais, catalogados por Neves, ao lado daqueles objetivos e intencionais, todos eles desconsiderados pelo Positivismo. Os limites temporais, assim, surgem do reconhecimento da dimensão histórica do Direito e do seu sistema normativo. O Positivismo, em qualquer de suas vertentes, vai ignorar essa dimensão histórica, operando a partir de uma racionalidade lógico-abstrata revestida por uma subsistência atemporal, a-histórica.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 8- 9.

## **4.2 Uma releitura da concepção clássica de jurisdição para reconhecer o Direito como dimensão constitutivamente indefectível do Estado**

Na perspectiva de Neves, duas alternativas emergem: de um lado, é possível que a resposta seja a opção por uma sobrevalorização da estratégia político-social, assumindo-se o político como o único protagonista e, conseqüentemente, a função judicial como operador tático, através de meios institucionais e normativo-decisórios, ou seja, a jurisdição passa a ser instrumento dessa estratégia político-social ou *longa manus*. E, de outro, é possível que a resposta seja não uma disputa entre poderes, mas de afirmar o Direito ao poder, de reconhecer o Direito como dimensão constitutivamente indefectível do Estado e, assim, o Estado verdadeiramente como Estado de Direito. Nesse caso, a universalidade de certos valores e princípios normativos em que todos se reconheçam é irrenunciável. É nessa universalidade axiológico-normativa que se traduz a autonomia do Direito para Neves; terá de reconhecer-se no Direito a “medida de poder”, ou seja, a sua validade crítica perante o político. Ao se reconhecer essa autonomia do Direito, há que se chamar uma instância para contrapor-se à unidimensionalidade (ou totalitarismo) do político. E essa instância, por certo, não há de ser o Poder Legislativo ou a legislação, haja vista o seu compromisso político. A lei não é por si o Direito, podendo, inclusive, manifestar-se em contradição a ele. Essa instância há de ser o Poder Judicial, a jurisdição. Daí assumir-se a defesa da jurisdição estatal como instituição indispensável à prática democrática, ao exercício da cidadania e à realização da Constituição. Resta clara, portanto, a opção assumida por essa segunda alternativa, que se contrapõe à perspectiva de uma jurisdição como mero instrumento a serviço da estratégia político-social, na qual o político é o único protagonista.<sup>71</sup>

Mas, ainda assim, o problema do sentido da jurisdição não se põe como solucionado. É preciso, agora, investigar os modelos de juridicidade e seus correlativos modelos de jurisdição, entre os quais se pode continuar no caminho para uma resposta. Para tanto, assume-se a perspectiva de

---

<sup>71</sup> Ver, dentre as obras de Neves (NEVES, António C. *O Direito hoje e com que sentido? o problema actual da autonomia do Direito*, op. cit.; NEVES, António C. *Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 14; NEVES, António C. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, op. cit.).

Neves, a partir da qual são identificados os três modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do Direito, os quais se apresentam entre o legislador, a sociedade e o juiz. Esses três modelos são: o normativismo legalista, o funcionalismo jurídico e o jurisprudencialismo.

Não se pode ignorar as tentativas de recuperação desse normativismo legalista, sob outras roupagens: pela restauração do liberalismo radical, pelo pensamento jurídico-analítico ou, como alerta Neves, pelo funcionalismo sistêmico em alguma medida. O normativismo legalista não pode ser menosprezado, sob pena de se deixar conduzir pelo “canto da sereia”. Se assim é, importante visualizar o Normativismo legalista de que trata Neves, perspectivado pelo individualismo moderno-liberal e iluminista, conforme sinalizado noutra oportunidade. O normativismo legalista conta com um determinante antropológico, na medida em que a compreensão que o homem tem de si traz, implicitamente, a sua compreensão sobre o direito e a sociedade. Assim, a visão de mundo que havia no século XVI até o século XVIII, radicava na autonomia humana, na ruptura com a ordem teológico-metafísico-cultural transcendente. Àquele tempo, o homem assumia como fundamento único de sua ação e de seu saber, respectivamente, a liberdade e a razão, uma razão em diálogo com a experiência empírica. Paralelamente, afirmava-se, ainda, a secularização e a emancipação do econômico, especialmente em relação aos quadros ético-religiosos. Assim, o domínio da Práxis social era o domínio dos interesses, expressão prática da liberdade. A consequência foi a emergência do individualismo moderno-iluminista e do racionalismo.<sup>72</sup>

O racionalismo, posto como pano de fundo do normativismo legalista, passa a ser a expressão da *ratio* moderna – uma razão autofundada em seus axiomas e sistematicamente dedutiva nos seus desenvolvimentos; uma razão que deixa de ser ontológico-metafísico-hermenêutica como a razão clássica; uma razão como sistema, uma razão cartesiana. No contexto dessa visão de mundo, a visão de homens livres, racionais e, na sua liberdade também iguais, exigia-se a institucionalização de um novo poder, cujo sentido fundante estaria no contrato social. Um contrato social perspectivado por Hobbes, por Locke, por Rousseau ou por Kant. A

---

<sup>72</sup> NEVES, António C. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 15.

consequência, por certo, desse novo sentido fundante, aquele que o contrato constituísse, seria a constituição de uma legalidade: o Direito reduzido à lei.

Foi a crise do normativismo legalista e as modificações ocorridas na cultura europeia, no início da modernidade, que abriram espaço para um novo modelo de judicialidade: o funcionalismo jurídico.<sup>73</sup> Esse modelo de realização do Direito assume como referencial não mais o indivíduo (como o faz o normativismo legalista) ou uma associação atomística de indivíduos, mas a sociedade, teorizada como sistema social pensado funcionalmente, um sistema que funcionaliza todos os seus elementos e as suas dimensões, inclusive o próprio Direito.

O pensamento moderno, entre os séculos XVIII e XIX, trouxe uma nova compreensão sobre o ser. Essencialmente diferente do pensamento clássico, o moderno se enraíza na história. Rompe-se com os compromissos platônico-aristotélicos e a atitude contemplativa perante o ser. O homem moderno viu-se diante de um mundo de faticidade empírica e de causalidade, axiologicamente neutro,<sup>74</sup> e a modernidade associou-se, dentre outros, à ideia de que o mundo é passível de transformação pela intervenção humana e, portanto, as ações sociais dos indivíduos são mediadas por algum tipo de interesse com um sentido objetivo: um outro tipo de racionalidade passou a permear todo o agir social.

Ora, a racionalidade invocada pelo funcionalismo jurídico, na verdade, consiste em uma racionalidade finalística [*zweckrationalitat*], não axiológica [*wertrationalitat*] para falarmos com Weber.<sup>75</sup> Ou, ainda, de uma razão como instrumento, sob um aspecto utilitarista: uma razão instrumental na perspectiva de Horkheimer.<sup>76</sup>

Em Weber,<sup>77</sup> a racionalidade implica adaptação dos meios aos fins. No entanto, a *zweckrationalitat* é uma ação racional com relação a um objetivo, movida pelo sopesar das vantagens, das utilidades, dos efeitos e dos danos, ou seja, pondera-se sobre fins, meios e consequências que

---

<sup>73</sup> Integra-se, no âmbito do funcionalismo jurídico, o *Critical Legal Studies Movement*.

<sup>74</sup> As influências de Descartes e Leibniz foram determinantes para essa ruptura com o pensamento clássico e para uma nova compreensão do ser.

<sup>75</sup> WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 10. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

<sup>76</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Rio de Janeiro: Labor do Brasil, 1976.

<sup>77</sup> Foi Weber quem introduziu o conceito de *racionalidade*. (WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, op. cit.).

estão implicados na ação: enquanto a *wertrationalitat* é uma ação racional com relação a um valor, que assume, como referenciais, princípios e um sentido ético. A racionalidade finalística (formal), portanto, preocupa-se com o modo como se atinge o conteúdo, e não com esse propriamente dito – assume uma postura procedimentalista. A racionalidade axiológica (material), de outro lado, preocupa-se mais com o conteúdo, sem desconsiderar o modo de alcançá-lo, porém aquele é a principal preocupação. A passagem do pensamento clássico para o pensamento moderno faz com que as categorias da ação e do comportamento em geral não mais sejam as do bem, do justo, da validade (axiológica material), e sim as do útil, da funcionalidade, da eficiência. O processo de amplificação dessa racionalidade vai repercutir em um atrofiamiento dos valores em relação aos fins; dos fundamentos em relação aos efeitos. E, é claro, a legislação – um dos principais meios mobilizados pelo funcionalismo jurídico – passa a ser vista e tratada como instrumento de ação política, sem se reduzir às funções normativas de garantia dos direitos ou segurança jurídica ou de limite dos poderes.<sup>78</sup> A preocupação primeira da perspectiva funcionalista não está em saber particularmente o que é o Direito, mas, para que serve.<sup>79</sup>

Embora a perspectiva do funcionalismo possa trazer algumas contribuições, em especial no contraponto que faz aos compromissos ideológicos assumidos pelo normativismo legalista, ela peca por projetar o Direito como mero instrumento a serviço de finalidades externas a ele. A decisão judicial, na concepção funcional do Direito, é vista como a

---

<sup>78</sup> NEVES, António C. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.17.

<sup>79</sup> A complexidade do funcionalismo jurídico vai justificar o seu desdobramento em modalidades distintas: o funcionalismo político, o social-tecnológico, o socioeconómico e o sistémico. Uma abordagem detalhada sobre os mesmos não se faz imprescindível para atingir os objetivos propostos neste trabalho. Para uma melhor compreensão sobre eles, vale a exposição e cuidadosa crítica que lhes faz Neves ao longo de sua obra. O primeiro deles – o funcionalismo político – encontra expressão na “teoria crítica do direito” ao assimilar o projeto filosófico-social da Escola de Frankfurt, bem como no “*Critical Legal Studies Movement*”. O funcionalismo social-tecnológico é percebido na “*social engineering*”, de Pound ou no racionalismo crítico de Albert, que converte a teoria epistemológica de Popper para o pensamento jurídico. Já o funcionalismo socioeconómico está contido na “análise económica do Direito”, na perspectiva da “maximização da riqueza”, de Richard Posner. Ainda nessa perspectiva, tem-se a abordagem preponderantemente económica do Direito de Calabresi e Coase. Destaca-se, ainda, o funcionalismo sistémico, cujos principais expoentes são Luhmann e Teubner.

realização de uma estratégia político-social, teleologicamente programada. É a decisão-solução como momento tático. Perspectiva essa sedutora, exatamente no contexto atual, em que o homem se preocupa com a eficiência, a utilidade, o dano, porém ignora, por vezes, o conteúdo e a materialidade de suas ações. Isso poderá conduzir o Direito à arbitrariedade, na medida em que ele nada mais terá a falar, visto que, na sua generalidade e realização concreta, é condicionalmente determinado pelos interesses política ou socialmente mais adequados. Como bem alerta Neves, o direito é, afinal, puramente política, no funcionalismo político; simplesmente tecnologia ou administração, no funcionalismo social e econômico. Veja-se que o funcionalismo jurídico não envolve as funções que o Direito exerce na sociedade, mas, antes, as funções que se pretende realizar através dele. Assim, pretender conferir funções ao Direito (ou realizar sua função), não significa que se esteja assumindo uma opção pela perspectiva funcionalista, mas, antes, uma opção pelo próprio Direito e pelo homem, ou seja, uma opção antropológico-cultural de que dependerá o sentido do Direito e a sua subsistência enquanto tal.<sup>80</sup>

Por fim, tem-se o jurisprudencialismo, trazido por Neves, como contraponto aos radicalismos dos dois modelos anteriores (normativismo-legalista e funcionalismo jurídico) e orientado por uma perspectiva polarizada no homem-pessoa, sujeito da prática problemática-judicanda e assumido como a reafirmação/recuperação do sentido da prática jurídica como *iuris-prudentia*: “axiológico-normativa nos fundamentos; prático-normativa na intencionalidade e judicativa no *modus* metodológico”. O jurisprudencialismo parte de uma perspectiva do homem-pessoa, ou seja, de uma perspectiva em que o Direito está diretamente a serviço de uma prática pessoalmente titulada e historicamente concreta.<sup>81</sup> Nega-se, assim, a identificação da pessoa com o *indivíduo* e se recusa o individualismo para desvelar a responsabilidade ética perante a pessoa em todo o universo humano, bem como a responsabilidade ética da pessoa relativamente a esse universo.

Dito de outro modo, a pessoa não é só sujeito de direitos, sejam eles fundamentais ou outros, mas simultaneamente sujeito de deveres. E mais:

---

<sup>80</sup> NEVES, António C. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 31-32.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 15, 32.

não são os direitos simples reivindicações politicamente sustentadas, tampouco os deveres, exterioridades limitativas só pelo cogente cálculo dos interesses e sempre repudiavelmente sofridos, como acontece com a polarização prática do indivíduo, mas manifestações mesmas da axiologia responsável e responsabilizante da pessoa. É essa abordagem, conforme adiante se terá a oportunidade de explanar, que irá fundar e fundamentar a crítica à abstração das pessoas e dos bens, própria da época do Direito liberal, e à sanção eminentemente ressarcitória no contexto do Direito Processual Civil. Ao assumir a defesa da jurisdição e do Direito não se esgota em mudança de instituições, exige-se mudanças de mentalidade. Afinal, não se faz futuro sem ideias.

Nessa perspectiva, uma concepção de jurisdição, de função judicial e do papel do juiz passa, necessariamente, pela recompreensão do próprio homem, de seus compromissos; passa pelo reconhecimento comunitário da pessoa e da sua dignidade ética, mas também assume implicações normativas, conseqüentes dessa recompreensão e desse reconhecimento. Trata-se, nas palavras de Neves, de uma “exigência de fundamento”, exigência essa que, como expressão de uma *ratio*, manifestação de um sentido, ou de um valor, ou de um princípio transindividual, está implicada no postulado do sujeito ético e na intenção de um social compromisso prático em que a racionalidade não advém de um teórico universal sistemático, mas de uma prática fundamentação normativa material. Sob essa ótica, o Direito não se reduz a simples objeto normativo para uma determinação estritamente racional, tampouco a mero instrumento ou meio de um heterônimo finalismo funcionalmente eficiente, mas um “axiológico-normativo fim em si – ele próprio um valor na validade que exprime”. Trata-se daquilo que Neves designa por “consciência axiológico-normativa da consciência jurídica geral da comunidade histórico-cultural”.<sup>82</sup>

Essa compreensão faz crer numa opção diversa, que não se enquadra nem no Jusnaturalismo, tampouco no Positivismo jurídico. Assume-se o Direito como “uma resposta culturalmente humana ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-

---

<sup>82</sup> Neste sentido, ver (NEVES, António C. A revolução e o direito. *Digesta*, op. cit., p. 51-239 (em especial p. 208-222); \_\_\_\_\_. Justiça e direito. *Digesta*, op. cit., p. 241-286 (em especial p. 274-284) e \_\_\_\_\_. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdiccional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 35).

social” sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas sim com a historicidade e a condicionalidade de toda a cultura. O Direito não é, portanto, um dado, um “descoberto” pela “razão teórica”, mas, antes, é constituído por exigências humano-sociais particulares e explicitadas pela “razão prática”. E mais: não trata simplesmente do resultado normativo de uma *voluntas* orientada por um finalismo de oportunidade ou a mera expressão da contingência e dos compromissos político-sociais, haja vista que a prática jurídica (decorrente também de uma prática histórico-cultural) convoca constitutivamente, na sua normatividade, certos valores e princípios normativos fundantes de certa cultura em certa época. Recusa-se, assim, a lei como critério jurídico para a decisão concreta, eis que se exige uma autônoma constituição da solução jurídica – não se identifica nem se esgota no texto legal. Esse é o núcleo da concepção jurisprudencialista, que, se acredita, muito poderá contribuir para o repensar do Direito Processual Civil, rompendo, assim, com as resistências hoje detectadas à função preventiva do Poder Judicial, da jurisdição, e à reformulação do papel do juiz.<sup>83</sup>

A consequência, é claro, é uma indeterminação normativa que vai exigir: primeiro, uma determinação de índole dogmática a que são chamadas as normas legais, com a complementaridade da reelaboração doutrinal e dos contributos jurisprudenciais (um sistema normativo) e, segundo, uma índole de mediação judicativa a realizar-se na concreta problematização dos casos decidendo (um problema prático). É exatamente a dialética entre o sistema e o problema, concentrados no objetivo judicativo de realização normativa, que desenha a racionalidade jurídica do jurisprudencialismo – racionalidade essa atenta à intenção de justiça material em relação ao problema (numa perspectiva substancialista), sem, contudo, ignorar a intenção de concordância normativa (que não se resume ao texto legal, mas o transcende, para alcançar os princípios normativos).

Assim, o alargamento e o aprofundamento da experiência problemática, vistos como experiência também histórica, não causam

---

<sup>83</sup> NEVES, António C. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, op. cit. e NEVES, António C. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 35-36.



estranheza, mas, antes, a angústia do estranhamento,<sup>84</sup> para falar com Heidegger. A mudança permanente nos horizontes de expectativa do homem está implicada em novas intenções que, através de novos problemas e novos sentidos às respostas, vão sendo assumidas, demarcando a capacidade hermenêutica do Direito. Não se admite uma sobrevalorização do sistema que se traduza no axioma de que os problemas a emergir serão unicamente aqueles suscitados tal qual os idealizados. Novas perguntas (problemas) surgem, bem como outros sentidos para as respostas, implicados em novas intenções, são assumidos: o Direito realiza-se na sua possibilidade de vir-a-ser, em constante tensão com o tempo. Neves vai dizer que

o problema deixa de ser a expressão interrogante da resposta-solução já disponível, ou a pergunta que antecipa e nos remete a essa resposta-solução, para ser uma pergunta que ainda não encontrou resposta, uma experiência problemática que não foi absorvida por uma intencionalidade dogmática acabadamente fundamentante.<sup>85</sup>

Ou seja, o Direito não é um dado, ou um objeto, mas, antes, um problema – um “contínuo problematicamente constituído”. Exatamente por isso, cumpre a ele ultrapassar o jurídico positivo e, como dito, recusar o texto de lei como critério jurídico para uma decisão concreta. Isso implica um diálogo problemático entre a norma (como normativa solução abstrata de um pressuposto problema jurídico tipificado) e as exigências normativas específicas do caso decidendo compreendido autonomamente. Há, portanto, inevitavelmente, uma mediação judicativa a que o intérprete (o julgador concreto-judicativo) será chamado e – veja-se – de que será o responsável.

---

<sup>84</sup> Segundo HEIDEGGER, a “angústia é a situação emotiva capaz de manter aberta a contínua e radical ameaça que sai do ser mais íntimo e isolado do homem”. Diante da angústia, Heidegger afirma haver duas soluções: ou o homem foge para a vida cotidiana, ou supera a angústia, manifestando seu poder de transcendência sobre o mundo e sobre si mesmo. (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II, op. cit.).

<sup>85</sup> NEVES, António C. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 38.

## 5 À guisa de uma conclusão possível

O jurisprudencialismo assume o paradigma da jurisdição centrado no juízo e não na subsunção lógico-dedutivista ou na simples decisão. Juízo esse que não se identifica com qualquer raciocínio lógico, mas que, antes, realiza o sentido prático de julgar. É um juízo da ponderação prática, de índole prático-argumentativa, que assume como critério fundamentos<sup>86</sup> – ou seja, um juízo que, mediante uma ponderação argumentativa racionalmente orientada, convoca posições divergentes e conduz a uma solução comunicativamente fundada. É preciso alertar, no entanto, que o argumento não é, nessa perspectiva, uma premissa, pois não se trata de uma proposição pressuposta de uma inferência necessária. Se assim fosse, estaríamos nos conduzindo para a mera subsunção lógico-dedutiva. Trata-se, portanto, de juízos axiológicos, normativamente críticos sobre o objeto problemático de resolução, cuja principal função social está na afirmação de valores em seu concreto cumprimento. Assim, para o jurisprudencialismo, a perspectiva normativa é imanente e o seu tempo é o presente (não o passado, como na perspectiva legalista, nem no futuro, como na perspectiva funcionalista), sendo indispensável o juiz e a sua responsabilidade ética de projeção comunitária.

O papel a ser assumido pelo juiz, nessa quadra, não é o de mero funcionário, servidor passivo do legislador ou simples burocrata, mas daquele que assume para si uma responsabilidade ética, que constitui o direito como expressão humana. É esse juízo que importa considerar para uma revisão do Direito Processual Civil e de seus compromissos ideológicos.

Não há como se desviar da perspectiva filosófico-fenomenológica para compreender a situação problemática do Direito hoje, especialmente no que se refere às insuficiências do Direito Processual Civil e os obstáculos à construção e à compreensão da tutela jurisdicional preventiva. Ora, sem o exercício filosófico-reflexivo, o homem (e o Direito) torna-se simplesmente vítima do processo histórico e do curso dos fenômenos.

---

<sup>86</sup> Esses fundamentos não são considerados como premissas ou como efeitos, mas fundamentos propriamente ditos, ou seja, fundamentos em que a normatividade do sistema da validade se manifeste e se determine, como bem refere Neves. (NEVES, António C. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 41).

Sem uma “parada” filosófica, novas atitudes dos juristas de hoje não podem ser pensadas, e o Direito não pode ser problematizado. Por óbvio, há que se pôr de lado aprofundamentos filosóficos, primeiro por não ser esse o objetivo da pesquisa; segundo, por não se ter condições e formação para fazê-lo. Porém, evidenciar os pontos de partida assumidos se faz necessário. O itinerário não se assenta em *essências* ou em *a priori*s ontológicos, mas assume a perspectiva do homem-pessoa e a defesa da jurisdição estatal, entendida como instituição indispensável à prática de um regime verdadeiramente democrático.

## Referências

---

- ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho procesal*. Buenos Aires: Ejea, 1963. v. 2.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, apud de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Nova edição.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. de Carmen C, Varriale et al., coord. da trad. João Ferreira; ver. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Ed. da UnB, 1998. v. 1.
- MORAIS, José Luis B. de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- MORAIS, José Luis B. de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CALAMANDREI, Piero. Limites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961.
- CALAMANDREI, Piero. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos Interesses Difusos. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, ano XII, n. 33, p. 169-182.

- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. I, separata, n. 18, p. 8-14, 1985.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Pádua: Cedam, 1936. v. 1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Jovene, 1965.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales: los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; também publicado na *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, n. 17, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva histórica da filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Shuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Ed. da Universidade São Francisco, 2005.
- HELLER, Herman. *Teoria del Estado*. Trad. de Luís Tobío. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1990.
- HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Rio de Janeiro: Labor do Brasil, 1976.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1982.
- KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Madrid – Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEFORT, Claude. Nação e soberania. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- LUNELLI, Carlos Alberto. Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção de bem ambiental: a contribuição do *contempt court*. In:

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson (Org.). *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Caxias do Sul: Educs, 2012.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. O Direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. *RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, 2012.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. O contributo do *contempt of court* para o processo ambiental. *Revista de Processo*, v. 218, p. 47-64, 2013.

MACHADO, Roberto. Introdução: por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Org., introd. e rev. téc. de Roberto Machado. 23. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007. p. X.

MARIN, Jefferson Dytz. A necessidade de superação da estandartização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas da tutela ambiental. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson (Org.). *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Caxias do Sul: Educs. 2012.

MARIN, Jefferson Dytz. Constituição, Estado Democrático de Direito e novos direitos. *Revista dos Tribunais*, v. 928, 2013.

MERQUIOR, José Guilherme Alves. *O liberalismo antigo e moderno*. Trad. de Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MICHELI, Antonio G. Per una revisione dela nozione di giurisdizione volontaria. *Rivista di Diritto Processuale*, Milão, v. 1, 1947.

MORAIS, José Luís Bolzan. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEVES, António C. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

NEVES, António C. A revolução e o Direito. *Digesta*, Coimbra: Coimbra, v. 1, p. 51-239, 1995. (em especial p. 208-222).

NEVES, António C. Justiça e Direito. *Digesta*, Coimbra: Coimbra, v. 1, p. 241-286, 1995.

NEVES, António C. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXIV, p. 1-44, 1998.

NEVES, António C. *A crise actual da filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiádes. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OST, Francois. *Entre droit et non-droit: l'intérêt: essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990. t. II.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do Estado contemporâneo*. Florianópolis: Ed. do Autor, 1984.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporaneo*. Madrid: Alianza, 1985.

PUGLIESI, Giovanni. *Il Processo civile romano*, 1961.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1996.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do Direito e filosofia política*. Porto Alegre: Safe, 1987.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz B. de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

TARUFFO, Michele. Racionalidad y crisis de la ley procesal. *Doxa – Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n. 22, 1999.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 10. ed. México: Fondo de Cultura Económica: 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Trad. de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trad. de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.