

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ – FAACZ
CURSO DE DIREITO

JHONNATAN RALYSTON BARCELOS FERREIRA DOS SANTOS

**ANÁLISE DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO À LUZ DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

ARACRUZ – ES

2019

JHONNATAN RALYSTON BARCELOS FERREIRA DOS SANTOS

**ANÁLISE DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO À LUZ DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Projeto de pesquisa apresentado
ao curso de Direito da Instituição
Faculdades Integradas de Aracruz
– FAACZ, sob a orientação do
Prof. Diego Crevelin.

ARACRUZ – ES

2019

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus pela força que me deu para cumprir essa missão, a minha esposa pela compreensão nos vários momentos em que precisei me afastar para me debruçar sobre os livros, e ao meu orientador, pelos diálogos e questionamentos ao longo da minha caminhada acadêmica.

“Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos”.
(MADISON, art. 51, p. 350)

RESUMO

O presente trabalho confronta os escopos presentes na Instrumentalidade do Processo com a separação dos poderes disposta na Constituição Federal de 1988. Primeiramente, apresenta-se um quadro sobre o que é a Instrumentalidade do Processo, bem como sua origem histórica, expondo suas bases teóricas, dando-se especial ênfase aos escopos estabelecidos na teoria. Após, desenha-se um quadro dos aspectos teóricos e políticos envolvidos na Constituição de 1988, descrevendo-se dois conceitos de constitucionalismo e da divisão de poderes, para, ao final, verificar se a Instrumentalidade do Processo se adéqua ao quadro constitucional desenhado, merecendo ser mantida ou afastada.

Palavras chaves: Instrumentalidade do Processo; constitucionalismo; separação dos poderes.

ABSTRACT

The present work confronts the scopes present in the Instrumentality of the Process with the separation of powers provided for in the Federal Constitution of 1988. First, it presents a framework about what is the Instrumentality of the Process, as well as its historical origin, exposing its theoretical bases, special emphasis is given to the scopes established in the theory. Afterwards, we draw a table of the theoretical and political aspects involved in the 1988 Constitution, describing two concepts of constitutionalism and the division of powers, in order to check if the Instrumentality of the Process fits the constitutional framework drawn, deserving be kept or removed.

Keywords: Process Instrumentality; constitutionalism; separation of powers.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. AS BASES DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	10
2.1 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	14
2.2 OS ESCOPOS DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	16
2.3 A INTERPRETAÇÃO NA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	20
3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	23
3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES	26
3.2 OS ESCOPOS E A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	30
3.3 OS CONSTITUCIONALISMOS BRASILEIROS.....	35
3.4 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	42
4. VISUALIZAÇÃO PRÁTICA DOS ESCOPOS.....	46
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

1. INTRODUÇÃO

O direito processual nem sempre foi visto como ciência autônoma, estando seu conceito, nos primórdios, fixado nas bases do direito material. Foi em meados do século XIX, a partir de quando o tradicional conceito civilista da ação principiou a ruir, elevando-se para um conceito com matriz disposta no direito processual, que chegou-se à ideia de processo como ciência autônoma¹.

Entre os diversos conceitos, destaca-se o instrumentalismo processual, movimento teórico arraigado à formação do processo como relação jurídica autônoma, sendo Oscar Von Bulow o primeiro a esquematizar e estabelecer objeto, requisitos e pressupostos próprios, distintos da relação de direito privado².

A Instrumentalidade do Processo, por sua vez, é a obra lançada por Cândido Rangel Dinamarco, sistematizando o instrumentalismo processual no cenário jurídico brasileiro. Na obra, o autor explica que o direito processual se desenvolveu em meio a uma ideia publicista, lembrando “que a nova relação jurídica incluía entre seus os seus sujeitos o juiz, órgão estatal, daí derivando a ideia de subordinação que no processo se dá.” (DINAMARCO, 2000, p. 44).

Alinhado à postura teórica do instrumentalismo processual, Dinamarco estrutura uma série de mensagens quanto à funcionalidade do processo, afirmando que é instrumento orientado para a efetivação de escopos captados pela jurisdição³, bem como meio de pressão para que o legislador ceda às imposições sociais, traduzidas pela atividade jurisdicional⁴.

Deste modo, a problemática consiste em questionar se a realização de escopos metajurídicos é compatível com o sistema positivo da separação dos poderes instituído na Constituição Federal de 1988.

¹ DINAMARCO, Cândido R.. **A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000. p. 17.

² Idem, p. 21.

³ “Do ponto de vista metodológico, essas considerações reforçam a ideia instrumental do processo civil e a da insuficiência da determinação do seu escopo jurídico. Ele é um instrumento, sim, mas não a serviço exclusivamente do direito substancial; sua missão mais elevada é a que tem perante a sociedade, para a pacificação segundo critérios vigentes de justiça e para a estabilidade das instituições (v. infra, nn. 19 ss.).” Idem, p. 44.

⁴ Idem, p. 43.

Ao realizar tal questionamento, temos como objetivo geral verificar se a Instrumentalidade do Processo é compatível com a Constituição Federal de 1988 e, como objetivo específico, definir se incentiva ou desencoraja o subjetivismo do juiz.

Investigar os aspectos citados é pertinente, primeiramente, por ser Instrumentalidade do Processo a tese com maior exposição no cenário jurídico brasileiro: conforme lembra Abboud (2008), ela se apresenta como uma corrente jurídica tão importante, que seus postulados figuram como “princípios do processo coletivo⁵,” podendo ser citado a instrumentalidade das formas⁶, flexibilização da técnica processual e o ativismo judicial.

Não obstante, parte da doutrina processualística brasileira não confronta o direito processual com a Constituição, deixando de buscar o conceito e a natureza jurídica do processo na Carta Magna⁷. Assim, é pertinente uma investigação que confira a conformidade dos postulados da Instrumentalidade do Processo com o texto constitucional. Notadamente porque o estágio jurídico-político do constitucionalismo, no cenário brasileiro, institui não apenas a pura legalidade, mas a legalidade constitucionalizada.

Para chegar aos resultados pretendidos por esse trabalho, a metodologia usada foi a realização de pesquisa bibliográfica, tendo por referencial teórico Cândido Rangel Dinamarco, Abboud, Carnio e Oliveira e Jeremy Waldron.

⁵ Confirmando a importância e influência da Instrumentalidade do Processo, a Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil traz expressamente o processo como instrumento. **Referência:** BRASIL. Senado Federal. Secretaria de Editoração e Publicações Coordenação de Edições Técnicas (Comp.). **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NORMAS CORRELATAS**. 2015. p. 26. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

⁶ “Com objetivo semelhante, permite-se no novo CPC que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeiçoada à processualística contemporânea, que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade.” Idem, p. 33.

⁷ Ver “O Processo como instituição de garantia”, de Eduardo José da Fonseca Costa, em que a ausência da busca da natureza jurídica na Constituição, pela doutrina, é apontada de forma crítica. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

2. AS BASES DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A Instrumentalidade do Processo não se confunde com o instrumentalismo processual: enquanto o segundo é um movimento teórico arraigado à própria formação da ciência processual, o primeiro sistematiza o instrumentalismo em terra brasileira.

Passaremos a tecer um breve esboço sobre o caminho percorrido do início da ciência processual até a Instrumentalidade do Processo, chamando atenção para o fato que uma teoria jamais parte de um ponto zero de influência, estando sempre ligada a um posicionamento científico anterior. Daí a importância de situar os aspectos temporais e espaciais que influenciaram a Instrumentalidade do Processo, para visualizar a partir de que pressupostos a teoria fala.

Podemos afirmar que o direito processual como ciência autônoma trilhou o caminho da superação da ideia da ação como simples exercício dos direitos e da jurisdição como sistema de tutela a esses direitos, chegando ao estágio do processo como ciência distinta do direito material⁸. Dinamarco explica a evolução:

“questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio romana*: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige o adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional.” (DINAMARCO, 2000, p.19)

Por sua vez, a ideia de processo como relação jurídica autônoma em relação ao direito material teve como primeiro sistematizador Oscar Von Bulow, com a publicação do livro *“La Teoría de Las Excepciones Procesales y Los Presupuestos Procesales”*, em 1868. Nesta obra, o autor dispôs o processo como uma relação jurídica distinta da relação de direito material, com pressupostos e requisitos de

⁸ “Havia um sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir.” DINAMARCO, Cândido R. **A Instrumentalidade Do Processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000. p. 14. Raatz (2019) afirma que houve um “desprendimento do tronco da árvore que compõe o direito civil”, sendo que “a ação, ou seja, o direito de ir à juízo para buscar a proteção de um direito, seria uma consequência da violação do próprio direito.” RAATZ, Igor. **A resistência instrumentalista e o surgimento da doutrina brasileira do garantismo processual: uma breve análise em dois atos**. 2018. Disponível em < <https://emporiododireito.com.br/leitura/28-a-resistencia-instrumentalista-e-o-surgimento-da-doutrina-brasileira-do-garantismo-processual-uma-breve-analise-em-dois-atos>>. Acesso em: 21 de outubro de 2019.

existência: identificou uma relação jurídica de direito público, em contraposição a uma relação de direito privado, marcado pela presença do estado-juiz e não apenas das partes⁹.

Na passagem abaixo, Raatz (2017) explica as bases do processualismo científico e esclarece um elemento central da teoria de Bulow, contido na obra:

“Como se vê, dois são os elementos centrais da teoria de Bülow: o primeiro é a existência de uma relação jurídica autônoma e distinta da relação jurídica de direito privado, inclusive formada por sujeitos distintos, no caso, o autor, o juiz e o réu.

Na base da teoria do processo como relação jurídica residia a constatação feita por Bülow no sentido de que os requisitos de existência e validade da relação jurídica processual seriam distintos daqueles pertinentes à relação jurídica de direito privado afirmada pelo autor. Com efeito, a falta ou o defeito de algum desses requisitos impediria o surgimento da relação jurídica processual, o que levou a considerá-los elementos constitutivos da relação jurídica processual, e a nominá-los de “pressupostos processuais”, tratando-os como supostos de fato da relação jurídica processual.” (RAATZ, 2017)

Ocorre que, além de conceber a relação processual como de direito público, Bulow incluiu na sua teoria a centralização processual no papel do juiz, dispondo às partes uma função meramente colaborativa. No entanto, conforme destaca Nunes (2012), as ideias de adesão, por Bulow, à centralização do processo na jurisdição só foram ser totalmente reforçadas no momento em que publicou *Gesetz und Richteramt (Lei e magistratura)*, livro em que defendeu a criação do direito pelo juiz. Publicada 17 anos depois do livro “Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais”, a obra confirmou a influência que o Movimento Direito Livre exercia sobre o autor.

Na doutrina brasileira, Raatz (2017) registra que Bulow sofreu influência de Rudolf Von Jhering, “fiador intelectual” do Direito Livre. Abboud, Carnio e Oliveira (2015), por sua vez, registram que o autor alemão foi influenciado pela leitura do livro *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (A Luta Pela Ciência do Direito), obra que inaugurou o Movimento do Direito Livre. E explicam o direito livre: ao lado do direito

⁹ “Visto que os direitos e obrigações aplicam-se entre os funcionários do estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que, as partes são levadas em conta unicamente no aspecto do seu vínculo e cooperação com a atividade judicial; essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública.” BULOW, Oskar Von. **La Teoría De Las Excepciones Procesales Y Los Presupuestos Procesales**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN Editora, 2005.

formal, emanado pelo legislador, existe um direito livre, sendo que, em casos específicos os juízes poderiam decidir inclusive *contra a lei*.

Em suma, o pai do processualismo científico iniciou a ideia do processo como relação jurídica distinta do direito privado, concebendo-a como ramo do direito público devido à participação do Estado-juiz. Porém, mais do que isso, concebeu o processo, já em sua origem, com centro de poderes nas mãos da jurisdição, inclusive, para criar o direito, sofrendo forte influência do Movimento Direito Livre.

As concepções teóricas e funcionais do processo promovidas por Bulow influenciaram diversos “sistemas” jurídicos.

O primeiro a sistematizar o processo como instrumento do estado foi o então ministro da Justiça do Império Austro-Húngaro Franz Klein, com o advento da ordenança Processual Civil Austríaca. Conforme destaca Pereira (2019), a motivação política do ministro era a pressuposição de que o processo era um mal social, que os sujeitos parciais tinham o descompromisso com a solução rápida e justa do processo. O mesmo autor ainda destaca:

“O esforço de Franz Klein é consentâneo a ideologia publicista que marcou a segunda metade do séc. XIX, passível de tradução nas ondas de socialização e moralização processuais por ele encabeçadas. Grosso modo, adotando os magistrados de poderes para coadjuvar a parte mais fraca da relação e controlando os comportamentos das partes por meio de regras éticas mais rígidas, mormente pela criação do “dever de veracidade” (diverso, porque mais intenso, os deveres de lealdade e probidade). Tudo isso, sem negligenciar que no pensamento kleiniano o processo se integrava a engrenagem de concretização do estado social. Era o início do “formalismo processual moderno.” (PEREIRA, 2019)

Pereira (2019) explica ainda que o “instrumentalismo aportou na Itália pelas mãos de Giuseppe Chiovenda”, inclusive com remissões do código chiovendiano à ZPO austríaca, e em Portugal, quando instituído o CPC português de 1939, através do processualista José Alberto dos Reis, influenciado profundamente por Klein e Chiovenda: tudo com vistas a superar um modelo de “juiz manequim” e assegurar o interesse do Estado na administração da justiça e na busca da verdade.

Assim, a Instrumentalidade do Processo não se confunde com o instrumentalismo processual: este foi um movimento teórico iniciado juntamente ao surgimento do direito processual como ciência autônoma, que somou à inovação científica a centralização do poder processual nas mãos da jurisdição, bem como advogou

possibilidades de criação do direito. Já a Instrumentalidade do Processo foi a obra que sistematizou o instrumentalismo processual em terras brasileiras, de forma que houvesse um referencial doutrinário em língua portuguesa. Sobre a distinção entre a Instrumentalidade do Processo e o instrumentalismo processual, RAATZ (2019) reflete:

“No Brasil, essa forma de pensar o processo foi colorida pelo influxo do “neoconstitucionalismo” a partir da Constituição de 1988, tomando-se como base a obra de Cândido Range Dinamarco chamada “A instrumentalidade do processo”, publicada em 1987. Sem desmerecer a obra de Dinamarco, não se pode dizer que ele tenha trazido tantas inovações. Ele só potencializou algumas coisas que já estavam em Bülow e Klein e que se amoldavam a essa visão de processo como instrumento que serve à jurisdição, afirmando que o processo é instrumento para que o Estado-juiz alcance escopos jurídicos e até mesmo metajurídicos. Portanto, a “instrumentalidade do processo” de Dinamarco é somente uma proposta de instrumentalismo processual.” (RAATZ, 2019)

O exposto nesse tópico não pretende realizar uma mera varredura histórica do referencial da Instrumentalidade do Processo, não devendo as bases históricas e políticas acima demonstradas serem vistas com indiferença.

Apesar da obra de Oskar Von Bulow ser única e preciosa por sistematizar a maior parte da Teoria Geral do Processo tal como a concebemos hoje, sua posição quanto à função da jurisdição traz uma profunda ligação com o movimento do Direito Livre que, por sua vez, advogava a libertação do juiz das amarras da lei.

Essa ligação das bases históricas da Instrumentalidade do Processo com o movimento do Direito Livre, por sua vez, deve ser avaliada de forma crítica, mediante o contexto da Constituição Federal de 1988, refletindo-se sobre as implicações (anti) democráticas que essa vinculação teórica e histórica pode trazer. Afinal, conforme refletiremos, vige no cenário brasileiro a separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário, bem como uma soberania do povo por meio da representação, no legislativo e diretamente, no judiciário. Por isso o arrolamento histórico e doutrinário realizado exterioriza a nossa preocupação sobre a vinculação teórica e histórica citada.

Disposto sobre o instrumentalismo processual e sua relação com a Instrumentalidade do Processo, passamos propriamente à análise da Instrumentalidade do Processo.

2.1. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A Instrumentalidade do Processo é uma teoria que desenvolve uma série de fundamentos que sustenta suas teses. Entre todas, interessa-nos, precipuamente, as questões inerentes aos escopos, de forma que a ele deteremos nossa atenção. No entanto, preliminarmente a eles, queremos destacar pontos importantes acerca da Instrumentalidade do Processo.

Dinamarco ventila sua teoria como adequada ao sistema jurídico brasileiro a partir de uma ideia fundamental principal: como pano de fundo do processo, vige no Estado ocidental contemporâneo um cenário político com feição social, publicista e interventor, responsável pelo destino dos seus cidadãos e bem-estar do seu povo, atuando por dever para a concretização dos fins da nação. Nas palavras do autor:

“Desempenha papel significativo, nesse contexto de tomada de consciência para o caráter público do direito processual e seus institutos, também a teoria geral do processo. Constitui poderoso fator de superamento dos resíduos privatistas de que imbuído o processo civil a unidade metodológica e conceitual que ela propõe.

[...]

De qualquer modo e apesar das vicissitudes e retardamentos apontados, o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais.” (DINAMARCO, 2000, p. 53)

Orienta assim que as instituições, inclusive o processo, sejam pensadas por um viés social, afastadas do privatismo e do individualismo forjados nas teorias dos séculos passados. Defende que o processo ideal é aquele com feição publicista, em que os fins estabelecidos pelo Estado se sobrelevam aos fins individuais, com a presença do juiz no conflito das partes e a subordinação dessas ao juiz e ao interesse do Estado:

“Essa visão instrumentalista favorece e explica as preocupações com numerosos pontos onde o interesse público no efetivo e adequado exercício da jurisdição sobreleva aos individuais em conflito e onde se restringe ou minimiza o valor da autonomia da vontade, para que uma das partes não possa prejudicar indevidamente os interesses da outra.” (DINAMARCO, 2000, p. 55)

A primeira consequência desse publicismo é a “superação” das condutas metodológicas anteriores, por serem ínsitas ao privatismo: o sincretismo e, posteriormente, a autonomia processual. Não haveria espaço para sobrevivência do Estado Liberal – e dos seus postulados - no Estado ocidental contemporâneo, de cunho social, nem nos Estados de regimes socialistas.

Dinamarco ainda dispõe que nessa espécie de política social, nada mais natural que a jurisdição seja colocada ao centro da teoria processual, em vez da ação e do processo. Na medida em que o Estado precisa cumprir fins que são seus, não faz sentido refutar essa centralização, pois o contrário seria admitir que o processo serve a fins individualistas.

Assim, estabelece que, nesse panorama político, a ação seria o “poder de exigir do Estado o exercício da jurisdição” e o processo seria “instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema).” (DINAMARCO, 2000, p. 79).

O legislativo, a dogmática processual e a pragmática judiciária devem observar essa mensagem da superação do privatismo, que corresponde ao abandono da postura meramente gnosiológica da autonomia processual, com natureza e objetivos puramente técnicos. Conforme:

“Não só a lei tende a dar-lhe expressamente esse poder, como ainda a consciência dos juízes vai se amoldando a essa tendência publicista e instrumental: sem contar a grande dose de liberdade investigatória praticada pelo juiz penal, mesmo o civil tende a sair da indiferença instrutória, especialmente em causas relacionadas com o direito de família, onde maior é a projeção ultrapartes dos efeitos da sentença e, portanto, menor a disponibilidade do direito substancial.” (DINAMARCO, 2000, p. 55)

Também a jurisdição tem seu conceito definido a partir da noção publicista, na Instrumentalidade do Processo, devendo ser inserida nos quadro político-social da nação, pois, aqui, suas decisões projetam-se em toda a sociedade, com reflexos para além da individualidade do processo.

Se a postura autônoma do direito processual propunha uma feição introspectiva, com fim do processo em si mesmo, a Instrumentalidade coloca o processo a serviço dos fins da jurisdição (que são os fins da sociedade a que pertencem). Pensar de forma contrária, afirma o autor, “é negar a potencialidade política da jurisdição e sua

inserção no universo da sociedade, não conferindo conteúdo substancial ao processo como instrumento”.

Passemos, por fim, à reflexão dos escopos contidos na Instrumentalidade do Processo.

2.2. OS ESCOPOS DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A definição dos escopos do processo é uma etapa metodológica proposta por Dinamarco, em que são estabelecidos os fins a que o processo, enquanto instrumento, se presta a realizar. Em termos mais simplórios, definir os escopos é perguntar: para que serve o processo? Qual a finalidade da instituição do processo e da atuação dos agentes estatais?¹⁰ Nas palavras de Dinamarco:

“A perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.” (DINAMARCO 2000, p.150)

Dinamarco estabelece como escopos da jurisdição o jurídico, social e o político. Mas apesar de predispor essas três categorias, seu desenvolvimento sobre os escopos pode ser reduzido a uma explicação central: *a atividade Estatal tem como fim máximo o bem estar social, o atendimento aos anseios da população*¹¹.

A partir dessa ideia máxima de bem estar social, a aplicação dos escopos é orientada por alguns aspectos: (i) são sempre vinculados à questão cultural

¹⁰ “O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual.” DINAMARCO, Cândido R.. **A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000. p. 149.

¹¹ “O exame da legitimidade do Estado e do poder conduz naturalmente a observar e medir a capacidade, que aquele tenha e desenvolve mediante o exercício deste, de organizar convenientemente a vida em sociedade, ajudando cada um dos membros desta a realizar as suas aspirações individuais, conservando e desenvolvendo bens e valores. Espera-se que, mediante a dinâmica do poder, o Estado chegue efetivamente aos resultados propostos, influenciando favoravelmente a vida do grupo e de cada um dos seus componentes.” [...] “Sob esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental: a paz social.” Idem. p. 159.

impregnada na nação no tempo presente, que orienta a extensão, conceito e significado de bem comum e justiça¹²; (ii) a postura teleológica jurídica é inadequada se desvinculada dos escopos políticos e sociais¹³, uma vez que aquela pretende uma neutralidade política, o que não se compatibiliza com a ausência de indiferença política que se espera do juiz¹⁴.

Em que pese não afastar “cabalmente” o escopo jurídico, Dinamarco estabelece a preponderância dos demais sobre esse, uma espécie de requisito de validade do jurídico ao político e social. O autor estabelece uma espécie de circularidade, em que o jurista “se externa” ao jurídico para “conhecer” o social, para, após, retornar ao direito para realizar infiltrar “o externo” no sistema: em outros termos, deve ampliar seus horizontes para fora do âmbito estritamente jurídico, conscientizando os três planos, de forma a moldar o direito – plano jurídico – ao plano social e político.

Duas passagens da Instrumentalidade do Processo demonstram essa circularidade:

“Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social.” (DINAMARCO 2000, p.153)

Em outra passagem Dinamarco (2000) desenvolve:

¹² “Na determinação dos fins do Estado (e conseqüentemente) dos escopos da jurisdição é indispensável, por isso, ter em vista as necessidades e aspirações do seu povo, no tempo presente. Entra aí, dessa forma, o elemento cultural, a determinar concretamente os conceitos de bem comum, de justiça e, particularmente, de justiça social.” Idem. p. 156-157.

¹³ “Eis como e por que o correto enquadramento político do processo conduz à insuficiência da determinação de um escopo da jurisdição e mostra a inadequação de todas as posturas só jurídicas, que a todo custo buscam a resposta nos quadrantes do direito, sem descortinar o panorama sócio-político em que inserida a própria função deste. O mal do pensamento positivista reside justamente no curto alcance de suas soluções. Investiga o resultado que o exercício da jurisdição produz sobre o sistema do direito, mas deixa na sombra o que realmente tem relevância e substancial valia, que é função do próprio direito da sociedade.” Idem, p. 153.

¹⁴ “Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo – eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que hão de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo tende a pontos intoleráveis [...]” Idem. p. 196.

“Isso não significa que se deva creditar na suficiência do enfoque exterior do sistema, o que traria enorme risco de fadar à esterilidade todas as especulações aqui conduzidas; definidos os objetivos e traçados os rumos, com as grandes premissas metodológicas assentadas neles, depois vem a tarefa da dogmática, que corresponde à penetração no interior do sistema, agora com reais e conscientes possibilidades de aprimorá-lo tecnicamente.” (DINAMARCO 2000, p.151)

A citada circularidade dos escopos nas passagens supracitadas fica evidente quando Dinamarco orienta que os estudos devem “extrapolar os lindes do direito”, na definição dos escopos para, após, penetrar no interior do sistema, para aprimorá-lo tecnicamente.

Passemos propriamente à reflexão dos escopos individualizados.

O escopo jurídico determina que o processo serve para fazer valer o direito substancial: em outros termos, o processo é instrumento para a realização do direito material. Mediante esse contexto, sobressai-nos uma pergunta: como o processo atuará a vontade do direito, sem desprezar a questão da vontade social e dos aspectos histórico-culturais suscitados por Dinamarco? O juiz criará o direito ou atuará submetendo-se a esse? Essas questões apontam para a problemática do escopo jurídico da Instrumentalidade do Processo: a oposição entre as teorias unitária ou dualista do direito¹⁵.

Na problemática do unitário ou do dualismo, Dinamarco nega que a jurisdição seja entidade política criadora de direitos, assumindo a posição dualista. No entanto, ressalva que negar que o juiz crie direito não significa que ele não possa atuar por suas convicções sócio-políticas que, ao final, refletirão as convicções da própria sociedade¹⁶. Nega, portanto, uma função “propriamente” criativa ao juiz. Sensível ainda a declaração de Dinamarco (2000), quando afirma que “neste quadrante da História do Direito, já não teria sequer sentido cogitar da tutela dos direitos como

¹⁵ Com efeito, a teoria unitária crê que o direito material e processual são únicos, ambos precisando um do outro para resolver os conflitos e criar as normas jurídicas concretas e dualista reconhece a suficiência do direito material para criar a “situação jurídica” concreta, sendo que o juiz apenas declara o direito pré-existente.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido R.. **A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000. p. 199.

escopo do processo, expressão de uma visão superada do próprio ordenamento jurídico.” (DINAMARCO, 2000, p. 179)

Mesmo que não se admita o afastamento do escopo jurídico, podemos falar, subsidiariamente, em um caráter submissivo e respeitoso do jurídico aos demais escopos apontados. Percebemos isso retomando a referência 11, em que o exame da legitimidade do Estado – e, portanto, da legitimidade política – está atrelado não à realização dos fins estipulados “propriamente” pelo legislador, mas “prioritária” e “respeitosamente” dobrada aos objetivos impostos na realidade social. Dinamarco deixa claro que o exame da “legitimidade” do escopo jurídico está atrelado à satisfação e retorno social. Negar que o juiz crie lei – e, portanto, afastar a posição unitária da jurisdição, não implica na conclusão de que o autor não admita uma modulação segundo parâmetros culturais temporais e relativos (ver novamente as referências 12, 13 e 14).

Quanto ao escopo social disposto por Dinamarco, se transborda em dois objetivos centrais: pacificar com justiça e educar para o exercício dos direitos.

A paz social se verifica na medida em que o Estado positiva o seu poder, de forma geral, por meio do legislativo e, também, de forma concreta, por meio do poder jurisdicional, decidindo e realizando praticamente os resultados que entende devidos em cada caso¹⁷. A pacificação se verifica ainda na reiteração das decisões estatais, que eliminam a insatisfação causada pelo conflito: o autor sustenta que um conflito pendente traz mais insatisfação e angústia do que uma decisão proferida, ainda que contrária ao sentimento do jurisdicionado. Completa afirmando que a missão pacificadora não se dá mediante o teor de qualquer decisão: “entra aqui a relevância do valor justiça.” (DINAMARCO, 2000, p. 162).

Por sua vez, a educação para o exercício dos direitos ocorre quando, “na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um de seus membros tende a ser mais zeloso dos seus próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios” (DINAMARCO, 2000, p. 162), pois sabe que o judiciário prontamente atenderá às suas demandas.

¹⁷ Idem. p. 160.

Na verdade, Dinamarco cita em sua obra o caráter educacional para o exercício dos direitos – mas não só – reforçando que o processo é algo como o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei. E sublinha na nota de rodapé:

“Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social.” (DINAMARCO 2000, p.153)

Por fim, em relação ao escopo político, têm-se como problemática a busca pelos modos através do qual a jurisdição, enquanto instituição integrante do próprio Estado e do meio social, influirá politicamente¹⁸. Dinamarco propõe como aspectos do escopo político o poder, a liberdade e a participação.

O poder se explica na capacidade que tem o Estado de decidir e impor as decisões que produz, além de imunizá-las, não admitindo revisões do decidido: a noção de poder se liga à obrigação do Estado de organização da vida social e na autoridade do ordenamento jurídico.

Em contrapartida, Dinamarco expõe o princípio da liberdade, não o esquecendo, afirmando que se trata de um princípio liberal prometido pelo Estado Democrático¹⁹.

Por fim, ressalta o aspecto da participação do “cidadão” nas decisões do Estado, exemplificando a ação popular como mecanismo de exercício dessa democracia participativa.

2.3. A INTERPRETAÇÃO NA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

¹⁸ Idem. p. 168.

¹⁹ “O Estado democrático faz a solene promessa de observá-las e limitar o exercício do poder de modo a não invadir a esfera de liberdade deixada aos indivíduos sem dano à vida do grupo e ao desenvolvimento dos objetivos comuns.” Idem. p. 171.

A análise dos escopos realizada no tópico acima tem uma forte ligação com alguns aspectos dispostos ao longo da obra: o direito não é um fenômeno estável, estando ligado às variantes históricas e políticas constantes do espaço geográfico analisado; também a Constituição é tocada por essas variantes, de forma que o seu conteúdo substancial poderá se alterar com o decorrer do lapso temporal; as variantes deverão ser analisadas de forma a que correspondam ao sentimento social de justiça; o juiz é legítimo canal a expressar o sentimento da nação, determinando o sentido da norma a partir desse prisma.

É importante abordar novamente esse ponto porque, seja falando dos escopos ou do conteúdo constitucional, Dinamarco liga a legitimidade de ambos ao fator justiça, delimitada como justiça social, como valores imperantes na nação.

Ao citar a Constituição Federal de 1988, não deixa de lembrar o mecanismo do controle de constitucionalidade das leis, afirmando caber ao poder judiciário o papel de verificar a legalidade constitucional da norma posta pelo judiciário. Porém, o autor avança um pouco mais, dispondo que cabe ao juiz delimitar o conteúdo substancial do texto constitucional, orientado por certas premissas.

Assim como os demais aspectos da sua teoria, também a Constituição é tomada por uma maleabilidade no tempo e no espaço, aderente a valores sociais e culturais, mesmo que eventualmente inalterada a formulação verbal do texto, como vemos na seguinte fala:

“O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente há de cultivar. Os princípios que ela inclui podem não ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal. O que há de perdurar nos princípios é a ideia mestra que cada um contém: e eles são sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante à sua extensão e interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional.” (DINAMARCO, 2000, p. 30)

Desenvolvendo o seu pensamento, estabelece que no momento de determinar o que é Substancialmente a Constituição, o juiz possui algumas ingerências: (i) *a determinação do texto constitucional deve ser orientada em seu conteúdo pela aplicação de valores*; (ii) *havendo conflito dos valores, ele pode arbitrar o valor que deve prevalecer no caso concreto*; (iii) *essa escolha tem como última instância de*

limite o senso de justiça do magistrado, de forma que poderá ele escolher o valor que melhor atenda à sua sensibilidade de justiça.

Sintetizando, Dinamarco posta ao juiz o papel de controle do conteúdo constitucional, possuindo como fator de legitimidade o senso de justiça do magistrado ou da nação “do tempo presente”, sendo a interpretação o mecanismo que permite essa ingerência, pois “ao juiz cabe o papel de árbitro do equilíbrio das tensões sociais, que no processo se manifestam” (DINAMARCO, 2000, p. 294).

Conforme o autor:

“Se o texto aparente apontar para uma solução que não satisfaça o seu senso de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o direito.” (DINAMARCO, 2000, p. 294 e 295)

Quando fala em interpretação constitucional, Dinamarco (2000) liga a legitimidade do conteúdo constitucional ao sentimento de justiça do juiz, afirmando que se a aparência do texto contraria esse sentimento, também contraria o sentimento de justiça social. Assim, liga, em última instância, a determinação do que é a Constituição Federal de 1988 aos conceitos de justiça e bem comum social, esclarecendo que o texto maior possui uma maleabilidade originada das variações sociais.

Em uma sequência analítica, a proposta específica de Dinamarco é essa: o juiz deve estabelecer o melhor sentido dos princípios constitucionais e todo o conteúdo constitucional, estabelecer o conteúdo da lei ordinária, para, por fim, realizar o controle da norma infraconstitucional com a norma constitucional que tenha estabelecido o sentido.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Instrumentalidade do Processo posta o processo como instrumento apto à realização do direito substancial, incluindo a Constituição, de forma que uma reflexão sobre a Carta Magna e a obra de Dinamarco é importante, para que possamos verificar a compatibilidade entre ambas.

A Constituição Federal de 1988, instituidora de um catálogo de direitos e garantias individuais, bem como de direitos sociais e difusos, foi o marco histórico no cenário nacional, internalizando um movimento constitucionalista manifestado em diversos países.

O constitucionalismo, por sua vez, é um movimento jurídico-político que adquiriu maior expressão no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de superar as atrocidades cometidas nos campos de concentração nazistas. Mas é importante ressaltar que, apesar da vinculação aos fatos ocorridos na Alemanha em 1945, o prelúdio do fenômeno deita suas raízes no constitucionalismo inglês, sendo exemplo disso a instituição da Carta Magna do Rei João Sem Terra em 1215²⁰.

Abboud, Carnio e Oliveira (2015) explicam que a partir desse momento histórico vivenciado na Alemanha institui-se um novo paradigma jurídico, consolidando-se a chamada jurisdição constitucional, superando-se a velha máxima de que todo e qualquer conteúdo poderia ser direito. Institui-se, a partir de então, uma vinculação do Estado a certos conteúdos, dispostos na forma de direitos e garantias fundamentais²¹.

Partiremos agora para a tarefa de conceituar o constitucionalismo e buscar suas bases históricas e teóricas. Antes, porém, trazemos o alerta de Waldroon (2018), quando afirma que existe uma corriqueira vagueza no uso do termo constitucionalismo, esbarrando as tentativas de instituir um conceito na ambiguidade do termo, uma vez que pode ser utilizado com sentidos mais plurais possíveis. Exemplifica que o constitucionalismo pode significar o estudo de Constituições comparadas ou o estudo da Constituição de um determinado país, bem como indicar

²⁰ ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 277.

²¹ Idem. p. 278.

a reflexão sobre os aspectos em comuns das mais diversas Constituições ou referir a uma doutrina especial, como o constitucionalismo vivente²².

Waldroon (2018) estabelece ainda duas maneiras de refletir o constitucionalismo, denominando-os como *particular* e *geral*: o primeiro se compreende de acordo com os distintos e específicos contextos constitucionais existentes e o segundo pelo que neles há de comum²³. Assim, uma forma de compreender o constitucionalismo geral é buscar o que há de comum em suas mais diversas manifestações, ou em sua manifestação nas mais diversas nações. Nesse último sentido nos apropriamos do termo constitucionalismo.

Agrada-nos a definição de WALDROON (2018, p. 27), quando assenta o constitucionalismo “como o apoio ao governo constitucional, é dizer, um governo canalizado através de, e limitado pela Constituição”²⁴. E continua:

“Para esta postura, um constitucionalista é alguém que pensa que o governo deve estar organizado e limitado por um conjunto de regras constitucionais; essa pessoa se oporia, por exemplo, às distintas formas de absolutismo (no sentido técnico da palavra), porque este implica ao repúdio à ideia de que existam regras que ponham limites de nível mais alto ao governo.”²⁵ (WALDROON, 2018, p. 28, tradução nossa)

Além da definição de Waldroon, interessa-nos a definição de Abboud, Carnio e Oliveira sobre o constitucionalismo:

“O constitucionalismo surge e principalmente se consolida como fenômeno histórico-político, cuja função consiste em limitar e racionalizar o poder político, estabelecendo todas as regras normativas a partir das quais o Estado pode agir. Ademais, é o constitucionalismo que impõe limites ao

²² WALDROON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018. 258 p. Tradução: Frederico Jorge Gaxiola, Leonardo Garcia Jaramillo, Santiago Virquez Ruiz. p. 25-26.

²³ “Para la primera postura, “constitucionalismo” significa algo distinto em contextos distintos. Se referirá tanto al apego de los ingleses por la soberanía parlamentaria como al de los estadounidenses por los límites que el poder judicial impone a la autoridad legislativa. La segunda postura, en cambio, intenta ver qué tienen em común distintos constitucionalismos, incluso cuando cada uno celebra de manera chovinista arreglos institucionales diferentes.” Idem. p. 27.

²⁴ “Como el apoyo al gobierno constitucional, es decir, a um “gobierno canalizado a través de, y limitado por, la constitución”. Idem. p. 27.

²⁵ “Para esta postura, un constitucionalista es alguien que piensa que el gobierno debe estar organizado y limitado por un conjunto de reglas constitucionales; esta persona se opondría, por ejemplo, a las distintas formas de absolutismo (en e sentido técnico de la palabra), porque este implica el repudio a la idea de que existan reglas que pongan límites al nivel más alto de gobierno.” Idem. p. 28.

poder soberano, mediante a divisão de poderes, estabelecendo como valores primordiais da sociedade a liberdade, igualdade e preservação dos direitos fundamentais” (ABBOUD, CARNIO e OLIVEIRA, 2015, p. 279)

Abboud, Carnio e Oliveira (2015) ainda propõem alguns aspectos que marcam a definição do Estado Constitucional:

“O Estado Constitucional pode ser definido pela soberania popular, isto é, o poder do próprio Estado advém da sociedade, pela divisão dos poderes, se caracteriza pela dignidade humana como premissa antropológica e cultural, pelos direitos fundamentais e tolerância, pela pluralidade de partidos e a independência dos tributos.” (ABBOUD, CARNIO e OLIVEIRA 2015, p. 282)

Percebemos que os conceitos acima postados contém um aspecto comum do constitucionalismo: a ideia de limitação do poder do Estado. Mesmo por uma análise apenas histórica, já nas origens do fenômeno na Inglaterra pode ser verificada essa característica marcante da limitação do Estado, representado na pessoa de João Sem Terra²⁶.

A partir da identificação da limitação do poder como elemento integrante do constitucionalismo, o que podemos identificar no conceito acima proposto são mecanismos tendentes a efetivar essa racionalização e limitação do poder, como a instituição dos direitos e garantias fundamentais e a separação dos poderes.

Assim, pertinente tecermos previamente algumas considerações sobre a *soberania popular*, para, após, refletirmos sobre a *separação dos poderes*.

Quanto à soberania, trata-se de temática que permeia a reflexão da Ciência Política e da Teoria de Estado, sendo objeto da avaliação sobre quem exercerá o poder e a soberania do Estado, estando a resposta intimamente ligada à própria formatação política instituída na realidade avaliada: a depender do ambiente, temos a

²⁶ A Carta Magna do Rei João Sem Terra assim dispõe: “2. Concedemos também a todos os homens livres do reino, por nós e por nossos herdeiros, para todo o sempre, todas as liberdades abaixo remuneradas, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros, para todo o sempre [...]”. Em outro tópico determina que: “1. Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.” BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Magna Carta - 1215 (Magna Charta Libertatum)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

Monarquia, em que apenas um indivíduo exerce o poder – mormente nas Monarquias Absolutistas, ou a República, dividida em aristocrática, em que apenas um pequeno grupo exerce o poder, e democrática, em que todo o povo exerce o poder²⁷.

A partir de um aspecto normativo, visualizamos na Constituição Federal de 1988 a instituição do povo como soberano, legitimado a exercer o poder por meio da representação e diretamente, conforme o artigo 1º que, reforçado pelo parágrafo único, registra que “todo o poder emana do povo, que *o exerce por meio de representantes eleitos*, ou *diretamente*, nos termos desta Constituição.”

O texto magno ainda estabelece no artigo 14 o procedimento para o exercício da soberania do povo, através dos representantes para o legislativo e executivo, qual seja, o sufrágio universal e o voto direto e secreto: posta uma democracia legislativa representativa, portanto.

Lado outro, estabelece que o ingresso no poder judiciário não se dá por meio de eleições, mas por meio de concurso público, conforme art. 93 da Constituição Federal de 1988: assim, quanto ao exercício do poder jurisdicional, resta a conclusão de que o povo exerce o poder de forma direta.

O texto maior não deixa dúvidas quanto a quem cabe o poder, apontando o povo como detentor da soberania. Estabelecido esse arquétipo normativo sobre “a quem” cabe esse exercício do poder, urge refletir sobre os limites necessários ao exercício pelos representantes do povo: nesse ponto, interessa-nos particularmente a teoria da separação dos poderes como limite ao poder público.

3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) é citada como o primeiro documento normativo a limitar o poder do Rei através da separação dos poderes, em 1689, durante a Monarquia Inglesa: neste documento, pleiteava-se o reconhecimento,

²⁷ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do estado e da ciência política**. São Paulo: Atlas, 2019.

perante o rei, de direitos e liberdades dos súditos e de certas prerrogativas ao Parlamento²⁸, após sucessivas revoluções e confrontos de representantes da política liberal inglesa contra o poder absoluto dos monarcas ingleses, a exemplo da Revolução Puritana, que culminou com a execução do rei Carlos I²⁹.

Temos ainda a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, extremamente preocupada em evitar a concentração de poderes no mesmo ramo do governo, inaugurando o sistema de governo presidencialista, em oposição ao modelo monárquico parlamentar então vigente em grande parte dos Estados europeus da época³⁰.

Continuamente e não menos importante, destaca-se a Revolução Francesa de 1789, com a tomada da Bastilha e a instalação da Assembleia Nacional Constituinte pelo Terceiro Estado, em contraposição ao poder de Luís XVI: a constituição do corpo legislativo teve como principal objetivo evitar que o rei impusesse de forma arbitrária um novo imposto, exigindo o proletariado e “afins” – integrantes do Terceiro Estado – que houvesse deliberação de um “corpo coletivo” sobre a possibilidade da cobrança³¹.

Em que pese diversas concepções teóricas sobre os limites impostos aos governos, apenas uma análise dos fatos históricos demonstrados permite-nos visualizar uma superação constante da concentração de funções em um mesmo ente político.

Quanto aos aspectos teóricos, apontam-se correntemente como destaques bibliográficos as obras de John Locke, Jean Jacques Rousseau e Montesquieu, liberalistas e iniciadores do arquétipo da separação dos poderes.

²⁸ Idem. p. 278.

²⁹ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **John Locke e o Individualismo Liberal**. In: WEFFORT, Franciso (Org). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Atica, 1991. p. 81.

³⁰ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do estado e da ciência política**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 278. Ver também a mensagem de nº 51, de James Madison: LIMONGI, Fernando. **“O Federalista”**: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Franciso (Org). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Atica, 1991. p. 273.

³¹ COGGIOLA, Osvaldo. Novamente, a Revolução Francesa. **Revistas Eletrônicas da Puc-sp**, São Paulo, p.1-44, 20 nov. 2019. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Já em Locke, em *Dois Tratados Sobre o Governo Civil*, podemos perceber a separação dos poderes colocada como uma garantia de liberdade, de ideário liberal: dito de outro modo, ela é posta como uma estrutura procedimental política que traça uma estratégia de proteção contra a vontade absoluta do *monarca*, entendida como aquela destinada a efetivar interesses gerais³².

Posteriormente, influenciado por Locke, Montesquieu, no livro *Espírito da Lei*, também vincula a existência da liberdade política à separação dos poderes de legislar, julgar e administrar. O autor sublinha que a junção de duas funções em um mesmo corpo político, a despeito de não configurar um despotismo, pode fazer com que o poder seja sentido como se exercido por um déspota, porque a ordem pública e geral – lei – ou o julgamento privado e específico pode ter origem em caprichos e interesses do “monarca”³³.

Por fim e não menos importante, temos as reflexões de Madison, Hamilton e Jay, publicadas em 1788, sobre as variáveis políticas presentes na construção da Constituição americana. Neste ponto, destaca-se o artigo 51, de Madison, discorrendo sobre os freios e contrapesos prescritos na Constituição:

“A que expediente, então, devemos recorrer, a fim de assegurar na prática a necessária repartição de atribuições entre os diferentes poderes, conforme prescreve a Constituição? A única resposta que pode ser dada é que, se todas essas medidas externas se mostrarem inadequadas, o defeito deve ser corrigido alterando-se a estrutura interna do governo, de modo que as diferentes partes constituintes possam, através de suas mútuas relações, ser os meios de conservar cada um em seu devido lugar.

³² “E, portanto, embora talvez no início (como será demonstrado com mais detalhes na parte seguinte deste discurso), algum homem bom e excelente, tendo obtido uma preeminência entre os demais, tivesse tal deferência prestada à sua bondade e virtude como a uma espécie de autoridade natural que o mando principal, com a arbitragem das diferenças deles, passasse, por consentimento tácito, às suas mãos, sem nenhuma outra precaução além da garantia que tinham de sua probidade e sabedoria; e no entanto, quando o tempo, conferindo a autoridade e (segundo gostariam de convencer-nos alguns homens) caráter sagrado aos costumes a que a inocência negligente e imprevidente dos primeiros tempos deram início, trouxe sucessores de outro feitio, as pessoas, não vendo suas propriedades em segurança sob o governo tal como então era (conquanto tenha o governo não outro fim além preservação da propriedade), não puderam mais sentir-se seguras e tranquilas, e tampouco considerar-se em *sociedade civil* até que a legislatura fosse depositada em corpos coletivos de homens, sejam estes chamados Senado, Parlamento ou o que bem nos aprouver.” LOCKE, Jonh. **Dois Tratados Sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 639 p. Tradução Júlio Fischer. p. 466.

³³ “Também não existe liberdade, se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria legislador. Se estivesse unida ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” MONTESQUIEU, Charles-louis de Sécondat. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 449 p. Tradução Cristina Murachco. p. 168.

[...]

A fim de lançar os devidos fundamentos para a atuação separada e distinta dos diferentes poderes do governo – o que, em certa medida, é admitido por todos como essencial à preservação da liberdade – é evidente que cada um deles deve ter uma personalidade própria e, conseqüentemente, ser de tal maneira constituído que os membros de um tenham a menor ingerência possível na escolha dos membros dos outros.” (LIMONGI, 1991, p. 272).

E apesar de definir que o judiciário é o poder mais fraco e, nessa posição, é o guardião da Constituição, Madison ressalta que a liberdade tem tudo a temer e precaver-se contra a união desse poder com o legislativo ou o executivo³⁴.

Todo o exposto teórico nos aponta que o constitucionalismo nasce no reconhecimento dos direitos de liberdade, das garantias liberais do cidadão contra o Estado. Aponta ainda que a separação dos poderes é o mecanismo primário que permitiu a corporificação da liberdade e a tentativa de superação do Estado Absoluto. Os direitos de liberdade sumarizados na separação dos poderes representam assim o constitucionalismo, em seu estágio inicial.

Na verdade, o que foi assimilado pelos teóricos na Inglaterra, França e posteriormente, nos Estados Unidos da América, é que não bastava que os julgamentos fossem realizados com base na lei, mas que as normas que fundamentassem o comando fossem produzidas por um corpo distinto do julgador ou administrador. Não é forçoso lembrar que, na Inglaterra e na França, as propostas de separação pretendiam superar o cenário político de absolutismo então vigente e, ao mesmo tempo, evitar o retrocesso a esse tipo de poder incontrolável.

Percebemos que os autores liberais citados não trazem uma pré-posição sobre o que chamamos de direito substancial, mas uma proposta *procedimental* para a garantia de um governo voltado para os homens e não para os interesses pessoais, exercido pela coletividade e não pela particularidade do *absolutismo*. O remédio *antiabsolutista* não residia no conteúdo determinado sobre o direito, mas na forma a que a ele se chegaria, garantindo-se que o monarca não legislaria e julgaria e que o juiz não administraria e julgaria. Apesar disso, propõe a separação dos poderes como um mecanismo essencial ao próprio direito de liberdade.

³⁴ LIMONGI, Fernando. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (Org). *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Atica, 1991. p. 275.

Nada mais foi exigido pelos súditos ou pelos teóricos: bastava essa separação dos poderes para ter a *certeza* que a sua liberdade estaria aumentada – não sendo possível controlar os interesses e os sentimentos, garantia-se a participação dos antigos súditos, hoje cidadãos, nos destinos da nação, o que postava o impedimento de que suas vidas seriam julgadas por aqueles que construiriam as regras, o que por si só se transbordava em liberdade.

Não obstante, o constitucionalismo evoluiu, consagrando uma série de direitos sociais e difusos, agregando aos direitos de primeira e os direitos de segunda e terceira geração.

3.2 OS ESCOPOS E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A relação entre os escopos metajurídicos presentes na Instrumentalidade do Processo e Constituição é sensibíllissima, por se estabelecer a teoria em um contexto de democracia constitucional, que envolve a soberania do povo, e de constitucionalismo, que envolve a limitação do poder estatal por meio de diversos mecanismos, já citados acima.

Conforme disposto na Introdução, a problemática chave deste trabalho consiste em questionar se o estabelecimento de escopos metajurídicos é compatível com o sistema positivo posto pela Constituição. Se a estipulação dos fins que ultrapassam e podem ir contra a aparência do texto constitucional, pressionando o legislador a alterar a lei ou a própria Constituição, possuem ou não o selo democrático do direito positivado no texto constitucional.

Alguém poderia alertar que a definição dos escopos, a interpretação ou a definição do conteúdo substancial da lei poderia requerer um diálogo com a temática do controle de constitucionalidade, vez que essa análise é o ponto focal do controle judicial da legislação. Contudo, destacamos, de pronto, que não recorreremos a tal expediente para a nossa análise, não sendo por desconsideração à importância do tema. O motivo a não recorrermos ao controle de constitucionalidade, justifica-se no fato de que Dinamarco, antes de postar o dever de compatibilizar o conteúdo da lei infraconstitucional com a Carta Magna, posta a cargo da função jurisdicional o dever

de compatibilizar o próprio conteúdo constitucional com os valores sociais, com o conceito social de bem comum. Trata-se, quanto ao momento, de definir substancialmente o que é a Constituição, para após verificar a conformidade entre a lei infra e os direitos nela contidos. Afinal, segundo Dinamarco, existe uma temporalidade e uma eventualidade do conteúdo constitucional, conforme fala abaixo disposta:

“O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente há de cultivar. Os princípios que ela inclui podem não ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal.” (DINAMARCO, 2000, p. 30)

E é papel do juiz descobrir o sentido textual que melhor atenda ao seu senso de justiça (e o da sociedade). Dinamarco conclui que, neste caso, estará se fazendo cumprir o direito e, conseqüentemente, o direito constitucional:

“Se o texto aparente apontar para uma solução que não satisfaça o seu senso de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o direito.” (DINAMARCO, 2000, p. 294 e 295)

Assim, reafirmamos que, ao nosso sentir, a função posta pela Instrumentalidade do Processo à jurisdição prescinde da avaliação da contextualização do controle de constitucionalidade, devido ao momento pretérito em que se situa a atividade do juiz. Com efeito, a interpretação na forma colocada pela Instrumentalidade do Processo situa-se de forma a escolher o sentido da norma constitucional de forma a que melhor atenda ao sentimento social.

Assim, interessa-nos precipuamente os limites que deverá o poder judiciário obedecer ao orientar sua atividade interpretativa. Isso porque a captação dos escopos pela jurisdição estrutura uma forma de representação (ainda que não formal) dos sentimentos da nação, possibilitando alcance de valores, mesmo contra o sentido aparente da lei. Não trata a Instrumentalidade puramente do controle de legalidade do texto infra, mas um controle de legitimidade do texto constitucional, posterior àquele postado pelo legislador originário.

Ao discorrer sobre o controle judicial da legislação, Waldroon (2018) descreve quatro premissas que, segundo ele, são necessárias para que haja o controle do legislativo pela jurisdição:

“Vamos imaginar uma sociedade com

1. Instituições democráticas cujo funcionamento seja razoavelmente correto, incluindo um poder legislativo representativo eleito por voto universal da população adulta;
2. Um conjunto de instituições judiciais que, por sua vez, também apresentem um funcionamento razoavelmente correto, estabelecidas sobre bases representativas e destinadas a escutar demandas legais individuais, resolver disputas e manter o Estado de Direito;
3. Um compromisso da maioria dos membros da sociedade e de seus funcionários com a ideia de direitos individuais e das minorias;
4. Um desacordo persistente, substancial e de boa fé a respeito dos direitos (por exemplo, acerca do verdadeiro alcance do compromisso dos direitos e suas implicações) entre os membros da sociedade comprometidos com a ideia de direitos. (Waldroon, 2018, Tradução nossa).³⁵

Assim, queremos nos apropriar nas premissas três e quatro descritas por Waldroon³⁶, pois tratam de dois problemas que podem originar a realização de escopos e a aplicação de valores. Inverteremos a ordem, tratando primeiramente da premissa quatro.

Na premissa quatro, Waldroon trata dos desacordos a respeito dos direitos entre os membros da sociedade (da sociedade já comprometida com os direitos). Esse ponto é particularmente importante porque, apesar de advogar a aplicação de valores, Dinamarco (2000) não esconde a presença dos conflitos entre eles. Destaca-se que

³⁵ "Imaginemos una sociedad con 1. Instituciones democráticas cuyo funcionamiento sea razonablemente correcto, incluido un poder legislativo representativo elegido por sufragio universal de la población adulta; 2. Un conjunto de instituciones judiciales que, a su vez, también presenten un funcionamiento razonablemente bien, establecidas sobre bases no representativas y destinadas a escuchar demandas legales individuales, resolver disputas y mantener el estado de derecho; 3. Un compromiso de la mayoría de los miembros de la sociedad y sus funcionarios con la idea de los derechos individuales y de las minorías; 4. Un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe acerca de los derechos (por ejemplo, acerca del verdadero alcance del compromiso de derechos y sus implicaciones) entre los miembros de la sociedad comprometidos con la idea de los derechos." WALDROON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018. 258 p. Tradução: Frederico Jorge Gaxiola, Leonardo Garcia Jaramillo, Santiago Virquez Ruiz. p. 68-69.

³⁶ Para a premissa 1, Waldroon explica que se refere às sociedades com sistemas de sufrágio universal e de alta representatividade no exercício político. Para a premissa 2, considera sistemas em que o judiciário possui um sistema não representativo por eleição, que não atuam por iniciativa própria, tratando das questões em um contexto binário e adversarial. Idem. p. 72.

a aplicações dos valores tem como motivo não a indeterminação do sentido da norma, mas de uma escolha contrária àquela feita pelo legislador.

Waldroon (2005) reconhece que existem desacordos acerca da extensão e significado dos direitos, assim como Dinamarco reconhece os conflitos entre valores. Ao escrever o livro *Derechos y Desacuerdos*, sugestivamente assim inicia:

“Somos una multitud, e temos desacordos sobre a justiça. Isto é, não só temos desacordos acerca da existência de Deus e o sentido da vida, mas também sobre quais são os termos justos da cooperação entre as pessoas que possuem desacordos acerca da existência de Deus e o sentido da vida. Temos desacordos sobre o que nós devemos debater uns com os outros em termos de tolerância, indulgência, respeito, cooperação e ajuda mútua. Os liberais estão em desacordos com os conservadores, os socialistas com os economistas que defendem o mercado.” (Waldroon, 2005, p.7, tradução nossa).³⁷

Os desacordos sobre os direitos não são desqualificados por Waldroon (2018), como um sentido pejorativo e não condizente com a democracia. Ao contrário, são postos por ele como integrantes da vida em sociedade, afirmando ainda que “um compromisso com os direitos pode ser nobre e sincero embora os casos cruciais continuem sendo controvertidos³⁸.” Assim, a preocupação passa a ser não os desacordos, mas a forma que por eles se passará, superando-os.

Em “*Contra El Gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en El congreso y los tribunales*”, Waldroon tece considerações sobre as razões do controle relacionadas com o resultado. Afirma que os tribunais são mais propensos a resolverem questões relacionadas com os direitos em sentido técnico, entendendo-se por fatos que tipicamente decidem os tribunais. Destaca, porém, que

³⁷ “Somos una multitud, y tenemos desacuerdos sobre la justicia. Esto es, no solo tenemos desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida, sino también acerca de cuáles son los términos justos de cooperación entre las personas que tienen desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida. Tenemos desacuerdos sobre que nos debemos uns a los otros en términos de tolerancia, indulgencia, respeto, cooperación y ayuda mutua.” WALDROON, Jeremy. **Derechos e Desacuerdos**. 2005. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005. 442 p. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. p. 7.

³⁸ “Um compromisso com los derechos puede ser noble y sincero aunque los casos “cruciales” continúen siendo controvertidos.” WALDROON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018. 258 p. Tradução: Frederico Jorge Gaxiola, Leonardo Garcia Jaramillo, Santiago Virquez Ruiz. p. 77.

algumas questões possuem caráter multifacético e sua resolução dentro do poder judiciário tem sido consideradas inapropriadas³⁹. Dispõe que o argumento do controle judicial pela questão do resultado oferecido aponta tanto para a possibilidade da prevalência do legislativo como do executivo. Em outros termos, o autor afirma que os resultados podem ser justos (satisfatórios) tanto em uma estrutura quanto em outra. Não obstante, orienta que o legislativo possui estruturas de representação precisos para fomentar o debate dos desacordos e do melhor resultado para todos⁴⁰. E assim Waldroon (2018) explica:

“Se tem sugerido a vocês que as estruturas de participação democrática não levam nada em conta a importância de garantir resultados apropriados: se limitam a empoderar cegamente as maiorias. Isto não tem sentido. Todas as democracias limitam o voto no sentido de assegurar um mínimo de maturidade do juízo nas urnas. Por exemplo, excluem do voto as crianças, mesmo quando são afetados por suas decisões. Inclusive, os legislativos são constituídos de modo a assegurar que a informação sobre a aceitabilidade de diversas opções sobre os setores da sociedade seja introduzida no processo de tomada de decisões. E as decisões se tomam geralmente em um contexto de instituições bicamerais, de modo que cada proposta legislativa deva assegurar o apoio da maioria em ambas as câmaras, cada uma com cronogramas eleitorais ligeiramente diferentes.”⁴¹
(Waldroon, 2005, p.90, tradução nossa)

Por outro lado, segundo Waldroon (2018), o legislativo é reforçado justamente pela capacidade que oferece a todos, de participar em igualdade de condições nas decisões democráticas. O valor primeiro da democracia não está na resposta a que se oferece exatamente, mas na capacidade que tenha de colocar em igualdade de participação os cidadãos. Reconhece que os sistemas legislativos podem ter falhas,

³⁹ “Algunas demandas sobre un derecho tienen la naturaleza de las cuestiones binarias que los tribunais podrían resolver de manera competente; otras tienen un carácter multifacético y su resolución dentro del aparato judicial há sido usualmente considerado inapropiado.” Idem. p. 87.

⁴⁰ Idem. p. 89.

⁴¹ “Se ha sugerido a veces que las estructuras de participación democrática no toman para nada en cuenta la importancia independiente de asegurar resultados apropiados: se limitan a empoderar ciegamente a las mayorías. Esto es un sinsentido. Todas las democracias limitan el sufragio en varios sentidos para asegurar un mínimo de madurez de juicio en las urnas. Por ejemplo, excluyen del voto a los niños, aun cuando ellos sean afectado por las decisiones. Incluso, los legislativos son constituidos de modo tal de asegurar que la información sobre la aceptabilidad de diversas opciones entre diferentes sectores de la sociedad sea introducida en el proceso de toma de decisiones. Y las se toman usualmente en un contexto de instituciones bicamerales, de modo que cada propuesta legislativa deba asegurarse el apoyo de la mayoría en ambas cámaras, cada una con cronogramas electorales ligeramente diferentes.” Idem. p. 90

como uma eventual ausência de proporcionalidade entre os distritos, mas confirma que a instituição legislativa tem uma maior capacidade de representar o povo⁴².

Assim, o controle e a imposição de escopos devem passar por esse filtro: pela noção de que a própria sociedade, incluindo o poder estatal, respeita os direitos e garantias fundamentais; pela noção de que a via de discussão e ajuste dos desacordos sobre os direitos devem ser avaliados no poder legislativo.

Quanto à noção de respeito aos direitos e garantias fundamentais, não se sujeita aos valores que porventura lhes contrariem. A própria noção de constitucionalismo proposta por Waldron e também por Abboud, Carnio e Oliveira são inconciliáveis com a ideia de escopos produzidos pela jurisdição, uma vez, por eles, o conteúdo constitucional vincula a todos na esfera pública e privada (ver tópico 3.).

3.3 OS CONSTITUCIONALISMOS BRASILEIROS

No Brasil, o constitucionalismo foi incorporado por meio da instituição da Constituição Federal de 1988, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais, sendo esse o marco histórico no cenário brasileiro. O recebimento de uma nova Constituição significou a abertura para novas teorias do Direito, sendo o marco comum entre elas, a superação do *juspositivismo*.

Na doutrina corrente, o termo pós-positivismo é usado como expressão genérica para identificar uma postura metodológica superadora do positivismo e para abranger uma ideologia que pretenda a aplicação de valores, princípios e regras nas soluções casuísticas do direito. Nesse sentido Ramos (2015) explica que:

“Destarte, no lugar desse “superado” positivismo, propõe-se que a Dogmática Constitucional se assente em um assim denominado “pós-positivismo”, entendido como “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.” (RAMOS, 2015, p. 33)

No cenário brasileiro, podemos identificar duas posturas que se denominam “constitucionalistas”: o pós-positivismo e o “constitucionalismo contemporâneo”,

⁴² Idem. p. 103.

termo cunhado por Streck (2017) em *Verdade e Consenso*, para diferenciar as duas posturas epistemológicas. Nos termos propostos pelo autor, a primeira identifica as manifestações teóricas que mais se aproximam das teorias neoconstitucionalistas e a segunda a que do neoconstitucionalismo se afasta.

Por sua vez, o pós-positivismo e o constitucionalismo contemporâneo, diferem entre si e o positivismo, em relação à forma que se postam quanto a temas centrais da teoria do direito, notadamente quanto à *teoria das fontes do direito, a interpretação e a discricionariedade judicial e a relação entre direito e moral*.

Passa-se a fazer uma análise do pós-positivismo e do constitucionalismo contemporâneo.

O neoconstitucionalismo surgiu na Alemanha, também no contexto pós Segunda-Guerra, como uma proposta teórica que “visava romper com um cenário político marcado pela eclosão de regimes totalitários e fazer emergir uma nova fundamentação para o Direito (consagrando a ideia de Estado Constitucional).” (STRECK, 2017, p. 145)

O neoconstitucionalismo pode ser visualizado e compreendido a partir dos aspectos: da relação entre direito e moral (ou valores) e da posição jurisprudencial na atividade jurídica do Estado.

Quanto ao primeiro, o neoconstitucionalismo pode ser definido como um movimento teórico que visa à construção de um direito não mais alçado no paradigma positivista, a fim de evitar as severas restrições de direitos que a história havia legado, amparadas pela legalidade estrita. Advoga a superação do postulado positivista, no que se refere à “separação do direito e moral” ou, em outros termos, a abertura da legalidade estrita aos valores, através da política⁴³: impende destacar que a vinculação entre o direito e moral, aqui, ocorre no âmbito do pragmatismo, ou seja, da interpretação e não no momento na criação do direito.

⁴³ Antecipamos que o a doutrina pós-positivista não é precisa ao afirmar que o positivismo separa o direito da moral: ao não realizar as distinções necessárias, tal afirmativa vulgariza e releva o fato que a separação entre a moral e o direito – mormente no positivismo legalista - se dá na interpretação, mas não na criação do direito. Ademais, no campo da ciência do direito, a temática possui muitas variações de posições e conceitos, como a tese da separação, da complementaridade, da vinculação e seus desdobramentos. Sobre as diversas teses entre direito e moral ver: ABOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 180-194.

Quanto à posição na atividade jurídica do Estado, defende uma posição ativa da jurisprudência, de forma que os juízes tenham condição de buscar sentidos além da lei, podendo orientar a sua decisão por valores. Em outros termos, a atividade interpretativa deixa de estar centrada no legislador – característica marcante do positivismo jurídico – para ter seu foco de legitimidade na magistratura. Na verdade, ainda em relação a essa característica, o neoconstitucionalismo guarda uma vinculação à escola do Direito Livre, da jurisprudência dos interesses e, principalmente, da jurisprudência dos valores⁴⁴.

Portanto, a partir dos dois aspectos o neoconstitucionalismo pode ser compreendido: a vinculação do direito à moral e uma liberação para a atividade interpretativa jurisprudencial ultrapassar a literalidade da lei e alcançar valores.

A doutrina brasileira pós-positivista recebeu o sentido proposto pelo neoconstitucionalismo em relação à moral e à posição da atividade interpretativa no contexto Estatal⁴⁵, elencando uma série de posturas e técnicas que efetivem essa vinculação: a normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, a ponderação alexyana e a argumentação jurídica. Barroso (2011) afirma que essas técnicas aplicam-se nas hipóteses de casos difíceis, gerados por três grandes situações: ambiguidade da linguagem, desacordos morais razoáveis e colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais⁴⁶.

⁴⁴ Quanto à jurisprudência dos valores, trata-se de uma posição que adota uma postura metodológica que admite o direito para além da lei. Advoga que o direito pode ser buscado nos valores que subjazem ao direito. Sobre a escola do direito livre, a jurisprudência dos interesses e dos valores: ABOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 400-417. Sobre o neoconstitucionalismo e também sobre a jurisprudência dos valores: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2017. p. 145-147.

⁴⁵ Nesse sentido, Luis Roberto Barroso aduz que: “O marco filosófico das transformações aqui descritas é o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do direito, e não apenas da sua elaboração.” BARROSO, Luiz Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil**: Crônica de um sucesso imprevisto. 2011. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁴⁶ Idem.

No entanto, ao recepcionar essas teorias estrangeiras, a doutrina cometeu uma série de equívocos. Assentada em uma tradição jurídica de modelo liberal-individualista, não encontrou suporte para lidar com um novo paradigma jurídico, constitucionalista e instituidor de direitos sociais.

Primeiramente, se equivocou ao desconsiderar as distinções da “tradição”, de caráter histórico-político, em relação ao país alemão⁴⁷. Segundo Streck (2017), essa desconsideração de tradição se deu, primeiramente, porque o neoconstitucionalismo e seus derivados propunham a aplicação de valores como um mecanismo de abertura à legalidade alemã, extremamente fechada, uma vez que a Constituição alemã foi criada sem uma ampla participação do povo. Em contrapartida, *in terrae brasilis*, a doutrina suscitou a aplicação de valores em um cenário onde a Constituição foi democraticamente construída e com ampla participação legítima do povo, embora não se tenha implantado nem uma vinculação à legalidade, tampouco uma cultura de respeito e efetivação aos direitos e garantias fundamentais nela incluídos.

Na Alemanha, a proposta da axiologia proposta pela jurisprudência dos valores e adotadas pelo neoconstitucionalismo ocorreu como um mecanismo de abertura para a participação dos cidadãos que não haviam participado, nem mesmo por representação, da instituição da legalidade constitucional. Implantada em terreno brasileiro sem consideração da distinção de tradição, essa abertura aos valores permite a possibilidade de dispersar uma legalidade constitucional implantada legitimamente pelo povo, e “possivelmente” ainda pendente de efetivação. Na própria Alemanha, essa postura metodológica sofreu críticas de juristas, que já alertavam para a falta de controle que delas derivavam. Lenio Streck (2017), ao explicar as críticas do jurista alemão Habermas, assim dispõe:

“A Jurisprudência dos Valores é criticada por Habermas por considerar que os valores possuem um caráter teleológico diferente do caráter de deontológico das normas jurídicas, não atuando pelo código lícito-ilícito e não impondo deveres definitivos, pois ancorados numa relação de precedência entre si. Ademais, afirma que as decisões que aplicam os valores são racionais, visto argumentos funcionalistas terem preferência aos argumentos normativos e isso pode levar ao sacrifício de direitos

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2017. p. 145-147.

fundamentais, pois os "[...] valores tem que ser inseridos, caso a caso, uma ordem transitiva de valores; uma vez que não há medidas nacionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido." (STRECK, 2017, p. 116)

Nesse sentido a doutrina brasileira caminha dia-a-dia, assumindo a moral (valores) como elemento possível de transformação da regra posta, sempre através da atividade interpretativa. Barroso (2011) não nega a possibilidade criativa do Direito pelo juiz, afirmando que “em muitas situações, em um lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador.” E complementa: “A despeito de algum grau de subversão ao princípio da separação dos Poderes, trata-se de uma inevitabilidade [...]” (BARROSO, 2011)

Barroso (2011), ainda assume que o judiciário precisa desempenhar uma atividade menos técnica e mais política, afirmando que o problema não é a judicialização do direito, mas a escassez de boa política, notadamente pelo descrédito em relação ao legislativo. E conclui, paradoxalmente, que o judiciário continuará a desempenhar um papel contramajoritário, estabelecendo limite às maiorias, e ao mesmo tempo representativo, dando voz às maiorias.

Aliás, essa é uma equação que a doutrina pós-positivista brasileira não consegue resolver.

Na mesma linha, Daniel Sarmento suscita uma incompatibilidade entre o constitucionalismo, instituidor de limites às maiorias e a democracia, que aponta a vontade do povo⁴⁸. E discorre que o argumento de que essa tensão contraria a tese de que a Constituição é a vontade do povo não resistiria a dois aspectos impeditivos de sua prevalência: primeiramente, devido à existência de um problema temporal, por ser “o povo de hoje” diferente do “povo de ontem”, instituidor da Constituição Federal, bem como da indeterminação semântica de certos conceitos constitucionais. E na esteira do pós-constitucionalismo barrosiano, o autor concluiu pela necessidade de um ponto de equilíbrio entre os limites impostos pelo constitucionalismo e a moralidade imposta pelas necessidades sociais:

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da mesma moeda**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

“É certo que, embora o tema continue extremamente polêmico, prevalece hoje a posição, que endossamos plenamente, no sentido de que é legítimo e necessário estabelecer limites para as maiorias de cada momento, sobretudo ligados à proteção de direitos fundamentais e das regras ligadas à preservação do próprio processo democrático, e de que é essencial, por outro lado, atribuir ao judiciário o poder de fiscalizar o respeito a esses limites.” (SARMENTO)

Resta claro que o pós-positivismo não estabelece um resultado claro sobre quando o exercício dos direitos e garantias pontuam limites ou quando esses limites podem ser superados. Deixa em aberto para que o judiciário decida quando os limites representam limites, ou até quando representam limites, podendo usar a interpretação, ora para uma postura, ora para outras.

Assim, repisando e acrescentando, verifica-se um equívoco de diferença de tradição e, ainda, de insegurança institucional, na medida em que a modulação do direito à moral – dos direitos e garantias fundamentais aos valores – depende do estabelecimento pelo poder jurisdicional sobre se esses limites existem efetivamente ou não.

Disposto que o primeiro equívoco é a ausência de avaliação das tradições contextuais distintas, insta destacar que a doutrina brasileira ainda guarda vinculações com a postura que pretende superar. A pretexto de abandonar o velho positivismo e abraçar o neoconstitucionalismo, deságua no mesmo problema que o positivismo não conseguiu resolver: a discricionariedade e o subjetivismo, lados da mesma moeda⁴⁹.

Na verdade, a vinculação com a discricionariedade se verifica na vulgarização do termo positivismo pela doutrina, que não realiza a devida distinção entre o positivismo legalista e o positivismo normativista (ou exegético e pós-exegético): retoricamente, dos dois tipos citados, o legalismo se afasta, em maior medida, da discricionariedade, na medida em que, em seu “*pragmatismo*”, pressupõe uma vinculação estrita do juiz na aplicação da lei – sem dispor de juízos sobre a justiça ou a injustiça da lei⁵⁰. O positivismo normativista, por sua vez, também equipara

⁴⁹ Barroso assume expressamente a discricionariedade como elemento da atuação jurisprudencial: a discricionariedade assume a possibilidade dos juízes se voltarem contra o texto jurisdicional. BARROSO, Luiz Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil**: Crônica de um sucesso imprevisto. 2011. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁵⁰ Famosa é a escola da exegese, que identificava o direito e lei. Porém, mais do que isso, pressupunha o pragmatismo na literalidade da lei. Decerto que essa postura se justifica

direito e lei, mas o faz com um toque pragmático distinto do legalismo: “opera uma análise semântico-sintático do direito, reconhecendo o problema dos múltiplos significados que emanam dos conceitos que compõem o direito e problematiza a relação desses conceitos com o mundo jurídico⁵¹.” (ABBOUD, CARNIO e OLIVEIRA, 2015, p. 251)

Assim, ao apostar na discricionariedade e na tese de que “princípios são valores”, a doutrina cai nos braços do positivismo pós-exegético – normativista, mantendo-se vinculado a um paradigma que supostamente pretende superar: na verdade, tanto o positivismo quanto o neoconstitucionalismo apostam na discricionariedade do juiz.

A discricionariedade trata-se da principal característica do positivismo jurídico, lembrando ainda que, conforme Streck (2017), “é preciso estar alerta para certas posturas típicas de certos “pós-positivismos”, que pretendem colocar o rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra da história.” (STRECK, 2017, p. 53) E coloca a problemática em pratos cheios:

“Assim, da escola do Direito livre, passando pela jurisprudência dos interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, pelo positivismo pós-hartiano até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, vontade e discricionariedade são faces da mesma moeda).” (STRECK, 2017, p. 53)

Entre as posturas comparadas, infere-se que entre o positivismo normativista e o neoconstitucionalismo, o primeiro se fecha mais à modulação interpretativa por elementos externos, considerando-se, por óbvio, as possibilidades da

argumentativamente pelo contexto político em que a escola se deu, de desconfiança aos juízes e da necessidade de “estabilização” do regime napoleônico por meio da lei. Nesse sentido e com maior detalhamento. ABBoud, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 389-392.

⁵¹ Por todos e mais conhecido, Hans Kelsen, quando afirma: “Simplesmente, a indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma se encontra em várias significações possíveis.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 257.

indeterminação do sentido da norma. O segundo por sua vez, aposta em vetores externos com preponderância sobre o direito positivo.

As considerações postas demonstram que as posturas positivistas e neoconstitucionalistas têm uma posição também quanto às fontes do direito: as primeiras apostam nas fontes sociais do direito - protegendo a ideia de que o direito é aquilo que emana do Estado, em sua versão formal, na legalidade, enquanto o neoconstitucionalismo aposta na abertura do direito a elementos a ele externos.

Em síntese, a doutrina brasileira pós-positivista assume ideais do neoconstitucionalismo, notadamente, quanto à ausência de autonomia do direito à moral e a discricionariedade e ativismo político como características da atuação jurisdicional.

3.4 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Por sua vez, o Constitucionalismo Contemporâneo é uma proposta que pretende defender o direito com autonomia a fatores externos, limitar a discricionariedade do juiz, bem como atribuir aos direitos e garantias fundamentais uma função política de limitação do poder. Streck (2017) conceitua o Constitucionalismo Contemporâneo:

“O Constitucionalismo Contemporâneo é um fenômeno que surgiu no segundo pós-guerra, representando o redimensionamento na prática político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do estado e da Constituição com o advento do Estado democrático de direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das Fontes; da Teoria da Norma, da teoria da interpretação e da teoria da decisão (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).” (STRECK 2017, p. 37).

Streck (2017) ainda dispõe que sua proposta é uma continuidade do constitucionalismo, explicando que esse é um “movimento teórico, jurídico-político em que se busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.” (STRECK, 2017, p. 37)

Tal posição teórica tem uma proposta definida quanto à *teoria das fontes do direito*, *a interpretação e a discricionariedade judicial* e *a relação entre direito e moral*.

Quanto à teoria das fontes, propõe a aplicação da lei orientada pela materialidade dos princípios constitucionais, de forma a dar a eles eficácia e impor aos preceitos ordinários subordinação aos direitos fundamentais.

Essa nova proposta atende a uma necessidade de releitura sobre a tradicional estrutura das fontes do direito que, comumente, identifica como fonte do direito a lei, costume, jurisprudência e doutrina, sendo que a lei, no paradigma positivista, é alçada como fonte quase que exclusiva do direito. Abboud, Carnio e Oliveira (2015), dispondo que essa mudança se deu “em razão do pós-positivismo e do fenômeno do constitucionalismo” explicam que três mudanças condicionam a alteração da tradicional teoria das fontes do direito: “a primeira refere-se à mudança na concepção do direito; a segunda na realização do direito; e a terceira refere-se ao sentido do sistema jurídico.” (ABBOUD, CARNIO E OLIVEIRA, 2015, p. 262) Conforme a fala dos autores:

“No que se refere à concepção, o direito não deve ser mais compreendido de forma puramente estatística que se embasava no positivismo legalista. Isso porque, após o momento histórico do pós-guerra, consolidou-se o fenômeno do constitucionalismo que determinou a racionalização do poder e inseriu, dentro dos ordenamentos jurídicos, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais do cidadão.

A realização, tal como sua concepção, do mesmo modo, sofreu radical modificação de modo que o direito deixou de ser encarado como simples aplicação do direito. Isso porque a realização do direito deixou de ser mera aplicação na legalidade vigente a partir do sistema conceitual do positivismo, tornando-se instrumento de promoção de direitos e construção da Democracia.

Essa alteração foi oriunda em virtude do fenômeno da jurisprudência de valores, determinando que o direito não deveria mais ser buscado tão apenas na legalidade vigente, mas, sim, em uma axiologia (direitos fundamentais + princípios constitucionais) fruto da evolução histórica da sociedade da civilização que já não admitir que qualquer conteúdo pudesse ser direito.” (ABBOUD, CARNIO E OLIVEIRA, 2015, p. 262)

Em relação à interpretação e discricionariedade judicial, o Constitucionalismo Contemporâneo posta-se contra a aplicação de valores como elemento de abertura à legalidade constitucional, dispondo que esses elementos morais (qualquer elemento externo ao direito) se dão numa relação de co-originalidade com o direito.

Streck (2017) ainda explica que a tentativa de efetivação dos direitos e catálogos sociais dispostos na Constituição Federal de 1988, se deu com o incentivo doutrinário de três principais posturas ou teorias: “a jurisprudência de valores, o

realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy”. E determina:

“Para quem professa o nome “Constitucionalismo Contemporâneo”, esses setores do constitucionalismo – especialmente aqueles filiados ao assim denominado neoconstitucionalismo – não conseguem trabalhar os problemas dos “casos difíceis” sem recorrer à ponderação alexyana. O que a doutrina citada por Streck posta, é uma espécie de pós-positivismo absoluto, com a utilização de valores como fuga ao legalismo, o que não se identifica com a nomenclatura por ele proposta.

O Constitucionalismo é, em suma, um movimento pós-guerra que traz uma ideologia democrática, trazendo consigo uma exigência da moral crítica (na forma de direitos fundamentais): para o Constitucionalismo Contemporâneo, direito e moral são co-originários, mas o direito possui autonomia em relação à moral, à política e economia, não podendo ser por eles corrigidos. Essa é a maior distinção entre o neoconstitucionalismo e o Constitucionalismo contemporâneo: a (im) possibilidade de correção do Direito por elementos a ele externos.” (STRECK, 2017, p.37-38)

Por último e não menos importante, o Constitucionalismo contemporâneo tem uma visão *política* de que os direitos e garantias fundamentais vinculam o Poder Público, sendo que “não são mais os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais”. (ABBOUD, CARNIO E OLIVEIRA, 2015, p. 286) Assim, não basta mais o direito ser legal, ou seja, o dever-ser legal, mas o direito deve ser constitucional, o dever-ser constitucional: o processo, nestes termos, passa a ser entendido como devido-processo-constitucional e não devido-processo-legal.

Os mesmos autores ainda afirmam que “os direitos fundamentais possuem duas funções principais: limitação do Poder Público e proteção contra formação de eventuais maiorias.” (ABBOUD, CARNIO E OLIVEIRA, 2015, p. 287) Na verdade, conforme esclarecem os autores, a funcionalidade dos direitos e garantias fundamentais tem relação com a própria teoria de Estado: em sucessão ao Estado de Direito, em que o Poder Público era orientado por uma ideia de conteúdo formal do direito, surge o Estado Constitucional de Direito, em que há uma vinculação material do conteúdo posto. Nesse sentido, interessa a passagem dos autores:

“Na realidade, os direitos fundamentais asseguram ao cidadão um feixe de direitos e garantias que não poderão ser violados por nenhuma das esferas do Poder Público. Os referidos direitos apresentam uma dupla função: constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo em que constituem limites/restrições à atuação do Estado.” (ABBOUD, CARNIO E OLIVEIRA 2015, p. 286)

Ter ciência desse espectro teórico é importante, na medida em que a ciência processual está permanentemente vinculada à ciência constitucional, tendo ainda sua origem fundante no documento máximo do ordenamento jurídico brasileiro.

É importante se posicionar em relação ao paradigma que se quer adotar, se o neoconstitucionalismo ou o Constitucionalismo contemporâneo: e refletir que o neoconstitucionalismo assume os valores como mecanismo de abertura do direito a elementos externos, apostando que o pragmatismo jurisprudencial pode fazer o controle do conteúdo constitucional e adequá-lo a elementos externos a ele.

Se o processualista se alinha a uma base teórica como o Constitucionalismo Contemporâneo, exige que a concepção dos institutos processuais tenha origem constitucional e que se adeque a uma posição de máxima efetivação do texto constitucional.

4. VISUALIZAÇÃO PRÁTICA DOS ESCOPOS

Em texto primoroso, Dietrich (2019) dispõe que a Constituição existe apenas onde existe a cultura constitucional, não surgindo apenas do que está escrito, “mas da forma como é tratada pela administração, pelo judiciário e pela própria dogmática ao aspecto fundamental na formação daquilo que é chamado de “cultura constitucional”. Destaca ainda que a dogmática possui um fator decisivo na formação da cultura jurídica de um país, exemplificando que é inócuo positivar o *dever de fundamentação* se a doutrina for caudatária da não fundamentação.⁵²”

O pensamento de Dietrich (2019) se compatibiliza com a definição de constitucionalismo de Waldron (2018): ambos defendem que a efetividade da Constituição depende de como a sociedade a respeita, mesmo que para efetivá-la, isso exija a renúncia a valores pessoais.

O que pode ser concluído a partir das lições postadas é que a Constituição só “existe” se é efetiva e não apenas se está escrita. Dessa forma, nos termos dispostos pelo autor, a existência da Carta Magna depende da cultura constitucional, de forma que uma dogmática pode:

(i) ser culturalmente caudatária da efetivação da norma constitucional como ela aparenta ser, desprezando-se eventuais mutações de sentido que contrariem o texto escrito. A título de exemplo, nesse modelo cultural, o texto disposto no *artigo 93, IX da Constituição Federal* obrigaria à postura judiciária de confrontamento de todos os argumentos levantados pelas partes, capazes de influenciar a decisão.

(ii) ser culturalmente caudatária de que o sentido da norma constitucional possa contrariar a aparência do texto escrito, admitindo a sujeição e mutação daquela a vetores sociais, econômicos, políticos, morais, religiosos ou culturais. A título de exemplo didático, nesse modelo cultural, o texto disposto no *artigo 93, IX da Constituição Federal* não obrigaria à postura judiciária de confrontar todos os argumentos levantados pelas partes, capazes de influenciar a decisão.

⁵² DIETRICH, Willian Galle. **CULTURA CONSTITUCIONAL EM DECLÍNIO E DEGRADAÇÃO DO PROCESSO**. 2019. Disponível em: < <https://emporiododireito.com.br/leitura/30-cultura-constitucional-em-declinio-e-degradacao-do-processo> >. Acesso em: 21 out. 2019.

Tal noção tem uma ligação direta com os escopos, vez que ter ou não ter uma cultura constitucional liga-se à possibilidade de aplicar ou não escopos metajurídicos, de atribuir ao juiz legitimamente a possibilidade de aplicar ou não o que pensa sobre a lei.

Nesse sentido, pode-se destacar uma jurisprudência que serve de exemplo sobre ser ou não ser caudatária da identidade Constitucional ou não: a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de cumprimento da pena após decisão condenatória em segunda instância, objeto de julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 44. Antes de discorrer sobre as possibilidades interpretativas de acordo com valores, trazemos parte do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin, na referida ação:

“A morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais que decorrem de intensa violação a direitos humanos levou à condenação do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de julho de 2006, no caso Ximenes Lopes versus Brasil. Damião Ximenes Lopes era deficiente mental e foi vítima de maus tratos em uma casa de repouso no Município de Sobral/CE, os quais foram causa de sua morte. Na condenação, dentre outras razões, a Corte considerou violados os direitos e garantias judiciais à proteção judicial em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Considerou-se que após 06 (seis) anos não havia sequer sentença de primeiro grau. (CORTE IDH. 2006. Caso Ximenes Lopes vs . Brasil. Série C. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas.)

A deficiência da proteção penal a vítimas de violações graves a direitos humanos foi decisiva na acusação que o Brasil sofreu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso que ficou conhecido como o Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão. Entre 1991 e 2003, uma série de homicídios foi praticada no Maranhão contra crianças de 8 a 15 anos. Apurou-se o total de 28 homicídios, tendo a maioria dos corpos sido encontrada com as genitais mutiladas. O Brasil firmou acordo reconhecendo a ineficiência da proteção penal às vítimas, assumindo uma série de compromissos em decorrência disso.

Digo isso, Senhora Presidente, para rechaçar a pecha de que esta Suprema Corte, em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, sucumbiu aos anseios de uma criticável “sociedade punitivista”, comprimindo direitos humanos num “ambiente de histeria”.

A busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva, ou seja, pela perspectiva segundo a qual, como tem entendido esta Suprema Corte, ao acatar o princípio da proibição de proteção deficiente, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência. ” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44. **DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO**. Brasília. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2019.

Em que pese o texto da Constituição afirmar no artigo 5º, inciso “LVII - *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”, discute-se no julgado a juridicidade do início do cumprimento da pena após decisão em segunda instância.

O voto acima citado discute o aspecto da demora do poder judiciário em oferecer respostas na seara criminal, correlacionando tal demora com a necessidade de início da execução após a prisão em segunda instância.

Em que pese a importância do argumento expedido pelo Eminentíssimo Ministro Edson Fachin, importante do ponto de vista social, a decisão final da Ação Declaratória de Constitucionalidade contraria a aparência do texto constitucional, na medida em que o cumprimento de pena se liga à condição de culpado que, por sua vez, no texto constitucional, é condicionado ao trânsito em julgado. Gize-se, não se está aqui, ainda, fazendo um juízo de valor sobre tal decisão, mas constatando que ela se baseia em uma postura cultural –“epistemológica” que permite o afastamento da aparência verbal do texto constitucional: tal decisão se amolda à postura (ii), refratária ou no mínimo, permissiva a sentidos que contrariem e alterem o texto constitucional.

A decisão de condenar ou não condenar passa pela integridade do texto constitucional, ainda que contrário aos nossos valores pessoais. Isso é constitucionalismo: defender os direitos e garantias expostos na Constituição ainda que esses violem os valores sociais, sejam majoritários ou não.

Devemos estar alertas para o fato que, mais importante do que analisar criticamente as decisões, é importante ter a consciência se o julgador possui uma “cultura” aderente ou refratária à aparência do texto constitucional: ter esse rigor metodológico crítico, permite que se estabeleça um ponto de partida mínimo de coerência e integridade no tratamento à Constituição Federal. Não existe rigor metodológico e coerência política se um mesmo jurista digladiar a favor da manutenção da aparência do texto constitucional em determinadas situações e, em outras, refute-a, postando-se a favor da mutação de sentido, mesmo contra o texto.

Mais importante que a existência de uma Constituição escrita, é a forma como a mesma é tratada: uma “cultura” de efetivação exigirá um cumprimento severo do

texto constitucional, ao passo que uma cultura aceitante que as mutações possam contrariar a aparência do texto escrito, defenderá que os direitos e garantias fundamentais possam ser aderentes a aspectos externos à Constituição.

A explanação sobre Constituição e cultura constitucional serve para nos lembrar de que as concepções oferecidas por uma teoria, sobre o processo e sua natureza estarão diretamente relacionadas à “compreensão” que se tenha da Constituição: antes de assumir o processo como instituição de *garantia* do cidadão, *instrumento* da jurisdição ou qualquer outra concepção que se adote, deve-se identificar a posição cultural que se assume em relação à Constituição, seja ela *explícita ou implícita*. E, dada as concepções políticas e teóricas advindas do constitucionalismo, a postura e o “tratamento” a respeito dos direitos e garantias fundamentais implica consequencialmente a própria concepção de direito: o oposto também é verdade.

Primordial, então, refletir sobre cada concepção do processo, se ela possui origem constitucional e sobre qual base “cultural” ela se assenta: se na concepção (i) ou na concepção (ii), o que revelará a própria concepção de direito do paradigma adotado.

Não hesitamos em afirmar que a relação estabelecida por Dinamarco entre escopos e Constituição se enquadra na posição cultura (ii). Com efeito, o autor não esconde sua posição, de que os princípios e valores constitucionais são aderentes – mutáveis; dependentes - de elementos histórico-culturais e do sentimento de justiça do juiz.

Podemos ainda, retomando as lições Dietrich (2019), sinalizar para um acréscimo de conteúdo à posição cultural (ii) no tópico anterior estabelecida. A Instrumentalidade do Processo se enquadra como uma dogmática: (ii) culturalmente caudatária de que o sentido da norma constitucional possa contrariar a aparência do texto escrito, admitindo a sujeição e mutação daquela a vetores sociais, econômicos, políticos, morais, religiosos ou culturais, sendo que *o magistrado pode escolher aquele que melhor atenda ao seu senso de justiça*.

Aplicando a posição “cultural” (ii), que mais se identifica com a Instrumentalidade do Processo, ao objeto da ADC 44, que tem como objeto de análise o cumprimento da pena após decisão condenatória em segunda instância, teríamos algumas possibilidades de respostas:

(i) Por um vetor e valoração da institucionalidade, a seguinte resposta: a prisão em 2ª instância deve ser permitida, “pois esta Suprema Corte vigorou desde a promulgação da Constituição em 1988 até 2009, por quase vinte e um anos portanto, segundo o qual o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário não colide com o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Como se vê, vinte e um dos vinte e oito anos registrou essa compreensão”. *Trecho do voto do Ministro Edson Fachin, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44 – DF;*

(ii) Por um vetor e valoração da autoridade, a resposta pode ser permitida ou negada, “pois o juiz deve decidir de acordo com sua ciência e consciência. Em rigor, eu digo isso, e é um fato muito pessoal: minha consciência, em determinado momento, está totalmente voltada a Deus. Eu sei que eu vou responder pelos meus acertos e erros perante Deus”. *Entrevista concedida pelo Desembargador Ricardo Dip à Revista Eletrônica Consultor Jurídico;*

(iii) Por um vetor social/moral, teríamos a seguinte resposta: o cumprimento da pena após condenação em segunda instância deve ser permitido, pois dificilmente o Estado processa um cidadão que não tenha praticado o ilícito penal a ele imputado; a soltura deve ocorrer apenas em caso de absolvição, sob pena de se estar pondo bandido na rua;

(iv) Por um vetor político x, teríamos a seguinte resposta: o cumprimento da pena após condenação em segunda instância deve ser permitido, pois os cidadãos que cometem crimes têm de ser sofrer a força do Estado e o poder público tem que ter tolerância zero com os criminosos;

(v) E finalmente, por um vetor de efetivação da máxima aparência do texto constitucional, o artigo 5º da Constituição, inciso “LVII - *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*” permitiria o início do cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado.

Retomando a reflexão, se o juiz pode contrariar a aparência do texto constitucional quando estiver compatível com a sua consciência, qualquer resposta é válida, seja a permissão, seja a proibição, estando o critério de validade no simples fato do agente da interpretação ser o juiz. Pode-se concluir o seguinte: não importa o conteúdo, desde que a ordem seja emanada pela jurisdição.

E, de acordo com as lições de Dietrich (2019), tendo uma cultura caudatária da refração ou permissão à contrariedade do texto constitucional, não mais teríamos Constituição, haja vista ela apenas existir se efetiva.

Mas podemos nos perguntar se as decisões jurisdicionais contrárias à Constituição estiverem em conformidade com a aceitação da nação, não seriam legítimas?

A resposta poderia ser sim, se não houvesse problemas de ordem lógica e prática: (i) os valores não são absolutos entre os cidadãos, havendo inúmeras dissensões de ordem políticas, religiosas e morais; (ii) os valores não são absolutos dentro de um Tribunal, sofrendo mutações de posicionamento no decorrer do tempo e de acordo com os integrantes que o compõe; (iii) os valores não são absolutos entre as câmaras de um mesmo tribunal; (iv) os valores não são absolutos em votações dentro de um mesmo colegiado, sendo os resultados normalmente não unânimes, apertados.

A afirmação de que a solução que contraria a aparência do texto constitucional e vai de encontro ao sentido de juiz, discrepa dos valores imperantes na nação é uma premissa inversa e perversa, pois contraria a própria realidade de dissensão social e mesmo jurisdicional sobre os valores. Mais. Não se sustenta em si mesma, na medida em que as soluções contrárias ao mesmo texto e compatíveis com a ordem social, ou confirmam que juízes possuem antenas de marcas distintas, para captar os valores, ou se baseiam em sociedades distintas.

Assumir a premissa que os juízes podem captar os valores e apontar soluções contrárias ao que dispõe o texto constitucional é: (i) assumir uma “cultura” refratária ou permissiva a alterações do sentido que corresponda à máxima aparência do texto constitucional; (ii) e ao mesmo tempo, assumir que o sentido do texto constitucional pode ser moldado a depender da consciência e do senso de justiça do juiz ou colegiado acerca daquele valor.

A implicação prática é que o que a Constituição é materialmente passa a depender do que pensa um colegiado sobre o texto constitucional: como afirmado, é uma premissa inversa e perversa: se isto é ruim para mim, é ruim para a maioria, se não atende à minha consciência, não atende à consciência da maioria. E a legitimidade “democrática” passa a ser não a subordinação do senso de justiça do juiz ao texto constitucional, mas a correspondência do texto constitucional ao sendo de justiça do juiz.

Todo o exposto pretende clarificar que a relação entre Constituição, jurisdição e “processo” proposta pela Instrumentalidade do Processo é de sujeição do texto constitucional ao sentimento de justiça do juiz – verificamos que o termo valores aceitos pela nação atrai alguns problema: assim, verificou-se que a teoria é refratária à efetivação da identidade do texto constitucional e aceitante a interpretações que alterem a aparência verbal do texto, sejam elas condicionadas ao sentimento social ou ao senso de justiça do magistrado – sendo que, da forma demonstrada, sempre prevalecerá o último.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o exposto, restou claro que a captação de escopos metajurídicos pela jurisdição não se coaduna com a separação dos poderes instituída na Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, ressalta-se a vinculação das bases da Instrumentalidade do Processo, ligadas a dois conceitos: o movimento do Direito Livre e à política de Estado social. Conforme dito no tópico 2, tais ligações dizem algo. Na hipótese, que as influências da teoria analisada têm como fundamento uma liberdade judiciária em relação à legislação. Ademais, vige no cenário brasileiro o Estado democrático de Direito, que conjuga direitos de liberdade e sociais, além dos difusos, conforme já afirmado.

A proposta da Instrumentalidade do Processo, com a possibilidade de captação dos escopos sociais pelo juiz, se insere no contexto da multiplicidade cultural e de valores. Admitir que possa captar os escopos metajurídicos é aceitar que o magistrado possa, na aplicação do direito, realizar juízos morais para prolatar a sua decisão. Não se trata de mera retórica nossa, pois, conforme citamos já na Introdução, Dinamarco afirma que o processo é instrumento para realizar pressões sobre o legislador. Ademais, no sopesamento dos valores conflitantes, imputa ao juiz a capacidade (e legitimidade) para escolher o que melhor atenda ao seu senso de justiça. O autor não indica que a via correta para a determinação dos valores é a passagem pela casa legislativa, mas orienta que a casa real é adequada a isso.

Não negamos aqui desacordos a respeito do conteúdo do próprio direito. Mas Waldroon explica que o dissenso sobre a extensão e conteúdo do direito, em uma democracia, pressupõe o respeito anterior ao próprio direito. Existem dissensos a respeito do que é justiça, do que é igualdade e também sobre quando se deve abortar, ou se pessoas do mesmo sexo podem receber a proteção matrimonial civil do Estado.

Mas o lugar “normativo” para captação dos escopos (soluções desses desacordos) é o corpo legislativo, devido às suas características favorecedoras da democracia e, mesmo assim, limitado pela prevalência dos direitos dispostos na Constituição Federal de 1988. Conforme dispôs Waldroon (2018), essa disposição normativa constitucional se justifica pela melhor oportunidade que oferece aos cidadãos para

que participem das discussões e deliberações acerca dos seus direitos, da forma mais competitiva possível.

Assim, ao oferecer a teoria de que cabe à jurisdição captar escopos vigentes no corpo social a Instrumentalidade do Processo perde de vista que esse mesmo corpo social está limitado pela vigência de direitos instituídos constitucionalmente, sendo o respeito a essa premissa integradora da noção de constitucionalismo. Comete o equívoco porque fixa no juiz a capacidade de fazer escolhas que cabem aos cidadãos. Ademais, os escopos estabelecidos na Instrumentalidade do Processo não se limitam às dificuldades semânticas verificadas no texto da norma, o que remeteria ao problema político-jurídico identificado no positivismo. Ultrapassam esse limite, para possibilitar ao juiz fazer escolhas políticas, juízos de valor sobre o texto estabelecido democraticamente pela Constituição.

A Instrumentalidade do Processo deixa de ser constitucionalista, nesse sentido, porque permite que o juiz possa não atuar com base na lei, entendida como a escolha moral feita pela via legislativa, para atuar com base na escolha do valor que ele captar (entre os vários valores possíveis). Cai em um subjetivismo político assumido (afinal, o parâmetro do escopo social, de acordo com a fala de Dinamarco, é a justiça do juiz).

Afinal, a separação dos poderes é o mecanismo que garante a liberdade do cidadão. Essa, por sua vez, em um cenário de democracia brasileira, liga-se à possibilidade do cidadão ser julgado com base em leis por meio das quais ele participou. E os juízos morais e de valores pelos quais o judiciário decide não passam pelo crivo do debate democrático, ficando o povo soberano fora da discussão das situações jurídicas que ele mesmo iria sofrer.

A possibilidade de o juiz realizar escolhas morais, remete ao regime do Estado absoluto: afinal, as pessoas, súditas, apesar de serem julgadas por meio de leis, sofriam sanções com base em textos sobre as quais não tinham possibilidade de deliberar.

Assim, a captação de escopos pela jurisdição não é viável em uma democracia, porque “a justiça não é objetiva” e nem os direitos são. Especificamente em nosso cenário jurídico, temos a presença do artigo 2º da Constituição Federal, determinando que todo o poder tem origem no povo.

Por fim, a estrutura da separação dos poderes presentes na Constituição não permite ao juiz criar direitos além do disposto na lei, pois mesmo o judiciário está vinculado ao princípio da legalidade registrado no artigo 5º da Carta Magna.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O DITO E O NÃO-DITO SOBRE A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO: CRÍTICAS E PROJEÇÕES A PARTIR DE UMA EXPLORAÇÃO HERMENÊUTICA DA TEORIA PROCESSUAL**. 2008. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidade-do-processo.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2019.

BARROSO, Luiz Roberto. **O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO NO BRASIL: Crônica de um sucesso imprevisto**. 2011. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **MAGNA CARTA - 1215 (Magna Charta Libertatum)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44. **DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO**. Brasília, . Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria de Editoração e Publicações Coordenação de Edições Técnicas (Comp.). **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NORMAS CORRELATAS**. 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

COGGIOLA, Osvaldo. Novamente, a Revolução Francesa. **Revistas Eletrônicas da Puc-sp**, São Paulo, p.1-44, 20 nov. 2019. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

DINAMARCO, Cândido R.. **A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

DIETRICH, Willian Galle. **CULTURA CONSTITUCIONAL EM DECLÍNIO E DEGRADAÇÃO DO PROCESSO**. 2019. Disponível em: < <https://emporiiodireito.com.br/leitura/30-cultura-constitucional-em-declinio-e-degradacao-do-processo> >. Acesso em: 21 out. 2019.

KELSEN, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 282.

LIMONGI, Fernando. **“O FEDERALISTA”: remédios republicanos para males republicanos**. In: WEFFORT, Franciso (Org). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Atica, 1991. p. 275.

LOCKE, Jonh. **DOIS TRATADOS SOBRE O GOVERNO**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 639 p. Tradução Júlio Fischer.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **JOHN LOCKE E O INDIVIDUALISMO LIBERAL**. In: WEFFORT, Franciso (Org). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Atica, 1991.

MONTESQUIEU, Charles-louis de Sécondat. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 449 p. Cristina Murachco.

RAATZ, Igor. **A RESISTÊNCIA INSTRUMENTALISTA E O SURGIMENTO DA DOUTRINA BRASILEIRA DO GARANTISMO PROCESSUAL: uma breve análise em dois atos**. 2019. Disponível em < <https://emporiiodireito.com.br/leitura/28-a-resistencia-instrumentalista-e-o-surgimento-da-doutrina-brasileira-do-garantismo-processual-uma-breve-analise-em-dois-atos> >. Acesso em: 21 de outubro de 2019.

_____. **DESVELANDO AS BASES DO PROCESSUALISMO CIENTÍFICO: OU DE COMO A TEORIA DO PROCESSO NASCEU COMPROMETIDA COM O PROTAGONISMO JUDICIAL**. 2017. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-6-desvelando-as-bases-do-processualismo-cientifico-ou-de-como-a-teoria-do-processo-nasceu-comprometida-com-o-protagonismo-judicial-por-igor-raatz>>. Acesso em: 21 out. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **ATIVISMO JUDICIAL: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAMBA, João Roberto Gorini. **TEORIA GERAL DO ESTADO E DA CIÊNCIA POLÍTICA**. São Paulo: Atlas, 2019.

MANDEL, Giuliana Lima e Gabriel. **JUIZ PRECISA TER CONSCIÊNCIA DE QUE ERRA**. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-11/entrevista-ricardo-dip-desembargador-tribunal-justica-sao-paulo>>. Acesso em: 21 out. 2019.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

PEREIRA, Mateus Costa. **PROCESSUALIDADE, JURISDICIONALIDADE E PROCEDIMENTALIDADE (I): ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS ORIGENS DA CIÊNCIA PROCESSUAL E DO PARADIGMA INSTRUMENTALISTA**. 2019. Disponível em: <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/3-processualidade-jurisdicionalidade-e-procedimentalidade-i-algumas-reflexoes-sobre-as-origens-da-ciencia-processual-e-do-paradigma-instrumentalista>>. Acesso em: 21 out. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da mesma moeda**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2017. 320 p.

WALDROON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018. 258 p. Tradução: Frederico Jorge Gaxiola, Leonardo Garcia Jaramillo, Santiago Virquez Ruiz.

_____, Jeremy. **Derechos e Desacuerdos**. 2005. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005. 442 p. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga.