

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ORIENTADOR: DOUTOR INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

A EQÜIDADE E SEU USO
NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Aiston Henrique de Sousa

Recife, Novembro de 2002

AISTON HENRIQUE DE SOUSA

A EQÜIDADE E SEU USO
NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

ORIENTADOR: DOUTOR INOCÊNCIO
MÁRTIRES COELHO

Recife, Agosto de 2002.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Dissertação defendida em 24 de abril de 2003.

Menção: aprovado

Orientador

Professor Doutor Inocencio Mártires Coelho

Presidente

Professor Doutor João Maurício Leitão Adeodato

Examinador Interno

Professor Doutor Cláudio Roberto Cintra Brandão

Examinador Externo

Professor Doutor José Rossini Correia

Agradecimentos

Agradeço a meus pais, pela dedicação desde os primeiros passos da minha vida, e pelos valores que, consolidados, ainda hoje contribuem para a minha atuação como profissional e como pessoa. A minha esposa e aos meus filhos, fonte inesgotável de alegria e dedicação, que fazem do nosso lar um refúgio de tranquilidade, paz e amor. Aos mestres, pelas luzes que nos trouxeram na busca do conhecimento e da experiência prática, que são os objetivos do curso. Ao Orientador, pela presteza e dedicação na condução da pesquisa. À Direção do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pelo apoio que expressa a inovadora crença na formação dos magistrados como instrumento de qualificação profissional que se traduz na melhoria da prestação jurisdicional. Aos amigos que me estimularam.

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO	10
Criação judicial e eqüidade.....	10
A eqüidade e suas possibilidades na atualidade	12
Como se organiza esta dissertação	15
1. EQÜIDADE NA HISTÓRIA DO DIREITO.....	21
1.1. Entre a lei e a justiça nas origens do Direito.....	21
1.1.1. O Direito e sua identificação com a justiça em Aristóteles	21
1.1.2. Direito e eqüidade na formação do Direito Romano	26
1.2. Direito e eqüidade na família do <i>Common law</i>	37
1.3. Direito e eqüidade na concepção liberal do Direito natural e no Direito moderno.....	44
1.4. A eqüidade nas escolas do pensamento jurídico.....	51
1.4.1. A escola da exegese	51
1.4.2. A jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses.....	53
1.4.3. Movimento do Direito livre e a Sociologia do Direito.....	55
1.4.4. Realismo jurídico	57
1.4.5. Teoria pura do Direito.....	59
2. EQÜIDADE, PLURALISMO JURÍDICO E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO	64
2.1. Eqüidade, sistema concepto-abstrato e procedimentos argumentativos.....	64
2.1.1. Noção de sistema e criação judicial do Direito.....	64
2.1.2. A Tópica e o Direito	65
2.1.3. O Direito e a lógica do razoável.....	69
2.1.4. A nova retórica e o Direito	70
2.2. Criação judicial, pluralismo jurídico e o movimento do Direito alternativo.....	76
2.2.1. O pluralismo jurídico	76
2.2.2. O movimento do Direito alternativo	80
2.2.3. O Direito alternativo, pluralismo e eqüidade.....	81
2.3. Interpretação sistemática e eqüidade.....	84
2.3.1. Características do Sistema Jurídico	84
2.3.2. Importância da noção de sistema jurídico	86
2.3.3. Criação Judicial do Direito e Interpretação Sistemática	89
3. EQÜIDADE, CONSTITUIÇÃO E PROCESSO	91
3.1. Sistema social e sistema jurídico.....	91
3.1.1. Direito, eqüidade e sistema social na atualidade	91
3.1.2. Direito, moral e política.....	94
3.1.3. Judicialização das relações sociais	98
3.2. Aspecto procedimental da democracia	102

3.2.1. Legitimidade e processo judicial.....	102
3.2.2. Processo e ação comunicativa	105
3.3. Ação, jurisdição, processo e Direitos fundamentais	109
3.3.1. O Estado Democrático de Direito e o aspecto procedimental do Direito 109	
3.3.2. O Direito processual e os princípios constitucionais do processo	114
4. SISTEMA JURÍDICO E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS	118
4.1. Interpretação sistemática e processo nos Juizados Especiais Cíveis	118
4.1.1. A missão dos Juizados Especiais Cíveis.....	118
4.1.2. Sistema processual equitativo	119
4.1.3. Criação judicial e as regras processuais nos Juizados Especiais Cíveis ...	120
4.2. Criação judicial e Direito material nos Juizados Especiais Cíveis.....	122
4.2.1. A idéia de simplificação das normas substantivas nos Juizados Especiais Cíveis	122
4.2.2. Inadmissibilidade de ordens jurídicas distintas	123
4.2.3. Os Juizados Especiais e a unidade do Direito material	124
4.2.4. O julgamento por equidade e a arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis 126	
4.3. Os princípios constitucionais do processo e sua aplicação nos Juizados Especiais Cíveis	127
4.3.1. Acesso à justiça nas causas de menor complexidade	127
4.3.2. Sistema processual no contexto dos Juizados Especiais Cíveis	129
4.3.3. O devido processo legal e os Juizados Especiais Cíveis.....	131
4.3.4. O princípio da igualdade	132
4.3.5. O princípio do juiz natural.....	133
4.3.6. Contraditório e ampla defesa.....	135
4.3.7. Publicidade e motivação	139
5. OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, OS PRINCÍPIOS E AS NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL	142
5.1. A base constitucional da organização e do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis	142
5.1.1. A organização dos Juizados Especiais Cíveis.....	142
5.1.2. Participação social.....	143
5.1.3. O procedimento dos Juizados Especiais Cíveis.....	144
5.2. O princípio da Oralidade	144
5.2.1. Noções gerais e conceito.....	144
5.2.2. Notícia história.....	146
5.2.3. Características do processo oral	147
5.2.4. Oralidade na Lei dos Juizados Especiais Cíveis.....	148
5.3. Outros princípios do procedimento.....	150

5.3.1. Celeridade	150
5.3.2. Simplicidade.....	152
5.3.3. Economia processual	154
5.3.4. Informalidade.....	155
5.4. A preferência ao consenso e agir comunicativo nos Juizados Especiais Cíveis 157	
5.4.1. Ação comunicativa e os Juizados Especiais Cíveis.....	157
5.4.2. A conciliação nos Juizados Especiais Cíveis	158
5.4.3. A preferência ao consenso como forma de solução de conflitos	161
6. EQUIDADE, PROVAS E ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.....	163
6.1. Prova e liberdade judicial	163
6.1.1. Livre convencimento e sistema legal de provas.....	163
6.1.2. Prova e motivação no Direito da atualidade	166
6.2. Prova em uma perspectiva constitucional	168
6.2.1. Prova e a superação da dicotomia privado-público no processo.....	168
6.2.2. Direito à prova e ampla defesa	171
6.2.3. Direito à prova e contraditório.....	173
6.3. Prova e argumentação nos Juizados Especiais Cíveis.....	175
6.3.1. Argumentação prática	175
6.3.2. Tipicidade e valoração da prova.....	179
6.3.3. Prova e revelia	182
6.3.4. Prova e ônus da prova	183
7. CONCLUSÕES	188
8. BIBLIOGRAFIA	193
8.1. Livros.....	193
8.2. Artigos.....	200
8.3. Documentos.....	201

RESUMO

A EQÜIDADE E SEU USO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A presente dissertação analisa a equidade e sua aplicação no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, em especial sob o ponto de vista da interpretação sistemática do direito, procurando situá-la nas várias escolas do pensamento jurídico.

Estuda, ainda, as relações entre equidade, constituição e processo, levando em consideração que a autonomia alcançada pelo Direito sofreu algumas atenuações que favoreceram a interação com outros sistemas sociais, como o sistema político e o sistema moral, permitindo, nos princípios constitucionais do processo, o acoplamento entre estes sistemas.

A equidade realiza a igualdade material quando é instrumento de um procedimento destinado a atender a uma classe de demandas historicamente alijada dos serviços jurisdicionais em razão de fatores vários, como custos, morosidade, pouca instrução dos usuários, formalismo, etc. Para dar atendimento a esse tipo de demanda, os Juizados Especiais Cíveis adotam um procedimento que se caracteriza por ser oral, voltado para o diálogo e para a solução consensual de conflitos.

Além disso, são abordados, como manifestação da equidade, o fortalecimento do papel do juiz na produção e na valoração das provas e o abandono de uma concepção privatista do processo e de resquícios do sistema da prova legal, voltando a busca da verdade para a experiência comum.

ABSTRACT

EQUITY AND ITS USE IN SPECIAL CIVIL COURTS

This dissertation analyses equity and its application in the procedure of the Special Civil Courts, mainly from the point of view of the systematic interpretation of the law, trying to place it in several schools of the juridical thought.

It studies the relationship between equity, constitution and process, taking into consideration that the autonomy of Law suffered mitigations that allowed it to interact with other social systems, i.e. politic and moral systems, and also, made possible, within the constitutional principles of the process, the connection between these systems.

Equity accomplishes the material equality when it is an instrument of a procedure destined to assist demands historically not obliged to jurisdictional services due to several factors, such as costs, slowness, users' little instruction, formalism, etc. To attend to those demands, the Special Civil Courts adopt a procedure, which is characterized by being oral, based on dialogue and on the consensual solution of conflicts.

Besides, one approaches, as a manifestation of equity, the strengthening of the role of the judge in the proof production and value, and the abandonment of a private conception of the process and of traces of the legal proof system, turning the search of the truth to the common experience.

INTRODUÇÃO

1. Criação judicial e eqüidade. 2. A eqüidade e suas possibilidades da atualidade. 3. Como se organiza esta monografia.

Criação judicial e eqüidade

A atividade do julgador consiste na interpretação e na aplicação da lei. Por intermédio da primeira, extrai o sentido ou os sentidos possíveis da proposição normativa, e, com a segunda, dá a ela um uso prático na solução do conflito posto sob julgamento, segundo a concepção da justiça.

Na exploração dos possíveis sentidos de uma proposição normativa, o juiz muito acresce ao sentido originalmente proposto pelo legislador.

Trata-se de fenômeno reconhecido até mesmo por juristas que se posicionam por uma compreensão do Direito como um sistema mais fechado, como é o caso de Hans Kelsen, que concebe o Direito como uma moldura, dentro da qual há mais de uma possibilidade de solução correta.¹ Além disso, é muito comum o juiz ser autorizado, pelo próprio preceito normativo, a criar o Direito a ser aplicado ao caso concreto, e, em certas circunstâncias até mesmo independentemente do ordenamento jurídico estatal, tendo por parâmetro tão-somente o fim social do Direito e a concepção de justiça.

Este poder de criação judicial do Direito é que se denomina eqüidade.

A eqüidade mantém íntima relação com a finalidade do Direito, que é o bem comum da sociedade politicamente organizada, em que preponderam a segurança, a liberdade, a utilidade, enfim, a justiça.

A segurança e a eqüidade são dois paradigmas que orientam qualquer decisão judicial. É muito comum, na vida prática, o contraste entre uma solução jurídica ditada pelas considerações de certeza ou segurança e outra, ditada pela justiça e eqüidade. A justiça como coerência e segurança, que são representadas pela lei, e a justiça como aquilo que é bom sob o ponto de vista da decisão individual (*ex bono et aequo*) parecem ser os dois extremos entre os quais se equilibra o Direito como instrumento social, agora e no curso da história.

¹ KELSEN, Hans: *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 390.

A equidade tem um duplo sentido: um de natureza racional, em que se identifica com as várias doutrinas jurídico-filosóficas (Direito natural, Direito justo, Direito racional), e um sentido sociológico, que considera a realidade subjacente. A utilização da equidade tem em vista considerações de ordem racional e, também, sociológica.

Em outras palavras, a equidade é a aplicação do Direito a uma situação individual, tendo em vista elementos como as necessidades do caso concreto e a conformidade com a justiça e com a concepção filosófica que coloca o homem como fim do Direito.

A equidade deve ser manejada não apenas pelo juiz, mas também pelo legislador, e geralmente isto ocorre, pois as leis, em sua maioria, são justas em face da segurança e da coerência com o sistema jurídico como um todo. Ocorre que há inúmeros casos em que a simples aplicação da lei ao caso concreto não atinge o ideal de justiça, sob o ponto de vista da equidade. Alípio Silveira enumera as hipóteses em que as previsões legais não são suficientes para atingir as exigências de equidade²: a) a excessiva generalidade da lei não consegue prever todas as circunstâncias do caso concreto; b) a lei não prevê solução para o caso concreto; c) a lei é inadequada às circunstâncias do caso concreto.

Daí que surgem as funções da equidade, que são, basicamente, as de restabelecer a justiça no caso concreto, norteando o entendimento das disposições contratuais e das práticas costumeiras, orientando a interpretação das fontes do Direito na busca, dentre as interpretações possíveis, da mais benigna e na preferência à busca da finalidade social do Direito, em detrimento da letra da lei, mediante a adaptação da norma às circunstâncias do caso concreto.

A equidade é também a autorização para que a decisão ocorra fora das previsões normativas e independentemente delas, como ocorre no julgamento por arbitragem (art. 25 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 e art. 2º, da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996).

Em qualquer hipótese, é grande o poder criativo do julgador – o que parece ser consenso entre os juristas.

² SILVEIRA, Alípio: *Hermenêutica no Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, v. 1, p. 373

Este tema tem sido objeto de preocupação de filósofos e juristas desde a antiguidade grega, foi a maior motivação do desenvolvimento do Direito Romano, passando a se constituir no objeto principal de debate entre as escolas do pensamento jurídico antes e depois da sistematização do Direito levada a cabo pela codificação, e parece ser ainda uma questão persistente.

Não parece haver, na atualidade, quem desconheça o papel da criação judicial na aplicação do Direito. O problema maior consiste na delimitação de sua utilização, o que tem sido objeto de preocupação de todos os que, de alguma forma, se ocupam de maneira mais refletida do Direito.

A equidade e suas possibilidades na atualidade

O positivismo jurídico da primeira metade do século passado, com exacerbada fé na autoridade da lei formal, serviu de fundamento para os regimes totalitários que provocaram a Segunda Guerra Mundial, e os que lhe seguiram, mas ruiu juntamente com aqueles regimes. Além disso, uma série de reflexões sobre estas concepções do Direito levadas a cabo pela tópica e pela retórica colocou em cheque o ponto de vista que compreende o Direito organizado sob rígidos parâmetros dogmáticos.

Na atualidade, a sociedade se coloca na busca de um novo fundamento para o Direito e o encontra na valorização do ser humano, que se expressa nos chamados Direitos fundamentais do homem. Surge daí um novo Direito, baseado nos princípios gerais do Direito, fenômeno referido por Chaïm Perelman como uma volta ao Direito natural clássico na concepção de Aristóteles, formado “por todos esses princípios não escritos que se supõem ser reconhecidos em toda parte”.³

Esta nova concepção do Direito repercutiu no Brasil após a redemocratização e a edição da Constituição Federal de 1988, oportunidade em que foram reconhecidos novos Direitos fundamentais. Vemos a repercussão desta nova concepção do Direito na valorização dos princípios como fonte do Direito, em especial na realização do princípio da igualdade material pela garantia do acesso à ordem jurídica justa, para a qual é indispensável o reconhecimento de poderes dos juízes para a prática da equidade na condução do processo.

A garantia do acesso à justiça tem especial aplicação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, caracterizados pela prevalência do respeito às garantias

³ PERELMAN, Chaïm: *Lógica jurídica*: São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 103.

processuais das partes, e por um processo dialógico, que permite uma maior aproximação entre as partes, entre estas e o juiz, e também uma maior autonomia na medida em que se estimula a conciliação e a participação do cidadão no exercício da jurisdição.

A lei que instituiu os Juizados Especiais Cíveis previu que o Juiz deve adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (art. 6º da Lei nº 9.099/95).

A primeira indagação a que nos leva a leitura do texto diz respeito à possibilidade de utilização da equidade, no sentido de princípio ontológico de justiça, como o único critério de julgamento. Seria o julgamento de acordo com as necessidades do caso concreto, sem a limitação das prescrições legais, tomando-se por parâmetro os princípios gerais de Direito e o sentimento de justiça.

A letra da lei pode levar alguns a admitir a instituição de um novo sistema de Direito no âmbito dos Juizados Especiais, baseado simplesmente na equidade. Com isto estariam os Juízes que atuam nesta área de jurisdição dispensados da observância dos parâmetros legais, autorizados a sempre adotar a decisão mais justa para o caso concreto, fugindo do tradicional Direito formal que tem por fundamento a norma.

O grande problema desta tese é possibilitar a instituição de um sistema que compromete o princípio da legalidade e o próprio sentido de Direito como ordem, diante da constatação de que um dos pilares em que se firma o Direito é na coerência do sistema é a relativa previsibilidade das decisões judiciais⁴.

Uma posição radicalmente contrária a esta representa uma tendência à desconsideração da equidade. Uma atitude de utilização da lei como fonte única de decisão, sem qualquer consideração valorativa, levaria o jurista a uma posição formalista sem qualquer comprometimento com a finalidade do Direito, que é a solução dos conflitos tendo o ser humano como o centro da decisão, deixando tão somente ao legislador a função de fazer justiça.

Uma atitude assim é mesmo impossível nos tempos atuais diante da insuperável inflação legislativa que, paradoxalmente, impossibilita respostas lógicas para os problemas da vida que se colocam, por se multiplicarem as possibilidades de

⁴ HART, Herbert: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994, p. 15.

antinomias. Este estado de coisas tem contribuído para a expansão da criatividade judicial,⁵ e para que as decisões tópicas sejam inevitáveis.

Neste quadro, pode-se afirmar que, com a codificação, não foi superada a velha dicotomia entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, questão que, com roupagem nova, ressurgiu no âmbito dos Juizados Especiais e renova-se como que com lente de aumento a reclamar o seu enfrentamento.

Procura-se resgatar para a atualidade a concepção de equidade que guarda íntima relação com o problema dos fins do Direito, pois se o fim do Direito é o bem comum este é noção complexa na qual preponderam a justiça, a utilidade, a segurança e a liberdade. A equidade, assim, é equiparada à justiça, não à justiça da lei, mas à justiça como idéia, noção ou princípio.

O Direito baseado em regras escritas, que se apresenta como uma exigência das sociedades modernas, não parece admitir a co-existência de mais de um ordenamento jurídico legítimo dentro do mesmo espaço territorial.⁶

Não obstante, os sistemas jurídicos da atualidade, pelo menos nos países ditos civilizados, admitem o pluralismo jurídico como expressão da autonomia, da participação, da diversidade, da descentralização.⁷ Ademais, tais sistemas valorizam e estimulam a formação de subsistemas, integrando o sistema do Direito oficial, com mecanismos dotados de regras próprias e estratégias para decisões de conflitos, a exemplo da arbitragem e da mediação.

Acresça-se que o ordenamento jurídico estatal estrutura-se como um sistema flexível, que na concepção de Canaris, caracteriza-se pela abertura e mobilidade.⁸ A primeira relaciona-se com a afirmação de que a lei é composta por lacunas e termos sem conteúdo valorativo, cujo sentido só aparece no caso concreto; e, a segunda, com o reconhecimento de que em muitos textos há vários elementos que se combinam em diferente intensidade na formação da norma individual.

As características dos ordenamentos jurídicos das sociedades complexas, dentre as quais se destacam o pluralismo, a abertura e a mobilidade, são analisadas como exigências do Direito atual que reclamam o uso constante da equidade tanto na

⁵ CAPPELLETTI, Mauro: *Juízes legisladores?*: Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999, p. 18

⁶ LUHMANN, Niklas: *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 52.

⁷ WOLKMER, Antônio Carlos: *Pluralismo jurídico, fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1997, p. 160.

⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

interpretação e aplicação do Direito legislado, quanto na criação de novas normas pela via judicial.

Por isto é que se discute se cabe ao juiz, em cada caso particular, criar um Direito novo sem compromisso ou mesmo em confronto com o ordenamento vigente. Quer dizer que tanto a atividade legislativa quanto a atividade jurisdicional têm por parâmetros princípios dos quais não podem se desviar. Estes princípios são estabelecidos no texto constitucional, e giram em torno da dignidade da pessoa humana que é o ideal máximo da justiça, alçado à condição de valor que é a fonte de toda a experiência ética.

Procura-se identificar a equidade, na atualidade, com o respeito aos Direitos fundamentais e aos princípios constitucionais deles decorrentes. Por este critério, a equidade apresenta-se como aplicável a todo o ordenamento jurídico e não apenas à solução de conflitos no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Neste quadro, entendemos que é correto afirmar que os Juizados Especiais Cíveis não foram criados para instituir um Direito paralelo. O objetivo do constituinte não foi instituir uma espécie de “justiça para os pobres”, mas possibilitar uma nova forma de solução de conflitos, em que se garanta e se atinja o Direito como instrumento da equidade, e em que a equidade se manifeste como expressão do princípio da isonomia material como garantia do acesso à ordem jurídica justa e única, o que passa a ser objeto da nossa exposição.

Como se organiza esta dissertação

Inicialmente se procura demonstrar que a equidade sempre foi o tema mais tormentoso da história do pensamento jurídico e ao mesmo tempo aquele que provocou as inquietações que mais fortemente impulsionaram o desenvolvimento do Direito.

Foi assim na formação do Direito Romano, quando o aspecto sacro das formas dos processos cedeu lugar a aspectos práticos que permitiram o desenvolvimento de um sistema mais aberto de forma a abranger também os interesses da plebe. De igual forma, o desenvolvimento deste sistema, com o surgimento do Direito pretoriano e da cognição extraordinária não teve outro sentido senão o de adapta-lo às exigências da sociedade de então.

O mesmo fenômeno se observou na formação do *common law*, em que a unificação dos direitos tribais cedeu lugar a uma ordenação mais flexível, comum a

toda a Inglaterra, mas que, com o tempo, teve que adaptar-se às exigências de justiça, o que foi implementado com a *equity*.

As concepções do pensamento jusnaturalista tinham por objeto encontrar um fundamento racional para a lei positiva. O direito natural, que seria algo superior à lei positiva, seria este fundamento.

A soberania popular, que tem inspiração no pensamento jusnaturalista, seria o intérprete do direito natural e a lei originária deste poder seria a manifestação maior deste sentimento de justiça. Por isto, com a codificação, se imaginou ter sido superado o problema do fundamento da lei. Direito natural e direito positivo, agora, coincidem.

A codificação não pôs fim à procura de um fundamento para o Direito. A escola da exegese, ao lado da jurisprudência dos conceitos, e, mais recentemente, a teoria pura do Direito basearam-se em uma concepção formalista, em que a autoridade é o fundamento do Direito que, uma vez estabelecido, só resta ser seguido como construção silogística, a exemplo da matemática. Outras escolas, como a da jurisprudência dos interesses, o movimento do Direito livre e a sociologia do Direito, capitanearam a luta por um Direito que representasse as necessidades reais da sociedade e o ideal superior de justiça.

Na praxe jurídica, prevaleceram as teses que reforçaram o Direito como expressão da autoridade, e no plano metodológico a concepção sistemática do Direito, inspirada em Savigny.

A discussão sobre a equidade como meio de busca do ideal de justiça coloca em confronto a idéia do monopólio estatal na construção do ordenamento jurídico com a tese do pluralismo jurídico e a idéia de que outras instituições, ao lado do Estado, podem criar normas jurídicas. No caso brasileiro o movimento do Direito alternativo corresponde a uma visão do pluralismo que procura a emancipação e libertação através do Direito e, ao mesmo tempo, apresenta duras críticas ao sistema tradicional. O pluralismo jurídico, por si só, não garante a realização do ideal de justiça, e, além disso, não dispensa a conquista do Estado de Direito que representa um valioso instrumento de equidade, na medida em que coloca os cidadãos em situação de igualdade formal e legítimas expectativas.

Se as concepções sistemáticas do Direito não podem ser dispensadas como instrumento de realização da justiça, aquelas que se apresentam como axiomáticas começam a ruir. A tópica ressurgiu com Theodor Viehweg, para quem os problemas não são solucionados a partir do sistema jurídico, mas a partir de

ponderação de pontos de vista (*topos*) em que são levados em consideração os prós e contras na obtenção do consenso e da decisão. Tal crítica é seguida pela retórica e pelas teorias sobre a argumentação jurídica, as quais indicam a utilização, na atividade judicial, de um tipo de conhecimento que não é essencialmente científico, mas, sobretudo dirigido à experiência prática.

O que guia o julgador é a equidade, embora se valha também do sistema jurídico. Uma compreensão de sistema coerente com o Direito da atualidade é apresentada por Claus-Wilhelm Canaris, para quem o sistema jurídico não é um sistema axiomático, mas um sistema axiológico-teleológico em que sobressai o respeito aos Direitos fundamentais do homem.

As relações entre equidade, constituição e processo são estudadas sob o ponto de vista autopoietico, segundo a visão de Niklas Luhmann. A Constituição apresenta-se como a fonte mais importante do Direito e o centro do sistema jurídico. Não obstante, uma das características da modernidade ser a diferenciação entre os sistemas sociais, mediante a qual os sistemas econômico, jurídico, ético e político preservam-se como sistemas autônomos. Esta diferenciação, especialmente nas últimas décadas, não é absoluta.

Há uma intercomunicação entre os sistemas sociais de modo que haja uma influência recíproca. Assim, é que a moral e o Direito, a política e o Direito sofrem mútuas influências de forma a se constituírem em referencial uma para outra. Esta influência recíproca levou a uma crescente utilização do Direito para solução de questões políticas e morais, e, conseqüentemente, a uma intensa judicialização das relações sociais, onde a equidade se destaca no papel criativo dos juízes.

Os princípios apresentam-se, neste quadro, como instrumentos de mediação entre interesses contraditórios que se compatibilizam no texto constitucional. São os pontos de referência para a solução das questões jurídicas que são “contaminadas” por interesses de outra ordem (moral e política).

Os princípios são, em essência, carecedores de conteúdo valorativo e apresentam-se como instrumentos indispensáveis para a realização da equidade, na medida em que se apresentam com aspecto nitidamente procedimental, como uma “obra aberta” que tem o sentido de permitir o intento conciliatório de valores.

Para o exercício deste poder equitativo, é indispensável a utilização da ação comunicativa. No processo judicial, a razão prática apresenta-se como importante instrumento, como fio condutor para a construção de um emaranhado de discursos formadores da opinião e preparadores da decisão exercitada conforme o

Direito. Desta forma supera-se a dicotomia entre o jusnaturalismo e o juspositivismo. A ação comunicativa é que permite ao juiz, como mediador do debate, conhecer os reais interesses em disputa e aproximar-se da decisão que melhor represente o consenso.

Neste contexto, o Direito processual constitucional, e, mais especificamente, a sua expressão maior, que é o Direito de ação, é de indispensável valia na aplicação do Direito. O estado democrático de Direito liga-se por este critério a um aspecto procedimental. O processo, neste sentido, desempenha o papel de regras mínimas na condução do debate e apresenta-se como instrumento intimamente ligado ao Estado de Direito. O processo tem um papel muito mais importante do que o de uma singela “reação do Direito material à sua violação”.

O Direito apresenta-se como um sistema axiológico-teleológico, em que se intercomunicam regras abertas e princípios intimamente ligados à realização da justiça, no aspecto de realização da dignidade humana. Assim é que os princípios jurídicos, e em especial os princípios em que se baseia a ordem constitucional e os Direitos fundamentais, devem servir de rumo à atividade jurisdicional, como instrumento de realização da justiça.

Isto não significa que o Direito como ordenação seja dispensável ou que o juiz tenha liberdade para criar, em cada situação, a solução que, segundo o seu julgamento, reputar mais adequada. O atual estágio de desenvolvimento da sociedade não dispensa uma de suas maiores conquistas, que é a noção de estado de Direito como instrumento de legitimação de expectativas. Assim, a lei deve ser observada e cumprida, somente podendo modificar-se o seu sentido ou tê-la como incompatível com o sistema quando indispensável à realização da justiça.

A liberdade judicial, no entanto, é reconhecida na condução do processo, como forma de garantir o acesso à justiça nas causas de menor complexidade, nas quais um processo tradicional, baseado em uma minuciosa disciplina legal das formas dos atos processuais, e com uma forte presença dos interesses privados na condução do processo geraram uma série de barreiras no acesso à justiça, como a morosidade, os altos custos, a excessiva morosidade, o formalismo, a desinformação, dificuldades probatórias que tornaram o processo tradicional incompatível com uma parcela dos litígios que se processam na sociedade.

De igual forma a liberdade judicial produz um processo em que se destaca a ação comunicativa, pela qual se permite conhecer os fatos e os interesses que subjazem ao conflito e na valoração das provas. Este sistema tem como característica,

para contrabalançar a liberdade judicial, o devido processo legal no seu aspecto substancial.

O procedimento dos Juizados Especiais é colocado como espaço para a prática da equidade no sentido da liberdade judicial para a criação de um processo justo, segundo regras mínimas e princípios legais e constitucionais que garantem o debate leal entre as partes com o objetivo de se alcançar a decisão mais adequada para o caso colocado à apreciação do Judiciário, em um procedimento que é específico dos Juizados Especiais Cíveis.

Estes princípios são direcionados para permitir uma ação comunicativa no processo, de modo que as partes exponham da forma mais apropriada possível os interesses em conflito, as pretensões e o estado de coisas que circundam o fato em litígio, o que é garantido, constitucionalmente, com os princípios da oralidade, da celeridade e da participação.

Objetivam também alcançar uma decisão com o menor dispêndio de tempo e recursos possível, e privilegiar a autonomia dos interessados na solução destes conflitos.

Além disso, ressalta-se a autonomia individual, na busca de soluções não jurisdicionais para a solução de conflitos, com o que se garante o acesso à ordem jurídica justa como expressão do princípio da igualdade material.

Neste procedimento, ganha destaque um aspecto da maior importância para o debate sobre a equidade, que é a questão da produção e avaliação das provas, pois é aqui que há uma maior interface entre as concepções preceptivas e pragmáticas do Direito. Aponta-se o erro histórico do legislador de tentar enquadrar em concepções legais rígidas os fatos da vida, os quais nem sempre se resignam diante de preceito abstrato.

A busca da verdade, em uma perspectiva constitucional do processo não pode se limitar à disponibilidade das partes sobre as pretensões à produção de provas que serão valoradas segundo rígidos padrões legais. Ao contrário, o devido processo legal indica a necessidade da mais ampla atividade estatal no sentido da aproximação da verdade e dos interesses subjacentes à lide, e para isto é indispensável um certo ativismo judicial. Direito à prova e contraditório são duas expressões do mesmo interesse a ser protegido e realizado pelo Estado no exercício da jurisdição.

De outra parte, a descoberta da verdade está mais próxima da administração de regras de conhecimentos tecnológicos, de conhecimentos práticos

extraídos da prudência e de um amplo debate do que de subsunção de formas e valoração tarifária deixada à conveniência das partes, ao estilo de um Direito de ação de caráter privado.

O reconhecimento destes pressupostos traduz uma nova visão sobre o processo como um todo e em especial sobre institutos que a dogmática consagrou no processo tradicional como o da tarifação probatória, da revelia e do ônus da prova, que adquirem um novo sentido no procedimento que se adotou para os Juizados Especiais Cíveis.

1. EQÜIDADE NA HISTÓRIA DO DIREITO

SUMÁRIO. 1.1. Entre a lei e a justiça nas origens do Direito. 1.2. Direito e eqüidade na família do *Common law*. 1.3. Direito e eqüidade na concepção liberal do Direito natural e no Direito moderno. 1.4. A eqüidade nas escolas do pensamento jurídico

1.1. Entre a lei e a justiça nas origens do Direito

1.1.1. O Direito e sua identificação com a justiça em Aristóteles

A discussão sobre a justiça que representa a igual aplicação da lei para todos e a justiça que representa a aplicação da lei de forma proporcional, considerando as circunstâncias do caso concreto e as exigências do bem comum, não é nova, tendo dela se ocupado Aristóteles.⁹

Para Aristóteles a justiça é uma virtude moral do indivíduo que é alcançada através da ética. Esta é o estudo das ações humanas que visam a alcançar o bem através de ações como práxis, ou seja, atividade que não se ocupa de produzir obras (a *poiesis*, ocupa-se da atividade humana transitiva, produtora de obras exteriores, a qual, na Grécia antiga era atividade de escravos, e não de homens livres).

De outra parte, é ressaltada a superioridade da alma sobre o corpo e da parte racional sobre a parte apetitiva. A *sofia*, que se ocupa das razões supremas dos seres, e a *fronesis*, que se ocupa da sabedoria prática, compõem a parte racional da alma, cabendo à última o controle sobre a parte apetitiva.

A justiça equivale ao exercício de todas as virtudes em relação ao outro, e aí aparece a alteridade como nota essencial. O exercício da temperança ocorre pelo termo médio entre os defeitos e os excessos de cada virtude. Ao mesmo tempo, a justiça é definida como uma virtude ética particular, na qual se dá a nota da igualdade como fundamento da coesão e harmonia social.¹⁰

Para Aristóteles, a justiça é uma virtude moral inerente à disposição subjetiva de fazer ações conforme a lei geral e particular. As nossas ações são

⁹ ARISTÓTELES: *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 19.

¹⁰ SERRA, Antonio Truyol: *História de la filosofía del Derecho*. Madrid. Manuales de la Revista de Occidente. 1954, p. 118.

moralmente justas ou injustas quando forem feitas voluntariamente, pois a ação feita involuntariamente não é nem justa nem injusta. A injustiça de um ato não está relacionada apenas com o ato praticado sob o aspecto causal, mas exige também uma apreciação em relação a “tudo aquilo que um homem tem o poder de fazer e que faz com conhecimento de causa, isto é, sem ignorar qual a pessoa afetada por seu ato”¹¹.

Em outras palavras, a essência da justiça objetiva é a busca das virtudes morais e não as prescrições objetivas da lei.

O sumo bem coincide com o fim último do homem, que é a felicidade, na qual se contempla a verdade. A adesão à verdade e às virtudes é o meio pelo qual se alcança a felicidade. Além das virtudes intelectuais, de caráter teórico e que se adquirem com o conhecimento, o homem é dotado de virtudes morais, as quais têm caráter prático, localizam-se na vontade e são adquiridas pelo exercício.

O homem realiza a sua plenitude natural com a comunidade política, que é a mais perfeita associação humana, por incluir todas as associações, e na qual a justiça comanda os atos das demais virtudes morais.

A importância do Estado, na Grécia é tal que ela tinha precedência sobre o indivíduo. Daí a conclusão de que: “... a cidade tem precedência por natureza sobre o indivíduo. De fato, se cada indivíduo isoladamente não é auto-suficiente, conseqüentemente em relação à cidade ele é como as outras partes em relação a seu todo, e um homem incapaz de integrar-se numa comunidade, ou que seja auto-suficiente a ponto de não ter necessidade de fazê-lo, não é parte de uma cidade, por ser um animal selvagem ou um deus”¹².

O Estado, portanto, é indispensável para a realização da justiça, pois o homem não vive sem ela. Aliás, a realização da justiça é a finalidade do Estado: “... o fim desta última parece ser algo maior e mais complexo, seja a atingir, seja a preservar; e embora seja desejável atingir esse fim para um indivíduo só, é mais nobre e mais divino alcançá-lo para uma nação ou para as Cidades-estados”¹³.

Da mesma forma como as virtudes morais conduzem as ações de cada pessoa ao justo meio-termo em que se baseia a prudência, no plano coletivo, atua a justiça, como virtude moral, visando o equilíbrio e a equidade na comunidade política”.

¹¹ ARISTÓTELES: *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martins Claret, 2001, p. 119.

¹² ARISTÓTELES: *A política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 16.

¹³ ARISTÓTELES: *Idem*, p. 18.

O aspecto da coerência decorrente da igual aplicação da lei para todos se identifica com a virtude da justiça: “... como o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, evidentemente todos os atos conforme a lei são atos justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme a lei, e dizemos que cada um deles é justo...”¹⁴

A igualdade de que trata Aristóteles não corresponde ao que se entende hoje em dia sobre o termo, pois ele não considera o homem na sua essência, mas no aspecto de sua participação política e não eram considerados cidadãos, na Grécia, os estrangeiros nem os escravos nem as mulheres. Assim, a igualdade somente se aplica aos cidadãos que tivessem participação política.

Por outro lado, identifica-se também a preocupação com a idéia de justiça, como a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, que é o exercício atual da virtude: “... em certo sentido, chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que a compõem para a sociedade política”¹⁵.

A justiça particular apresenta-se em duas modalidades, a saber: A primeira é denominada distributiva e a segunda, comutativa.

Aristóteles atribui à primeira a regulação das ações da sociedade política em relação ao cidadão, segundo um critério de igualdade proporcional, que considera os dotes naturais do cidadão, sua dignidade, o nível de suas funções, etc, a segunda, a justiça comutativa, se aplica nas ações voluntárias (contratos) e involuntárias (ilícitos).

A justiça distributiva se refere às relações entre a sociedade e seus membros, com base na distribuição de prêmios segundo os méritos de cada indivíduo, que recebe a denominação de justiça distributiva. Esta modalidade encarrega-se de dar a cada um o que lhe é devido e pelos dotes naturais do cidadão, sua dignidade, o nível de suas funções, sua formação e sua posição na hierarquia organizacional da polis.

A justiça comutativa é relativa à medida impessoal do benefício ou do dano, quando são considerados os atos ou as coisas em seus valores intrínsecos, e que recebe a denominação de justiça corretiva. Esta modalidade de justiça regula as relações entre os cidadãos, que se estabelecem segundo ações voluntárias, planejadas.

¹⁴ ARISTÓTELES: *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martins Claret, 2001, p. 104.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 105.

Uma vez rompida a igualdade, cabe ao juiz restabelecer, com a sentença, a justiça desta relação.

A justiça geral (que corresponde à justiça legal) e a particular compatibilizam-se com as condições e circunstâncias da natureza humana mediante uma convergência entre justiça legal e Direito natural. A natureza do homem é mutável e caracteriza-se por sua plasticidade e por uma certa indeterminação.¹⁶ Aristóteles não coloca no plano do absoluto o reino da justiça legal, que não é fim, mas meio para, prolongando as intenções da natureza, harmonizar a comunidade política como condição da realização do homem.

Aristóteles distingue o direito natural do direito positivo. O Direito natural é mutável, por ser mutável a natureza humana. Os valores das sociedades humanas são mutáveis, e é em torno deles que gravita o Direito. Aristóteles: “... em nosso mundo, embora exista uma certa justiça natural, tudo é passível de mudança. Podemos distinguir o que é natural do que não o é. Entre as coisas que podem existir diversamente daquilo que são é fácil constatar quais são naturais e quais não o são (e são regidas pela lei e pela convenção), ficando, porém, umas e outras igualmente submetidas à mudança”¹⁷

A lei natural é, portanto, imanente à natureza humana, mutável e suscita a justiça legal nas diferentes culturas e sociedades. Além disso, as regras do Direito natural estabelecem o que é justo, independentemente do que pensam as pessoas.

O Direito positivo é composto de comandos que, sob o ponto de vista do Direito natural, são indiferentes. As ações do direito positivo seriam livres, caso não fossem suas regras: “... as coisas que são justas apenas em virtude de convenção e da conveniência assemelham-se a medidas, pois as medidas para o vinho e para o trigo não são iguais em toda parte, mas maiores nos mercados atacadistas e menores nos retalhistas. Da mesma maneira, as coisas que são justas não por natureza, mas por decisão humana, não são as mesmas em todos os lugares, uma vez que as próprias constituições não são as mesmas...”¹⁸

Assim entendido, o Direito positivo e o Direito natural têm caráter de complementaridade, onde aquele “... ocupa o espaço deixado pelo Direito natural e comum, nas matérias que ele não regula, abertas, assim, ao julgamento dos

¹⁶ PEGORARO, Olinto A: *Ética é Justiça*. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 36.

¹⁷ ARISTÓTELES: *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martins Claret, 2001, p. 28.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 118.

governantes, quase como uma integração que nunca se deve transformar em antítese...”¹⁹

A equidade é a virtude que complementa a justiça ao interpretar a lei, flexibilizando sua rigidez e determinando o que é justo em cada situação particular.

A lei positiva deve se subordinar ao juízo prudencial do sábio. A lei universal abrange os comportamentos gerais dos cidadãos, mas é impossível ao legislador prever todas as circunstâncias que acompanham esses atos. Nos casos que escapam à lei geral, “assiste-nos o Direito de corrigir a omissão e fazer-nos intérpretes da intenção do legislador”.²⁰ Portanto, cabe à sentença judicial restabelecer a igualdade rompida, e que é exigência da justiça.

A equidade apresenta-se como a correção da justiça legal em face da antinomia entre a universalidade da lei e a necessidade de certos casos particulares. Tal antinomia ocorre porque a lei leva em consideração o caso mais freqüente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. O erro, neste caso, não está no legislador, mas na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. A atividade do juiz consiste na adaptação da fórmula legal genérica às exigências da vida, como busca da justiça natural.²¹

Nestes casos a correção se faz mediante a supressão da omissão, “dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta”.²² A natureza do eqüitativo, assim, é de um justo superior a uma espécie de justiça, e o homem eqüitativo: “... é aquele que escolhe e pratica atos eqüitativos, que não se atém de forma intransigente aos seus Direitos, mas tende a tomar menos do que lhe caberia, embora tenha a lei do seu lado; e essa disposição de caráter é a equidade, que é uma espécie de justiça e não uma diferente disposição de caráter”.²³

A justiça identifica-se com a *fronesis* ou a prudência, que é a sabedoria prática, que conduz o homem à harmonia interior e à participação política pela prática da justiça. A força da lei não vem do legislador ou de qualquer poder externo, mas surge da própria natureza humana, que se ordena interna e externamente para

¹⁹ BOBBIO, Norberto: *Locke e o Direito Natural*. Brasília: Editora UnB. 1997, p. 36.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 37.

²¹ SERRA, Antonio Truyol: *Historia de la filosofia del Derecho. Madrid. Manuales de la Revista de Occidente*. 1954, p. 119.

²² ARISTÓTELES: *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2001, p. 117

²³ *Idem, ibidem*, p. 125.

²³ *Idem, ibidem*, p. 127.

alcançar sua plena realização. O legislador, assim, é um intérprete provisório e falível dos sentimentos virtuosos e justos dos cidadãos.

A sabedoria prática define-se considerando as pessoas que são dotadas dessa virtude. Julga-se característico de um homem dotado de sabedoria prática ser capaz de deliberar bem acerca do que é bom e conveniente para ele, não sob um aspecto particular, mas sobre aqueles que contribuem para a vida boa de um modo geral. É o homem que é capaz de deliberar bem.

O homem prudente age de acordo com a equidade, buscando entre os extremos a virtude do que é bom.

Desta forma, extrai-se da filosofia de Aristóteles uma concepção de justiça ligada à finalidade das virtudes morais e intelectuais. A justiça, como virtude do indivíduo, subordina suas tendências naturais ao controle da razão, como virtude política, alcança, através da comunidade a sua finalidade, que é a de proporcionar a felicidade, sendo a equidade uma virtude da justiça que determina o que é justo no caso particular, servindo de instrumento para a justiça.

1.1.2. Direito e equidade na formação do Direito Romano

A história do Direito Romano é caracterizada por profundas transformações no seu transcurso, as quais tiveram sempre por objetivo a adaptação do sistema às necessidades sociais, o que resultou em um sistema que influenciou toda a cultura jurídica ocidental.

Há uma grande diferença entre o Direito praticado nas origens da história de Roma e aquele derivado das compilações justinianas, após o transcurso de mais de mil anos de busca por um sistema de Direito com fundamento no ideal de justiça.

Destaque-se que esta busca, que originou os sistemas jurídicos da maioria das nações ocidentais, aliou o senso prático, característico da cultura romano, à busca da justiça do caso concreto e à filosofia grega, que também influenciaram a formação do Direito Romano.

Não obstante a Grécia não tenha sido notável no campo do Direito, Roma sofreu influência da cultura grega na formação do Direito, não somente através da filosofia, mas também, já no período da realeza, com a influência dos conceitos de “justo” e de “injusto” pela poesia grega.²⁴ O conceito de Direito como a arte do bom

²⁴ ROLIM, Luiz Antonio: *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 p. 76.

e do eqüitativo (*jus est ars boni et aequi*) e a identificação do Direito com a moral, que se observa na regra que identifica a justiça com a constante e firme vontade de dar sempre a cada um o que é seu²⁵ também são características da filosofia grega que se observam no Direito Romano.

O Direito Romano antigo, como os demais Direitos antigos, teve a sua origem em um misto de religiosidade e moral. Eram os sacerdotes e pontífices quem guardavam os segredos dos ritos e das formas do direito sagrado e secular, que à época não eram diferenciados.

Em Roma, quem não fosse bom jurista não poderia ser bom sacerdote, assim como, quem não fosse bom sacerdote não poderia ser jurista, pois quase todos os atos da vida eram submetidos aos sacerdotes, os quais eram também os juizes competentes para os processos em questões relacionadas com casamento, adoção, divórcio ou propriedade entre vizinhos²⁶.

A lei não tinha a sua origem fundada no sentimento de justiça nem na força da autoridade do estado, mas nas crenças da religião primitiva. Não havia uma concordância entre as prescrições do Direito Romano antigo e as exigências da eqüidade natural. Como lembra Fustel de Coulanges: “... não foi da interrogação da consciência do homem que nasceu o direito antigo. Mas ele acreditava que o lar sagrado, em virtude da lei religiosa, devia passar do pai para o filho; e dessa crença resultou a propriedade hereditária da sua casa...”²⁷

A mais importante fonte do Direito, nesta época, era o costume, misto de religião e moral.

A lei surgiu, segundo especulações, da prática de alguns reis de comunicar à *comitia* ou assembléia as suas resoluções de cunho religioso. Estas comunicações eram as leis régias. Somente em um momento posterior, já na república, tais leis seriam propostas pelo magistrado, votadas pelos comícios por cúrias, que, segundo a tradição, teriam sido compiladas, nos fins da Realeza, ou no início da República, por Sexto Papírio.

A lei, pelo menos a lei de caráter público, pode ser definida como “... um comando geral do povo ou da plebe, através da proposta do magistrado interrogante...”²⁸, mas na sua fase originária não passava de um comando unilateral,

²⁵ Instituciones de Justiniano, Edição bilingüe. Buenos Aires: Editora Heliasta SRL p. 27

²⁶ COULANGES, Fustel de: *A cidade antiga*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo. Martins Claret, 2002. p. 206.

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 208.

²⁸ Ateius Capito, *apud*, BRETONE, Mário. *História do Direito Romano*. Lisboa: Estampa, 1998, p. 45.

pronunciado pelo titular do *imperium* perante a assembléia curial ou centurial. Não obstante tais características, a forma escrita não era usual. Houve uma época em que as leis eram ritmadas e até mesmo cantadas como forma de preservar o seu texto²⁹.

Uma das mais importantes fontes do Direito Romano é a Lei das XII Tábuas, surgida como decorrência da luta entre o patriciado e a plebe.

Os plebeus, que em Roma formavam um estamento social inferior, lutavam para alcançar, cada vez mais reconhecimento civil e político, bem como acesso à religião dos patrícios. Era necessário um código que fosse capaz de dar unidade jurídica a estas classes sociais, uma lei aplicável a todos os romanos, quer patrícios quer plebeus. Foi então, formada uma magistratura composta de dez membros, que enviou para a Grécia uma embaixada composta por três membros, com o objetivo de estudar a legislação de Sólon, de onde surgiu um código de dez Tábuas.

Posteriormente, esta magistratura foi renovada com a inclusão de dois representantes da plebe, quando foram incluídas mais duas tábuas, perfazendo, assim, as XII Tábuas. A Lei das XII Tábuas foi escrita pelos patrícios, mas a pedido dos plebeus, em meio a uma evolução social. Esta legislação não mais se identifica com o Direito primitivo de Roma, mas ainda não é o Direito pretoriano. Ela é o meio termo entre, transição entre os dois momentos da história do Direito Romano.

O sentido de direito que a Lei das XII Tábuas nos apresenta liga-se também ao fato de não estar vinculada à vontade real ou aos ritos religiosos. Ao contrário, associa-se a uma necessidade social na medida em que é submetida à aprovação popular, não obstante contenha elementos de ordem religiosa em seu texto. “... os decênviris de Roma receberam o seu poder do povo e também foi o povo quem investiu Sólon do direito de fazer as leis...”³⁰

A Lei das XII tábuas representa um importante passo na direção da laicização do Direito, conforme nos noticia Fustel de Coulanges: “... O direito foi tornado público e conhecido de todos. Não é mais o canto sagrado e misterioso, que se repetia de idade em idade com piedoso respeito, que só os sacerdotes escreviam e apenas os homens das famílias religiosas podiam conhecer. O direito saiu dos rituais e dos livros dos sacerdotes, perdeu o seu mistério religioso; é língua que todos podem ler e falar.”³¹

²⁹ COULANGES, Fustel de: *A cidade antiga*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo. Martins Claret, 2002. p. 210.

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 333.

³¹ *Idem, ibidem*, p. 333.

O próprio texto da nova Lei é notícia disso, ao prescrever que “A última expressão de vontade do povo faz a lei”. Assim, o legislador não representa mais a tradição religiosa, mas a vontade popular, resultando como conseqüências, que o Direto não mais se apresenta como uma fórmula imutável e indiscutível, mas, como toda obra humana é passível de modificação, pois se apresenta como representação da vulnerável vontade dos homens. A mesma vontade que autoriza a feitura da lei pode autorizar a sua revogação.

O Direito é propriedade de todos, inclusive dos plebeus. Isto representa uma verdadeira revolução na história do Direto. Não obstante, ainda se preservem, nas formas processuais, o caráter sacro que torna o Direito, de certo modo, inacessível ao povo, e que, somente através do processo formulário, irá desaparecer.

O procedimento das ações da lei passam, então, a se constituir em um dos maiores entraves para a realização da justiça.

O sistema processual então vigente é baseado nas ações da lei (*legis actionem*), extremamente formal e vinculado à religião. Este sistema assim se denomina porque as ações eram criadas por lei, como a própria Lei dos XII tábuas e outras que lhe antecederam.

Sua origem está ligada aos antigos hábitos, retratados nos diversos procedimentos e coincide com o surgimento de Roma, originando daí a sua íntima vinculação com a religião, especialmente na prática de atos processuais e no formalismo que lhe é característico.

As ações tuteladas pela lei eram poucas. Eram cinco os modos pelos quais se acionava a Lei: por *sacramentu*, por *iudicis postulatio*, por *condictio*, por *manus iniectio*, e por *pignoris capio*.³² Estas ações eram marcadas pela tipicidade. Cada uma possuía uma estrutura individualizada para situações expressamente reconhecidas.

A formalidade é expressa numa ritualística muito rígida, em que as partes deveriam conformar-se às palavras da própria Lei. Se alguém, por exemplo, demandasse outrem em face de corte de uma videira e pronunciasse a palavra “videira” perderia o pleito. O autor deveria proferir a palavra “árvore”, pois a Lei em que se fundamentava esta ação dispunha, de maneira geral sobre “árvores cortadas”³³

³² GAYO. *Institutas. Texto traducido, notas e introduccion por Alfredo Di Pietro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 630.

³³ *Idem, ibidem*, p. 629.

O processo, aos poucos, foi se secularizando, dando continuidade a uma tendência que já havia se iniciado com o surgimento da Lei das XII tábuas, e que continuaria com a bipartição do procedimento e com a publicização das formas das ações da lei.

Com a bipartição do procedimento este passa a se desenvolver em duas fases: Em uma primeira fase, que se desenvolvia perante o pretor (*in jure*), os envolvidos eram ouvidos e eram declarados os termos da controvérsia, mas o pretor não julgava as causas apresentadas pelos litigantes. Em seguida, as partes eram encaminhadas a um juiz (*judex*), momento em que se iniciava a fase denominada *in iudicio*, na qual o juiz decidia a questão dada pelo pretor, julgando soberanamente, em nome do povo. Estes juízes eram escolhidos entre patrícios, e até mesmo entre plebeus.

Finalmente, a publicização também contribuiu significativamente para a secularização do Direito. Isto aconteceu quando Ápio Cláudio e seu escriba Gneo Flávio passaram ao domínio público os formulários das ações e o calendário dos dias faustos, ou seja, aqueles nos quais seria lícita a prática de atos processuais. Com isto, os ritos e termos que anteriormente se constituíam em segredo foram dessacralizados. A partir daí se abre caminho para que o sacerdócio e a profissão jurídica se separem³⁴.

Inicia-se, então, o período conhecido como Direito Romano clássico.

Os juristas romanos deste período sofreram influência do pensamento de Aristóteles, em especial do conceito de Direito natural na aplicação do Direito ao caso concreto em que o jurisconsultor analisava, de forma objetiva, tanto as circunstâncias presentes como as tendências próprias da natureza humana, que envolviam o fato colocado *sub iudice*³⁵.

Na prática, o método dialético e a retórica, instrumentos de Direito natural, passaram a se constituir em elementos de fundamental importância na busca do justo, seja do justo no caso concreto, seja de um justo mais abstrato, objeto do estudo dos filósofos. Os jurisconsultos romanos do período clássico conferiram real importância à equidade, na procura objetiva da justiça entre os extremos (*in medium in rebus*).

³⁴ BREITONE, Mário. *História do Direito Romano*. Lisboa: Estampa, 1998, p. 119

³⁵ ROLIM, Luiz Antonio: *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 p. 78.

O Direito Romano clássico foi marcado pela forte atuação do pretor. O Pretor surgiu por volta de 367 ac, e tinha como atribuição apreciar os litígios que ocorressem entre cidadãos romanos, enquanto que o pretor peregrino, função surgida por volta de 251 aC, tinha por função apreciar as questões envolvendo cidadãos romanos e estrangeiros, uma vez que estes não tinham a proteção da lei.

Suas funções não eram exatamente a de julgar, mas apenas a de conhecer o processo, indicando o Direito a ser aplicado e encaminhando a um juiz que iria proceder ao julgamento. Ao ser eleito, os pretores publicavam um programa de trabalho que passou a denominar-se édito.

Inicialmente o édito era oral, mas, com o tempo, passou a ser escrito e, posteriormente, foi consolidado, passando a ser perpétuo.³⁶ Assim, os éditos passaram a se constituir em uma espécie de código. Os éditos dos pretores foram uma das fontes mais originais do Direito no último século da época republicana, e constituíram-se em uma fonte de Direito genuinamente romana, que não é encontrada em nenhum outro sistema jurídico.

Os éditos eram compostos de duas partes, sendo que na primeira o magistrado apresentava o édito do magistrado anterior, e na segunda parte trazia dispositivos atribuídos ao novo magistrado. A grande importância do édito dos magistrados judiciais é que eles não se limitavam a relacionar os meios de proteção aos Direitos decorrentes do Direito civil (*ius civile*), assim compreendido o que advinha das leis e de outras fontes do Direito Romano antigo. Com base no poder de império do pretor, também eram concedidas medidas judiciais que visavam corrigir, suprir ou afastar a aplicação do Direito civil quando este lhes parecesse iníquo.

A necessidade de reparar as iniquidades provenientes da estrita observação do Direito civil e de preencher as lacunas da lei levou os pretores, em um processo gradativo, a complementar a tutela concedida pelo Direito, mediante a utilização dos interditos, fundados no poder de império do magistrado e na equidade.

Uma destas medidas complementares é o interdito, que era espécie de édito, que consistiam em ordens orais que o pretor ou o governador de província dava, a pedido de um dos litigantes, intervindo em um litígio para pôr fim a ele. Por intermédio do interdito, o magistrado tutelava situações de fato, conforme lhe parecia justo. Os interditos se destinavam, sobretudo, a uma proteção da ordem pública, concedendo uma tutela diante da falta de ação para determinadas situações, e, com

³⁶ GILISSEN, John: *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 90.

isto, evitando a autotutela. Assim, o interdito era uma ordem do poder público para que o particular fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa.

Outra importante medida era a ação denominada *restitution in integrum*, que consistia em uma medida extraordinária para auxiliar a parte lesada, quando não houvesse outro interdito. Era um importante remédio fundado no poder discricionário e inspirado na equidade do pretor. Mediante este instrumento se podia afastar os efeitos prejudiciais dos atos ou dos negócios jurídicos que se apresentassem estruturalmente válidos à luz do Direito civil, sempre que se apresentasse um dano resultante de ato jurídico, justa causa para corrigi-lo, mas não houvesse outro meio normal de tutela³⁷.

O surgimento do Direito pretoriano, também conhecido como direito honorário, estava ligado à expansão comercial de Roma, que fez surgir, naturalmente, uma grande quantidade de conflitos a serem solucionados, e para os quais não se mostrava adequado o antigo Direito civil, mesmo porque ele não se aplicava aos estrangeiros.

Com o surgimento da função de pretor peregrino, naturalmente os conceitos e valores estrangeiros passaram, de forma paulatina, a ser incluído nos éditos que eram publicados anualmente. Assim, aos poucos, os pretores peregrinos foram atribuindo ao Direito civil uma nova configuração, fazendo surgir o Direito edital, mais flexível e mais adaptado às necessidades da realidade sócio-política e das relações comerciais.

O Direito pretoriano guarda em si uma importante manifestação da equidade na medida em que representa uma adaptação, por via judicial, do Direito próprio de uma sociedade arcaica. É que o desenvolvimento de Roma, que se transformara no centro cultural e econômico do mundo, fez surgir um novo conceito de relacionamento entre os povos e a necessidade de novas regras jurídicas que viessem a regular as sempre crescentes relações comerciais.³⁸

O Direito pretoriano, se apresentou, assim, como a “viva voz do Direito civil”, como reconhece Justiniano.³⁹

³⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 120

³⁸ ROLIM, Luiz Antonio: *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 53

³⁹ Digesto de Justiniano, *Liber Primus* – tradução de Hécio Maciel França Madeira, editora Revista dos Tribunais. 3ª. Edição revista da tradução bilingüe Latim-Português, D 1.1.8

As rígidas regras do Direito civil, voltadas unicamente para os interesses da classe patrícia, vieram a se chocar com a nova realidade dos fatos, fazendo surgir, de outra parte, um Direito baseado no Direito natural. O Direito Romano, aos poucos, deixou de ser o Direito dos patrícios para se tornar o Direito internacional, o Direito das gentes, que sancionava os atos praticados sem a observância das formalidades e respeitava a boa fé (*fides*), ou seja, a lealdade à palavra empenhada.⁴⁰

O Direito pretoriano se manifesta como um dos grandes passos do Direito em direção à concepção de justiça. O direito flexibiliza-se com o objetivo de alcançar o ideal de justiça: “... o magistrado comporta-se como legislador quando faz as suas escolhas e determina os seus objetivos entre os possíveis, traduzindo-os em esquemas típicos e formulações gerais; mas, como senhor do processo, empenha-se em respeitar as condições que as escolhas realizadas impõem à sua própria atividade”⁴¹

Interessante notar, entretanto, que o direito pretoriano não teve como finalidade suplantar ou modificar o direito civil, mas apresentou-se como instrumento complementar, auxiliar e corretivo: apresenta-se como “... meios temporários de defesa judiciária para situações de fato. Noutras palavras, é ‘um conjunto de máximas destinadas a disciplinar a prática judiciária, não já a regular diretamente relações de direito substancial entre os privados’”⁴²

No Principado, o pretor já não exercia muito o poder de criar Direitos por meio da elaboração de éditos. Embora ainda remanescesse este poder, na prática o pretor se limita a copiar os éditos de seus antecessores, fazendo com que o édito se consolidasse pela ausência de modificações dos pretores que se sucediam. Nesta ocasião, o imperador Adriano ordenou ao jurisconsulto Sálvio Juliano a fixação definitiva do texto dos éditos, fazendo surgir o *edictum perpetuum*, pela imutabilidade do seu texto.

O édito perpétuo representou o fortalecimento da obra do imperador como fonte de Direito, aliado à expansão do “Direito vulgar” nascido de costumes novos que induziram a uma tendência à codificação do Direito, que vem se realizar alguns séculos mais tarde. O mais importante é que esta generalização e as concepções abstratas tiveram origem na necessidade de concreta de adaptação do Direito ao caso individual.

⁴⁰ Código Teodosiano, *apud* GILISSEN, John: *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 96.

⁴¹ BREONE, Mário. *História do Direito Romano*. Lisboa: Estampa, 1998, p. 111.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 112.

Outro fruto do Direito Romano clássico foi o processo formular. O processo formular foi criado pelos pretores, sobretudo pelos pretores peregrinos, em substituição ao formalismo do processo das ações da lei.

A fórmula é um modelo abstrato pelo qual se propicia litigar em juízo, por escrito, conforme os esquemas previstos no édito do pretor.

O magistrado resume a controvérsia em termos precisos, após um livre debate entre as partes, que se dá perante ele. Em seguida fornece ao juiz o esquema ou programa para a decisão. O juiz, nomeado pelo pretor peregrino tem uma ampla liberdade de apreciação, em razão de ser ampla a natureza das relações tuteladas, que deve refletir, no campo processual, a elasticidade do conteúdo do negócio de direito substancial.

O pretor tinha o poder de denegar ações que tutelavam Direitos decorrentes do Direito civil ou mesmo para criar ações para proteger situações neste não previstas que lhes parecessem dignas de tutela. Dessa forma, embora o édito não tivesse por fim criar Direito, na prática, por permitir ao magistrado denegar ou reconhecer ações por meio das quais os Direitos eram reconhecidos ou negados, terminava por ser o édito a verdadeira fonte criadora de Direitos.

Este sistema iniciou-se sem reconhecimento legislativo, baseado, sobretudo no poder do pretor, portanto, sua origem está na equidade, somente vindo a ser legalizado com a lei *aebutia* em 17 aC⁴³.

O processo por fórmula apresenta-se como uma opção menos formalista, mas ágil e mais funcional do que o processo das ações da lei que era de um odioso formalismo, gerando freqüentes injustiça. A fórmula amenizava este rigor dos ritos processuais, prosseguindo em direção à equidade na busca do Direito como realização da Justiça que já havia se iniciado com a edição da Lei das XII Tábuas.

O processo formular se desenvolve por exigência do direito pretoriano que não é compatível com o processo formalista da *legis actionem*, mas com o passar do tempo irá suplantar o processo que se desenvolve perante o pretor urbano. Ele tem como instrumento a fórmula a que as partes se submetem com a *litis contestatio*.⁴⁴

Isto porque a função do pretor peregrino era a de munir de sanção jurídica os usos comerciais que tinham vindo a formar-se no tráfico de mercados de

⁴³ GAYO. *Institutas. Texto traducido, notas e introduccion por Alfredo Di Pietro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 659.

⁴⁴ BRETONE, Mário. *História do Direito Romano*. Lisboa: Estampa, 1998, p. 104

Roma. O processo formulário, portanto, está ligado ao surgimento de uma nova forma de administração da justiça em que se busca proteger a boa-fé, como um dos signos maiores da equidade.

Ainda no período do Direito clássico verifica-se, no processo, uma verdadeira revolução causada pelo surgimento da cognição extraordinária, que se apresenta como uma reação ao formalismo que vinha desde o período das ações da lei. Ela surgiu no contexto nas mudanças políticas da época. Otávio Augusto promovera uma reforma que resultou na concentração, nas mãos do Príncipe, de várias funções públicas, disso resultando a unificação das fontes e também os poderes reconhecidos aos magistrados⁴⁵.

Com isto, as instituições públicas, dentre elas a magistratura, passaram a ter uma nova feição. Uma das mais importantes conseqüências foi a unificação das instâncias processuais. A atividade de julgar, apreciando provas e aplicando o direito cabível, passa a não se caracterizar mais como atividade privada, arbitral, mas é considerada atividade pública do magistrado que representa o poder de julgar. Assim se observa o fim da divisão do processo, que agora passa a desenrolar-se perante um único magistrado. De outra parte, a sentença, proferida por um magistrado do Estado, passa a ter conotação pública.

Baseada na cognição extraordinária o Príncipe e seus delegados passam a ter ingerência em casos que, a princípio não tinham tutela, seguindo a tendência inaugurada com o direito pretoriano. Como principal características verifica-se a possibilidade de tutela de determinadas situações que não a tinham, o que de certa forma, já é antecipado com o surgimento dos interditos. Com isto já não é mais necessário que se atribua nome à ação como requisito indispensável ao processo.

Assim, o Direito Romano chega ao período denominado Direito Romano pós clássico. Este período é marcado pelas codificações, sendo a mais importante delas o *corpus juris civile*, realizados entre 528 e 565 dC, que representa o intento de Justiniano de substituir todos os antigos livros de direito, tanto da legislação quanto na literatura, tornando o direito uniforme em todo o império, fazendo cessar a dispersa quantidade de material jurídico. Dele fazem parte, dentre outros, o *digesto*, as *institutas* e o *codex justinianus repetitae praelectionis*.

O Digesto é uma compilação com extratos de escritos dos jurisconsultos da época clássica que se constitui na principal fonte para o estudo do Direito

⁴⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 110

Romano. Neste documento se expõe em toda sua importância a equidade como meio de busca do Direito justo.

Este, entretanto, não era o intento de Justiniano, que ao promulgar a constituição *Deo auctore*, pela qual determinava a compilação de todos os textos legais, havia externado, expressamente a repulsa à interpretação, ao recomendar que: “... nada possa ficar fora da mencionada compilação... ..ordenamos que esta nossa compilação, que fareis com a aprovação de Deus, tenha o nome de Digesto ou Pandectas, e que posteriormente nenhum jurisconsulto se atreva a comenta-la, nem a introduzir confusão com sua verbosidade aos citados compêndios do mencionado código, como se fazia nos tempos antigos, quando pelas contrárias opiniões dos intérpretes se conturbou quase todo o direito;”⁴⁶

A equidade se manifesta logo nas primeiras linhas do digesto, onde o Direito é identificado como a arte do bom e justo, e a função do jurista é exatamente a de separar o justo do iníquo e de discernir o lícito do ilícito. A justiça é conceituada como a vontade constante de dar a cada um o que é seu.

A lei tem por característica a generalidade, pois “... os direitos não se estabelecem em razão de pessoas específicas, mas genericamente ...”, por isto “...o direito deve adaptar-se ao que ocorre mais freqüente e facilmente do que ao que ocorre muito raramente ...”⁴⁷. Portanto, não é função da lei enquadrar em uma disposição genérica todos os fatos de forma a impedir o reconhecimento do Direito fora destes quadros.

Assim é que se compreendem os casos que fogem a esta previsão genérica, ou seja, os casos em que há lacuna na lei, pois as coisas “... que se constituem pela primeira vez, hão de ser fixadas com mais certeza por meio da interpretação”⁴⁸.

Mas não se restringe a isto os casos de aplicação da equidade no Direito Justiniano. Também na interpretação propriamente dita se vislumbra a equidade, com o objetivo de conhecer a lei de acordo com o seu sentido. Pois “... conhecer as leis não é reter as palavras delas, mas a sua força e majestade...”⁴⁹. Por isto, “... o que foi concebido contra a razão do direito não há de ser levado às suas conseqüências...”

⁴⁶ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de Direito Romano Público e Privado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 58

⁴⁷ Digesto de Justiniano, *Liber Primus* – tradução de Hécio Maciel França Madeira, editora Revista dos Tribunais. 3ª. Edição revista da tradução bilíngüe Latim-Português, D 1.3.5pr

⁴⁸ *Idem, ibidem*, D 1.3.11pr

⁴⁹ *Idem, ibidem*, D 1.3.17pr

mas por outro lado, “... não podemos seguir a regra de direito naquelas coisas que foram estabelecidas contra a razão do direito...”⁵⁰,

Nestas e em outras regras sobre interpretação o Direito Justiniano expõe a força e a pujança da eqüidade que foi o signo da história do Direito Romano. Desta forma, o pensamento do período Justiniano coincide com um período em que se valoriza a eqüidade como valor fundamental do Direito.

De tudo isto se extrai que os juristas Romanos em seus melhores tempos não eram afeitos às generalizações, o que se conclui da máxima *omnis definitio in iuri civili periculosas est*, que corresponde a um modo de pensar casuístico. Com efeito, as positivações são evitadas na medida do possível e o édito anual do pretor mantém-se elástica, somente se cristalizando de maneira definitiva no Édito de Adriano⁵¹,

Mesmo na época em que a codificação era a tônica do momento, e não obstante a determinação que vedava a interpretação, a eqüidade não foi desprezada, mas firmou-se como instrumento de busca da justiça. Disto se pode concluir que a eqüidade foi indispensável para a formação do Direito Romano, não obstante ter sido a sistematização é o que lhe garantiu solidez e estabilidade mantendo-o coerente até os dias de hoje.

1.2. Direito e eqüidade na família do *Common law*

O *common law* é o sistema jurídico elaborado na Inglaterra a partir do século XII, tendo como ponto de partida as decisões dos tribunais reais, sistema este que se expandiu pelos países de colonização britânica, como Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, etc. Trata-se de um direito jurisprudencial (*judge-made-law*), elaborado pelos juizes reais e mantido graças à autoridade reconhecida nos precedentes judiciais.

O *Common law* surgiu em razão do regime e centralizado que se instaurou por força da invasão normanda.

Até então o Direito da Inglaterra tinha caráter estritamente costumeiro e tradicional, do qual pouco se conhece por não ter sido escrito e por ter forte conotação tribal, o que implica na sua suplantação pelo Direito nacional em que veio a se constituir o *common law*. As cortes de justiça que existiam antes da invasão (*County*

⁵⁰ Digesto de Justiniano, Liber Primus – tradução de Hélcio Maciel França Madeira, editora Revista dos Tribunais. 3ª. Edição revista da tradução bilíngüe Latim-Português, D 1.3.15pr

⁵¹ VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 51.

Court ou Hundred Court), bem como as que surgiram após a invasão normanda (*Courts Baron, Court Leet, Manorial Courts*), utilizaram-se deste direito costumeiro para os seus julgamentos.⁵², embora outras fontes tenham se agregado para a formação deste sistema, como o contrato, a última vontade, etc.⁵³

A unificação do sistema jurídico, através da implantação de um Direito comum a toda a Inglaterra, centralizado e compatível com o sistema político implantado com a invasão normanda, foi obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente conhecidos como tribunais de Westminster. O *Common law* surge, dessa forma, em oposição aos costumes locais, como elo de ligação entre os diversos Direito tribais.

Inicialmente os Tribunais Reais somente exerciam a jurisdição em casos excepcionais, quando, por exemplo, a paz do reino fosse ameaçada ou quando não fosse possível a realização da justiça pelos meios normais. Os tribunais do rei somente exerciam a “alta justiça”, não se admitindo que a sua jurisdição fosse acessível a qualquer um. Aos poucos o poder dos tribunais foi se estendendo para questões como matéria de finanças real, posse de imóveis, e graves questões criminais que se relacionassem com a ordem e a paz.

Como os tribunais Reais possuíam meios efetivos para assegurar o comparecimento das testemunhas e para executar as suas decisões, o que não ocorria com os Direitos primitivos, os súditos passaram a dar mais credibilidade a esta jurisdição que em razão disso se apresentava como uma espécie de jurisdição superior. Isto impulsionou o fortalecimento destes Tribunais Reais, que passaram ao final da Idade Média, a monopolizar a administrar a justiça.

Os juízes também tinham interesse na expansão da atividade dos tribunais em razão das taxas que cobravam, o que os leva a adequar ao máximo as demandas às necessidades das partes, mas, por outro lado, não havia nenhum interesse em um processo mais rápido e simplificado.⁵⁴

Assim, o processo do *Common law* torna-se cada vez mais formalista. Para cada *writ* correspondia a um tipo de processo que determinava a seqüência de atos a realizar, a maneira de regular os incidentes, as hipóteses de representação das partes,

⁵² DAVID, René: *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 287.

⁵³ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora UnB, 1986. (Cadernos UnB), p. 222.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 213

as condições de admissão das provas e os meios de promover a execução da decisão. Surge para cada direito um processo particular.

Nestas condições, dada a complexidade e tecnicidade do processo do *Common law*, que não podia ser apreendido senão pela prática, este sistema não se mostrava capaz de desenvolver-se com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da época, resultando em uma esclerose formalista resultante da praxe dos juristas. Estava aberta a porta para o surgimento de um novo sistema de jurisdição, a exemplo do que ocorreu no Direito Romano, quando o antigo Direito civil teve que ceder espaço ao Direito pretoriano.

Desta forma, o direito inglês dos séculos XII e XIII, do modo como era usado pelos tribunais reais, extremamente fluido e flexível, nos séculos XIV e XV se torna rígido e formal, dando causa a que o Chanceler tomasse em suas mãos boa parte da administração da justiça.

Nas numerosas ocasiões em que não era dada a solução justa aos litígios só restava uma saída e última chance de realização da justiça, que era o recurso ao rei, em nome de quem os tribunais agiam. Desde o século XIV, era comum aos particulares, não obtendo justiça pelos Tribunais Reais, ou chocando-se com as decisões que eram dadas por estes Tribunais, se dirigirem ao rei para lhe pedir que interviesse para “tranqüilizar a consciência e fazer uma obra de caridade”. Tornaram-se constantes os recursos ao rei, que era considerado “a fonte de toda justiça e generosidade”.

O recurso passa a ser decidido pelo chanceler, que se torna cada vez mais um juiz autônomo. As reiteradas decisões do Chanceler, que agia por delegação do rei, eram tomadas inicialmente em consideração à “equidade do caso particular”, mas tornaram-se cada vez mais sistematizadas, pela aplicação de doutrinas “equitativas”, fazendo aparecer, ao lado do *Common law*, a “*equity*” como um novo sistema de justiça que tinha, também, o sentido de adjunções e corretivos aos princípios “jurídicos” aplicados pelos Tribunais Reais⁵⁵.

O Chanceler podia, por solicitação de uma parte, substituir a atuação dos tribunais em qualquer assunto já decidido, mediante injunções, consistentes em medidas como prisões e multas. O fundamento era de que esta atividade não se tratava de uma interferência no funcionamento dos Tribunais, mas era uma ordem dirigida às partes.

⁵⁵ EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora UnB, 1986. (Cadernos UnB) p. 308.

A expansão da *equity* chegou ao ponto de provocar crise na relação entre o Chanceler e os Tribunais e representou o perigo da suplantação da *common law*. Isto, no entanto, foi evitado com um compromisso entre os integrantes dos dois sistemas. A jurisdição do Chanceler passou a não mais realizar novas intromissões na jurisdição da *common law*, mas continuou atuando de acordo com os seus precedentes. De outra parte, sendo o Chanceler um jurista, a *equity* foi cada vez mais se firmando como um sistema de direito.

A equidade tem por objetivo tornar o Direito mais consentâneo com a justiça, impedindo que este negligencie a lei moral, mas que, em nome dela intervenha, cumprindo, assim, função que em outros países, cabe aos próprios juízes, que é de remediar o *summum jus summa injuria*, proibindo a fraude e o abuso do Direito.

Por isto a *equity* apresentou-se com um caráter complementar em relação à jurisdição do *Common law*, o que se observa pela adoção de regras ditas de equidade, de forma a aperfeiçoar o sistema de Direito aplicado pelos tribunais. A intervenção do Chanceler é justificada pelas exigências da consciência.

A *equity* é dotada de um caráter discricionário, o qual transparece em conceitos que ao longo do tempo se desenvolveram naquele sistema, como *undue influence*, e os *decree of specific performance*. Pelo primeiro se permite sancionar o ato praticado sob indevida influência, em situação que para nós é caracterizada como coação moral, mas que o *common law* não prevê esta figura jurídica. Por isso, se aplicam as regras previstas para a coação física (*duress*). No segundo exemplo se permite a execução *in natura* da prestação assumida mediante um contrato, quando o direito somente prevê o pagamento de perdas e danos.

Nestes casos o Chanceler só intervém quando a conduta do réu for julgada contrária à consciência moral e se o demandante nada tiver de suspeito. O que se procura, portanto, é resguardar a boa-fé, para a qual não há regra específica e restrita, mas necessita-se o do exercício da discricionariedade.

Há vários pontos de semelhança na influência da equidade na formação do Direito Romano e na formação do *common law*.

O processo inglês mais antigo apresenta vários traços de identidade com o antigo Direito Romano, como destaca Eugen Ehrlich. Isto se nota, por exemplo, na bipartição do procedimento.

Em Roma, tanto o procedimento das ações da lei quanto o procedimento do período formular se iniciava em uma fase em que o demandante apresentava os termos da controvérsia a qual o pretor submetia ao juiz. Da mesma forma, no processo formular a primeira fase do procedimento se desenvolvia perante o pretor mediante uma fórmula por este concedida.

No procedimento do processo inglês antigo os demandantes apresentavam a demanda ao juiz real mediante um *writ*, para em seguida submeter a questão a doze vizinhos do demandante, com a concordância das partes⁵⁶. Do mesmo modo que a fórmula, o *writ* é escrito, mas se assemelha com o procedimento das ações da lei, no aspecto de que cada tipo de reivindicação tinha seu próprio processo e o direito processual era decisivo para os fundamentos legais das reivindicações das partes⁵⁷.

A atividade do Chanceler, ao conceder injunções ou, de alguma outra forma, ao utilizar a equidade, tem um paralelo na atividade do pretor, em especial quando se procede a uma observação sob o ponto de vista da estrutura interna destes sistemas e verifica-se, por exemplo, que o pretor hauria o fundamento de sua atuação fora dos estritos termos do Direito civil no poder de império, da mesma forma que o Chanceler, agindo em nome do rei, justificava no poder deste a sua decisão.

Alguns traços, no entanto, marcam de forma bem distinta a diferença entre os dois sistemas. Um destes é a falta de uma base normativa. Enquanto que Roma detinha uma produção legislativa bastante significativa, sobretudo a partir da Lei das XII Tábuas, a Inglaterra, nas suas origens, não a tinha. O surgimento do direito legislado (*statute law*), entretanto, não modificou este estado de coisas, pois a livre invenção do Direito ocorre não apenas em relação aos precedentes, mas também em relação às leis⁵⁸.

De outra parte, também não houve na Inglaterra, com houve em Roma, uma produção literária importante. Foi grande, na história do Direito Romano, a contribuição da prudência dos juristas. Na Inglaterra, diferentemente, a mais

⁵⁶ EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora UnB, 1986. (Cadernos UnB), p. 211.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 212.

⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 224.

importante contribuição para o desenvolvimento do Direito foi, efetivamente, a prudência dos juízes.

As adaptações pelas quais passaram o *common law* e a *equity* foram de fundamental importância para que se mantivessem como integrantes de um sistema jurídico moderno.

Não obstante o *Common law* e a *equity* constituírem um só sistema jurídico, o que vem desde a unificação promovida pelo *Judiciary act* de 1875, a distinção entre os dois continua de fundamental importância no Direito inglês. A intervenção do chanceler nunca consistiu em formular regras novas de Direito que os juízes devessem aplicar no futuro. A equidade não é utilizada como um sistema de Direito livre, mas um critério de aplicação do Direito. A máxima “*equity follows the law*” é observada desde o seu surgimento.

A necessidade de observância da regra de Direito diante do caso concreto é de grande importância nos sistemas jurídicos da família do *Common law*, no qual a fonte primordial é a regra do *stare decisis*, que consiste em que sejam observadas as regras que foram estabelecidas pelos juízes dos tribunais superiores em julgamentos anteriores.

O que evita este sistema de se transformar em um sistema arcaico e obsoleto é a adoção da técnica da distinção, que juntamente com *stare decisis*, dá ao sistema o equilíbrio necessário.

A técnica da distinção se apresenta como campo fértil de onde brota a equidade. Os fundamentos das decisões, nas quais se baseiam as determinações concretas dos juízes, são compostas de duas partes: *obiter dicta* e a *ratio decidendi*. A primeira tem apenas valor persuasivo variável de acordo com o prestígio do juiz que a pronuncia. A segunda constitui a regra que se incorpora ao Direito inglês, e que deve ser seguida no futuro.

A utilização do precedente exige acurada análise por parte dos juristas, devendo-se distinguir o que constitui o suporte necessário da decisão. Não só a decisão em si, mas também a *ratio decidendi* constitui a regra jurisprudencial que se incorpora ao Direito⁵⁹. Isto porque a regra não é formulada com as características da generalidade e abstração, como nos sistemas da família romano-germânica, mas está associada à situação concreta que foi submetida à atuação jurisdicional, com a qual a situação nova deve sempre ser confrontada.

⁵⁹ DAVID, René: *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 343

Nos domínios da *equity*, não há regra sobre a observância do precedente, pois se tal acontecesse a *equity* torna-se-ia um agrupamento de regras do *Common law*. O poder discricionário que os tribunais têm, no entanto, observa a necessidade de os juízes exercerem o discernimento de conformidade com o que estatuem numerosos precedentes.

Assim, na prática, também a *equity* observa o precedente, com o que os dois sistemas não apresentam substanciais distinções.

Por este motivo, o apelo à razão é admitido com mais facilidade nos sistemas da família *Common law* do que nos sistemas da família Romano-germânica. É que, nestes últimos, em que a fonte principal do Direito é a lei, e esta é formulada de forma genérica, o apelo à razão, normalmente ocorre sob forma de aplicação e interpretação destas regras, e onde a existência de lacunas na legislação dificilmente era reconhecida até muito recentemente, a principal função da razão é a interpretação da lei, muito mais do que na complementação da ordem jurídica.⁶⁰

Em um sistema jurisprudencial, como é o Direito inglês, a situação é diferente. Como o Direito é construído de forma casuística, nele subsistem muitas lacunas; para cuja integração é necessária a utilização constante da razão, que passa a ser francamente reconhecida como uma fonte subsidiária do Direito, chamada a preencher estas lacunas.

Neste quadro, a técnica da distinção apresenta-se como substituto das técnicas de interpretação, moldando a regra constante do precedente a situações novas.

Em linhas gerais, vislumbra-se, na formação do *common law*, o papel fundamental, da flexibilização, da adaptação, na busca de um Direito justo e eqüitativo.

Identifica-se na evolução do Direito da família do *common law* uma semelhança entre o que aconteceu com o Direito pretoriano, em face do Direito civil clássico em Roma. Em ambos os casos, as necessidades sociais é que induziram as transformações no Direito, a partir da solução de casos concretos, para as quais foi de indispensável valia a distinção entre a necessidade casuística de justiça e as disposições constantes das regras jurídicas.

⁶⁰ DAVID, René: *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 350.

É importante não perder de vista que o desenvolvimento de um direito mais flexível não significou desprezo ao sistema mais rígido em que se constituía o Direito anterior.

Esta importância é destacada por Erlich, que assim fala sobre a *equity* e sua relação com o *common law*:⁶¹ “...Ela se liga diretamente ao *ius civile*, o *common law*. Ela não é algo autônomo, ela só é compreensível como apêndice do *common law*. Sem a *equity* este de fato seria um sistema jurídico duro e inflexível, pouco adequado às necessidades da vida, mas, sem dúvida, seria um sistema jurídico. A *equity*, sem o *common law*, seria simplesmente impossível...”

1.3. Direito e equidade na concepção liberal do Direito natural e no Direito moderno

Com a queda do império romano havia ruído todo o sistema jurídico construído ao longo de séculos. Cada povo que antes estava subordinado a Roma, passou a ter seu próprio Direito. O Direito Romano erudito foi substituído pelo Direito vulgar, com forte conteúdo consuetudinário⁶², marcado pela presença de juízos de Deus e ordálias.

As transformações lentas e progressivas que ocorreram na sociedade europeia a partir do século XII repercutiram na concepção do Direito.

Os estudos do Direito Romano, centrados na análise do *corpus juris civile*, levado a cabo pelos glosadores e pelos consiliadores, influenciaram toda a Europa, levaram à evolução do Direito, com a racionalidade na produção das provas, a instituição de inquéritos, testemunhas, escritos. Neste terreno sobressaia a Universidade de Bolonha.

Com isto, o Direito medieval dá o primeiro passo no sentido da modernização que virá alguns séculos mais tarde, na idade moderna.

Os movimentos que se seguiram procuraram a construção de um Direito ao mesmo tempo justo e razoável, com a consideração de que o Direito deve ser

⁶¹ EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora UnB, 1986. (Cadernos UnB), p. 218

⁶² DAVID, René: *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 30

conforme a concepção que os homens fazem, pela sua razão, da justiça. O Direito diz o que deve ser, pouco importante o que é na realidade.⁶³

O estudo do Direito começa a afastar-se dos textos do *corpus iuris civili* e parte à procura uma explicação axiomática, lógica, a exemplo das ciências exatas. Vários filósofos contribuíram para o desenvolvimento da idéia de um Direito explicado e construído à luz da razão, com inspiração universalista, com regras imutáveis comuns a todos os povos. Reforça-se a tendência a amalgamar-se os costumes locais e regionais e a exaltar a razão, com amparo nas doutrinas voluntaristas, o que representa o ressurgimento da idéia de Direito natural.

O Direito, assim, passa de fruto da natureza para fruto da razão humana, submetido às exigências da razão e da justiça e abandonando a obediência a *communis opinio doctorum*. As concepções filosóficas e políticas sobre o Direito natural repercutiram fortemente no estudo e na praxe jurídica.

No campo do Direito privado, exige-se que as regras do Direito Romano sejam examinadas antes de serem aplicadas, somente podendo sê-lo quando não sejam contrárias à justiça e à razão. Embora não se exija o abandono do Direito Romano, exige-se a adoção de um novo método para o seu estudo, mais progressista.

O momento histórico que vai desde o início da idade moderna até o surgimento do Código de Napoleão desponta como de fundamental importância para a compreensão da equidade. É um período que corresponde ao surgimento do iluminismo, no qual a razão desponta e passa a ser o referencial para o conhecimento da natureza e da sociedade, bem como para a ação dos homens, com repercussões na política, na economia, na religião e no Direito.

A escola do Direito natural surge, por volta dos séculos XVII e XVIII, juntamente com o Iluminismo, baseada na idéia de se construir uma ordem social sob a consideração do homem, exaltando os Direitos naturais derivados da própria personalidade da pessoa humana.

Esta nova concepção do direito, que encontra suas raízes no pensamento grego e no anseio por um Direito mais justo, mais perfeito, capaz de proteger os homens contra o arbítrio do poder, é compreendido, em linhas gerais, como “... a consideração do direito natural como direito justo por natureza, independente da

⁶³ GILISSEN, John: *Introdução histórica ao Direito*. Tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 204.

vontade do legislador, derivado da natureza humana (*jusnaturalismo*) ou dos princípios da razão (*jusracionalismo*) sempre presente na consciência de todos os homens...”⁶⁴

As teorias do Direito natural interessam à compreensão da equidade porque orientam o aplicador na busca do direito justo e pelo fato de justificar os limites do poder do soberano, e, portanto, da lei, embora esta missão histórica não tenha sido aceita de forma unânime por todos os pensadores.

Dentre os pensadores que se ocupam da racionalidade do Direito como fundamento do Poder do Estado, destacam-se Hugo Grotius, Thomas Hobbes, Locke e Kant, dentre outros.

As teorias jusnaturalistas identificam a justiça com a ordem, quando proclamam o Direito como instrumento da paz social, como é o caso de Hobbes. Outras correntes associam a justiça à igualdade, concepção que vem desde Aristóteles, e defendem que as regras coercitivas que disciplinam a conduta dos homens são garantidoras da igualdade.⁶⁵

O alemão Hugo Grotius é considerado um dos primeiros filósofos a expor sobre o direito natural racional. O seu pensamento é baseado na *appetitus societatis*, pelo qual se expressa o direito natural como a ética do homem em sociedade. A lei natural é conhecida *a priori*, ou seja, pela razão, e *a posteriori*, ou seja, pelo consenso, embora o consenso leve a resultados menos seguros.

O Direito natural como fruto da razão humana: “... o Direito natural é um ditame da reta razão, destinado a demonstrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário, segundo se ajuste ou não à natureza racional do homem, e a fazer ver que esse ato é consequentemente proibido ou ordenado por Deus, na sua condição de criador da natureza”.⁶⁶

Thomas Hobbes é outro filósofo que dedica ao jusnaturalismo na sua principal obra, “O cidadão” (*De cive*). O pensamento de Hobbes parte da argumentação de que os homens passaram a viver em sociedade, como condição para que não vivam em constante estado de guerra. Para isto é indispensável que haja reciprocidade no respeito ao que ficou convencionado com os demais membros da

⁶⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 440.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto: *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 73.

⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. p. 42

sociedade. Para isto os homens renunciam os seus Direitos em favor do soberano, à exceção de um Direito, que é o Direito à vida⁶⁷.

Em razão disso, o soberano se investe do poder de interpretar a lei natural, transformando-a em lei positiva que por todos devem ser obedecida, não se permitindo que os súditos não inquiram sobre o que é justo ou injusto nos comandos do direito positivo⁶⁸. Não quer isto dizer que esteja eliminada a equidade.

O que se procura é um fundamento racional para o poder do Estado e para o sistema jurídico, sem uma análise detalhada sobre os critérios objetivos de aplicação do direito.

Tanto é assim, que Hobbes dedica um trecho de sua obra à equidade, a qual é relacionada com a humildade, ou seja, que todos os direitos que um homem reivindique para si, os mesmos ele reconheça serem devidos a todos os demais, lembrando que “... atribuir direitos iguais a iguais é o mesmo que dar coisas proporcionais a proporcionais...”. Afirma, em seguida que “... se a qualquer tempo, nos couber repartir a justiça entre outras pessoas, esta lei nos proíbe de favorecer a um em maior ou menor proporção do que a outro...”. De outra parte, o juiz, naturalmente, deve ser equitativo⁶⁹.

John Locke, respeitado filósofo inglês, aponta a ética como um dos fundamentos do Direito. O pensamento de John Locke tem por base o poder do Estado sobre as ações indiferentes, o seja, sobre aquelas que não são proibidas nem ordenadas pela lei natural, em que se constitui o direito positivo.

Os homens, no estado da natureza, vivem em absoluta liberdade, o que significa ter o direito de punir o ilícito e não ter o dever de obedecer a outros. Nestas condições, cada um é juiz de si mesmo, o que leva a um constante estado de guerra, pois a força sem o Direito é a guerra.⁷⁰

A razão da existência do Estado é a conservação da vida e a preservação da propriedade, que são direitos naturais que persistem no estado da sociedade civil. Em razão do consenso estabelecido entre os homens, as leis positivas limitam a

⁶⁷ HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Tradução, Apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. São Paulo. Martins Fontes, 1998, p. 96.

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 111.

⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 67.

⁷⁰ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 398.

liberdade individual e impõem o dever de obediência até mesmo em relação às leis injustas.⁷¹

Se não fosse a lei natural, não existiria vício ou virtude e o homem seria levado a agir não de acordo com o bem, mas, sim, conforme a maior utilidade e sua negação levaria ao utilitarismo.

Locke tinha convicção de que era possível ao homem alcançar o conhecimento dos princípios morais bem como de incluir a moral entre as ciências susceptíveis de demonstração.

Emanuel Kant, um dos filósofos exponenciais do jusnaturalismo, identifica o Direito com a liberdade, indicando a liberdade como o único Direito inato, ou seja, aquele que é transmitido ao indivíduo pela natureza independentemente de qualquer ato jurídico.

Para Kant, o Direito está associado à noção de coação, sendo um dos critérios de distinção entre moral e Direito. O dever jurídico refere-se a uma ação pela qual eu sou responsável perante os outros e os outros têm o Direito de me obrigar. O dever moral atua de maneira que ninguém pode obrigar-me a cumpri-lo.

O pensamento liberal chega a tal ponto no reconhecimento dos poderes do soberano como manifestação do direito natural, que a equidade, como instrumento de realização da justiça é negado.

Kant não admite um *tribunal da equidade*, que julgue, não com base nas leis gerais e abstratas, mas caso por caso, porque: “o lema da equidade de fato é este ‘o máximo de justiça é o máximo de iniquidade’ (*summus ius, summa iniuria*); mas a este mal não é possível remediar com base no próprio Direito, ainda que se trate de uma exigência fundada nele, porque a equidade pertence somente ao tribunal da consciência (*fórum poli*), uma vez que, pelo contrário, cada questão de Direito propriamente dito deve ser levada ao tribunal civil (*forum soli*)”.⁷²

Todas estas teses que sustentam a existência da lei natural, que se coloca em um patamar de superioridade em relação ao Direito positivo, nos leva à colocar em dúvida a suficiência deste último como instrumento de organização da sociedade. Não é o Direito positivo o real instrumento de controle social, mas o direito que lhe é superior, ou seja, o Direito natural.

⁷¹ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 398, p. 565.

⁷² BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 80.

Não se trata e contrapor o Direito positivo ao Direito natural, mas de adequá-lo, conciliando os preceitos do Direito positivo com as concepções do Direito natural.

O Direito natural tem como uma de suas funções valorar o Direito positivo e medir a intrínseca justiça do mesmo. Como nos ensina Giorgio Del Vecchio, a história confirma que em sua maior parte há coincidência entre o Direito positivo e o Direito natural.⁷³

A conciliação entre o Direito natural e o Direito positivo, quando a lei é inadequada às circunstâncias do caso concreto, que traduz uma das funções da equidade⁷⁴; é tarefa do juiz, o qual é instrumentalizado pelos princípios gerais do Direito, que orientam e subordinam a sua aplicação.

São princípios como o de que a justiça é que orienta o Direito, e, portanto, é pressuposto de todas as relações entre as pessoas; de que o juiz não pode negar-se a solucionar uma questão posta a sua apreciação sob o argumento de falta ou obscuridade da norma, o de que o homem, independentemente da sua natureza, ou de pertencer a outro Estado, é sujeito de Direito, e de que esta qualidade é inalienável, dentre outros, são considerados como conteúdo do Direito natural e se supõem em todos os sistemas jurídicos.⁷⁵

O Direito natural, no campo do Direito público, representou um avanço significativo com o estabelecimento de novas concepções do Estado. A liberdade humana é fonte, inclusive, de soberania e é com base nela que o soberano está autorizado a legislar, tanto no campo do Direito privado quanto no campo do Direito público.

O desenvolvimento posterior do direito natural deu origem ao constitucionalismo, com a consagração dos Direitos naturais do homem e a garantia das liberdades da pessoa humana e o reconhecimento de que o Direito deve se estender às relações entre governantes e governados, entre a administração e os particulares, como uma das grandes conquistas da cidadania.

À época em que as idéias jusnaturalistas surgiam na Europa, a legislação tinha um papel de importância secundária. Ao soberano não era reconhecido o poder

⁷³ DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1963, p. 532.

⁷⁴ SILVEIRA, Alípio: *Hermenêutica no Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, v. 1, p. 373

⁷⁵ DEL VECCHIO, *ibidem*, p. 533

de fazer leis. A sua função era limitada à organização dos tribunais, à regulação do processo, ou à correção de certos erros da justiça, mas não se reconhecia nele o poder legislativo⁷⁶.

Com a escola do Direito natural, a vontade arbitrária do soberano (o parlamento), embora não tenha força de lei, é considerado competente para afirmar o Direito e para reformar o seu conjunto, expondo os princípios proclamados pela lei da natureza, de modo a corrigir erros do passado, proclamando a autoridade de regras plenamente conformes à razão, com o que se observa uma delegação do poder de descobrir e desenvolver o Direito aos parlamentos.

A revolução francesa reforça esta posição, em face dos poderes que são reconhecidos ao parlamento, chegando ao seu ponto máximo a partir de 1790, quando os tribunais franceses ficaram obrigados a expor a motivação de suas decisões, para que melhor se controle este poder que, agora, é monopólio do parlamento. Ilustrativa é a decisão da Assembléia Nacional francesa, no sentido de que “... todo ano o tribunal de cassação terá de enviar à barra da assembléia do corpo legislativo uma deputação de seus oito membros para apresentar-lhe o estado das sentenças dadas, acompanhadas do resumo informativo de cada caso e do texto da lei que houver decidido a cassação”.⁷⁷

Neste contexto é que surgem as codificações, a principal delas o Código de Napoleão, de 1804, como o “código da natureza sancionado pela razão e garantido pela liberdade”,⁷⁸ cuja ambição era ser uma construção metódica, longe do caos das compilações justinianéias e dos costumes. A equidade entrou em declínio, na medida em que as universidades, as quais tinham por tradição orientar e procurar o Direito justo, passaram a atuar como meras exegetas dos novos textos. A idéia jusnaturalista de enunciar o *jus commune*, de universalização do Direito, caminha no sentido oposto, em direção à nacionalização do Direito, permitindo que o Direito passe a se confundir com a ordem do soberano, em detrimento da concepção de justo.

Antes do Código de Napoleão, o Direito estava ligado à idéia da arte do que é justo e eqüitativo (*ars boni et aequi*). O papel do jurista, assim, era o de preparar, com suas reflexões e com suas análises, a solução mais justa em cada caso específico. As primeiras codificações do Direito, no início do século XIX, e o positivismo

⁷⁶ DAVID, René: *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*, tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 49

⁷⁷ PERELMAN, Chaïm: *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 52.

⁷⁸ DAVID, René: *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*, tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 52.

jurídico procuraram extirpar do objeto da ciência do Direito qualquer elemento metafísico, como a consideração da idéia de justiça, representam a tentativa de construção de um Direito organizado dogmaticamente segundo critérios objetivos.

Tal pretensão não poderia ir além de determinados limites. Mesmo Kelsen, que procura construir uma teoria que elimina a justiça do âmbito da ciência jurídica, abre concessões a uma concepção muito rígida, ao admitir, na análise do Direito como uma moldura, a possibilidade da existência de várias sentenças “corretas” a partir da mesma lei, embora coloque tal possibilidade como um problema de “política do Direito” e não como uma questão de “teoria do Direito”.⁷⁹

1.4. A eqüidade nas escolas do pensamento jurídico

1.4.1. A escola da exegese

O Código Civil de Napoleão representa o coroamento de um pensamento que vem desde o início do iluminismo, e que se funda na crença do Direito natural e do poder do soberano para dizer o direito e estabelecer o seu conteúdo. Procura-se, com a codificação, a positivação do Direito natural, expondo-o de modo metódico, o Direito que convém à sociedade, e que deve ser aplicado pelos Tribunais.

Na prática, entretanto, a questão não se apresenta com toda esta singeleza, diante da advertência já colocada no Digesto de que: “... Não podem todas as ocasiões ser compreendidas individualmente seja por leis ou senatus-consultos...”⁸⁰

Por isso a elaboração do Código foi seguida de discussões em torno da procura do fundamento do Direito entre o critério da segurança jurídica, baseada no texto da lei e na autoridade, e o critério da justiça segundo as necessidades sociais, os interesses em disputa ou concepções de ordem axiológica.

A exacerbada crença na rigidez e completude da lei já houvera inspirado os filósofos desde o surgimento da escola do jusnaturalismo, os quais influenciaram os idealizadores da Revolução Francesa, dentre os quais Montesquieu, para quem “quanto mais o governo se aproxima da república, mais a forma de julgar se torna fixa: e era um vício da república da Lacedemônia que os éforos julgassem arbitrariamente, sem que houvesse leis para dirigi-los... ...no governo republicano, é

⁷⁹ KELSEN, Hans: *Teoria pura do Direito*: São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 390.

⁸⁰ Digesto de Justiniano, *Liber Primus* – tradução de Hécio Maciel França Madeira, editora Revista dos Tribunais. 3ª. Edição revista da tradução bilingüe Latim-Português, D 1.3.12

da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida”.⁸¹

Primeiramente, surgiu a escola da exegese, na França, cuja idéia central era a de que a lei encerrava o Direito, e que o intérprete não podia ir além da lei. Os princípios e diretrizes que constituíram a escola da exegese representam uma tendência à excessiva valorização da lei como fonte de Direito, com o sistemático estudo dos textos legais.

Sustentava este movimento que na lei positiva e, em especial, no Código Civil encontravam-se as possibilidades de solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social.

Os códigos nada deixavam ao arbítrio do intérprete. O juiz estava mesmo proibido de interpretar a lei, limitando-se, na sua atividade, a ser “a boca através da qual se manifesta o legislador”. A decisão judicial tinha a forma de um silogismo, no qual a regra de Direito funcionava como a premissa maior, a constatação de que as condições previstas na lei haviam sido preenchidas seria a premissa menor e a decisão equivaleria à conclusão.

A doutrina tinha a função de ordenar o conjunto da legislação em um sistema de Direito, por meio de uma linguagem artificial, elaborada de forma lógica, sempre pautada pela univocidade dos signos e das regras do seu manejo. A completude alcançar-se-ia com a regra de que os juízes estariam proibidos de julgar diante da obscuridade, silêncio ou insuficiência da lei, ocasião em que, suspendendo-se o processo, deveriam remeter a questão ao legislador.

É compreensível a desconfiança que a Revolução depositava nos Juízes em razão do vigor com que foi substituída a ordem vigente no antigo regime. O Direito vigente e os juízes foram formado para preservar uma ordem jurídica que privilegiava a propriedade, sobretudo a propriedade rural e os direitos de determinadas classes, em detrimento de outras, quando o novo regime tinha como parâmetros outros valores que se chocavam com aqueles, como a liberdade e a igualdade.

A lei era a fórmula que garantiria a implantação destes novos valores como fundamento para um novo sistema jurídico, e sua rigidez a garantia de que ela seria observada.

⁸¹ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000. p. 87.

Em um Direito organizado sob estas premissas, não havia espaço para a eqüidade. O Direito legal elimina totalmente a consideração de justiça fora dos critérios estritamente estabelecidos pelo legislador.

De outra parte, a grande preocupação do momento era a segurança jurídica que representava a garantia de que o novo regime e seus valores manter-se-iam e para isto era indispensável um regime jurídico mais sólido, mais inflexível.

1.4.2. A jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses

A escola histórica do Direito surgiu na Alemanha, ao tempo em que na França prevalecia a escola da exegese, e aquela tinha pontos de identificação com esta. Como principal característica destaca-se o postulado do Direito nas suas origens históricas, como fenômeno social, opondo-se, assim, à escola do Direito natural, mas resistindo à codificação do Direito.

Da mesma forma que a escola exegética, a escola histórica apresenta-se como uma barreira ao reconhecimento da eqüidade e à consideração da justiça.

Um dos principais expoentes da escola histórica foi Savigny, para quem o costume deveria prevalecer como a principal fonte do Direito na Alemanha, pois nele se revelava o sentimento e o espírito do povo (*volksgeist*).

A escola histórica induziu o surgimento da jurisprudência dos conceitos, para a qual o Direito é um sistema lógico, estruturado em forma de pirâmide em cujo vértice se encontram os conceitos mais gerais e nos níveis inferiores outros conceitos menos gerais.⁸² Neste sistema fechado de conceitos jurídicos, que se baseava no primado da lógica no trabalho da ciência do Direito, o juiz limitava-se à subsunção da matéria de fato ao conceito jurídico.

Contrariando a escola da jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses associa ao Direito a idéia de fim.

A jurisprudência dos interesses representou um avanço na aplicação do Direito, substituindo o método de uma subsunção lógico-formal, nos rígidos conceitos legislativos, pelo método de um juízo de ponderação de situações de fato

⁸² LARENZ, Karl: *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 17.

complexas, bem como de avaliação dos interesses em jogo, em harmonia com os critérios de valoração próprios da ordem jurídica.⁸³

As leis são resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento. Daí, a importância de se conhecer com rigor histórico os interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, esses interesses. Dessa forma, o legislador é substituído pelas forças sociais denominadas interesses.

O legislador cumpre um papel de “transformador” dos interesses causais em decisão legislativa. Os motivos e os fatores causais passam a ser mais importantes para o intérprete do que a vontade do legislador entendida psicologicamente, e a lei passa a ter a função de designação englobante dos interesses causais.⁸⁴

A jurisprudência dos interesses representa uma importante conquista na procura do Direito justo, na medida em que tende ao primado da indagação e da valoração da vida, em oposição à jurisprudência dos conceitos: “... a vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula que tem de acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja isso logicamente necessário ou logicamente impossível...”⁸⁵

Esta proposição indica a tendência da jurisprudência dos interesses a uma concepção finalista do Direito como um todo, mas muito mais comprometida com os fins das proposições jurídicas singulares em face dos sujeitos que estão por detrás delas. A fonte material da lei é a própria sociedade.

A vontade do legislador é deslocada para a sociedade como grandeza determinante, embora o Estado mantenha-se como monopolista da produção do Direito para a realização de fins sociais não hierarquizados, mas resultantes das necessidades vitais próprias da sociedade.⁸⁶

Estas concepções influenciaram positivamente a jurisprudência dos tribunais e os estudiosos do Direito. Os primeiros passaram a se voltar mais freqüentemente para os eventos da vida, e estes ficaram mais livres e comprometidos com o ideal de justiça.

⁸³ LARENZ, Karl: *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 65.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 17, p. 66.

⁸⁵ YHERING, *apud* LARENZ, *ibidem*, p. 58.

⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 62.

1.4.3. Movimento do Direito livre e a Sociologia do Direito

O movimento do Direito livre e a sociologia jurídica também se posicionaram em torno da concepção de justiça, colocando-se contra a aplicação puramente esquemática do preceito da lei à situação da vida. A lei não cria o Direito, mas se apresenta apenas como uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica que somente se concretiza com a atuação judicial, pela utilização da pluralidade de significados que a letra da lei traz.

A decisão judicial não é apenas a aplicação do Direito, mas também uma atividade criadora. A lei é apenas uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica, que não traz pronta a determinação jurídica adequada para cada problema.

O movimento do Direito livre não se resume a uma concepção única, mas a vários pontos de vista que têm em comum a oposição à jurisprudência dos conceitos. Uma concepção mais limitada é a do voluntarismo, caracterizada por acentuar o primado da vontade, do sentimento ou da intuição do juiz na solução do caso concreto, sempre que esta não puder ser inferida imediatamente da lei.

Eugen Ehrlich acentua a importância de uma livre investigação, lembrando a inutilidade da tentativa de se pretender anular por completo a individualidade do juiz. Destaca, entretanto, que não se pretende uma jurisprudência segundo a apreciação discricionária do juiz, mas a uma jurisprudência arrancada da tradição jurídica que aspire ao “Direito justo”.

O movimento do Direito livre se distingue da jurisprudência dos interesses na medida em que esta reconhece que a intervenção do conhecimento na atividade interpretativa e judicativa vai realmente além da lógica formal, contudo não pode estar subordinada aos sentimentos ou à vontade do juiz, e, sim, aos interesses apreciados à luz dos valores que subjazem à lei.

As tentativas de construção de uma ciência do Direito, e, ao mesmo tempo, a busca dos fundamentos reais do Direito estimulou o surgimento da sociologia jurídica que apresenta uma teoria do Direito em que se debate predominantemente sobre as causas sociais e sobre os efeitos de certas instituições jurídicas. Eugen Ehrlich parte da constatação de que a jurisprudência tem sido apenas a doutrina da aplicação do Direito estatal através da reprodução do conteúdo da lei, e, ao mesmo tempo, a arte de fazer com que o Direito sirva às particulares necessidades da vida jurídica.

Aponta, então, a necessidade de a sociologia do Direito, apresentada como a doutrina científica do Direito, se contrapor à teoria do Direito propriamente dita e ao que ele denomina “jurisprudência prática”.⁸⁷

A ciência sociológica do Direito destina-se a fornecer a base científica da jurisprudência prática. À sociologia jurídica estaria, na concepção de Ehrlich, destinado o papel de pura ciência dos fatos, sem a preocupação de pôr o problema de um método compreensivo na sociologia.

Para a sociologia jurídica, o Direito consiste em regras segundo as quais os homens se comportam, regras estas que derivam dos fatos, das praxes, das relações de domínio e posse, das declarações de vontade nas suas formas mais importantes, como os estatutos, os contratos, as disposições de última vontade, que são verdadeiras “relações jurídicas” criadas, em primeira linha, pela sociedade.

Isto porque família, corporações, propriedade, direitos reais, compra, locação, arrendamento e empréstimo eram relações jurídicas antes mesmo de os juristas romanos terem feito a primeira proposição genérica. Ehrlich observa que: “o jurista e o economista ocupam-se dos mesmos fenômenos sociais. Propriedade, dinheiro, crédito, câmbio, sociedades de ações, direitos hereditários: praticamente não há objeto que não interessasse tanto à ciência jurídica quanto à economia”.⁸⁸ Trata-se, na realidade, de aspectos diferentes do mesmo fenômeno.

O movimento do Direito livre representa um aspecto muito importante da compreensão do Direito como instrumento de busca da justiça equitativa em um sentido mais amplo, revelando, em suas manifestações mais radicais, uma tendência à desconsideração da segurança representadas pela observância do Direito enquanto garantia da igualdade e de legitimação de expectativas.

A sociologia jurídica representa um aspecto muito importante que é o estudo e a investigação dos fins do Direito, não apenas como macro sistema, mas principalmente, considerando cada instituto específico do Direito. A partir de uma compreensão de Direitos como a propriedade, a posse, o contrato, o casamento, estará o jurista mais habilitado para interpretar o ordenamento normativo de acordo com a finalidade respectiva, e isto representa uma importante guia na busca da equidade.

⁸⁷ EHRlich, Eugen: *Fundamentos da sociologia do Direito*. Brasília: Editora UnB, 1986, p. 26.

⁸⁸ *Idem, Ibidem, p. 129.*

1.4.4. Realismo jurídico

O realismo jurídico é uma concepção antimetafísica do Direito, cuja preocupação central é a aplicação do Direito pelos tribunais e os motivos, de ordem social e psicológica, determinadores desta aplicação, em que a justiça e os valores são colocados de lado por serem considerados inúteis e sem base em fatos.

A escola denominada realismo jurídico representou as idéias da sociologia jurídica no Direito norte-americano e no Direito escandinavo.

O realismo jurídico norte-americano se contrapõe ao pensamento jurídico clássico norte-americano, assentado na tradição jurídica que compreende o Direito como o estudo dos precedentes, que têm força vinculante, nos livros e na interpretação constitucional segundo a vontade dos constituintes (*Founding Fathers*).

Dentre as razões do surgimento desta escola destaca-se a necessidade de adaptação do *Common law* à realidade norte-americana e às regras constantes da Constituição de 1787, que reclamavam uma flexibilidade.⁸⁹ As transformações sociais e econômicas decorrentes da revolução tecnológica e industrial verificada nos Estados Unidos a partir de 1870, levaram à centralização do poder econômico que reclamavam a necessidade de modernizar e adaptar o Direito aos novos tempos.

Além disso, o aumento do desequilíbrio social trouxe novos desafios aos fundamentos morais do individualismo nascido do pensamento clássico.

O realismo procura resgatar o contato do Direito com a sociedade, substituindo o Direito dos livros pelo “Direito em ação”. A sua função foi fundamental no processo de transformação por que passou o Estado norte-americano após a crise de 1929, e que originou a política conhecida como *new deal*.

Com o realismo jurídico o Direito tende a ser uma ciência social prática, desenvolvida sobre uma base empírica e não apenas sobre o esquema sistemático das normas. Para Oliver Holmes Jr., juiz da Suprema Corte, que atuou na segunda metade do século XIX, e um dos precursores do realismo jurídico, a vida do Direito não é a lógica, mas a experiência. As necessidades de cada tempo, a moral prevalente, as teorias políticas e, até mesmo os preconceitos que os juízes dividem com os demais membros da comunidade dão maior parcela de contribuição na determinação das regras pela qual os homens são governados do que o silogismo.⁹⁰

⁸⁹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da Ciência do Direito*. São Paulo: Max Limonard, 1999. p. 126.

⁹⁰ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell: *The Common Law*. New York: Dover Publications, Inc. (reprint) Originally published: Boston, Little Brown, 1881, p.2.

A sentença judicial não segue o processo lógico, que vai das premissas à conclusão, mas o processo psicológico, que parte da conclusão à procura de premissas que o julgador aceita como adequadas. Benjamim Cardozo, também juiz da Suprema Corte norte-americana afirma que cada pessoa tem uma filosofia de vida, até mesmo aqueles que não conhecem as palavras e os conceitos da filosofia. Existe em cada pessoa um impulso que direciona e dá coerência ao pensamento e à ação, e o juiz, como qualquer mortal, não escapa a esta tendência⁹¹. Assim é que este modo de ver o mundo do juiz influencia e determina o conteúdo de sua decisão.

O realismo afirma que dentro dos limites dos espaços abertos entre os precedentes e a tradição, a escolha de uma decisão se move com a liberdade que permite qualificar a ação do juiz como criativa. O Direito que resulta desta atividade do juiz não pode ser descoberto ou encontrado pelo juiz, mas criado, e para isto é necessário que haja sabedoria do juiz.

Esta atividade criativa dos tribunais é que tem orientado os tribunais por séculos no desenvolvimento do *common law*. A diferença que existe entre diferentes épocas é a necessidade de que o Direito se vincule a um fim. Assim, houve época em que a rigidez e a uniformidade eram necessárias, com a eliminação do elemento pessoal, como uma necessidade suprema e gradualmente a necessidade de um sistema mais flexível.

O realismo jurídico põe em destaque a importância que o juiz desempenha na construção do Direito. Oliver Holmes chega a afirmar que o Direito pode ser reduzido às “... profecias do que as cortes farão de fato”.⁹² De outra parte, o realismo nos deixa a lição da necessidade de se construir um saber prático destinado a alcançar o objetivo de regular a sociedade e de responder às suas necessidades. O Direito se identifica, então, com uma técnica que se nutre das ciências sociais do mesmo modo como o faz a engenharia em relação às ciências naturais.

Sem identidade com o realismo norte-americano o realismo escandinavo tem com aquela identidade na afirmação de que o Direito é um conhecimento antimetafísico e na preocupação com o fato da aplicação do Direito pelos juízes e com os motivos da ordem social e psicológica que determinam a aplicação do Direito.

⁹¹ CARDOZO, Benjamim: *La Naturaleza de la funcion judicial*. Buenos Aires: Ediciones Arayu, 1955, p. 3

⁹² AGUILLAR, Fernando Herren: *Metodologia da Ciência do Direito*. São Paulo: Max Limonard, 1999, p. 128.

O realismo escandinavo teve influência empírica muito forte, chegando ao ponto de sustentar a necessidade de relacionar a função da justiça à função do bem-estar social e concluindo pela inutilidade de considerar o jurídico em função do justo⁹³

Alf Ross, o principal representante do realismo escandinavo, conclui sua obra afirmando que: “o papel do jurista como homem político jurídico é atuar, na medida do possível, como um técnico racional; neste papel ele não é nem conservador nem progressista. Como outros técnicos, simplesmente coloca seu conhecimento e habilidade à disposição de outros, em seu caso aqueles que seguram as rédeas do poder político.”⁹⁴

Os postulados do realismo jurídicos, que representa uma espécie de positivismo jurídico, considerando-se o termo sob o ponto de vista metodológico, relegam ao Direito um papel muito relativo, deixando de considerar a enorme importância que tem as normas na estruturação do sistema jurídico.

Com efeito, em qualquer que seja o sistema jurídico, seja ele da família *commom law*, seja da família romano-germânica, é de fundamental importância para a reformulação da jurisprudência dos tribunais e dos atos jurídicos em geral, o conteúdo dos princípios e das regras que são tratados na lei nova. Não é incomum o estabelecimento de regras que são observada voluntariamente pela sociedade, relegando-se a casos excepcionais a não observância. A este fenômeno se a designa Direito.

Isto não decorre apenas de uma nova moral que se instala ou de uma nova necessidade política individual ou coletiva, mas também a uma decisão política tomada segundo os procedimentos vigentes. Uma reforma jurídica não é apenas uma nova questão moral ou política colocada na ordem do dia, mas uma efetiva modificação na estrutura do sistema jurídico.

1.4.5. Teoria pura do Direito

A teoria pura do Direito, formulada no início do Século XX por Hans Kelsen, jurista de origem austríaca, fez surgir a crença em um Direito ordenado racionalmente, onde seria possível eliminar quaisquer elementos metafísicos, como a idéia de justiça, e afastar preocupações com o conteúdo, deixando ao Direito apenas a ocupação com a estrutura lógica das normas.

⁹³ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro; Forense, 1984, p. 481.

⁹⁴ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. São Paulo: Edições Profissionais, 2000, p. 430.

A teoria pura do Direito é uma teoria geral do Direito, como destacada por seu criador, que se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito.⁹⁵ Esta é uma saída contra a tendência da jurisprudência de confundir psicologia, sociologia, ética e teoria política com o Direito.

A teoria pura assenta-se na afirmação da impossibilidade de estabelecimento de valores absolutos, em especial, de valores morais absolutos, portanto, a impossibilidade de determinar-se o que, em quaisquer circunstâncias, tem de haver-se por bom e por mau, ou justo ou injusto. Kelsen invoca o argumento moral do Apóstolo Paulo, que prescreve a observância, em todas as circunstâncias, das normas postas pelas autoridades jurídicas⁹⁶ para excluir, de antemão, eventual contradição entre o Direito positivo e a moral.

Na teoria pura do Direito não se nega que a exigência de justiça valha para a consciência de cada um, mas afirma-se que ela não é passível de conhecimento científico e, portanto, não constitui um princípio possível de uma ciência positiva: “... Se o Direito é identificado com a Justiça, o ser com o dever-ser, o conceito de Justiça, assim como o de bom, perdem o seu sentido.

Se nada há que seja mau (injusto), nada pode haver que seja bom (justo). Disso decorre que a legitimação do Direito por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante “pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever”.⁹⁷

Por outro lado, argumenta Kelsen, se há a possibilidade de contradição entre moral e Direito, a validade das normas jurídicas não está subordinada à moral, e, portanto, uma norma jurídica pode ser considerada válida ainda que contrarie a ordem moral. Ocorre que não há moral absoluta. Não há uma moral válida em todos os tempos e em toda parte, mas vários sistemas de moral. Assim, uma norma jurídica pode contrariar uma concepção moral e ser compatível com outra.

A ciência do Direito nada tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas tão somente com o prescrito juridicamente. Não é uma ciência dos fatos, como a sociologia, mas uma ciência das normas. Observada esta função, garante-se o caráter científico do Direito.

⁹⁵ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.

⁹⁶ Epístola aos Romanos, 13.1.

⁹⁷ KELSEN, Hans, *ibidem*, p. 77.

A ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, nem de o justificar através de uma ordem moral, a ela compete tão somente conhecer e descrever.

Uma análise apressada da teoria pura do Direito leva à conclusão de que ela desconsidera, por completo, qualquer elemento que não seja normativo. Entretanto um olhar mais acurado irá demonstrar que não é isto que acontece. É que Kelsen distingue o trabalho do cientista do Direito do trabalho do aplicador do Direito.

Por isto, encontram-se, na Teoria Pura da Norma alguns pontos em que transparecem elementos eqüitativos e que terminam por implicar em conseqüências sobre o próprio conteúdo da norma.

Toda a teoria pura do direito é assentada no conceito de validade, que liga a norma ao ato de vontade originário de quem tem competência, segundo uma norma anterior que lhe atribuiu tal competência. O ato legislativo, assim, é considerado válido porque a Constituição dá competência ao órgão nela previsto para a edição da Lei. “... o ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua... ...um tal pressuposto, fundante da validade objetiva, será designado aqui por norma fundamental”⁹⁸

As normas de uma ordem jurídica são válidas porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida.

A norma hipotética fundamental, portanto, é um dado que não se subordina ao conceito de validade nem à ciência do Direito. Ela prescreve a obediência à primeira constituição histórica, que é aquele texto fundamental cuja elaboração não se encontra prevista em nenhuma disposição normativa anterior. O dado principal da teoria pura, portanto, é um dado da ciência política e da sociologia, mas não do Direito.⁹⁹

A veracidade desta tese é posta à prova quando Kelsen analisa a legitimidade e a efetividade do ordenamento jurídico. O princípio da legitimidade pressupõe que uma ordem jurídica é válida até que sua validade termine por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica.

⁹⁸ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 9.

⁹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa: *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 31

O princípio da legitimidade, no entanto, não se aplica quando a ordem jurídica passa por uma revolução, ou seja, quando uma Constituição é modificada por procedimentos não previstos nesta mesma Constituição, ou quando é substituída por outra. Esta pressuposição de que os atos normativos devem ser estabelecidos pela forma determinada na nova Constituição é a eficácia, que não se subordina a critérios estritamente jurídicos. O que torna a revolução um processo gerador de Direito ou de atos de alta traição é a efetividade do ordenamento que ela tenta impor¹⁰⁰.

A efetividade, portanto, é o que determina a validade do ordenamento jurídico.

Neste contexto, a teoria pura do Direito não pode ser extraída tão somente de elementos do próprio ordenamento jurídico, mas torna-se indispensável a introdução de elementos de outros ramos do conhecimento, como a ciência política.

Mas ainda não é tudo. O ato de interpretar o Direito, que processa por uma relação entre um escalão e outro da ordem jurídica, é determinado pelo processo e pelo conteúdo da norma a ser estabelecida ou do ato a executar, determinação esta que nunca é completa. A norma do escalão superior nunca é exaustiva, mas sempre deixa uma margem de livre apreciação de tal forma que ela tem sempre, em relação ao escalão inferior, o caráter de uma moldura a ser preenchida por esta.

Esta indeterminação tanto pode ser intencional, quanto não intencional, sendo que esta última pode decorrer da imprecisão que é própria da linguagem, ou mesmo dos casos de antinomia. De qualquer sorte, o ato jurídico que dá conformidade à norma irá corresponder a uma das várias significações verbais desta norma, que correspondem à vontade do legislador.

Assim é que “... O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível...”¹⁰¹

Neste contexto, a interpretação de uma lei não conduz necessariamente a uma solução única, embora apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito. Com efeito, a questão de saber, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar a solução “correta” não é uma

¹⁰⁰ Kelsen, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 235

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, pág 391.

questão afeta ao conhecimento do Direito positivo, ou seja, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema da política do Direito.

Quando o julgador, além da necessidade de fixação da moldura dentro da qual estabelecerá o ato, necessita utilizar outros elementos: “... não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.”

Estas considerações servem, de igual modo, para o mais concreto dos atos que expressam o Direito que é a sentença.

Se, sob o ponto de vista da metodologia, a teoria pura do Direito coloca o Direito como algo rígido e inflexível, há uma válvula de escape na afirmação de que a norma admite mais de uma interpretação correta, que deve ser entendida como hipótese para a aplicação da equidade.

Não fica, portanto, afastada por completo, mesmo na teoria pura do Direito, a possibilidade de uso da equidade na praxe judiciária, embora não se coloque tal como uma decisão jurídica. O que pretendeu a teoria pura do Direito não foi tomar como inválido o uso da equidade, mas defini-la como um assunto não abrangido pela ciência do Direito.

2. EQÜIDADE, PLURALISMO JURÍDICO E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO

SUMÁRIO. 2.1. Eqüidade, sistema conceito-abstrato e procedimentos argumentativos. 2.2. Criação judicial, pluralismo jurídico e o movimento do Direito alternativo. 2.3. Interpretação sistemática e eqüidade no Direito.

2.1. Eqüidade, sistema conceito-abstrato e procedimentos argumentativos

2.1.1. Noção de sistema e criação judicial do Direito

Antes mesmo da codificação do Direito na Alemanha, uma importante contribuição à compreensão do Direito foi dada por Savigny, no início do século XIX, a qual compreende a totalidade das normas como um todo englobante, um sistema de regras que se encontram em uma ligação lógica, em que as regras especiais brotam das regras gerais e a elas se reconduzem.

A concepção de sistema de Savigny não dá margem à eqüidade. Ao contrário, coloca o juiz como um autômato: o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só o que, na realidade, preceituou. Portanto, o juiz não tem que aperfeiçoar a lei, de modo criador, tem apenas que executá-la, pois o aperfeiçoamento da lei compete unicamente ao legislador.¹⁰²

Esta idéia deu origem ao sistema conceito-abstrato da jurisprudência dos conceitos, que se determina pelos princípios da lógica formal e se assemelha a uma pirâmide, em que os conceitos superiores ocupam o vértice e os conceitos mais particulares situam-se na base. Nesta concepção, o resultado de uma aplicação jurídica é o mesmo de uma dedução científica.

Não demorou muito e vieram as reações a esta tentativa reducionista e limitadora do Direito que o tornou inadequado para o seu fim, que é a pacificação social, por desconsiderar exatamente o homem como centro do fenômeno jurídico e destinatário último das normas.

¹⁰² LARENZ, Karl: *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 13.

Dentre as várias críticas à concepção do Direito como sistema fechado, destaca-se a de que não é possível, na jurisprudência,¹⁰³ um sistema rigorosamente “axiomático” do tipo da matemática ou da lógica formal. Contra a inconsistência de uma concepção sistemática do Direito, são relevantes as críticas da tópica e as contribuições trazidas pelas teorias da argumentação jurídica.

O formalismo jurídico, inspirado em idéias encontradas na escola exegética, no positivismo da teoria pura do Direito e na jurisprudência dos conceitos propõe uma espécie de sistema jurídico que, em pouco tempo mostrou-se inadequado para o tratamento das questões práticas do Direito.

Surgem, assim, algumas teorias que se destacam na tentativa de dar ao Direito uma razão prática que não se limite àquela concepção sistemática, nem à concepção que vê o Direito como o simples resultado da atividade legislativa.

2.1.2. A Tópica e o Direito

Contra-pondo-se a uma visão sistêmica do Direito, a tópica foi introduzida no pensamento jurídico contemporâneo em 1953 pelo professor Theodor Viehweg, o qual resgata o pensamento de Aristóteles, para quem os tópicos são: “pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com validade geral, que servem para a ponderação dos prós e contra das opiniões e podem conduzir-nos ao que é verdadeiro”.¹⁰⁴

Na solução de um problema determinado, procura-se é aborda-lo a partir dos mais diversos ângulos o que traz à colação todos os pontos de vista, tanto os obtidos pela lei como os de natureza extrajurídica, que possam ter algum relevo para a solução ordenada, com o objetivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes. Consideram-se também os argumentos sobre as conseqüências, como o que aconteceria se fosse adotada esta ou aquela solução, sobre a qual nova análise recairá.

A tópica procura ser levada em consideração na tentativa de desenvolver uma teoria da práxis,¹⁰⁵ diante da constatação de que a transformação do Direito em sistema lógico-dedutivo não foi suficiente para eliminar todos os problemas de aplicação do Direito.

¹⁰³ O termo “jurisprudência” é usado aqui como sinônimo de ciência do direito.

¹⁰⁴ VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 27

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 17.

Viehweg salienta que Aristóteles, seguindo Platão, tenta separar o apodítico do terreno do dialético daquilo que é o campo meramente oponível, que se funda em proposições que parecem estar conforme as opiniões aceitas destinando ao primeiro o campo da verdade (obtida a partir de proposições primeiras).

A tópica pertence ao terreno das refutações sofísticas, ao terreno do dialético e não do apodítico, do demonstrável. Pretendia Aristóteles perseguir a tarefa de encontrar um método com o qual, partindo de proposições conforme as opiniões fosse possível formar raciocínios sobre todos os problemas que se possam colocar e evitar as contradições quando devemos sustentar nós mesmos um discurso.

A tópica tem por objeto raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião reconhecida. Os *topoi* referem-se indistintamente a diferentes objetos no campo jurídico, político, físico e a muitos outros.

Partindo-se deles, obtém-se um silogismo ou um entimema. A tópica constitui uma técnica do pensamento que se orienta para o problema. Deve-se ter presentes, em cada situação vital, as razões que recomendam e as que desaconselham dar um determinado passo. Devem ser analisadas as razões a favor e as razões contrárias.

A discussão em torno da tópica é também discussão em torno de um sistema axiomático. Esta discussão refere-se ao reconhecimento do Direito como ciência, em oposição a uma consideração tópica. O caráter científico do Direito obtém-se com o trabalho prévio realizado pela tópica, colocando-se em uma ordem lógica os conceitos e as proposições por ela elaborados, assegurando desta maneira o método dedutivo,¹⁰⁶ o que corresponde a uma sistematização de um catálogo jurídico de *topoi*.

Viehweg distingue o sistema jurídico, que pretende produzir decisões unívocas de conflitos através de deduções, do sistema didático, que pretende mostrar um ordenamento de um modo introdutório e panorâmico. As dificuldades apontadas na execução de um sistema dedutivo, segundo o método axiomático residem principalmente na possibilidade de ordenação dos enunciados e de conceitos de acordo com sua dependência lógica.

Para isto é necessário que exista, nesse sistema, completude, ou seja, que se encontre uma ou várias proposições que pareçam apropriadas para presidir as

¹⁰⁶ VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 76.

demais de modo imediato ou mediato, após uma adequada conformação lógica, de tal forma que as demais proposições possam retornar aos princípios ou axiomas do sistema dado.

Dos princípios se deve deduzir as demais proposições. O sistema deve apresentar compatibilidade. Os axiomas não podem excluir-se reciprocamente. O sistema também deve acrescentar independência entre os axiomas. Não é possível se deduzir um axioma de outro, pois neste caso seria supérfluo. Um sistema assim estruturado garantiria univocidade, quer dizer, seria logicamente fundamentado, com o que se poderia falar em uma completa fundamentação lógica do Direito.

Destaca, então, que tal sistema nunca existiu, a não ser no pensamento dos membros da cultura jurídica. Mesmo que existisse, tal sistema não teria conseguido eliminar a tópica, que ainda subsistiria, pois o pensamento interpretativo tem de mover-se dentro do estilo da tópica.

A tópica infiltra-se no sistema jurídico através da interpretação exigida pelo estado efetivo do Direito, e apontada como o primeiro ponto de irrupção da tópica. Esta irrupção estendesse também a outros pontos, como a aplicação do Direito. Pressupondo um sistema jurídico perfeito, mesmo assim, existiria uma quantidade residual de casos que não encontram solução dentro do sistema. Estes devem ser resolvidos sem a ajuda do legislador, por meio do sistema, o que somente é possível por meio de uma interpretação adequada que modifique o sistema através de uma extensão, redução, comparação, síntese, etc.

Outra irrupção da tópica relaciona-se com o uso da linguagem, pois a linguagem apreende incessantemente novos conceitos e pontos de vista inventivos que tornam os textos muito flexíveis, colocando em cheque o sistema dedutivo com a inovação de conceitos e proposições.

A tópica surge também na interpretação do estado de coisas, o que leva o jurista à argumentação empírica, baseada em fatos. Com isto torna-se inevitável uma recíproca aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico, um permanente efeito de “ida e volta do olhar”, partindo-se de uma compreensão provisória do conjunto do Direito. O estado de coisas tem de ser provisoriamente interpretado mediante um panorama prévio aproximativo que não escapa à tópica¹⁰⁷.

As tentativas de desprezo à tópica, característica da idéia de um sistema axiomático com grau ótimo de comprovabilidade unívoca, esbarra na escolha dos

¹⁰⁷ VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 82 e 83

próprios axiomas, como proposições nucleares do Direito, os quais continuam sendo logicamente arbitrários, em razão de as operações intelectuais para escolher um axioma, e não outro, conservariam um inevitável resíduo tópico.

É que os axiomas têm de dar resposta ao problema da justiça, e não simplesmente aplicar o Direito. Neste sentido, a axiomatização não é suficiente para captar plenamente a estrutura da argumentação. A ciência do Direito não tem por objetivo modificar a técnica jurídica, mas serve de instrumento da busca do justo.

A tópica é um instrumento de considerável valia e de constante aplicação na praxe do Direito e da vida.

A visão de uma técnica voltada para a obtenção do consenso coincide com a visão da teoria retórica de que o consenso tem fundamental papel no Direito moderno, e de que o sistema formal não é suficiente para a solução de todos os problemas se não for relacionado com aspectos da razão prática.

O desenvolvimento posterior da tópica deu abertura a uma infinidade de outras pesquisas e avanços no campo do Direito, com incursões na semiótica. Esta apresenta-se na pesquisa jurídica e na jurisprudência como produto da linguagem jurídica,¹⁰⁸ e onde o justo emerge do significado das palavras do texto jurídico que é analisado.

Isto significa, no fundo, que o procedimento judicial é concebido como um dever procedimental que tem por fim uma decisão e que deve ser justificado a partir de toda situação discursiva comunicativa.

O reconhecimento da tópica como instrumento de grande utilidade na compreensão e na utilização do Direito e busca da justiça, não elimina a utilidade de uma compreensão sistemática, e não parece ter sido esta a intenção de Viehweg.

Ela nos ajuda, no entanto, a manter a noção de sistema como aplicável ao Direito que, com este sentido, torna-se mais flexível e preparado para enfrentar as mudanças que a história nos impõe.

Ela também serve para abrir os horizontes, tanto para uma visão mais flexível de sistema quanto para o seu próprio desenvolvimento e suas influências, como ocorreu com o surgimento da lógica do razoável e da nova retórica, esta última

¹⁰⁸ VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, prefácio à 3ª. edição, p. 11.

apresentando-se como teorias da argumentação aplicáveis ao Direito, sem que se constitua em uma teoria da argumentação jurídica.¹⁰⁹

Com uma visão do Direito influenciada pela tópica é possível, por exemplo, a proclamação dos Direitos fundamentais do homem, que se fundam em elementos de nítido caráter axiológico, sem a necessidade de se renunciar a uma concepção sistemática do Direito.

2.1.3. O Direito e a lógica do razoável

A lógica do razoável, proposta por Recaséns Siches, também se situa no campo da construção do Direito fora das concepções preceptivas. A base de suas idéias é que as normas de Direito não podem ser julgadas sob o ponto de vista da verdade e falsidade, mas apenas de outros ângulos, como: a justiça, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade perante o Direito, a igualdade de oportunidades, a adequação, etc.

Rejeita-se, por isto, a lógica formal como instrumento de trabalho do Direito, afirmando a impossibilidade de a existência humana ser compreendida a partir de repertório de categorias e métodos empregados para as idéias puras como a matemática e a lógica formal, ou a partir de métodos de conhecimento dos fenômenos da natureza.¹¹⁰

O homem é livre dentro de uma zona ou de um campo determinado onde os problemas práticos são resolvidos de acordo com o *logos* do razoável, que implica relações sociais, inclusive no que se refere aos conflitos de interesses entre pessoas e grupos. Também é assim no campo jurídico.

A lógica do razoável proclama a necessidade de o aplicador da lei proceder “razoavelmente” investigando a realidade e o sentido dos fatos, indagando dos juízos de valor em que se inspira a ordem jurídica em vigor, para que se encontre a solução satisfatória, entendendo-se esta em função do que a ordem jurídica considera como sentido de justiça¹¹¹.

A função jurisdicional não se subordina exatamente à atividade legislativa. “... a função jurisdicional e o modo de exercê-la escapam a qualquer criação

¹⁰⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Editora Landy. 2000, p. 76.

¹¹⁰ SICHES, Luis Recaséns Siches: *Nueva Filosofía de La Interpretación del Derecho*, 2ª. Edic. México: Editorial Porrúa, S.A. 1973, pag. 283.

¹¹¹ SILVEIRA, Alípio: *Hermenêutica No Direito Brasileiro*. 1º Volume. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 35.

legislativa, não pertencem a ela, não podem ser colocadas dentro dela. Em consequência, quando o legislador quer dizer aos juízes de que modo estes deverão de interpretar a lei, suas palavras nesta matéria resultarão necessariamente inoperantes”.¹¹²

Recassén Siches opõem-se à aplicação da lógica tradicional, formal e silogística na interpretação do Direito, por considerar que o fim último e o sentido essencial do Direito consistem em regular, de modo adequado, as relações humanas. O objetivo da lei é proteger os diversos interesses humanos, pelo que deve o juiz perquirir as estimativas que inspiraram o legislador, mesmo que em detrimento de suas palavras.

As palavras e os conceitos utilizados pelo legislador são apenas meios para atingir os resultados que fluem daqueles juízos de valor ou estimativas. O campo do *logos* é bem mais vasto do que a lógica tradicional. A lógica do razoável compreende outros campos ligados à razão prática, como por exemplo, a razão histórica apontada por Dilthey, a razão vital e histórica de Ortega e Gasset, a experiência prática de Dewey.

A prudência é colocada como um valor especial que engloba outros, e em que se destaca a genuína adequação entre a natureza dos problemas traçados e os fatores e condições que ocorrem com este problema, como: fatores e significado histórico, aspirações, desejos, ideais etc...

2.1.4. A nova retórica e o Direito

Relacionando-se intimamente com a tópica, e inspirada na concepção de que o Direito que não resolve problemas apenas à luz do sistema, a retórica tem tido papel cada vez mais destacado, especialmente após a Segunda Guerra Mundial quando os tribunais passaram a recorrer com frequência cada vez maior e mais abertamente aos princípios gerais de Direito, comuns a todos os povos civilizados, princípios estes que aparecem, mesmo na ausência de disposições legais expressas, diante de um princípio geral reconhecido pelas nações civilizadas concernente ao respeito à dignidade da pessoa humana.

A retórica ocupa-se de objeto diferente da evidência. Enquanto esta apresenta-se como força à qual toda mente normal tem de ceder e como sinal de verdade daquilo que se impõe por ser evidente, a teoria da argumentação objetiva o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos

¹¹² *Idem Ibidem*, p. 77

espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento.¹¹³ Desta maneira, a retórica se propõe a distinguir os aspectos do raciocínio relativos à verdade dos que são relativos à adesão e estudá-los separadamente.

As concepções da tópica, que consideram insuprimíveis do Direito os juízos de valor como expressão do impulso, da emoção e do interesse colocaram em discussão a concepção positivista que nega a possibilidade de uma prática da razão de concepção aristotélica. Na concepção positivista, os juízos de valor não conseguiram estabelecer-se como verdades, a exemplo de certos fatos e proposições lógicas e matemáticas. Permaneceram controvertidos, sem alcançar um método racional que lhe permitisse estabelecer um acordo a respeito deles.

Surge, assim, a escola chamada “nova retórica”, diante da observação de que não havia lógica específica dos juízos de valor, mas que, nestas áreas, bem como em todas aquelas em que se trata de opiniões controvertidas, quando se discute e delibera, recorre-se a técnicas de argumentação.

Esta consideração é exigência de uma teoria que procura uma resposta à pergunta sobre como chega o juiz à decisão equitativa, razoável ou aceitável quando se trata de resolver questões eminentemente controvertidas.

Os raciocínios retóricos e dialéticos aplicam-se na falta de técnicas manifestamente admitidas e visam a estabelecer um acordo sobre os valores e sobre sua aplicação, quando são objeto de controvérsia.

A retórica procura persuadir por meio do discurso, mas sem se descurar da lógica formal – os discursos etimemáticos não são adequados por serem inconsistentes. A adesão a uma tese pode ter intensidade variável, e é mais relevante para a retórica do que a verdade, vez que esta é de difícil demonstração no campo do Direito, o qual objetiva a tese mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável, mais adaptada à situação.¹¹⁴

O resgate da retórica como instrumento do Direito teve o feito de resgatar a razão prática no discurso jurídico. O raciocínio prático sempre esteve ligado ao valor dos fins, sendo apenas derivados os valores instrumentais. O positivismo, como expressão de um conhecimento de realidade (científica) e com papel metodológico definido, resultou em relegar os juízos de valor a um segundo

¹¹³ PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie: *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 4.

¹¹⁴ PERELMAN, Chaïm: *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 158.

plano, por serem estes irracionais, subjetivos, dependentes das emoções, interesses de decisões arbitrárias de indivíduos e grupos de toda espécie.¹¹⁵

Como a argumentação visa à tese que parece mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável, mais bem adaptada à situação, ainda que nem sempre a mais verdadeira, parece ser a mais adequado ao Direito, o qual busca a adesão daqueles a quem se quer persuadir, utilizar-se da linguagem como instrumento de comunicação e de ação, adaptável a fins variados e não apenas a fins científicos.¹¹⁶

É destacada a distinção entre o discurso sobre o real e o discurso sobre valores. O primeiro se assenta no que é verdadeiro ou falso. O que se opõe a um valor, no entanto, não deixa de ser um valor, mesmo que, às vezes seja sacrificado em favor de outro. Enquanto os raciocínios demonstrativos e as inferências formais são corretas ou incorretas, os argumentos e as razões fornecidas pró ou contra uma tese têm maior ou menor força, e varia de intensidade a adesão do auditório.

Uma visão retórica do Direito é uma visão pluralista que renuncia a uma ordem perfeita, elaborada em função de um único critério, pois admite a existência de um pluralismo de valores incompatíveis. As instituições encarregadas de tomar decisões objetivam estabelecer e manter um equilíbrio entre pretensões ao mesmo tempo contrapostas e legítimas, e, por isto mesmo, tais soluções são apenas aceitáveis, modificáveis e aperfeiçoáveis, mas não perfeitas, únicas e definitivas.¹¹⁷

O critério de razoabilidade proposto por Perelman, não obstante possa ser criticado em face da imprecisão da noção de auditório¹¹⁸ em Direito, é mais delimitada quando se tem em mente que este não é tão universal, mas se constitui em um auditório particular. Este auditório particular é formado pela comunidade jurídica e pela sociedade, e todos os oradores (juristas e operadores do Direito) a ele se reportam.

A tópica foi o ponto de partida para a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, um jurista do nosso tempo. Este não aceita totalmente a tópica de Viehweg e a critica, sobretudo, porque ela subestima a importância da lei, da dogmática e dos precedentes, da análise insuficiente da estrutura profunda dos argumentos.

¹¹⁵ PERELMAN, Chaïm: *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 152.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 155.

¹¹⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Editora Landy. 2000, p. 117.

¹¹⁸ O termo 'Auditório', é usado por Perelman no sentido de conjunto de pessoas a quem se destina o discurso. No direito, este auditório é constituído pelas partes, pela comunidade jurídica e, em alguns casos, pelo grande público.

Por outro lado, a argumentação jurídica identifica-se com a tópica na constatação de que nas áreas onde não há motivos para a justificação não é necessário deixar o campo aberto para a tomada irracional de decisões, bem como na afirmação de que existe uma conexão conceitual próxima entre a idéia da justificação e da discussão racionais.¹¹⁹

Robert Alexy parte da constatação de que ninguém mais afirma seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma incursão lógica sob conceitos superiores, e com isto formula uma teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.

A necessidade de uma teoria da argumentação jurídica surge também de uma discussão de natureza metodológica baseada na afirmação de que os juízes decidem não apenas com base na capacidade de tirar logicamente conclusões válidas, mas também necessitam saber como argumentar racionalmente em áreas nas quais as condições prévias de provas lógicas não existem.

O discurso jurídico é um caso especial de discurso prático.¹²⁰ O discurso prático geral caracteriza-se por algumas regras, mas tem como inconveniente a falta de garantia sobre um acordo e a falta de garantia para seu eventual cumprimento.

A criação de normas estatais alivia esta crítica na medida em que tem por objetivo selecionar questões a serem discutidas. De outra parte, o sistema de normas não garante a solução para todos os casos nem dá resposta única, o que exige um outro instrumento para alcançar uma resposta definitiva que é o processo judicial.¹²¹

O discurso jurídico baseia-se em que as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer.¹²² Ademais, a exigência de correção cede ante a observação de que “no discurso prático geral, não se preocupa com a racionalidade absoluta da afirmação normativa em questão, mas apenas com mostrar que pode ser racionalmente justificada no contexto da validade da ordem jurídica prevalecente”.¹²³

O discurso jurídico, de outra parte, não pode ser arbitrário. A argumentação deve basear-se nas regras da razão com situação ideal da fala, em que

¹¹⁹ ALEXY, Robert: *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 33.

¹²⁰ VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 24 e 25

¹²¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Editora Landy. 2000, p. 252.

¹²² ALEXY, Robert: *idem*, p. 212.

¹²³ *idem, ibidem*, p. 217

se destacam a simetria e a liberdade. Somente as pessoas que se encontram em situação de igualdade e que dispõem de liberdade podem participar de um debate leal.

A justificação é matéria que se relaciona com os discursos jurídicos, e que se distingue por dois aspectos: a justificação interna e a justificação externa. A primeira diz respeito à questão de uma opinião ser extraída logicamente de premissas aduzidas (silogismo jurídico), em que a correção destas é assunto da justificação externa.

A justificação interna é de ocorrência muito comum no campo jurídico e concretiza o princípio da “universalizabilidade”, por trás do qual está o princípio da justiça formal, que requer o cumprimento de uma regra que obriga a tratar de certo modo todas as pessoas que pertencem a dada categoria: “... articular regras universais facilita a consistência da tomada de decisão e, assim, contribui para a justiça e a segurança jurídica...”¹²⁴

Este tipo de justificação, entretanto, nem sempre é suficiente para soluções de casos concretos. A justificação interna não é suficiente para entender um determinado caso como justificado somente a partir das deduções.

A regra da justificação externa não significa que ela derive apenas da lei. Em algumas hipóteses, o enunciado de uma norma contém algumas afirmações alternativas de fatos operativos, quando a aplicação de uma norma envolve suplemento de outras normas jurídicas esclarecedoras, limitadoras ou referenciais ou quando expressões usadas na formulação da norma permitem várias interpretações. As premissas não podem ser derivadas diretamente da lei positivas. Surge, então, a necessidade de que haja justificação externa, a partir de elementos que por vezes se encontram fora do Direito positivo.

As regras e formas de justificação reúnem-se em seis grupos cujo inter-relacionamento constitui o papel da argumentação empírica e da prática geral no discurso jurídico: a interpretação, que se relaciona com a norma jurídica, o texto da lei; a argumentação dogmática, que se inspira na ciência do Direito, na doutrina; o uso de precedentes, que são as decisões cristalizadas dos tribunais; a argumentação geral prática, que se relaciona com o uso da razão; a argumentação empírica, que se baseia em fatos; e as formas especiais de argumentos jurídicos, que são vários, dentre os quais a analogia, o argumento *a contrario*, etc.

¹²⁴ ALEXY, Robert: *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001, p., p. 224.

A importância das regras de justificação reside em que, em nenhuma delas se destaca, de forma isolada, o preceito normativo. Para a aplicação da lei exige-se a intersecção entre a previsão abstrata e a realidade, o que exige justificações nas quais se dá a erupção da equidade.

Além disso se constata o fato de que na quase totalidade das formas de argumento jurídico, assim como em quase todas formas de argumentação prática geral, incluem-se afirmações empíricas. A argumentação jurídica pressupõe afirmações sobre fatos particulares, sobre ações individuais, motivos dos agentes, eventos, estado de coisas, e incursões sobre diferentes áreas do conhecimento, como sociologia, economia, psicologia, medicina, lingüística, etc...

No uso dos precedentes, os argumentos práticos também são de fundamental importância. É que a correta utilização dos precedentes consiste, basicamente, na utilização das técnicas de distinguir e prevalecer. O uso de uma ou de outra técnica exige sempre a motivação por parte do magistrado, e esta motivação consiste, exatamente em dizer em quê o caso concreto e o paradigma se assemelham ou se diferenciam, portanto na análise de argumentos práticos.

Além dos argumentos práticos jurídicos, o Direito exige outras formas de justificação que encaminham o jurista em direção à equidade. Isto ocorre, por exemplo, na interpretação, com seus cânones, especialmente os de ordem histórica, teleológica, em que se consideram elementos de ordem lingüística, sociológica, econômica, psicológica na solução de problemas jurídicos. Certamente muitos destes elementos têm forte conotação de convencimento e assentimento.

Resta lembrar, entretanto, que os argumentos práticos gerais não se constituem no único método aplicado nestas cinco situações, pois as aplicações de proposições dogmáticas ou as da lei causal são possíveis não só para alcançar a saturação das várias formas de argumento, mas também para justificar uma escolha entre diferentes formas de argumento que ofereçam diversos resultados.

A nova retórica, assim como a tópica e a lógica do razoável demonstram que o Direito não é um sistema fechado como se pretendia no início da história do Direito moderno.

Ao contrário, há muitas áreas em que a atividade criativa há de entrar na composição da decisão. De outra parte os elementos que entram na formação da decisão não são de cunho científico ou mesmo legal, mas baseiam na argumentação e na razão prática.

2.2. Criação judicial, pluralismo jurídico e o movimento do Direito alternativo

2.2.1 O pluralismo jurídico

A negação do Direito como sistema fechado de normas, e a discussão sobre a criação judicial baseada na equidade, como busca do ideal de justiça, suscita o debate em torno das fontes do Direito de origem não-estatal, que coloca em cheque o princípio do monopólio do Estado na criação e estabelecimento das fontes do Direito.

De um lado as correntes monistas afirmam o monopólio do Estado na formação do Direito, ao estilo das concepções do Direito como um conjunto de normas obrigatórias, dotadas de sanção e coação e reconhecidas pelo Estado. De outro lado, as correntes pluralistas sustentam-se na convicção de que o poder estatal não é monopolista. O Estado pode ser a principal instituição política da sociedade atual, mas não é a única, pois o poder político continua dividido entre o Estado, a família, as associações de bairro, as organizações não-governamentais.

Santi Romano foi um dos primeiros juristas a se dedicar ao estudo do pluralismo jurídico, na primeira metade do século XX. Abandonando a concepção tradicional do Direito a partir da compreensão da ordenação normativa, ele apresenta uma teoria a partir da concepção institucionalista de Direito. Uma instituição é um arranjo permanente pelo qual, no interior de um agrupamento social determinado, seus órgãos dispõem de um poder de dominação.¹²⁵ Embora não se possa desprezar a importância do Direito como norma ou conjunto de normas, estas não são senão elementos de um ordenamento mais amplo e completo, no qual se apóia e constitui sua base necessária e imprescindível.¹²⁶

A comunidade internacional, a igreja, organizações internas de trabalhadores, associações, etc., são instituições, “entes” ou “corpos sociais” estruturados e firmados em relações estáveis e permanentes que se transformam em uma ordenação objetiva soberana com maior eficácia e poder de coerção, que convive com outras ordenações, ora em relação de coexistência social, ora em relação de confronto.¹²⁷

¹²⁵ ROMANO, Santi: *El Ordenamiento Jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 117

¹²⁶ *Idem, ibidem*, p. 192.

¹²⁷ WOLKMER, Antônio Carlos: *Pluralismo Jurídico, fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1997, p. 178.

Outra importante contribuição ao desenvolvimento da concepção pluralista é a obra de Eugen Ehrlich, o qual identifica o fundamento do Direito não no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do Direito, mas na própria sociedade. Ele constata que sempre houve um espaço para o Direito extra-estatal: “...nunca existiu uma época em que o Direito proclamado pelo Estado tivesse sido o único Direito nem mesmo para os tribunais e outras instâncias governamentais...”¹²⁸, donde a conclusão de que não é inerente ao conceito de Direito que ele se origine do Estado.

O contrato e a propriedade baseiam-se em fatos que originam situações jurídicas e não em uma ordem jurídica pré-estabelecida, que não existia nos primórdios da humanidade. “O Estado antecedeu à constituição, a família é mais antiga que a ordem familiar, a posse precedeu à propriedade, firmaram-se contratos antes de existir um Direito contratual e mesmo o testamento é mais antigo que o Direito testamentário”.¹²⁹

A fonte do Direito é, portanto, a própria sociedade, e esta por natureza, é pluralista, no sentido de que a vida social consiste tanto em esforços de colaboração quanto de conflitos entre indivíduos e grupos, conflitos estes que são inevitáveis e recorrentes, por serem próprios da natureza humana.¹³⁰

O Estado, como centro mais importante do poder social, em uma sociedade que pretende alcançar uma espécie de democracia que renuncie a uma ordem perfeita, elaborada em função de um critério único, tem por função primordial atuar como ponto de equilíbrio entre pretensões contrapostas.¹³¹ A sua função, portanto, é de mediador entre os vários atores sociais na busca de soluções que sejam consensuais.

As democracias modernas são, em sua essência, formas de organização social em que se preservam concepções pluralistas. Norberto Bobbio afirma que o pluralismo é: “... a antítese de toda forma de despotismo, em particular daquela versão moderna do despotismo a que se costuma chamar totalitarismo”.¹³²

Habermas destaca que: “... quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior

¹²⁸ EHRLICH, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Cadernos UnB. Brasília: Editora UnB, 1986, p. 19.

¹²⁹ *Idem, ibidem, p.*

¹³⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Editora Landy. 2000, p. 117.

¹³¹ ATIENZA, Manuel. *Ibidem, p.* 117.

¹³² BOBBIO, Norberto: *As Ideologias e o Poder em crise, pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988, p. 16.

será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vidas, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida”.¹³³

O pluralismo jurídico, em uma concepção democrática, corresponde a um tipo de Estado “...cujo ordenamento jurídico resulta de um complexo de relações entre as partes e o todo e vice-versa, em um sistema unitário que atenda, ao mesmo tempo, ao que há de específico e próprio nos indivíduos e nas associações, assim como os valores reconhecidos como “exigência do todo”, como condição de realização de uma comunidade concreta...”¹³⁴ a que se denomina Estado pluralista democrático.

Este estado pluralista deve ser compreendido como aquele que reconhece o sentido objetivo do processo histórico e preserva a posição autônoma e crítica dos indivíduos em relação ao todo. Assim, o Direito se apresenta como um sistema plural de distintas experiências axiológicas, através das quais os indivíduos e as associações possam efetivamente realizar-se.

A equidade, neste contexto, é instrumento de atuação e orientação da atividade do Estado tanto no legislativo, com a elaboração de leis cada vez mais principiológicas, deixando margem para uma concretização em face das necessidades da realidade de cada momento, e de um poder judiciário cada vez mais criador, porque mais próximo dos interesses e que se aproxima do consenso dos que se encontram envolvidos com pretensões ao mesmo tempo contrapostas e legítimas.

A possibilidade de o juiz estabelecer o Direito oficial baseando-se em normas que não são reconhecidas pelo Estado também é conceituada como hipótese de pluralismo jurídico e deve ser considerado, sobretudo quando o ordenamento jurídico não corresponde ao ideal de justiça, o que é conceituado pela doutrina como anomia.

A anomia não é entendida apenas como ausência de norma, mas também quando o ordenamento é inadequado para solução dos conflitos: “não é simplesmente a sensação de que não há normas disciplinando, na sociedade, uma determinada situação, ou que essas normas são insuficientes ou contraditórias ou

¹³³ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 44.

¹³⁴ REALE, REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à Epistemologia jurídica*. São Paulo, 1968, p. 244

desorganizadas; é a sensação de que as normas existentes são inadequadas e, portanto, recebem o conseqüente desafio”.¹³⁵

É visível a distinção entre este tipo de pluralismo e aquele que tradicionalmente tem sido objeto de estudo da doutrina mais tradicional. Com efeito, enquanto tradicionalmente a possibilidade da existência de mais de um ordenamento jurídico no mesmo território, a exemplo do que se expressa nas teorias de Santi Romano, o outro tipo se que coloca em posição de independência e até mesmo de confronto com as ordem jurídica estatal.

A sensação de que o ordenamento é inadequado provoca falta de adesão, o que, inevitavelmente, leva à sua própria invalidez e falta de vigência. Esta constatação é confirmada até mesmo por expoentes do positivismo jurídico, como é o caso de Kelsen, para quem a aplicação e observância da norma é condição de eficácia. A validade de uma ordem jurídica é, assim, identificada com o fato de suas normas serem eficazes, quando são, de fato observadas e aplicadas.¹³⁶

A falta de eficácia da norma, entretanto, não pode ser considerada como um fenômeno normal da vida nacional. Ao contrário, ela revela alguma espécie de patologia que deve ser combatida. Com efeito, quando isto acontece, ou se está diante de uma crise ou o Estado é incapaz de fazer valer a lei ou a lei é inadequada.

Nos períodos de revolução é possível que a ordem jurídica esteja em vias de transição e não se saiba ainda qual a ordem jurídica válida, hipótese em que a ordem jurídica não pode ser considerada em estado de normalidade.

Pode acontecer também que as instituições do Estado não tenham se mostrado capazes de implementar a lei por falha no gerenciamento de suas instituições legitimamente estabelecidas, o que pode ocorrer, por exemplo, nas leis de proteção social em que, ante a falta de recursos financeiros, a lei não atinge a sua finalidade, ou em casos de áreas dominadas pelo tráfico, em que as instituições da segurança pública não conseguem dominar a violência.

A terceira hipótese é da existência de normas que não adquirem eficácia porque não são compatíveis com os valores éticos da sociedade ou com a realidade econômica. Por não estarem em sintonia com o desejo da maioria ou das possibilidades reais, elas não alcançam a necessária adesão.

¹³⁵ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de, *Para Uma Crítica Da Eficácia Do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, p. 36

¹³⁶ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 237.

2.2.2. O movimento do Direito alternativo

O pluralismo jurídico manifestou-se na recente história do Direito nacional através do movimento denominado Direito alternativo, que parece caracterizar-se, além de uma posição pluralista, por uma visão do Direito estatal como instrumento de dominação. Neste aspecto é que se proclama a luta em favor dos oprimidos pelo estabelecimento de uma “democracia radical”.

O movimento do Direito alternativo teve inspiração na escola do Direito livre e na concepção da livre pesquisa como instrumento de realização do Direito quando a lei não oferece a solução adequada para o conflito. Ele não se constituiu em uma teoria jurídica ou sociológica, mas em uma série de vertentes, todas identificadas com a crítica ao modelo tradicional de produção legislativa, de praxe judiciária e do ensino jurídico. Todas estas vertentes se identificam com aspectos eqüitativos do Direito e com a luta por um Direito justo e adequado às realizações de uma sociedade justa por intermédio do Direito.

No aspecto da praxe judiciária, o movimento identificou-se com a atuação de um grupo de magistrados brasileiros, nos anos 90, que procurava encontrar meios de assegurar a construção de uma sociedade mais justa, por meio da interpretação crítica das regras do Direito através de “... uma atividade comprometida com a utópica vida digna para todos, com abertura de espaços visando à emancipação do cidadão, tornando o Direito em instrumento de defesa/libertação contra qualquer tipo de dominação”.¹³⁷

A crítica ao Direito concentra-se, em grande parte, na ideologia do reconhecimento do ordenamento estatal como a única fonte do Direito e que levou a se erigir a lei como o único fundamento para todo o Direito, idéia esta que caracterizou o estado moderno, mas que se encontra ultrapassada diante das injustiças que o próprio Estado agasalhou. Assim, procura-se, em outras fontes, especialmente na autonomia individual e na autonomia grupal, o fundamento para uma nova ordem jurídica.

Tal crítica corresponde a uma realidade, constatada por pesquisadores da sociologia empírica, de uma sociedade em que nem sempre o Estado está presente para responder às demandas e aos interesses grupais, resultando que certos grupos, em muitos aspectos assemelhados ao próprio ordenamento estatal, encontram mecanismos através dos quais resolvem os conflitos.

¹³⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de: *Teoria e Prática do Direito Alternativo*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, p. 50.

A constatação de que o Estado não pode sustentar-se como monopolista do fenômeno jurídico, e como fundamento único da solução de conflitos de forma justa, também se constituiu na justificativa para a ação concreta de operadores preocupados com a construção de uma sociedade mais justa, muitas vezes rebelando-se contra a lei imposta que não corresponda às expectativas de uma ordem jurídica justa.

A outra constatação que permeou o movimento do Direito alternativo é o pressuposto de que o Direito estatal impõe-se como instrumento de dominação. É verdade que muitas vezes a lei corresponde aos anseios e interesses de forças sociais preocupadas em se manter em posição de privilégio. O Estado corresponde sempre às denominadas forças reais de poder que, em sociedades marcadas por relações de poder historicamente injustas, como é o caso da nossa, determinam e impõem o Direito a ser seguido, tradicionalmente comprometido com estes interesses e afastando-se daquela idéia de sociedade pluralista.

2.2.3. O Direito alternativo, pluralismo e equidade

O movimento do Direito alternativo deu enorme contribuição ao desenvolvimento do Direito nacional, especialmente com o reconhecimento do pluralismo jurídico, fundado na concepção de que o Estado não pode colocar-se como monopolista na criação do ordenamento jurídico, mas também com a concepção de que a norma deve ser interpretada de acordo com uma idéia de justiça que lhe é transcendente.

Com relação ao primeiro aspecto, destaca-se a pesquisa e as críticas que terminaram por reforçar importante tendência constatável na atualidade que é o reconhecimento de novos sujeitos de Direito.

Estes novos sujeitos de Direito têm dado importante contribuição para a renovação e transformação do Direito em especial no campo processual, que se constituem nas associações de classe, associações de moradores, sindicatos. São organizações não-governamentais que dedicam-se à defesa do meio ambiente, dos Direitos do consumidor, de assistência social, do desenvolvimento, da paz, etc. Tais sujeitos caracterizam-se por uma importante participação na formação do Direito e por considerável parcela de autonomia.

A vigente ordem constitucional reconhece-lhes até mesmo a participação ativa no processo de controle de constitucionalidade (*amicus cure*), como previsto na

Constituição Federal (art 5º, inciso xxi) e na Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999 (art. 7º, § 2º).

Tais sujeitos tem relevante papel na construção do Direito, fazendo por merecer a denominação de membros da sociedade aberta dos intérpretes da constituição: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.¹³⁸

Se o Estado se reconhece como despido do monopólio da criação do Direito também se reconhece incapaz de monopolizar a solução de conflitos. Na atualidade, e em particular com os Juizados Especiais Cíveis, estas declarações surgem na instituição de um sistema em que se privilegia a solução consensual de conflitos (art. 98 da CF e 3º, da Lei 9.099/95), mas também na conclamação de pessoas não integrantes dos quadros estatais para o exercício da jurisdição e direção de processos estatais de solução de conflitos, com é o caso dos juízes leigos e conciliadores, e até mesmo na instituição da arbitragem como mais uma forma alternativa de solução de conflitos no seio do Estado.

Um segundo aspecto do Direito alternativo, e que, na nossa opinião, torna-o um instrumento inconsistente na busca da justiça, é o comprometimento ideológico com os oprimidos e, a partir daí, de um Direito que aspire ao justo diante da simples constatação de que as normas são inadequadas.

O perigo desta pressuposição consiste basicamente em dois pontos. O primeiro é que ela corresponde a uma ideologia (marxismo), que inclusive já não é apresentada como alternativa viável ao capitalismo, o que, de entrada, elimina a possibilidade de pluralismo. O segundo ponto é que ela implica em se ignorar um dos mais caros valores da sociedade moderna, que é o princípio da igualdade.

Uma das grandes conquistas da história da humanidade alcançada com as revoluções que iniciaram a Era Moderna é a consideração de que os indivíduos nascem iguais. Embora o Estado moderno tenha sido débil no cumprimento da sua missão de busca da igualdade material, com o real oferecimento de oportunidades iguais para todos, a verdade é que a igualdade formal, alcançada com a observância da lei gera uma relativa segurança no que se refere às expectativas dos cidadãos, e nisto reside um grande e importante sentido de justiça.

¹³⁸ HARBELE, Peter: *Hermenêutica constitucional. A Sociedade Aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

A possibilidade de decisões jurídicas que tenham por objetivo tão somente resgatar o sentido de justiça que algum dia foi perdido, com a eliminação de “qualquer tipo de opressão”, corresponderia a uma imediata sensação de realização de uma decisão justa, mas poderia também representar uma total quebra de expectativas legítimas por parte dos demais integrantes da sociedade, se não houver referência a um outro parâmetro que refira-se à igualdade, como, por exemplo, o Direito constitucional ou as garantias fundamentais de modo aceitável pela comunidade jurídica.

Neste aspecto, as decisões que melhor cumprem a função de eliminar a opressão e assegurar a realização da justiça são aquelas decisões tomadas coletivamente, segundo procedimentos democráticos e previsíveis e o mais impessoais possíveis, e que se traduzem no processo legislativo. É necessário, entretanto, que as leis estejam abertas às necessidades do caso particular.

Não se procura aqui, fazer apologia ao legalismo, mas ressaltar que a lei, como decisão coletiva e democrática, deve ser observada, assim como devem ser observadas as bases constitucionais em que ela se baseia, bem como a finalidade a que ela se propõe, o que pode ser objeto de controle pelo Judiciário.

Nas sociedades modernas a sede destas decisões é a Constituição, que regula os procedimentos para os debates em torno dos interesses em confronto, estabelecendo, ademais, algumas decisões fundamentais que devem reger o discurso social.

É a Constituição, portanto, a fonte principal das regras que regulam o processo legislativo e o processo judicial.

Aqui abordamos o tema para concluir sobre a impossibilidade de existência de duas ordens jurídicas no mesmo espaço territorial, embora o Direito que caracteriza as sociedades democráticas não possa afastar-se de suas características da autonomia, da abertura etc., sob pena de sacrificar-se uma das maiores conquistas da sociedade, que é o estado de Direito, e, portanto, a própria noção de Estado, que embora ineficiente, ainda se constitui instrumento para as classes oprimidas.

Os poderes do Estado, em especial os Poderes Legislativo e Judiciário devem funcionar como constante centro de diálogo de interesses conflitantes, onde os menos favorecidos possam, através de organização e participação, fazer-se inserir na vida econômica e social da nação.

2.3. Interpretação sistemática e eqüidade

2.3.1. Características do Sistema Jurídico

O termo ‘sistema’ tem um conceito geral e outro particular, que nos interessa, que é o conceito de sistema jurídico. Sobre o segundo, Kant o caracterizou como “a unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados”, ou ainda “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”.¹³⁹

Claus-Wilhelm Canaris apresenta uma noção mais atual de sistema jurídico, o qual demonstra a importância desta idéia no campo do Direito tomando por empréstimo o conceito de Savigny, para quem o sistema “é a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade”, onde emergem sempre a “ordenação” e a “unidade”.¹⁴⁰

Neste campo, a ordem interior (adequação) e a unidade do Direito são apontadas como algo mais do que pressupostos da natureza científica – são “exigências ético-jurídicas fundamentais” essenciais à própria idéia de Direito, e postulado da justiça, e representa uma “tendência generalizadora” da justiça, onde exsurge a exigência de superação de aspectos de casos concretos em favor de princípios gerais e abstratos que garantam que a ordem do Direito não se disperse numa “multiplicidade de valores singulares desconexos”.¹⁴¹

Assim, a idéia de sistema como um dos mais elevados valores do Direito - o da justiça – concretiza-se no princípio da igualdade, e expressa-se também no princípio da segurança jurídica.

Além da adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica, apontadas como funções, e, portanto, constitutivos de sua essência, o sistema jurídico apresenta outras características que o distinguem das ciências formais e das ciências naturais.

Canaris demonstra que a unidade interna do Direito corresponde a uma concepção de justiça do tipo axiológico, valorativo e não lógico. Se o sistema externo, o sistema de conceitos fundamentais e o sistema da jurisprudência dos interesses não servem, ou são de utilização limitada no Direito, há de se buscar uma nova concepção de sistema mais adequada para a finalidade do Direito.

¹³⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 10.

¹⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 10.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 279.

O sistema jurídico é formado por princípios gerais de Direito, o qual forma subsistemas de princípios “gerais” autônomos. Os princípios apresentam-se como base do sistema jurídico, ocupando lugar intermediário entre o valor e o conceito. O Direito é, assim, definido como um sistema com referência à adequação valorativa e à unidade interior – ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais – referentes a valores, conceitos teleológicos e institutos jurídicos.¹⁴²

Além das características da adequação, da unidade, o sistema jurídico é pautado também pela abertura e mobilidade.

A abertura do sistema objetivo caracteriza-se pela possibilidade de ser modificado, inclusive, pela jurisprudência. Ela tem o sentido de incompletude e modificabilidade do sistema. Tanto o sistema objetivo (legal) quanto o sistema científico são abertos. O primeiro em razão da impossibilidade de o legislador prever todos os acontecimentos juridicamente relevantes, e o segundo em razão da própria incompletude do sistema científico, eis que cada sistema, neste aspecto, é um “projeto de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo”.¹⁴³

A abertura existe também no sistema “objetivo”, em razão de os valores fundamentais da ordem jurídica poderem ser modificados, tanto com o aperfeiçoamento da jurisprudência quanto com a interferência do legislador, fora da hipótese de substituição de sistema.

Outra forma de modificação do sistema, além da alteração legislativa, é a jurisprudência, no sentido da interpretação dada à lei pelos precedentes. É necessário, entretanto, não perder de vista que o valor da jurisprudência não está na autoridade do juiz. Canaris lembra que: “a proposição colocada pelo tribunal como fundamento de uma decisão não vale por ter sido exteriorizada pelo juiz, mas sim por estar convincentemente fundamentada, isto é, porque deriva de critérios de validade bastantes, exteriores à sentença judicial”.¹⁴⁴

É verdade que o juiz pode apresentar em sua argumentação elementos outros além daqueles que fazem parte do sistema externo, como a idéia de Direito e a natureza das coisas, e isto ocorre principalmente nos casos em que o legislador deixa ao julgador uma margem de discricionariedade, como nas cláusulas gerais carecidas

¹⁴² *Idem, ibidem*, p. 280.

¹⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 106.

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 119.

de preenchimento com valorações, como as remissões aos bons costumes, à boa fé, etc, mas também isto decorre da simples interpretação teleológica.

Quando se reconhecem os critérios de validade “extrapositivos”, notadamente na consideração de que os princípios gerais do Direito podem ter os seus fundamentos de validade para além da lei, na idéia de Direito, o que ocorre é uma erupção da eqüidade como instrumento de modificação do sistema jurídico.

Outra característica do sistema jurídico é que é móvel, o que significa a existência de “elementos” e “forças móveis”, que apresentam a igualdade fundamental de categoria e substituibilidade mútua dos competentes princípios ou critérios e a substituibilidade mútua dos competentes princípios ou critérios de igualdade.

O sistema móvel não se confunde com as cláusulas gerais, embora em ambas haja manifestação da utilização da eqüidade. As cláusulas móveis são intermediárias entre as cláusulas gerais e as previsões normativas rígidas, e aparecem, no Direito positivo brasileiro, por exemplo, na fixação de alimentos, indenização por danos morais, etc.

O que se pode destacar é que, na concepção moderna de sistema jurídico há lugar privilegiado para a eqüidade, tanto no sistema científico, em que se procura construir uma nova teoria para o Direito, baseada em uma concepção ética que coloca o homem como o objeto de toda a experiência jurídica, na expressão dos Direitos fundamentais, quanto no denominado sistema objetivo, com o surgimento e proliferação das chamadas cláusulas móveis e, até mesmo, nos preceitos normativos mais fechados, quando interpretados segundo o método teleológico.

2.3.2. Importância da noção de sistema jurídico

A crítica ao modelo de subsunção levada a efeito pela tópica, pela lógica do razoável e pela nova retórica renovou a discussão em torno da utilidade e possibilidade da construção do sistema na ciência do Direito.

Se, por um lado, estas correntes negam a possibilidade de um sistema do tipo axiomático, a exemplo das ciências formais e naturais, por outro lado, a importância de uma concepção sistemática do Direito não é ignorada mesmo por juristas que se posicionam em torno de um fundamento de ordem pragmática.

Em todas essas vertentes a eqüidade aparece como instrumento de realização de justiça, nas concepções de sistema e de preceito normativo apresentam-

se como indispensáveis para o operador do Direito. Chaïm Perelman, um dos fundadores da nova retórica, afirma que: “o Direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistêmica, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, e outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável”.¹⁴⁵

A complexidade da sociedade moderna, que distingue o Direito dos outros sistemas, como a política, a moral e a religião, não pode admitir que o Direito se desprenda da sua finalidade e da sua essência. Destaque-se que, tanto a concepção formalista e positivista própria de uma abordagem sistemática do Direito, quanto uma concepção mais aberta, no caminho da retórica, da tópica, da teoria da argumentação e da lógica do razoável, todas têm em vista a essência do Direito, que é a idéia de justiça.

Por isto que, qualquer que seja a posição que se tome sobre a compreensão do Direito, estão sempre em ponderação a segurança jurídica e a equidade como signos da justiça.

Assim, não servem, por si só para definir o sistema jurídico os sistemas de puros conceitos fundamentais.

O sistema lógico formal da jurisprudência dos conceitos, que tinha a pretensão de se constituir em um sistema de regras logicamente claro, livre de contradições e sem lacunas, sob um conceito manifestamente positivista de ciência, que chegou mesmo a ser comparada à matemática, é posição hoje ultrapassada, porque a unidade interna do Direito não reside na lógica, mas antes em valores.¹⁴⁶

O sistema axiomático-dedutivo, no sentido da logística, é também rejeitado por ser inconciliável com a ciência do Direito. A ausência de contradições não é encontrável no Direito, por ser este um sistema de valores e princípios. O mesmo se pode dizer da plenitude, que exige que todas as conclusões corretas, dentro do âmbito a caracterizar, devem ser retiradas do sistema de axiomas. As necessidades reais do caso concreto exigem um grande número de cláusulas carecidas de preenchimento com valorações (boa fé, cuidado, costumes, etc..), portanto, de dogmatização impossível, o que inviabiliza um sistema axiomático-dedutivo.¹⁴⁷

¹⁴⁵ PERELMAN, Chaïm: *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 238.

¹⁴⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm: *Pensamento Sistemático E Conceito De Sistema Da Ciência Do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 30.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 44.

O conceito de sistema na jurisprudência dos interesses é pouco adequado para exprimir a unidade interior e a adequação da ordem jurídica, que são imanentes ao próprio conceito de sistema.

O pensamento sistemático é próprio do jurista: “não é tarefa do teleológico encontrar uma qualquer regulação “justa”, *a priori* no seu conteúdo – por exemplo, no sentido de Direito natural ou da doutrina do “Direito justo” – mas apenas, uma vez legislado um valor (primário), pensar todas as suas conseqüências até ao fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições derivadas do aparecimento de novos valores”.¹⁴⁸

A concepção sistemática na jurisprudência dos interesses, no entanto, não vai além. O sistema de decisões de conflitos na jurisprudência dos interesses de Philip Heck ressentem-se da falta de elementos intermediários, ocupando-se dos mais altos valores do Direito como justiça e equidade, bem como dos juízos de valor expressos nas normas singulares.

O Direito como ordenação, como sistema de normas, não parece ter sido preocupação dos que defendem uma maior autonomia para as ordens jurídicas não-estatais, como é o caso dos defensores do Direito livre. Eles optam, antes, por uma espécie de conexão de institutos jurídicos com as relações da vida. Canaris adverte, entretanto, que tal identificação não serve ao Direito, que tem objeto próprio.¹⁴⁹

Simplemente se dispensa a unidade e a adequação como necessidades inerentes ao direito, como se não correspondessem a uma especial manifestação da justiça. Esquecem-se de que o reconhecimento de ordenamentos paralelos não é, por si só, garantia de ordem jurídica justa. A ausência do Estado, muitas vezes pode representar a sua substituição por uma ordem mais injusta. Uma tal ordem, por não ter limites, por não estar integrada e não ter linhas de comunicação com a sociedade termina por impor uma ordem sem qualquer limite, o que autoriza o caos e a barbárie.

Um pluralismo deste teor, embora sob o manto da equidade, representa uma perigosa fenda na organização da sociedade e não garante, por si só, o objetivo de toda a experiência do Direito, que é a busca da justiça. Como já destacou Amilton Bueno de Carvalho. “... Terrível reconhecer que há algo 'alternativo' nos presídios, em porões de algumas delegacias de polícia, em zonas comandadas por traficantes. O que se quer apontar é a necessidade de se evitar o erro de reconhecer por

¹⁴⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema da ciência Do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 75

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 55.

democrático qualquer “alternativo”, porquanto alguns efetivam a barbárie e são mais cruéis de que certos Direitos que emergem de Estados ditatoriais”.¹⁵⁰

Os ordenamentos jurídicos estatais e extra-estatais gravitam em torno de um núcleo central social, baseado em valores e em finalidades, caracterizado pela ordenação interna e pela unidade, que o qualificam como um sistema.

2.3.3. Criação Judicial do Direito e Interpretação Sistemática

O sistema jurídico é o mais importante instrumento de obtenção e de interpretação do Direito, notadamente em face de suas características como ordem axiológica e teleológica, em que o argumento sistemático se apresenta apenas como uma forma especial de fundamentação teleológica, e, como tal, deve desde logo, ser admissível e relevante.

A ordenação sistemática e a determinação do conteúdo teleológico não são processos de sentido único, mas resultam efeito mútuo entre o conhecimento do objeto em causa e sua qualificação sistemática. Isto significa que é importante para a extração do conteúdo da norma a análise do sistema exterior da lei (determinado livro, seção, etc.), mas se esta é equívoca, deve-se investigar também a sua finalidade, o valor que lhe é imanente.

A interpretação sistemática deve ser usada com cuidado, para que seja preservado o controle teleológico do argumento sistemático e, ao mesmo tempo, o aperfeiçoamento do sistema, especialmente na tentativa de utilizar alegadas exigências de “justiça material”. Isto porque os argumentos sistemáticos, por definição, nada mais representam do que os valores fundamentais da lei, pensados, até ao fim, em termos de igualdade.

A solução conforme o sistema não é só vinculante, mas também é a que deve ser aceita como a que se justifica sob o império de uma determinada ordem jurídica.

Nos limites do sistema, encontra-se campo vasto para a equidade. Segundo Canaris, estes limites têm seu fundamento, por um lado, no desenvolvimento histórico da ordem jurídica e nas falhas da legislação relacionadas com a incompletude do conhecimento e da linguagem humana, e, por outro, na chamada “tendência individualizadora” da justiça. Tal tendência realiza-se em cada

¹⁵⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de: *Teoria e Prática do Direito Alternativo*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, p. 61.

ordem jurídica e para contrapor-se a ela o pensamento sistemático apresenta-se como tendência generalizadora.

As quebras no sistema distinguem-se das normas estranhas e das lacunas. As primeiras respeitam as contradições de valores e princípios, as quais não podem ser ultrapassadas com auxílio dos métodos legítimos da interpretação e da interpretação criativa do Direito. As lacunas resultam de valorações que permanecem isoladas dentro do sistema, onde “abre-se um campo legítimo para uma forma de pensamento não sistematizada”¹⁵¹, onde se destaca o pensamento tópico.

O papel da jurisprudência é relevante na execução compreensiva de valorações já colocadas, mas não como uma escolha tópica de premissas. Ela é fundamental no “entendimento do justo”, mas não é uma doutrina da “atuação justa”. É, assim, inconciliável com a doutrina da validade e das fontes do Direito, pois, neste, as premissas legitimam-se a partir do Direito positivo, mesmo quando este não coincida com a “opinião de todos”. A tópica é criticada, também, por não oferecer critério de primazia às diversas respostas e problemas que, pela sua natureza, podem ser propostas de solução, tarefa de que o sistema se desincumbe a contento.

De outra parte, existem áreas onde a ciência do Direito tem uma função legítima a desempenhar, especialmente onde faltam valorações legais bastantes e onde, por isso, não haja espaço para o pensamento sistemático. Neste quadro, a oposição entre o pensamento sistemático e a tópica não é intransponível, “... ambas as formas de pensamento antes se completam mutuamente interpenetrando-se, até, em parte”.¹⁵²

¹⁵¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.196.

¹⁵² *Idem, ibidem*, p. 196.

3. EQÜIDADE, CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

SUMÁRIO. 3.1. Sistema social e sistema jurídico. 3.2. Aspecto procedimental da democracia. 3.3. Ação, jurisdição, processo e Direitos fundamentais.

3.1. Sistema social e sistema jurídico

3.1.1. Direito, eqüidade e sistema social na atualidade

O Direito, como instrumento de organização da sociedade, sempre reflete os valores de seus membros e sofre a influência desta. A história da humanidade é, também, a história do Direito. Quando a sociedade atingiu o nível de complexidade da modernidade, o Direito também se tornou complexo.

O sistema jurídico da atualidade é caracterizado por Niklas Luhman como autopoietico (autônomo), no sentido de que estabelece conexões que conferem sentido jurídico a condutas delimitadas neste sistema em relação ao ambiente em que se situa o sistema social.¹⁵³ Autopoiese significa autoprodução. Nas palavras de Campilongo “o caráter insubstituível da função de cada sistema, permite a cada sistema construir sua complexidade interna (independência) e, simultaneamente, fornecer as condições de reação do sistema ao ambiente (dependência)”. Assim, o conceito de sistema conduz ao de ambiente e, por isso, a *autopoiese* dos sistemas jurídico e político nada tem a ver com o isolamento lógico ou analítico do conceito de sistema.¹⁵⁴

A autonomia do Direito resulta não apenas da autoprodução de suas normas, mas também da autoconstituição de figuras jurídico-dogmáticas, que permitam reformular, em termos especificamente jurídicos, uma problemática extrajurídica (econômica, política, moral etc.).¹⁵⁵

O Direito é caracterizado pelo seu alto grau de diferenciação em relação aos demais sistemas sociais e pelo alívio da carga de elementos de ordem religiosa, moral, política, etc., sendo esta uma das exigências da complexidade da vida moderna.¹⁵⁶

¹⁵³ GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 61.

¹⁵⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes: *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 224

¹⁵⁶ LUHMANN, Niklas: *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 122

Para autoproduzir-se, entretanto, o Direito necessita, como todo sistema, de elementos do meio ambiente. O Direito sofre influência dos outros sistemas aos quais se “acopla” mediante procedimentos legislativos e, principalmente, judiciais. Mesmo a teoria pura do Direito foi capaz de compreender tal acoplamento ao distinguir, no sistema jurídico, o sistema estático do sistema dinâmico e ao formular a teoria da moldura, pela qual uma mesma norma admite mais de uma interpretação, o que permite ao juiz considerar, na sua decisão, elementos de outra ordem para decidir qual a interpretação a ser adotada.

A crença na autoridade de uma lei marcada pela neutralidade e isolada de outros elementos de caráter moral, ético, sociológico, etc. trouxeram terror ao mundo com as experiências totalitárias. O mundo somente despertou para a necessidade de uma vinculação da autoridade da lei a outros valores, ou seja, para o controle da sanha do legislador, após a II Guerra, dando origem, na segunda metade do Século XX, ao revigoramento da consideração da pessoa humana como fundamento de um novo sistema de Direitos.

A atualidade é marcada por uma tendência cada vez mais direcionada ao enfraquecimento dos Estados nacionais, porém ao mesmo tempo em que se fortalecem os organismos supranacionais, de empresas supranacionais, também se valoriza a pluralidade política, cultural e jurídica. O sistema social e o sistema econômico da atualidade são muito diferentes daqueles do passado, mesmo do início da Era Moderna. O sistema econômico contemporâneo já se caracteriza como um sistema mundial, e transforma as comunidades locais em partes deste sistema denominado “sociedade global”.¹⁵⁷

Neste contexto, as possibilidades de conflitos sociais são bem maiores e cada vez mais complicadas, donde exsurge a necessidade de utilização de instrumentos de acoplamento entre os sistemas jurídico e social.

Os sistemas político e jurídico não acompanham com a mesma rapidez o fenômeno da mundialização da economia e da tecnologia, mas as mudanças acontecem. Já é visível a formação de entidades políticas supranacionais e é consenso a existência de uma ordem jurídica internacional. Além disso, temas como os Direitos humanos já são utilizados como argumento para decisões que implicam violação da soberania de nações, especialmente no mundo subdesenvolvido, o que não era previsível há algum tempo.

¹⁵⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11.

Desta forma, o Direito, que se apresenta como compatível com a complexidade do mundo contemporâneo e com os conflitos que lhe são próprios, é um Direito centrado em procedimentos marcados pela valorização de princípios e pela ação comunicativa que forma uma cultura jurídica formadora de um verdadeiro sistema teleológico-axiológico que propicia novas formas de solução de conflitos jurídicos.

Com efeito, os conflitos de uma sociedade caracterizada pelo intensivo uso de tecnologia que proporciona a produção econômica em grande escala, e de comunicações globais, mas ao mesmo tempo de uma parcela significativa da população excluídas dos benefícios deste desenvolvimento tecnológico, gerou conflitos, como os decorrentes de relações de consumo, ou da interferência do Poder público na atividade econômica que já não se mostra passível de solução com a subministração dos conceitos jurídicos tradicionais nem com a adoção de rígidos padrões legais.

Por isto os novos diplomas legislativos são pródigos em cláusulas abertas dos quais exsurgem os princípios jurídicos, que se traduzem em valores éticos-sociais, como o princípio da boa-fé nas relações jurídicas em geral, o princípio da função social dos direitos subjetivos e o respeito aos valores fundamentais do sistema democrático.

Estas cláusulas abertas são caracterizadas por serem vazias de conteúdo, e só adquirem sentido no contexto do caso concreto, no qual aparece a necessidade de ação comunicativa como orientadora do diálogo que leva à melhor solução.

Neste ponto é que se dá a intercomunicação entre o Direito moderno, e o sistema ético.

A diferenciação não se constitui em ambientes isolados, mas, ao contrário, há intercomunicações entre os sistemas, de forma a que o sistema jurídico recebe influência do ambiente (social), ao mesmo tempo em que também o influencia, tornando socialmente inaceitáveis determinadas práticas.

Da mesma forma que os valores éticos são indispensáveis para o Direito, também a positivação do Direito se mostra como um dado da modernidade que não pode ser desprezado. Isto tudo se deve ao valor que tem a o princípio da legalidade, que se constitui em um dos pilares do Estado Democrático de Direito, e que representa a justiça como garantia da igualdade.

O Direito positivo gera expectativas que devem ser legitimadas, na medida do razoável, pela decisão judicial.

3.1.2. Direito, moral e política

O Direito, que na antigüidade tinha uma ligação muito forte com aspectos mágicos e religiosos, atingiu a modernidade com a pretensão de purificação. Nas palavras de Habermas. “... o Direito encolheu, ficando reduzido a uma única dimensão”.¹⁵⁸ O sistema jurídico continua sendo o único lugar onde o Direito pode preservar sua forma por virtude própria e, também, sua autonomia.

A vinculação entre Direito, moral e política é necessária. Se o Direito se reduzisse apenas às ordens do legislador político, dissolver-se-ia em política. Se o Direito se mantivesse fiel apenas à justiça da lei, independente da política e da moral, perderia sua identidade, por desaparecerem os pontos de vista legitimadores.

O Direito racional tem a função de encontrar um equivalente para o Direito sagrado e para o Direito consuetudinário. Este equivalente articula-se em um nível pós-tradicional da consciência moral e submete o Direito moderno a princípios e o transpõe para o nível da racionalidade procedimental. O pensamento procedimental relaciona a razão do moderno Direito natural, que é, essencialmente, razão prática, ou seja, “... a razão de uma moral autônoma”.¹⁵⁹

O Direito positivo é submetido a princípios morais, segundo a idéia do contrato social que se utiliza de procedimentos para fundamentação da ordem jurídica. Exige-se, por isso, distinção entre normas, princípios justificadores e processos.

Neste contexto, observa-se uma importante característica do Direito na atualidade que é o retorno à sua concepção como experiência ética. O radicalismo de certas concepções do positivismo levou a um isolamento total do ordenamento jurídico, como se não fosse este fruto da experiência humana, o que o levou a se constituir em mero instrumento da perversidade do Estado e das autoridades que o representavam.

Uma guinada no Direito encaminhou-o na direção de valores que devem sempre presidir as decisões políticas e jurídicas. De um lado, o sistema jurídico e as

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 232.

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 238.

relações internacionais (pelo menos como objeto de retórica) pautam-se nos Direitos fundamentais como argumento até mesmo para intervenções militares.

No plano do Direito processual, verifica-se uma intensa identificação entre a moral e o Direito, especialmente em face da exigência de legitimidade. É que tanto a racionalidade quanto a autonomia do Direito não resultam diretamente do seu conteúdo, mas do fato de obedecerem a procedimentos legítimos auto-regulados.¹⁶⁰

No plano do Direito interno, não são raras, especialmente nos últimos anos, as hipóteses em que o próprio legislador, sensível a estes aspectos, reconhece, na discussão do caso concreto, o poder para a decisão final em questões que envolvem nítido conteúdo de outros sistemas de ordem política, moral, etc. A título de exemplo, lembro que através de ação popular se permite a anulação de ato ofensivo à moralidade administrativa (art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal). De outra parte, a moralidade, a finalidade e a eficiência são requisitos do ato administrativo, o que permite o controle jurisdicional nesses aspectos (art. 37 da Constituição Federal).

A ordem constitucional é o centro de um sistema jurídico em torno do qual gravitam princípios e normas inferiores. A Constituição alcança nossos dias com grau de importância que não alcançou em épocas anteriores. Muito mais do que no passado, ela é a carta da cidadania, é onde os corpos sociais autônomos encontram respaldo para se relacionarem juridicamente. Funciona como uma grande responsável pelo acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político.¹⁶¹

A construção do sistema jurídico faz-se com a contribuição da norma abstrata e também de outros elementos. Estes são os interesses trazidos ao debate que se trava em cada conflitos ou no conjunto dos conflitos, processados com a mediação do Estado através da atividade jurisdicional. Tais interesses representam um substrato de fundamental importância para a interpretação da norma, e, portanto, para a compreensão do seu sentido, através do que se convencionou denominar de interpretação jurisprudencial, que não é fruto apenas da concepção de mundo que tem o julgador, mas também desses interesses sociais que se encontram em confronto.

Tais interesses concretos em debate permitem não só a colheita do sentido que o legislador quis dar à norma, mas também a extração de um sentido

¹⁶⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 32

¹⁶¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 71

diferente que se alcança pelo senso comum da comunidade jurídica, que permite até mesmo a negação de eficácia a determinado dispositivo jurídico.

Com isto, manifesta-se uma rica contribuição da Sociologia para a construção do Direito, em que realidades sociológicas, econômicas, culturais, etc passam a integrar o conteúdo do Direito por força da atuação jurisdicional. A exigência de atendimento a estas realidades não pode ser compreendida como contrária ao ordenamento jurídico, e sim de acordo com este, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

A responsabilidade por conferir sentido a um determinado princípio ou norma constitucional não é apenas dos políticos, a quem foi conferido um mandato para tal em nome da maioria da sociedade, mas também dos juízes, a quem foi conferido o poder de solucionar os conflitos reais da sociedade, de acordo com uma pauta previamente estabelecida na Constituição e nas leis, sejam tais conflitos mais ou menos abrangentes.

O Direito, na atualidade, é concebido a partir da constituição e, mais especificamente, a partir dos princípios constitucionais, na linha de uma concepção substancial do devido processo legal. No contexto da concretização dos Direitos fundamentais e da realização das necessidades sociais, chega a ser muito tênue a distinção entre Direito e política e os juízes adquirem um importante papel político. Isto se traduz também em uma manifestação da equidade como contribuição para a formação e compreensão do Direito.

Na diferenciação entre a política e uma concepção do Direito por princípios, Dworkin aponta a existência de duas visões opostas a respeito do tema: a primeira entende que as convicções políticas não devem representar nenhum papel nas decisões jurídicas, seguindo a concepção de que Direito e política pertencem a mundos inteiramente diferentes e independentes; a segunda concebe Direito e política como sendo exatamente a mesma coisa, e que os juízes agem como se fossem legisladores.¹⁶² Ambas as posições são rejeitadas.

Em questões de princípios, o que há é que o próprio texto constitucional não é decisivo sobre o seu conteúdo. Cabe, então, aos juízes preencher os conteúdos e, para isto, não há como se eximir de utilizar critérios políticos. A análise desta questão resolve-se mediante duas idéias básicas: a idéia da intenção do constituinte e a da distinção entre Direito substancial e processo (*due process of law*).

¹⁶² DWORKIN, Ronald: *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6.

Com relação à intenção do constituinte, nem os interpretativistas nem os não interpretativistas chegam a uma explicação razoável sobre o papel do juiz na realização dos postulados políticos da carta de Direitos.

Os primeiros entendem que deve ser buscada a intenção original do constituinte. Ocorre que isto não é possível sem uma análise que escape em grande parte ao conteúdo do Direito. As discussões sobre aspectos históricos, sociológicos, éticos, religiosos, lingüísticos e, até mesmo, psicológicos, como a discussão sobre se determinada omissão é fruto de negação ou delegação do constituinte originário não constam do texto e são muito frágeis, não se podendo estabelecer sobre eles respostas do tipo certo/errado. Tais análises são, portanto, altamente subjetivas, donde se conclui que as correntes interpretativas têm, na prática, um forte conteúdo de criatividade judicial.¹⁶³

De outra parte, os não interpretativistas, que advogam a possibilidade de os juízes confrontarem as decisões legislativas com modelos retirados de outras fontes além do texto, como “a moralidade popular, teorias de justiça bem fundadas ou algumas concepções de democracia genuínas”¹⁶⁴ não se desvencilham do texto ninguém propõe a atuação judicial a partir de uma tábula rasa. Desta forma, ambas as teorias não desconsideram nem o texto nem os motivos dos que a fizeram, antes procuram colocá-los no contexto adequado.

De igual sorte apresenta-se despida de sentido a distinção entre processo e substância. Dworkin aponta para a doutrina que permite ao tribunal tomar decisões sobre questões referentes ao processo (*due process of law*) sem, no entanto, poder apreciar questões referentes às decisões sobre Direitos substanciais, que caberiam exclusivamente às casas legislativas. Aponta a inconsistência de tal distinção pela impossibilidade de se distinguir de forma nítida entre processo e substância, com o que se torna inevitável que o juiz de tome decisões sobre Direitos substanciais: “... os juízes podem acreditar que a resposta utilitarista à questão dos Direitos individuais é a correta – que as pessoas não tem nenhum Direito. Mas essa é uma decisão substantiva de moralidade política. E outros juízes discordarão”.

Outro aspecto em que elementos de política se destacam na decisão judicial é nas questões de discriminação positiva. Estas considerações sobre pontos de entrelaçamento entre equidade e Direito servem não apenas para sistemas jurídicos de tradição do *Common law*, em que a equidade surge tanto de fatores históricos ligados às origens destes sistemas jurídicos quanto do fato de ser um

¹⁶³ *idem, ibidem*, p. 44.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 44.

ordenamento construído casuisticamente, mas também para ordenamentos como o nosso, construído a partir de um sistema normativo.

Instrumentos como a ação civil pública, manejável por sujeitos que representam interesses grupais e difusos, levam à atuação jurisdicional e, com frequência, à solução de questões em que os interesses em destaque são de natureza grupal ou difusa cujo conteúdo tem forte conotação política. São assim, por exemplo, as questões ambientais, de defesa do consumidor, do patrimônio público, histórico, etc.

Neste caso, os argumentos quase sempre são pautados pelo princípio da proporcionalidade, de forma explícita ou implícita, e sempre apontam as conseqüências da decisão que podem “melhorar” a comunidade como um todo em detrimento da que representa o Direito individual.

3.1.3. Judicialização das relações sociais

A tendência à aproximação entre Direito, moral e política leva à judicialização das relações sociais, fenômeno que se verifica em quase todos os países desenvolvidos e também no Brasil. Cappelletti aponta como causa para esta grande transformação do papel do Direito e do Estado moderno aquilo que se conhece como “Sociedade do Bem-Estar”, que exigiu uma forte presença do Estado em setores antes deixado ao livre embate de forças, levando-o a expandir-se em direção a setores antes deixado à economia privada. Assim é que foram criados Direitos à assistência social, trabalho, emprego, transporte, saúde, agricultura, finanças, e até mesmo o financiamento em setores da cultura, urbanismo, etc.¹⁶⁵

Nestas novas atribuições que se reconhece ao Estado, exige-se uma nova função legislativa e uma técnica que lhe seja apropriada, consistente: “... em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual”. Esta nova tarefa do Direito não pode atingir sua eficácia sob a técnica clássica do certo e errado, do justo e do injusto. A legislação não tem a simples finalidade de criar Direitos subjetivos mas de implementar os objetivos político-sociais estabelecidos para o Estado. Mesmo quando a legislação social cria por si mesma Direitos subjetivos, cuida-se mais de Direitos sociais do que meramente individuais”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro: *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999, p. 35.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 41.

A legislação mais aberta, típica deste novo Estado, exige uma postura discricionária do juiz na concretização da norma, levando o juiz a desempenhar um papel historicamente reservado aos políticos. Além disso, o surgimento de uma nova categoria de Direitos, chamados de Direitos coletivos e difusos, desprovidos de interesse individual e cuja defesa é incumbida a novos sujeitos que se colocam entre o indivíduo e o Estado, acrescentado da necessidade de proteção de Direitos fundamentais do homem, agora reconhecidos em declarações nacionais e transnacionais, cobram uma atividade cada vez maior do Judiciário, levando-o a ser considerado como “gigante terceiro poder”.

Embora no Brasil não se possa afirmar a existência de uma política que tenha alcançado as finalidades do *welfare state* a verdade é que o Estado brasileiro expandiu-se consideravelmente e a expansão legislativa fez-se sentir em face da pretensão de alcançar as finalidades antes citadas.

Tem sido grande o número de ações diretas de inconstitucionalidade propostas por sindicatos, partidos políticos e associações, o que contribui de forma relevante para a construção do Direito.

O papel político dos juízes relaciona-se com a equidade, na medida em que as decisões de forte conteúdo político remetem a discussões sobre os Direitos do cidadão em confronto com os poderes do Estado.

Na questão da discriminação positiva, quando programas que são mais bem justificados, não por meio de argumentos de princípio, pelos Direitos das pessoas particulares que beneficiam, mas antes por argumentos de política. As questões genuinamente importantes no debate sobre a discriminação positiva são questões inteiramente de política, em que são avaliados vários programas de prioridades um por um, pesando custos e benefícios práticos, e não totalmente a partir de alguma escala de princípios.

Em face do caráter aberto dos sistemas jurídicos da atualidade, marcados pela forte presença de princípios que remetem à otimização de determinados valores e à razoabilidade, com o indispensável confronto de valores, quase sempre torna-se indispensável a abordagem de aspectos morais e políticos. É controversa, por isso, a abertura para que os juízes tomem decisões políticas em casos concretos.

As posições dos juízes podem ser classificadas, basicamente, em duas concepções a respeito do Estado de Direito. Na concepção, centrada no texto legal, com inspiração na doutrina liberal e na separação dos poderes, o juiz deve agir como concretizador do Direito posto pelo legislador, sem indagar sobre sua funcionalidade

ou eficácia na consecução daquilo a que o legislador se propôs. Neste sentido, o juiz não se compromete com o conteúdo das normas jurídicas, o qual é uma questão de justiça substantiva que é um ideal distinto do Estado de Direito. Assim, consegue-se uma separação entre as atividades judicante e a legiferação.

Segundo esta compreensão, os juízes devem decidir casos controversos tentando descobrir o que está “realmente” no texto jurídico, porém nunca devem decidir com base em seus próprios julgamentos, segundo o que deveria estar no texto, na visão do julgador, pois isto denotaria o caráter político de tais decisões. Esta espécie de atividade judicial não corresponde à realidade, porque diferentes juízes darão diferentes respostas à mesma questão: “cada juiz estará tentando, de boa-fé, seguir o ideal do Estado de Direito, segundo o livro de regras porque estará tentando, de boa-fé, descobrir o que as palavras no texto legal realmente significam”.¹⁶⁷ Diferentes gerações de juristas apresentarão diferentes técnicas para a solução deste problema, segundo critérios semânticos ou de psicologia de grupo ou, até mesmo, históricos.

A outra concepção é centrada nos Direitos, na idéia de que os cidadãos têm deveres morais entre si e Direitos políticos perante o Estado como um todo. Aqui não se distingue, como faz a concepção centrada no texto legal (interpretativista), entre Estado de Direito e justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os “Direitos morais” e os aplique. Tal concepção fracassa na delimitação do âmbito dos Direitos individuais que alega impor, na exatidão dos Direitos que reconhece, e na isonomia em sua imposição.

Por questões históricas, é possível reconhecer a procedência desta crítica em relação ao Direito norte-americano; porém, em relação ao nosso Direito, a questão comporta algumas considerações, de modo a permitir que a criatividade judicial possa ser exercida com um grau menor de preocupação em relação a este aspecto. É que a nossa Constituição é recente, o que lhe permitiu incorporar Direitos de segunda e terceira gerações, os quais estreitam os limites dos princípios, dando-lhes mais concretude.

Assim, se permite um relativo poder de revisão judicial ao exigir do legislador a obediência à pauta estabelecida pelo poder constituinte, em razão da menor liberdade que o poder constituinte deixou ao legislador ordinário.

¹⁶⁷CAPPELLETTI, Mauro: *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999, p. 11

Além disso, o Estado Democrático de Direito não se satisfaz com uma atuação judicial presa ao texto da lei, em face da própria complexidade da legislação ser decorrente da maior presença do Estado na vida social, o que trouxe a inflação legislativa, e a exigência de uma mais intensa criatividade na solução de antinomias, como decorrência da necessidade de adequação da lei a de uma imensidade de normas a princípios constitucionais fundamentais e de intervenção no domínio econômico.

As muitas normas protetoras de Direito privado, como aquelas referentes às relações de consumo, são bastante elásticas, carecedoras de preenchimento valorativo e somente adquirem consistência e sentido na sua aplicação ao caso concreto. Dessa forma, a posição de um juiz que se conforme à função de mero aplicador da lei não é respaldada pelas necessidades da atualidade.

Uma das principais críticas à tomada de decisões políticas por juízes refere-se ao argumento da democracia. Os legisladores, e não os juízes, foram eleitos para, em nome da maioria, tomar decisões políticas que afetam a todos. Campilongo sustenta-se no princípio da separação dos poderes para afirmar que as decisões políticas não podem ser submetidas ao controle judicial, a não ser no aspecto da constitucionalidade.¹⁶⁸

A questão, no entanto, não pode ser resolvida de forma simplista, pois a Constituição brasileira é por demais extensa e inclui em seu âmbito de disciplina muitos aspectos da vida social, como as linhas gerais da atividade pública, em campos do Direito administrativo, tributário, criminal e econômico, bem como privado, a saber: as relações de família, contratos, consumo, bancos, etc... São muitas as matérias que se encontram disciplinadas na Constituição e que, em razão da limitação da liberdade imposta ao legislador ordinário, em relação a elas, as leis que as disciplinam estão subordinadas ao controle jurisdicional.

Sendo o Poder Judiciário integrado por órgãos derivados da Constituição, a sua legitimidade para controlar a lei é tão importante quanto a do próprio Poder Legislativo para elaborá-la.

Sobre o argumento da democracia, Dworkin sustenta que, nas decisões sobre direitos, os juízes estão mais preparados do que os legisladores para garantir a eficácia dos direitos. De sua crítica extraem-se dois pontos que reputo da maior importância.

¹⁶⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes: *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 82

O primeiro, sobre a técnica de examinar uma reivindicação de direito, no que se refere à coerência especulativa, que é muito mais desenvolvida em juízes do que em legisladores ou na massa dos cidadãos que elegem legisladores. Isto se explica pelas características próprias do procedimento judicial, que exige uma prévia escolha, que se expressam nos requisitos da demanda, e no esgotamento das vias discursivas, com o resguardo da ampla defesa e do contraditório, além de métodos de busca da verdade e da melhor decisão em que se constituem as regras processuais.

Os grupos politicamente poderosos poderão, por exemplo, preferir privilegiar determinados interesses ou políticas, e os legisladores carecerão de julgamentos independente para identificar o Direito em jogo ou a coragem de impô-lo; os juízes, institucionalmente, estão em melhores condições para decidir tais questões. Além disso, estão mais protegidos contra pressões, o que os qualifica para tomar decisões com mais imparcialidade.

O outro aspecto é que o acesso aos órgãos da jurisdição é mais fácil. Mesmo tendo que se admitir que os ricos tem mais facilidade de acesso à justiça do que os pobres¹⁶⁹, é certo que as pessoas com menores condições econômicas, de educação etc, tem muito mais dificuldades de fazer valer seus Direitos no processo de elaboração legislativa em razão das inúmeras barreiras do sistema de representação popular.

Por isso não é totalmente correto afirmar que o poder legislativo é o único capacitado para o exercício da democracia, nem que a lei deve ter o monopólio da busca do Direito justo.

3.2. Aspecto procedimental da democracia

3.2.1. Legitimidade e processo judicial

Reforçando o papel do Judiciário na tomada de decisões de conteúdo, nesta fase do Direito em que este supera as concepções fundadas na autoridade e mesmo em uma idéia superior de justiça, os procedimentos adquirem um papel de crucial importância na medida em que tendem a assegurar a realização de decisões justas.

A legitimidade racional-legal do poder que, em face da complexidade atual, não pode basear-se simplesmente em uma “moral apresentada de forma

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald: *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 31.

natural” tem de ser confirmada no próprio sistema político. Dessa forma, decisões obrigatórias (leis) são consideradas premissas de comportamentos, sem que se possa especificar com antecedência quais as decisões concretas que serão tomadas e “... a legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso”.¹⁷⁰

É indispensável que existam normas que vinculem a todos e em relação às quais haja consenso sobre sua observância como premissas para os comportamentos individuais. De outra parte, é impossível a regulação completa da atividade individual, pelo que a adequação entre o comportamento individual e o preceito normativo quase sempre comporta uma certa flexibilidade. Assim é que sempre haverá uma margem para o julgador, o que leva à incerteza no resultado da decisão.

Os processos judiciais representam importante parcela desta ação legitimadora de decisões instrumentalizada pela comunicação e cooperação, que são induzidas pelas próprias características do processo: o interesse próprio de cada parte, a certeza de que será tomada uma decisão (o Direito moderno é avesso a soluções *non liquet*), e a incerteza quanto à natureza desta decisão.¹⁷¹

A incerteza quanto ao conteúdo da decisão é estimuladora do diálogo e da cooperação. Ela é indutora de um nível de comunicação que se orienta pela busca da verdade sobre o estado de coisas e da justiça que representa a melhor decisão, em que cada parte tenta demonstrar mais eficiência na apresentação de elementos de convicção e também de argumentos de outra ordem que se orientem no sentido da busca do preceito que reja tais fatos, como a interpretação e a busca do Direito.

Destaca Luhmann que tais incertezas não se confundem com os processos arcaicos em que a incerteza se baseava em formalidades sobre atuações que eram as únicas certas. A incerteza do processo moderno é resolvida com a argumentação racional levada a efeito por um eficiente nível de comunicação entre os sujeitos processuais.

O novo paradigma do Direito, que não tem fundamento apenas na força da autoridade, nem somente na racionalidade ética, necessita fincar suas bases tanto na coação quanto no consenso, fazendo surgir daí uma concepção de legitimidade.

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas: *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 31.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 46.

Uma norma jurídica não pode derivar apenas da vontade da autoridade com competência para a edição do ato legislativo, mas deve ser produto de amplo debate, em que se busque o consenso em torno do seu conteúdo, como exigência do regime democrático. Uma vez produzida a norma, ela deve ser observada por todos (inclusive pelo Poder Legislativo, quando se trate de norma constitucional). Como lembra Luhmann: “...os rebeldes têm de poder ser dominados em caso de necessidade...”¹⁷²

Os procedimentos judiciais têm características específicas, das quais se ressalta a diferenciação, a autonomia e a existência de um sistema de contatos.

A diferenciação tem o sentido de o sistema social construir para si próprio um ambiente de forma a que os processos seletivos de elaboração de informações do meio ambiente possam ser orientados por regras e decisões próprias deste sistema. Isto significa que “... estruturas e acontecimentos do meio ambiente não sejam automaticamente válidas no sistema, mas sim que só possam ser reconhecidas após filtragem de informações.”¹⁷³

Esta exigência é própria da modernidade, em que a economia de tempo não permite, como no passado, a busca da justiça caso a caso. Em todas as sociedades com uma certa complexidade, os procedimentos têm de ser “instruídos” de forma a poupar tempo, por meio de escolha de um modelo pré-construído. A diferenciação refere-se ao processo de absorção da incerteza e é dirigido por critérios do próprio procedimento, evitando-se, o tanto quanto possível, critérios externos, como o procedimento da demonstração divina. Aqui o procedimento não tem autonomia porque a legitimidade da decisão depende da certeza da fé. Por isto opta-se por demonstrações dependentes de papéis os quais convertem-se em livre apreciação de provas.

A demonstração dependente de papéis tem um campo de ação muito mais vasto, mas não se admitem exageros. Assim, é que cada sujeito processual desempenha papéis que orientam e influenciam na busca da decisão, de forma relativamente independente em face de outros papéis desempenhados fora do processo.

É indispensável, além disso, que o juiz decida como um estranho em relação ao processo, eximindo-se de outros papéis que desempenha na família, na camada social, e até mesmo de sua própria experiência de vida e saber pessoal.

¹⁷² LUHMANN, Niklas: *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 29.

¹⁷³, *Idem, ibidem*, p. 51.

Certamente isto não inclui a desconsideração do papel de ser humano, nem a consideração sobre experiência do ser humano e do saber que é próprio da cultura, pois é em função destes dados que o juiz decide.

O processo judicial também é caracterizado pela autonomia, o que significa que se trata de um sistema orientado segundo critérios próprios de seleção. A autonomia significa que se pode conduzir as relações de intercâmbio e de dependência do meio ambiente através de estruturas e métodos próprios. A autonomia se dá com a seleção de normas, de argumentos, de situações, de fatos a serem apreciados no processo. Com o crescimento do Estado industrial, destaca Luhmann, verificou-se um desvio da autonomia do Direito para os fatos.

O aumento do âmbito de regulação exigiu complementos com axiomas, revistas e literatura. De outro lado, a tecnologia permitiu uma apreciação maior do estado de fato, com o que formalidades integrantes do sistema perderam em importância.

O sistema de contatos é outra característica do processo judicial. Isto significa que os participantes se encontram amiúde, forçando à cooperação para com o adversário. O embate em que cada qual se coloca, em dado momento com mais força, termina estimulando a reconciliação.

3.2.2. Processo e ação comunicativa

Jürgen Habermas formula uma concepção em que explora a possibilidade de convivência através do consenso baseada em uma ética do discurso segundo a qual a única racionalidade é a do diálogo.

O Direito moderno foi dissociado de motivos éticos e atingiu o seu último estágio no Estado Social Democrático de Direito. O positivismo reduziu o Direito a procedimentos que servem a uma justificação do poder.

O Direito foi utilizado como uma chave capaz de mediar todas as relações sociais. A sociedade correta era a que estava organizada de acordo com um programa jurídico. A organização autopoietica do Direito deu origem a um sistema jurídico que não consegue manter uma troca direta com seus mundos circundantes, nem influir neles de modo regulatório. A comunicação sobre o que seja jurídico e injurídico perde o seu sentido social-integrador.

Descartada a opção pelo Direito natural, que subordinava o Direito vigente a padrões suprapositivos, as alternativas que restam para a racionalidade na

aplicação e na fundamentação do Direito são as saídas da hermenêutica jurídica, do realismo e do positivismo jurídico.

A hermenêutica jurídica estabelece uma pré-compressão valorativa, da qual decorre uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para ulteriores relacionamentos. “... a pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida em que, sob a sua orientação, a norma e o estado de coisas se constituem ou concretizam reciprocamente”.¹⁷⁴ Este relacionamento é influenciado por princípios comprovados historicamente, portanto, de contexto ético-tradicional. A indeterminação deste processo circular é reduzida paulatinamente pela referência a princípios.

De outra parte, o positivismo jurídico pretende: “fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas”.¹⁷⁵ Com isto pretende-se garantir a consistência de decisões ligadas a regras e tornar o Direito independente da política.

O agir comunicativo supera a antiga dicotomia entre o juspositivismo e jusnaturalismo: “a tensão entre princípios normativistas que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar, e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participantes *versus* observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual *versus* descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente, do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos, etc.)”.¹⁷⁶

O sistema de Direito compreendido a partir da teoria do agir comunicativo corresponde a um novo paradigma. O modo como o sistema de Direito e os princípios do Estado de Direito podem ser realizados no contexto da respectiva sociedade em um terceiro paradigma de Direito, que denota uma compreensão procedimentalista do Direito, que não se identifica com o Direito formal burguês e nem com o Direito materializado do Estado social.

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 250.

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 23.

A função integradora da ordem jurídica se alcança com as condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente, que seguem de uma série de critérios na prática da decisão judicial.

O agir comunicativo é caracterizado pela interação de ao menos dois sujeitos capazes de linguagem e ação que, com meios verbais e extraverbais, estabelecem uma relação interpessoal. Agir de acordo com normas leva em conta que estas exprimem um entendimento existente em um grupo social, cujo enunciado apresenta-se como um meio de comunicação e que supõe sujeitos isolados. Na circunstância do agir comunicativo interpretar é concordar com definições de situações suscetíveis de consenso.

Ao contrário da razão prática, a razão comunicativa não é fonte de normas de agir. O seu conteúdo normativo reside apenas no fato de quem age de forma comunicativa ser obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos e a empreender idealizações atribuindo significado idêntico a enunciados, a levantar pretensões de validade em relação ao que profere e a considerar os destinatários imputáveis, autônomos, e verazes consigo mesmos e com os outros.¹⁷⁷ O conceito tradicional de razão prática transforma-se em fio condutor para a reconstrução do emaranhado de discursos formadores da opinião e preparadores da decisão na democracia exercitada conforme o Direito.

Quando a razão prática é substituída pela razão comunicativa, alcança-se muito mais do que uma simples troca de etiqueta. O objetivo proposto é transportar o conceito de razão para o *medium* lingüístico, aliviando-o da “ligação exclusiva com o elemento moral”.

O sentido da lei depende de interpretações derivadas de consenso e a linguagem apresenta-se como meio de compreensão e entendimento. O que é verdadeiro, portanto, não passa de convenção. A razão comunicativa não fica adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sóciopolítico, mas suas possibilidades encontram-se no meio lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.

A linguagem exsurge como meio universal de incorporação da razão. Os pensamentos articulam-se através de proposições, que são partes elementares de uma linguagem gramatical, apresentável como verdade, entendida como a aceitabilidade racional, “como o resgate de uma pretensão de validade criticável sob as condições

¹⁷⁷ *Idem, ibidem, p. 20.*

comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico”.¹⁷⁸

A ação comunicativa é orientada pela compreensão, ou seja, concordância dos participantes à comunicação sobre a validade de uma expressão e à interação, ou seja, o reconhecimento intersubjetivo da pretensão de validade. O Direito e a moral apresentam-se como normas de segundo grau, porque só se deve recorrer a elas em caso de falência dos meios normais de comunicação e coordenação da ação.

Habermas aponta para a tensão entre faticidade e validade na categoria do Direito, que se manifesta nas duas dimensões da validade jurídica, decorrente, de um lado, da garantia de implementação de expectativas de comportamentos sancionados pelo Estado, com a segurança jurídica, e de outro, da legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas.

A validade social das normas do Direito é determinada pelo grau em que conseguem se impor, ou seja, pela sua possível aceitação no círculo dos membros do Direito. A função dos argumentos jurídicos consiste em elevar o nível de aceitação real de decisões motivadas, diminuindo o seu caráter de surpresa. “... uma vez que os argumentos, enquanto garantias para contextos de decisão, são de difícil substituição, o jurista tem a impressão de que os argumentos justificam a decisão e não as decisões os argumentos”.¹⁷⁹

Os esforços de reabilitação e as formas empiristas retraídas não conseguem devolver ao conceito de razão prática a força explanatória que ele tivera no âmbito da ética e da política, do Direito racional e da teoria moral, da filosofia da história e da teoria da sociedade.

Habermas admite uma visão procedimental para o Direito privado, mas não para o Direito público, em áreas como Direito constitucional, Direito penal e processual penal, que são contíguos a aspectos morais, e que precisam de uma justificação material.

No Direito privado há possibilidade de atuação de mecanismo de comunicação que substitua o Direito como *medium*. Em lugar do Direito como meio de comunicação, devem coexistir procedimentos de regularização de conflitos, que são adequados à estrutura do agir orientado ao entender-se. Em lugar da autoridade

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 33.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 75

vem o debate, ou seja, processos de formação discursivos de vontade e procedimentos de debate e decisões orientados ao consenso.

Na medida em que a autoridade da lei como meio de comunicação é substituída por processos discursivos de formação da vontade e procedimentos de debate e decisão orientados ao consenso, se reconhece de forma muito nítida a eqüidade, pois se manifesta uma espécie de justiça que é buscada e legitimada pelos próprios interessados, que estão mais habilitados para tal.

Este conceito de justo não faz referência a uma concepção heterônoma, mas é relacionado às necessidades do próprio conflito. Neste sentido, Aristóteles já registrava que “... em algumas cidades-Estados os juízes são chamados mediadores, na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio-termo, obterão o que é justo. Portanto, justo é um meio-termo já que o juiz o é.”¹⁸⁰

3.3. Ação, jurisdição, processo e Direitos fundamentais

3.3.1. O Estado Democrático de Direito e o aspecto procedimental do Direito

O Estado Democrático e Social de Direito, adotado pelo Brasil é expressão ideológica de uma forma de organização e convivência política em uma estrutura social, que se apresenta como um “programa de ação” a ser partilhado por todo integrante da comunidade política: “... uma expressão ideológica, fundada em valores, normativa e institucionalmente organizada, que descansa em uma estrutura socioeconômica”, e cujas funções são as de “a) servir de fator de identificação interna e externa do regime adotado no país e, com isso, b) assegurar a sua permanência, servindo c) como guia para a interpretação da Constituição, bem como d) de limite para sua reforma”.¹⁸¹

Dentre as características do Estado Democrático de Direito, vale destacar a concepção procedimental da Constituição. O Estado moderno tem como uma de suas característica a submissão de sua atividade a procedimentos previamente limitados, inclusive no que se refere à modificação de sua base constitucional.¹⁸²

¹⁸⁰ ARISTÓTELES: *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2001, p. 111

¹⁸¹ VERDU, Pablo Lucas, *apud* FILHO, Willis Santiago Guerra, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Celso Bastos, 2001, p. 20.

¹⁸² LUHMANN, Niklas: *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 53.

O regime do Estado Democrático de Direito manifesta-se com um aspecto nitidamente procedimental na medida em que, apresenta-se como uma “obra aberta”, cujo sentido é o de “permitir um intento conciliatório de valores”, e que, se, em um nível abstrato, são perfeitamente compatíveis, no momento de sua concretização podem não alcançar este mesmo grau de compatibilidade.

Os princípios fundamentais despontam como instrumentos de realização de valores que se compatibilizam no plano do texto constitucional em decorrência dos debates que o originaram. No terreno dos interesses individuais ou grupais, somente se compatibilizam após extenso debate com negociações e concessões recíprocas.¹⁸³ Disso resulta a utilidade e adequação de um nível de comunicação razoável entre os integrantes da sociedade, pois o debate é que irá assegurar a realização equitativa desses valores.

O Judiciário surge, então, como fórum mediador do embate na concretização desses valores que se expressam nos princípios fundamentais. Os procedimentos judiciais legítimos são, assim, fundamentais para a realização dos Direitos.

Da mesma forma que, no passado, o Direito passou por um processo de diferenciação em relação à moral e à política, na atualidade ocorre uma rearticulação destas esferas, o que se pode observar com a colocação dos princípios no centro do debate político, e também jurídico, e com a reconsideração dos Direitos fundamentais do homem, que colocou a dignidade humana como o valor primordial da experiência jurídica.

Os Direitos fundamentais do homem e a democracia, baseada no pluralismo, bem como a existência de subsistemas com regras próprias e estratégias para decisões de conflitos no seu interior, são instrumentos indispensáveis à compreensão do Direito atual.

Neste contexto, o Estado Democrático de Direito apresenta-se como indispensável instrumento de realização da justiça e “ponto de referência inabalável para a hermenêutica crítica mesmo quando a razão prática só tenha deixado na história institucional traços bastante débeis”,¹⁸⁴ onde se destaca a Constituição como expressão da autocompreensão ético-normativa de uma comunidade e da participação da sociedade na sua concretização.

¹⁸⁴ LUHMANN, Niklas: *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 223.

Desta forma, a Constituição apresenta-se como responsável pelo acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e político, representando a sociedade hipercomplexa que a instituiu, sem dedicar-se a nenhuma das contraditórias concepções de mundo vigentes na sociedade. A autonomia do sistema jurídico não há de ser entendida no sentido de um isolamento em relação aos demais sistemas sociais. O sistema jurídico funciona com um código próprio, sem necessidade de recorrer a critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas aos quais se acopla através de procedimentos desenvolvidos de reprodução jurídica, legislativa, administrativa, contratual e judicial.¹⁸⁵

As Constituições, que na sua origem eram destinadas aos governantes, limitando-lhes o poder, passam a ser instrumento de disciplina também das relações privadas, substituindo, neste papel, os antigos códigos. O Direito Constitucional e, mais especificamente, os Direitos fundamentais passaram a ocupar o centro do Direito. Ainda que formalmente, a maioria dos países do mundo contemporâneo tem a Constituição como a norma, a partir da qual emana todo o ordenamento jurídico, e os Direitos fundamentais constituem a essência de qualquer nação moderna.

As cartas constitucionais evoluíram, a partir da famosa decisão de *Marbury x Madison*, de simples recomendações para os governantes para textos normativos de conteúdo vinculante. A antiga função limitadora do poder soberano do Estado cedeu espaço, no estado liberal, para o reconhecimento de Direitos subjetivos, e no Estado Democrático de Direito, para garantias de processos justos de decisões, passando, assim, a norma jurídica com um amplo conteúdo de disposições vinculadas ao Direito privado, fonte de princípios e de regras jurídicas.¹⁸⁶

No que se refere aos princípios jurídicos, a constituição estabelece as bases informadoras do Direito privado, da organização da economia, da sociedade civil, e das que se aplicam ao Direito das pessoas, dos contratos, da responsabilidade por danos, da propriedade, da família e das sucessões, com função integradora, interpretativa e de aplicação.¹⁸⁷

Dessa forma, a Constituição é fonte de regras de Direito privado que condicionam o legislador, o juiz, e muitas delas são invocadas pelas partes como

¹⁸⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 68.

¹⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis: *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 258

¹⁸⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis: *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 258.

argumentos jurídicos. Têm, portanto, uma importância fundamental na medida em que podem ter uma eficácia direta ou ser de gozo indireto.¹⁸⁸

Dworkin apresenta uma visão substancial da democracia constitucional, como modelo de “comunidade de princípios”, segundo a qual, a despeito do “fato do pluralismo”, os indivíduos admitem que princípios comuns os governam. Observa-se, especificamente, no campo do Direito processual, que as Constituições, cada vez mais, trazem para os seus âmbitos de abrangência direitos que anteriormente se encontravam no âmbito das legislações ordinárias, infraconstitucionais, formando uma nova área de estudo que é o campo do Direito processual constitucional.

Com isto, resta superada a distinção entre princípio político e princípio jurídico.

Assim, tanto em razão do aspecto procedimental do Direito moderno, quanto da expansão do âmbito de abrangência do Direito constitucional, a Constituição passa a ser a mais importante fonte do Direito Processual Civil.

A valorização dos princípios como fonte do Direito e o seu caráter vinculante, inauguraram uma era a qual Eros Roberto Grau denomina de jurisprudência dos princípios.¹⁸⁹ Assim, toma-se por superada a dicotomia entre jusnaturalismo *versus* juspositivismo, tendo-se chegado à fase do pós-positivismo, marcada pela normatividade e positivação dos princípios gerais de Direito. Segundo Habermas, a “jurisprudência de valores” conforma uma espécie de “cidadania ética” ao equiparar os Direitos fundamentais aos valores inscritos nas tradições constitutivas da comunidade que devem atuar no sentido de concretizar a Constituição, enquanto força normativa da vontade política de uma comunidade ética”.¹⁹⁰

O que se observa neste caso são visões diferentes da mesma realidade sociojurídica, que é a valorização do Direito público, especialmente do Direito Constitucional, e a elevação dos princípios constitucionais referentes aos Direitos fundamentais do homem à categoria de base dos sistemas jurídicos das democracias modernas.

O Estado Democrático de Direito, assim, tem uma de suas bases no reconhecimento da dignidade humana e no reconhecimento de princípios

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 258.

¹⁸⁹ GRAU, Eros Roberto: *Direito posto e Direito Pressuposto*. São Paulo. Malheiros Editores. 2000, p. 23.

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 260

fundamentais que dêem garantias de vida digna. Os Direitos fundamentais, já na declaração francesa, constam como capítulo obrigatório em qualquer Constituição.

A elevação dos princípios fundamentais como expressão desses valores abstratos, que se compatibilizam como condição para a formação da estrutura do Estado, e a necessidade de uma atuação cada vez maior do judiciário, como fórum mediador do embate na concreção desses valores que se expressam nos princípios fundamentais, levam a uma compreensão do Estado Democrático de Direito em que a utilização de procedimentos, não só legislativos e eleitorais mas, especialmente, judiciais, são instrumentos de decisões legítimas.

O surgimento de princípios jurídicos de conteúdo político, por ocasião do surgimento do Estado de Direito, veio a adquirir conotação jurídica com o fim da Segunda Guerra e a queda dos regimes totalitários, quando se compreendeu que o Estado não pode estar acima do Direito, e que o Direito produzido pelo Estado não pode estar totalmente dissociado de um referencial ético. Embora esta compreensão não seja novidade no pensamento jurídico, somente a partir deste momento histórico as Declarações de Direitos passaram a fazer parte da praxe judiciária.

A crescente atuação do poder judiciário impulsionou a inserção de toda uma gama de princípios de Direito processual que abrange não apenas o processo civil, mas, também, o processo penal e trabalhista.

O novo Direito processual já não pode se limitar a uma concepção dogmática do Direito positivo, mas consolida-se, por exigência da pós-modernidade, como conquista histórica da cidadania juridicamente fundamentada em princípios e institutos de caráter universalizante. Princípios processuais como os da ampla defesa, do contraditório e do Direito de ação são considerados Direitos de natureza substancial ou material e “Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização, de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um Direito. Trata-se de um verdadeiro Direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em Direito ao contraditório”.¹⁹¹

Uma das mais interessantes discussões sobre o Direito processual que se encontra na Constituição diz respeito à extensão da cláusula do devido processo legal, que tem sua origem no Direito do sistema da *Common Law*, do *due process of law*.

¹⁹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 41.

3.3.2. O Direito processual e os princípios constitucionais do processo

Os princípios veiculam valores que superam aspectos políticos e também jurídicos, induzem o debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando um caso vai ao Tribunal, mas muito antes e muito depois. O Direito assim entendido coloca o Tribunal em uma posição de verdadeiro guardião da democracia.

Os princípios surgem, assim, como meio de conexão entre o Direito e a política: “Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de proferia. Chamo de Direito.”¹⁹²

As Constituições apresentam uma interessante estrutura, a partir de princípios, já identificada por Canotilho.¹⁹³ A Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização, o que implica em diferente densidade semântica. Há, em primeiro lugar, os princípios estruturantes constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Outros princípios, denominados princípios constitucionais gerais, densificam os princípios estruturantes, formando um sistema interno.

O princípio do Estado de Direito, por exemplo, é densificado através de uma série de princípios como o da constitucionalidade, da legalidade da administração, da independência dos tribunais, etc. Estes, por sua vez, se densificam. O princípio republicano é densificado através do subprincípio da não-vitaliciedade dos cargos políticos, da igualdade civil e política, etc. Estes princípios gerais, por sua vez, se concretizam através de outros princípios constitucionais especiais. O princípio da legalidade da administração é concretizado pelo princípio da reserva de lei.

Os princípios são densificados também por regras constitucionais, qualquer que seja sua natureza. Ademais, o esquema traçado a partir destes postulados não se desenvolve apenas em uma direção, de cima para baixo, dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, mas também através

¹⁹²DWORKIN, Ronald: *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 103

¹⁹³CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994, p. 180

de esclarecimento recíproco, e mesmo através de concretização legislativa e jurisprudencial.

Não se concebe a Constituição despida de conteúdo normativo. Ela é dotada de positividade, regulando efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento.

O sentido dos princípios que se expressam em “normas programáticas” não são apenas de “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismos políticos”. O seu valor jurídico, hoje, é semelhante aos dos demais preceitos constitucionais. A positividade jurídico-constitucional dos princípios significa a vinculação ao legislador; a vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores e a vinculação dos poderes políticos, o que justifica eventual censura à não observância da Constituição.

Os princípios não se confundem com regras. Os princípios têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos a que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras.

Um importante critério de distinção refere-se ao seu conteúdo. Enquanto as normas trazem a descrição de estados de coisas por um fato ou um certo número deles, os princípios referem-se direta ou indiretamente a valores.¹⁹⁴

Robert Alexy distingue as regras dos princípios, não pelo grau de generalidade, mas pela qualidade das normas. Aponta, dentre outros critérios, que enquanto a regra se orienta pelo tudo ou nada, segundo a concepção de validade ou invalidade, o princípio caminha no sentido de oferecer razão para decisões. A incidência de regras distintas apresenta pontos de antinomia, enquanto que com os princípios tal não ocorre, pois eles conseguem se acomodar na solução do caso concreto.

Outro critério diz respeito à possibilidade de antinomia entre regras, o que não ocorre entre princípios, porque: “...as colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro. Já na hipótese de choque entre regra e princípio, é

¹⁹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 45.

crucial que esse deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o princípio em que a regra se baseia.”¹⁹⁵

Enquanto as regras exigem o cumprimento, os princípios contêm determinações: “... o caráter dos princípios significa que não se trata de normas vagas, mas que com elas se funda uma tarefa de otimização”, tarefa que é, na forma, jurídica, e no fundo, moral.¹⁹⁶ A tese de Alexy representa um golpe na teoria da separação entre Direito e moral que, embasa o pensamento positivista.

Isto indica uma importante manifestação da equidade na argumentação com base em princípios. Como indica Alexy, se criássemos uma lista de princípios de um sistema jurídico ela não seria muito mais do que um catálogo de pontos de vista ou *topoi*. A argumentação em princípios direciona-se para a razão prática, onde se sobressai a equidade como critério de ponderação na tomada de decisões.

Neste contexto, na concretização de valores através de princípios, o princípio da proporcionalidade, conhecido como “o princípio dos princípios” exsurge como necessidade lógica na ponderação dos interesses em jogo.

Os princípios, na medida em que não têm indicação de conduta a ser seguida, mas apenas fazem referência a valores que somente irão ter sentido no mundo da realidade após um debate entre os interessados, diante de elementos desta realidade, como considerações de ordem econômica, histórica, política, etc., apresentam-se como espaço próprio para a realização da equidade.¹⁹⁷

O confronto entre princípios dificilmente é resolvido no plano da legislação. Há que se examinar a otimização dos valores expressos nos princípios diante das circunstâncias do caso concreto, e após um amplo debate entre as partes.

A unidade da Constituição e as antinomias e tensões entre princípios constitucionais apresentam-se como um processo de densificação dos princípios constitucionais que não resulta apenas de sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais, mas como densificação de princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador e pelos órgãos de aplicação do Direito, designadamente os Tribunais.

¹⁹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 48

¹⁹⁶ ALEXY, Robert: *Derecho y Razón práctica*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía Del Derecho y Política, 1993., p. 15.

¹⁹⁷ SILVEIRA, Alípio: *Hermenêutica No Direito Brasileiro*. 1º Volume. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 382.

O princípio da unidade supõe a igualdade entre as unidades normativas e é apontado como uma exigência de coerência narrativa, a exigir dos juízes e das demais autoridades uma leitura das regras como se fossem obras de um só autor.

Os princípios jurídicos têm a função de dar unidade e coerência ao ordenamento jurídico e estruturam-se com base em um princípio maior do que o da realização da justiça, e se densificam em princípios de hierarquia inferior, como o princípio do Estado de Direito, o princípio da soberania, da dignidade de pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, etc. (art. 1º da CF), mas também por regras constitucionais.

4. SISTEMA JURÍDICO E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

SUMÁRIO. 4.1. Interpretação sistemática e processo nos Juizados Especiais Cíveis. 4.2. Criação judicial e Direito material nos Juizados Especiais Cíveis. 4.3. Os princípios constitucionais do processo e sua aplicação nos juizados Especiais Cíveis

4.1. Interpretação sistemática e processo nos Juizados Especiais Cíveis

4.1.1. A missão dos Juizados Especiais Cíveis

Qualquer estudo sobre o procedimento estabelecido para as causas cíveis de menor complexidade, seja ele levado a efeito sob o ponto de vista da Sociologia, seja do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, não pode deixar de levar em consideração aspectos do Direito Constitucional.

O sistema jurídico é definido como um sistema em que cada ato de interpretação e aplicação do Direito conduz a compreendê-lo como parte do conjunto da ordem jurídica, e que se encontra em todos os graus de obtenção do Direito, na complementação de lacunas e na interpretação criativa sistemática.

O sistema jurídico é uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais.¹⁹⁸ Assim entendido, o sistema da Lei 9.099/95 liga-se à finalidade a que se propõe, que é o acesso à justiça e ao valor da igualdade material.

O procedimento dos Juizados Especiais deve ser analisado como um instrumento criado com a finalidade de promover o acesso à ordem jurídica justa como expressão do princípio da isonomia material, para cuja realização não é suficiente a garantia formal do Direito contra o Estado, mas impõe que este tome medidas concretas necessárias a que esta garantia seja efetivada.

Isto remete aos valores fins que garantem o devido processo legal e que se expressam nos princípios a ele ligados, como o contraditório, a ampla defesa, a garantia da coisa julgada, da isonomia, da motivação, etc. como valores fundamentais no sistema de solução de conflitos.

¹⁹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm: *Pensamento Sistemático E Conceito De Sistema Da Ciência Do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 281.

Sob o ponto de vista de uma análise sociológica, o processo judicial alcança, na Era Moderna, um nível tal de importância que chega a ser apontado como fator de legitimação das decisões. Em razão disso, foi alçado ao nível constitucional, passando as constituições a atuarem como mecanismos de “acoplamento” entre os sistemas social e jurídico.

Em outras palavras, os princípios constitucionais do processo apresentam-se como resultantes das decisões consensuais da sociedade, tomadas através de seus representantes constituintes, que garantem as decisões judiciais. O Direito processual constitucional, portanto, é que promove o necessário intercâmbio entre o sistema jurídico e o sistema social e, com isto, legitima as decisões judiciais.

A atividade judicial nos Juizados Especiais Cíveis, em razão disso, deve ser exercida tendo em vista o fim a que se propõe este microsistema processual, que é o de promover o acesso à ordem jurídica justa como manifestação da igualdade material.

4.1.2. Sistema processual equitativo

O acesso à ordem jurídica justa é manifestação da equidade na medida em que, através de um processo conectado a valores fundamentais, assegura o diálogo legal sem descuidar-se dos interesses da realidade. Assim, o processo equitativo é a aproximação entre o julgador, as partes e o conflito, com a busca da verdade dos fatos e da decisão mais razoável, segundo os princípios da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios que deste decorrem.

A equidade exsurge do fato de ser recorrente a necessidade de argumentos com princípios e, portanto, com valores que lhe são inerentes, considerando, vez por outra, critérios de ponderação de interesses que traduzem o princípio da proporcionalidade: “princípio dos princípios”.

De igual importância, a necessidade de utilizar a equidade diante de uma lei aberta, enxuta, com forte presença de cláusulas abertas.

Os Juizados Especiais são dotados de um procedimento que ressalta o caráter dialógico do processo, expresso nos princípios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade, sem que sejam atingidos ou ameaçados os Direitos e garantias fundamentais decorrentes do *due process of law*.

Destaca-se, assim, um nítido caráter de instrumento da realização do Direito material, em um espaço que reconhece dentro do ordenamento jurídico,

como sistema teleológico-axiológico, a multiplicidade de fontes autônomas e a valorização do consenso.

Os princípios do procedimento permitem uma comunicação direta entre as partes e o juiz e acabam por estabelecer e reforçar o diálogo entre as partes, e também entre estas e o juiz, ao formularem suas pretensões e interesses em juízo de forma mais autêntica, ajudando o agente do Estado, no caso o juiz, a melhor compreender o conflito que se instaurou.

As formulações técnicas não se interpõem mais entre os sujeitos processuais de forma a exigir que o conflito se encaixe na previsão legal. Com este novo procedimento, há mais flexibilidade para que, a partir da lide posta em juízo, se busque a solução mais adequada, sem as limitações que um processo mais formal impõe. Eventual insegurança que um sistema assim poderia apresentar é anulada com a presença dos princípios processuais decorrentes do devido processo legal.

4.1.3. Criação judicial e as regras processuais nos Juizados Especiais Cíveis

A mobilidade e a existência de cláusulas gerais apresentam-se como campo fértil para a atividade criadora do juiz. Nos Juizados Especiais Cíveis a abertura está presente na existência de um sistema processual onde é forte a presença de princípios e onde é escassa a disciplina normativa, acrescido de um sistema recursal bastante simples. A existência de uma norma processual mais principiológica e com menores possibilidades de recurso torna as potencialidades de decisões inovadoras bem maiores, o que implica um sistema jurídico mais flexível.

Este processo de princípios, com restrita atividade mediadora das regras, reclama uma atividade jurisdicional de relevância, e com caráter mediador entre o princípio abstrato e o caso concreto. No processo tradicional, em que os princípios eram extraídos das regras, a mediação eqüitativa era relativamente limitada. A criação judicial, a partir de interpretação axiológica-teleológica das normas da Lei no. 9.099/95 e da aplicação de princípios, chega a um nível nunca antes atingido no Direito brasileiro.

As formas devem estar a serviço do processo, com o que devem ser analisadas, diante das circunstâncias do caso concreto, e da realização da finalidade do ato, com isto se alcançando uma verdadeira eqüidade processual.¹⁹⁹

¹⁹⁹ CAMBI Eduardo: *Direito Constitucional à prova no Processo Civil*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001, p. 28

Há outra manifestação da equidade no aspecto processual, que é a inexistência de amarras legais para a prática de atos processuais, o que contribui para a construção de um sistema processual novo, que facilita a comunicação entre os sujeitos processuais.

É indispensável uma atuação criativa do juiz para dar eficácia aos princípios constitucionais e legais dos Juizados Especiais. É necessário que as possibilidades e instrumentos oferecidos pelo legislador sejam explorados em toda a sua plenitude. A não ser assim, assistir-se-á à transformação dos Juizados em meras Varas especializadas em questões de menor complexidade, com o que não se alcançará a solução dos obstáculos ao acesso à justiça.

Dentre as maiores ameaças à eficiência dos Juizados Especiais Cíveis encontra-se a visão do seu procedimento como um mero rito especial, para cuja integração se deve utilizar o Código de Processo Civil como fonte subsidiária. O equívoco desta concepção está em que este Código representa um sistema baseado no formalismo, na crença da lei como resposta única para todas as questões a serem enfrentadas no processo, idéias estas que já não atendem às necessidades de uma sociedade complexa, caracterizada por um enorme distanciamento entre classes sociais.

Foi essa mentalidade que estimulou o surgimento das chamadas barreiras ao acesso à justiça que o sistema dos Juizados Especiais Cíveis agora procura romper. Neste aspecto, as formalidades, os prazos, os incidentes, os recursos e as regras previstas para o Código de Processo Civil não são adequados ao processo dialógico criado com uma nova filosofia.

A disciplina de prazos e formas nos Juizados Especiais há de ser alcançada com uma maior liberdade judicial, cujos parâmetros são os princípios constitucionais.

A Lei 9.099/95 não é uma singela lei que se deva interpretar segundo a regra hermenêutica de generalidade e especialidade – a lei que abre exceção a normas gerais, só abrange os casos que especifica. Trata-se, na realidade, de uma lei que institui um sistema especial de jurisdição.

É relevante a atuação criativa do juiz no sentido de promover a equidade, seja na interpretação e na aplicação da lei processual, seja na solução de antinomias.

A interpretação deve ter em vista o acesso à justiça como garantia constitucional, o caráter participativo dialógico, o princípio do consenso, a singeleza dos conflitos que são submetidos à jurisdição, dentre outros aspectos.

A equidade também deve estar presente na aplicação da lei com uma conexão muito maior entre realidade e norma abstrata, como consequência de um sistema processual muito simples, de regras probatórias também muito singelas e de dispensa, em alguns casos, da mediação técnica por advogados, o que remete à experiência comum como critério principal de busca da verdade sobre fatos e à linguagem leiga como forma de comunicação.

Finalmente, como nos demais ramos do Direito, a equidade deve estar presente na solução de conflitos aparentes de normas, tendo-se, entretanto, o cuidado de não se imaginar que estamos diante de um procedimento “especial” em relação ao procedimento tradicional.

4.2. Criação judicial e Direito material nos Juizados Especiais Cíveis

4.2.1. A idéia de simplificação das normas substantivas nos Juizados Especiais Cíveis

No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis há um dispositivo que prevê que: “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum” (art. 6º da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1996). A tese de que o dispositivo referido autoriza a prolação de decisões “justas e equânimes” na interpretação e aplicação de normas de Direito substancial, até mesmo contra o sentido mais usual da lei, é apontada como uma das medidas tendentes a ampliar o acesso à justiça, mas que encontra fortes resistências.

Esta visão tem forte influência do denominado “Direito alternativo”, que coloca-se na luta pela realização de uma sociedade justa tendo por instrumento a construção do Direito, mesmo fora das amarras legais e sem vinculação com os preceitos normativos tradicionais.

O pressuposto desta visão é o de que os Juizados Especiais Cíveis não podem se transformar em órgãos jurisdicionais nos quais o centro do debate seja a técnica jurídica, mas a sua função é sempre a busca da justiça. Além disso, as partes, quando não são assistidas por operadores do Direito não estarão aptas a compreender as decisões baseadas na dogmática tradicional.

Com a dispensa das formalidades legais, os juízes estariam mais livres para a busca da decisão justa, independentemente dos preceitos normativos e da técnica jurídica.

Não obstante a constatação de que o diagnóstico é correto, não se mostra razoável definir o exercício da atividade jurisdicional nos Juizados Especiais Cíveis como se manifestasse em um ordenamento jurídico distinto, como se a ordem jurídica nacional fosse diferenciada para as causas de menor complexidade, e como se, também nas causas mais complexa, o objetivo do sistema jurídico fosse outro que não o de alcançar a decisão mais “justa e equânime”.

4.2.2. Inadmissibilidade de ordens jurídicas distintas

A abertura maior do sistema jurídico, de modo a permitir a adoção mais intensa da equidade na produção do Direito, não caminha no sentido do Direito alternativo, mas apresenta-se como exigência e necessidade do próprio Direito oficial, que não pode ignorar a concepção pluralista da sociedade. A criatividade na interpretação e aplicação do Direito não pode ser concebida como manifestação de um ato “heróico” de subversão da ordem jurídica, ou como ato de quem “explora fissuras” no ordenamento.

Ao contrário, a equidade pressupõe a observância de uma espécie de justiça que representa a igual aplicação da lei para todos, pois isto representa um dos primados básicos das organizações sociais da modernidade, que é o princípio da igualdade formal: “... toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares...”²⁰⁰

Cappelletti coloca-se contrário à tendência de simplificação das normas substanciais apontando o fato de que: “a dispensa das formalidades técnicas, todavia, não irá assegurar automaticamente a qualidade de decisão do tribunal. Antes de mais nada, as pessoas devem ser capazes de planejar seu comportamento de acordo com os dispositivos legais e invocar a lei, se trazidos ao tribunal. É claramente impossível desprezar por completo as normas legais. Além disso, existe o perigo de que um relaxamento dos padrões substantivos permita decisões contrárias à lei em prejuízo de novos Direitos”²⁰¹.

A complexidade da vida moderna não permite que as decisões judiciais sejam tomadas tão-somente no com base no conceito do que é “bom e justo” sob o

²⁰⁰ ARISTÓTELES: *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2001, p. 125.

²⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, p. 112

ponto de vista da moral do julgador. A diferenciação entre moral, Direito e outros sistemas sociais é uma imposição e uma necessidade dos nossos dias que não pode ser desprezada. Certamente o Direito há de estar sempre vinculado a um referencial ético que se reporta aos Direitos fundamentais do homens, eis que a dignidade da pessoa humana é o ápice do ordenamento jurídico.

Os valores morais e os interesses sociais, no entanto, devem fazer referência a procedimentos legislativos e judiciais para que alcancem validade. Os critérios de “bom e justo”, portanto, devem estar vinculados, dentre outros, aos princípios da legalidade e do devido processo legal.

O Direito moderno baseia-se em que os valores sociais, normas e expectativas de comportamento têm de ser filtrados através de processos de decisão, antes de poderem conseguir validade legal.²⁰² É indispensável que se poupe tempo com a escolha de modelos pré-constituídos em que se expressam as leis, as quais têm grande significado para que o Direito seja visto em seu conjunto, para a praticabilidade de sua atuação e para a segurança jurídica que é assegurada pela previsibilidade da decisão.

A possibilidade de utilização da equidade em graus diferentes, como critério absoluto de justiça, e sem um outro paradigma, representaria uma grave ruptura no sistema de Direito, com comprometimento da unidade que deve prevalecer na caracterização de qualquer Estado. Tal risco representará a possibilidade de um real e perigoso pluralismo jurídico com mais de um ordenamento jurídico. Não há qualquer indício de que tal possibilidade represente uma melhoria nas relações sociais, sob o ponto de vista jurídico, de forma a se encaminhar na direção de uma sociedade justa. Ao contrário, se caminhará na direção de uma sociedade fracionada e cada vez mais injusta e dividida por um enorme fosso de aspectos econômico, cultural e jurídico.

4.2.3. Os Juizados Especiais e a unidade do Direito material

A garantia da legalidade é uma das grandes conquistas do Estado Democrático de Direito, e não pode ser desprezada. Certamente a codificação do Direito nos trouxe certos riscos, dentre os quais se destaca o excessivo formalismo, também no campo do Direito substancial, que pode comprometer a justiça da decisão.

²⁰² LUHMANN, Niklas: *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 118.

Ocorre que a própria evolução do sistema jurídico se encarregou de criar instrumentos que possibilitam anular ou diminuir os riscos referidos. Um desses instrumentos representa a evolução do Direito e da forma de argumentação jurídica, que atualmente não é mais baseada apenas no texto rígido do preceito normativo, mas traz, para o caso concreto, aspectos valorativos com a aplicação de princípios.

A efetiva aplicação do preceito normativo à generalidade das situações está associada à necessidade da justiça formal, na linha de regras que estabeleçam a obrigação de tratar de certo modo todas as pessoas que pertençam a dada categoria. Isto porque “articular regras universais facilita a consistência da tomada de decisão e, assim contribui para a justiça e a segurança jurídica”.²⁰³

A instituição dos Juizados Especiais, em especial a aplicação do princípio da preferência a formas consensuais de solução de conflitos, o surgimento de um procedimento de característica dialógica, facilitado pela oralidade, onde se permite melhor apresentação dos interesses em conflito e a valorização destes como instrumentos de uma maior liberdade das partes, e o fortalecimento da atividade dos juízes na produção de atos processuais e na valoração das provas, faz surgir uma espécie de processo de fundo constitucional em que a lei não é mero instrumento de realização da autoridade, onde o Estado não seja tão somente um “bloco monolítico” de forma a “esmagar” as individualidades.

O sistema jurídico modificou-se para permitir a flexibilidade do preceito abstrato a um sistema axiológico-teleológico. A existência de valores fundamentais que regem a ordem econômica, expressos em princípios constitucionais com força vinculante, e o reconhecimento de instrumentos como a teoria do abuso de Direito, o Direito do consumidor, onde se encontram cláusulas abertas a confirmar que a equidade não é característica de ramos da atividade jurisdicional, mas do ordenamento jurídico como um todo.

Observe-se que a liberdade que os juízes de qualquer grau de jurisdição têm no reconhecimento de “cláusulas iníquas”, previstas na legislação consumerista, remete a elementos do conflito sem os quais aqueles preceitos são despidos de qualquer sentido.

A equidade, no sentido de uma maior criação judicial, pode ser expressa também na possibilidade de reconhecimento da “verossimilhança” e “hipossuficiência” como requisitos para a inversão do ônus da prova, critérios estes

²⁰³ PERELMAN, Chaïm: *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 219.

que nada mais são do que delegações para o exercício de valorações, pelo juiz, sem que tenha o legislador antecipado qualquer decisão sobre tais aspectos.

Neste sentido, o ordenamento se apresenta como verdadeiro “sistema axiológico-teleológico” onde a equidade encontra-se presente, em cada ato de aplicação e de interpretação do Direito, não havendo espaço para a distinção entre ramos ou espécies de jurisdição em que ela possa ser mais ou menos abrangente.

É necessário que a equidade não se restrinja a este ramo da jurisdição, e também que os Juizados Especiais Cíveis não se coloquem como um sistema ou projeto de instrumento de jurisdição à parte do sistema jurídico nacional.

4.2.4. O julgamento por equidade e a arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis

Um ponto de discussão relaciona-se com a arbitragem, que pode funcionar junto aos Juizados Especiais Cíveis como é contemplado no art. 24 da Lei 9.099/95. A previsão de decisão por equidade não tem o mesmo sentido da decisão justa e equânime de que trata o art. 5º. A indicação do legislador é uma autorização para que o árbitro decida a causa sem vinculação às fontes formais do Direito, tendo absoluta liberdade para encontrar o padrão de justiça a ser adotado no caso concreto.

A liberdade concedida ao julgador tem limites muito precisos. O juízo arbitral não se instala sem a manifestação de vontade das partes, as quais devem ser informadas sobre o seu funcionamento, e, inclusive, sobre a possibilidade de a decisão ser equitativa, desconsiderando-se as normas legais. A arbitragem, como é da sua própria natureza, não pode ser algo imposto.

Cabe aos juízes integrantes da jurisdição estatal velar para que a instauração do juízo arbitral, de fato, seja fruto do interesses e manifestação das partes, sob pena de, com a sua instauração, se negar, por vias transversas, a jurisdição.

Destaque-se, finalmente, que a autorização para julgamento por arbitragem relaciona-se com a solução de litígios referentes a Direitos patrimoniais disponíveis. A autorização para que o árbitro julgue por equidade não representa uma ruptura à unidade e coerência do ordenamento jurídico, mas uma simples forma de solução de controvérsia envolvendo Direitos patrimoniais disponíveis, consentida pelos interessados.

Neste aspecto o julgamento por equidade não se relaciona com o alargamento da ordem jurídica, com uma questão de fonte do Direito, mas com uma

manifestação da autonomia da vontade. É a vontade das partes, livremente expressa, que autoriza o julgamento por equidade. Os próprios interessados renunciam à segurança que representa a expectativa de igual aplicação da lei, por uma decisão mais adequada à situação de fato.

4.3. Os princípios constitucionais do processo e sua aplicação nos Juizados Especiais Cíveis

4.3.1. Acesso à justiça nas causas de menor complexidade

O Direito de acesso à justiça nas causas de menor complexidade apresenta-se como manifestação de uma concepção axiológica de sistema em que o valor igualdade é colocado no ápice do ordenamento jurídico. Este Direito experimentou importante evolução no sistema jurídico brasileiro nas últimas décadas, abandonando aquela concepção liberal e individualista da mera possibilidade de propor ação e defesa por uma conotação da justiça de igualdade.

O Estado tem não apenas o dever de não impedir o exercício do Direito, mas também o dever de assegurar, em nome da igualdade dos mais fragilizados, o exercício deste Direito substancial o que se faz, segundo Mauro Capelletti e Bryant Garth mediante o movimento de acesso às vias jurisdicionais como aspecto do moderno Estado Social, em que se destacam três fases deste movimento.

O Direito formal da modernidade, na sua dimensão processual, chegou a se apresentar como praticamente inacessível para uma significativa parcela da sociedade e para uma considerável parcela de conflitos, em face da combinação de vários fatores.

Dentre as barreiras no acesso à justiça, merecem ser destacadas as custas processuais, em que se incluem as taxas judiciárias, os honorários de advogado, o tempo gasto na prática de atos processuais e o tempo de espera pela solução. São citadas também a falta de informação, que abrange até mesmo o conhecimento de um Direito subjetivo juridicamente exigível, bem como a complexidade do sistema de Direito positivo, no que se refere, entre outros fatores, às provas a serem produzidas em um processo judicial.

O sistema processual, desde o período Romano caracterizado pela oralidade, evoluiu para um processo pautado pela formas legais que, não obstante se constituírem em exceção, em face das exigências e da cultura próprias da modernidade, foram se integrando cada vez mais por um grau de complexidade e de

procedimentos que comprometem a rapidez e a efetividade do resultado de um processo, portanto, o acesso a bens que são objeto da jurisdição, em um caminho exatamente oposto ao da modernidade, que é o da rapidez nas informações e nos atos processuais da dessacralização das formalidades que se vêem cada vez mais substituídas pela racionalidade.

Existem obstáculos de ordem econômica, que representam os custos fixos, como as taxas judiciárias, além de outros custos, como o tempo, a privação dos bens objeto dos processos, as perícias, etc. tudo isso contribui de forma relevante para afastar o pequeno litigante, qualificado não apenas pela sua capacidade econômica, mas também pelo valor do objeto em disputa.

Também é apontada a centralização, em que são alijadas do serviço jurisdicional as populações das periferias e das regiões distantes em favor das regiões centrais das cidades, além da concentração nas causas em razão do seu valor econômico, dando-se relevância ao aspecto financeiro dos objetos em litígios, em detrimento de outros bens da vida.

Aliadas ao excesso de formalismo, encontram-se as dificuldades probatórias, em face do rigor das normas previstas para o processo tradicional.

Todos estes fatores contribuem, em maior ou menor escala, para dificultar o acesso e para a morosidade da justiça, congestionando os fóruns e secretarias e prolongado por muito tempo a solução das controvérsias submetidas ao Judiciário.

Em razão disso é que surgiram algumas propostas no sentido de se superar essas e outras barreiras para se alcançar um alargamento no âmbito da prestação jurisdicional. A primeira se constitui na assistência judiciária, como instrumento de acesso à ordem jurídica justa que supere barreiras como a pobreza, a desinformação, desorientação e outros fatores. A segunda destaca-se pela adaptação do sistema processual à necessidade de tutela dos interesses difusos, em especial na área da defesa do consumidor, do meio ambiente. A terceira visa à abertura das necessárias vias de acesso com o estabelecimento de procedimentos mais céleres, informais e econômicos para certos tipos de demandas, com valorização da conciliação, busca da equidade social e com a eliminação de regras técnicas e formalismos.²⁰⁴

²⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1988, p. 71.

Com o acesso à justiça nas causas de menor complexidade pretende-se uma justiça mais participativa, com a aproximação entre as partes e entre estas e o juiz, a fim de que a formação da decisão atenda aos interesses da realidade social. Para tanto, é necessário simplificar o procedimento, tornando-o mais racional, célere e compreensível, possibilitando maior ingerência das partes no desenrolar do processo, propiciando, com isso, maior aproximação da Justiça à comunidade, e fortalecendo os poderes instrutórios do juiz para que possa aprofundar-se na busca da verdade, no intento de obter solução mais razoável e satisfatória às expectativas dos litigantes.²⁰⁵

Tais medidas contribuem para que o acesso à justiça não seja uma mera promessa desprovida de significado, mas uma manifestação do princípio da igualdade material, na medida em que não se permite a discriminação no acesso à justiça em razão do valor ou da complexidade da causa, ou da situação geográfica dos litigantes. Dessa forma, não se permite a existência de discriminação que não seja adequada.

O constituinte de 1988 houve por bem seguir a tendência apontada por Cappelletti, que é a de alargar o acesso à jurisdição, com o tratamento dos interessados em litígios de pequena monta em um sistema processual mais apropriado a suas peculiaridades.

Os Juizados Especiais Cíveis foram criados pela Constituição de 1988 como um novo sistema processual, dentro do sistema de jurisdição do Estado brasileiro, com o objetivo de eliminar, ou pelo menos diminuir, tais barreiras que dificultam o acesso à justiça.

Este procedimento é caracterizado pelo reforço do pluralismo, pela simplificação e pelo fortalecimento dos poderes do juiz. O pluralismo é ressaltado no reconhecimento da autonomia individual, com enfoque no aspecto conciliatório como o preferido para a solução de controvérsias. A simplificação do procedimento se relaciona com os princípios da oralidade e da informalidade e resulta no fortalecimento do papel do juiz, o qual é instrumentalizado com regras processuais flexíveis, de cunho principiológico em que se ressaltam aspectos práticos, aliado à limitação da utilização dos recursos como fruto do capricho dos litigantes, e reconhecimento de iniciativas probatórias do juiz.

4.3.2. Sistema processual no contexto dos Juizados Especiais Cíveis

²⁰⁵MORAES, Silvana Campos: *Juizado Especial Cível*. Rio de Janeiro. Forense, 1998, p. 22.

A simplicidade e a informalidade que se quer imprimir ao procedimento não dispensa formalidades e complexidades mínimas. Tratam-se de formalidades ligadas ao devido processo legal que caracterizam as decisões neste âmbito como decisões judiciais.

A decisão judicial somente é legítima se as formalidades mínimas do procedimento forem observadas. O Direito processual constitucional e as regras constitucionais sobre os Juizados Especiais Cíveis contém a pauta mínima de formalidades a serem observadas no âmbito desta área de jurisdição. O princípio da igualdade material e do acesso à ordem jurídica justa, segundo o devido processo legal, é que estabelecem os paradigmas para a interpretação sistemática do Direito nos Juizados Especiais Cíveis.

Como o processo tradicional não foi capaz de garantir o acesso à justiça, em face das barreiras já antes expostas, surge a necessidade de se instituir um novo paradigma processual, baseado em princípios próprios para atender a esta classe de litígios.

Devem ser observados alguns princípios, de ordem constitucional ou de ordem legal, que colocam os Juizados Especiais Cíveis como instrumento eficaz de acesso à justiça, valendo destacar os princípios da oralidade, da celeridade, da participação, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da consensualidade. Aqui, como em tantos outros campos do Direito, os princípios jurídicos têm a função de dar unidade e coerência ao ordenamento jurídico e se estruturam com base em um princípio maior que o é da realização da justiça. Tanto os princípios constitucionais quanto os princípios legais do procedimento devem dar o norte para a interpretação da lei.

Estes parâmetros é que colocam os Juizados Especiais Cíveis como um microsistema que ao mesmo tempo em que apresenta unidade e coerência interna, relaciona-se intimamente com o macrosistema que é o sistema processual, de base constitucional.

A existência de um microsistema processual, ao lado do sistema tradicional, no mesmo ordenamento jurídico não denota ruptura no sistema de jurisdição. Ao contrário, é instrumento de coerência e adequação, na medida em que este se apresenta mais preparado para atender as peculiaridades de conflitos cada vez mais diferenciados.

Se antes o sistema de jurisdição estava preparado para processar uma categoria de conflitos, agora ele se apresenta multifacetado. O microsistema

processual dos Juizados Especiais Cíveis é o instrumento adequado para a solução das causas de menor complexidade de uma sociedade em que a velocidade e a imediatidade se tornam cada vez mais um valor de primeira grandeza.

A adoção, no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, de prazos previstos no Código de Processo Civil viola o princípio da celeridade, assim como a observância de formas processuais previstas naquela norma é incompatível com o princípio da informalidade. A utilização de incidentes não se coaduna com o princípio da simplicidade e a possibilidade de variados recursos não é compatível com o princípio da celeridade nem da economia processual.

Em outras palavras, o microssistema dos Juizados Especiais é autônomo em relação ao Direito processual tradicional, mas encontra-se subordinado aos princípios constitucionais do processo.

Destaque-se que em nenhum momento a lei determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, como faz, por exemplo, em relação ao Código de Processo Penal para o procedimento dos Juizados Especiais Criminais (art. 92). De outra parte, aquela regra do art. 272, parágrafo único do CPC, que determina sua aplicação subsidiária, limita-se aos procedimentos especiais e ao procedimento sumário, o que não abrange o procedimento da Lei 9.099/95.

Somente podemos aplicar os preceitos do Código de Processo Civil ao procedimento dos Juizados Especiais Cíveis quando se encontre justificativa semelhante à que orientou a previsão desde preceito, ou seja, por analogia e desde que a adoção da regra do Código de Processo Civil não contrarie nenhum dos princípios do sistema dos Juizados Especiais Cíveis.

O resultado de uma compreensão assim dos Juizados Especiais, é um processo subordinado aos princípios do devido processo legal e seus derivados, quais sejam: o princípio da isonomia, o princípio do juiz natural, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio do contraditório, o princípio da vedação da prova ilícita, o princípio da publicidade processual, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais.

4.3.3. O devido processo legal e os Juizados Especiais Cíveis

O devido processo legal, uma das mais importantes garantias constitucionais, lança suas origens na concretização do Direito pelo “devido processo” como modo de julgamento dos nobres ingleses, que exigia que este fosse realizado por pessoas que estivessem no mesmo nível de igualdade, de liberdades, de

costumes e de bens com os seus pares, os quais viriam a proferir o julgamento. A igualdade se alcançava pelas condições sociais, econômicas e política entre pessoas e não por lei escrita. A expressão tinha o sentido do processo devido pela lei natural de igualdade entre iguais, portanto, tinha o sentido da igualdade substancial.²⁰⁶

Na atualidade, o devido processo legal tem como uma de suas finalidades a defesa do cidadão perante as instituições estatais, de onde promana sua função de controle dos limites ao poder e também contribui para assegurar efetividade ao Estado Democrático de Direito.²⁰⁷

Além disso, o devido processo legal tem a função de legitimar a atuação criativa dos juízes e assegurar a participação dos cidadãos na produção do Direito²⁰⁸ quando utilizado como canal para que os valores e interesses não protegidos pelo legislador possam penetrar no sistema. Neste aspecto, o devido processo legal tem conotação substancial e identifica-se com o princípio da proporcionalidade.

Na conotação procedimental do devido processo legal, este tem o postulado de assegurar a igualdade das partes e a exigência de um julgador imparcial e manifesta-se em outros subprincípios, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a proporcionalidade e a razoabilidade, estes dois como decorrência do devido processo substancial.

4.3.4. O princípio da igualdade

O princípio da igualdade tem, basicamente, dois significados: a igualdade formal, segundo a qual a lei deve ser aplicada sem referência a pessoas, o que é ínsito ao conceito de norma; e a igualdade material, que não admite discriminação que seja irrelevante e injusta, e, além disso, exige que o Estado garanta a concretização da igualdade.²⁰⁹

A igualdade processual é algo mais do que a igualdade formal. Uma concepção adequada do *due process of law* não admite, por exemplo, que haja favorecimento de partes perante o processo e exige o respeito ao princípio da paridade de armas que se expressa no contraditório e na ampla defesa.

²⁰⁶ LEAL, Rosemiro Pereira: *Teoria Geral do Processo, Primeiro Estudos*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 63.

²⁰⁷ LIMA, Maria Rosinete Oliveira: *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 184 e 189.

²⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 236.

²⁰⁹ ROSS, Alf, *Lógica de las normas*. Trad de José S.P.Hierro. Madrid: Editorial Tecnos, 1971, p. 332.

A criação de mecanismos de acesso à justiça nas causas de menor complexidade concretiza o princípio da igualdade material na medida em que coloca em pé de igualdade as parcelas da população que sempre estiveram alijadas dos serviços de prestação jurisdicional por fatores como a falta de recursos financeiros para contratação de advogados, falta de instrução e, até mesmo, dificuldades nos deslocamentos, vez que as sedes dos órgãos judiciários sempre se localizaram em regiões centrais, em prejuízo das regiões periféricas e interioranas.

A grande novidade, no campo específico da jurisdição, e que por muitos passa despercebido é o surgimento de um novo sistema de provas, mais flexível, em que a argumentação prática, segundo o critério da experiência comum como instrumento para a tomada de decisão mais razoável, e não uma mera regra subsidiária para a falta de “normas jurídicas particulares”.

Tal sistema representa um enorme avanço no sentido da garantia da igualdade, porque não subordina o dever de colaboração das partes na busca da verdade dos fatos à posição que ocupe na relação processual.

Assim, o que se permite à parte é a defesa de seus interesses segundo a regra de que a decisão provavelmente será a favor da parte que melhor demonstrar os fatos em que se embasam seus Direitos, independentemente de uma distribuição dos ônus a elas referentes entre os sujeitos processuais.

4.3.5. O princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural é aquele que não admite o exercício da jurisdição a não ser pelas pessoas ou órgãos previamente previstos na Constituição, e na forma e pelos critérios estabelecidos pelo legislador ordinário. Este princípio é reconhecido no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição, com a previsão de que “não haverá júízo ou tribunal de exceção”.

Os Juizados Especiais Cíveis foram criados pela Constituição Federal como integrantes da estrutura da Justiça de cada Estado e da União. A competência dos Juizados Especiais Cíveis para o julgamento das causas de menor complexidade é decisão do titular do poder constituinte originário e, portanto, não se subordina aos critérios do legislador ordinário. O que pode a lei ordinária é delimitar o conceito de menor complexidade, mas não redefinir a competência dos Juizados Especiais, porque estabelecida constitucionalmente.

Ligada à questão do juiz natural está a questão referente à competência territorial em face da criação de unidades móveis de jurisdição. O estabelecimento de

regras que flexibilizam os critérios de competência territorial não implica em violação ao princípio do juiz natural. É que, neste campo, o legislador mostra uma preocupação justificada com a efetividade do processo, alçado como garantia fundamental do cidadão.

A respeito, observa-se que a regra legal que permite o deslocamento dos serviços judiciários para fora da sede da comarca, permitiu a uma grande quantidade de Estados estabelecerem juizados itinerantes, montados em ônibus e até em barcos, sem que tais medidas impliquem a violação de regras que disciplinam o princípio do juiz natural. Ao contrário, medidas como estas contribuem para que se alargue o espectro territorial dos serviços judiciários, fortalecendo e dando mais efetividade ao princípio do juiz natural na medida em que se amplia o acesso à justiça.

O estabelecimento de critérios de competência em face do território diz respeito muito mais à administração dos serviços judiciários e é colocado, no processo tradicional, como questão afeta ao poder de disposição das partes. Embora se relacione com o princípio do juiz natural, fica à disposição da parte permitir a prorrogação da competência, seja mediante contrato, seja mediante preclusão para argüir exceção de incompetência.

O novo tratamento dado à matéria relaciona-a à garantia do processo justo, sem subordiná-la à manifestação da parte. Muito mais do que uma questão referente ao Direito individual da parte, que só por ela pode ser argüida, a competência territorial diz respeito à racionalidade dos serviços da justiça, ao acesso à justiça e às garantias do processo.

Outra questão diz respeito à participação de cidadãos não integrantes da carreira do poder judiciário na prática de atos de administração da justiça. Tal ocorre com a adoção da figura do conciliador e, em alguns estados, da figura do juiz leigo, cuja denominação se refere ao fato de não ser integrante da carreira da magistratura, e de não ter as prerrogativas constitucionais desta carreira.

Os juizes leigos atuam na instrução probatória e na prolação de proposta de sentença, mediante a fiscalização e acompanhamento do juiz de carreira, que tem poder para homologar esta proposta, modificar a sentença ou proferir outra sentença sem seu lugar (art. 40 da Lei 9.099/95), tornando, assim, a sentença um ato complexo. Os conciliadores presidem a sessão de conciliação e certificam os atos ali ocorridos (art. 22). Tais sujeitos novos, não implicam, de forma alguma, em qualquer tipo de ameaça ao princípio do juiz natural, porque a magistratura de carreira sempre acompanha e coordena sua atuação. Além disso, estão previstos na própria Constituição Federal.

A participação de leigos (pessoa estranha à carreira) já se encontra consolidada em outros ramos da jurisdição, com o conselho de sentença do tribunal do júri.

Nestes casos, a abertura do exercício da jurisdição à participação de integrantes da sociedade, permite uma maior capacidade de absorção da demanda jurisdicional, contribuindo para maior efetividade do exercício da jurisdição, o que é um argumento forte contra a crítica da falta de eficiência do poder judiciário, que, por vezes é usada com o objetivo de diminuir a atividade jurisdicional, com a instituição de mecanismos alternativos como panacéia. Não se pretende, com isto negar a validade de tais mecanismos, mas, por outro lado, não se mostra adequado ver neles um substituto da jurisdição, uma medida a ser aplicada em todas as áreas do Direito, em toas as espécies de conflitos e para todos os tipos de litigantes.

A melhor resposta para estas posturas é uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, asseguradora das garantias fundamentais do cidadão, utilizando-se dos instrumentos que o ordenamento jurídico coloca à disposição da sociedade.

4.3.6. Contraditório e ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são previstos na Constituição Federal como garantia de que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, inciso LV da CF). Trata-se de manifestações do princípio do devido processo legal, no sentido da igualdade de tratamento das partes.

Este princípio baseia-se no binômio informação/reação.²¹⁰ A informação traduz-se na oportunidade de se dar a conhecer às partes os termos das pretensões de cada uma das partes, e permite também a reação, com a possibilidade de o interessado insurgir-se contra os atos do juiz e dos auxiliares do juízo. No processo judicial tradicional, e mesmo no processo administrativo, o contraditório é levado a um nível inferior de concreção através da legislação ordinária.

Embora o Direito tenha por base expectativas que são legitimadas através do processo, este tem como uma de suas características a incerteza quanto ao conteúdo da decisão que será tomada e esta incerteza é que dá aos participantes o

²¹⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques de: *Fundamentos Constitucionais Do Processo, Sob A Perspectiva da Eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 126.

estímulo a cooperarem para o progresso do processo por meio de tentativas de redução da incerteza. O contraditório apresenta-se como o instrumento através do qual se transforma aquela expectativa em decisão. Sem o contraditório não há processo, por não se permitir o diálogo necessário.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, mais do que em qualquer outra espécie de processo, é ressaltada a importância dos princípios constitucionais do processo, pois são eles que dão sustentação e legitimidade ao procedimento, que é de grande simplicidade. Assim, mais do que uma atividade interpretativa vinculada a um sistema axiológico-finalístico, a atividade jurisdicional representa a criação de normas individuais a partir de princípios.

O contraditório é exigência do caráter dialético do processo. Isto significa assegurar às partes o Direito de se defender em igualdade de condições, de acordo com os meios, prazos e oportunidades, com contraditório proporcional à acusação, ou seja, com paridade de armas.

A participação das partes é indispensável e faz-se mediante a simplicidade, informalidade e oralidade que facilitam o processo dialético de direção processual sem a intermediação da linguagem técnica dos juristas. Aqui, porque são assistentes e não representantes das partes (art. 9º. da Lei 9.099/95), a função dos advogados não é a de mediar de maneira monopolista o diálogo, mas a de orientar e informar tecnicamente às partes sobre estratégias e posições a serem tomadas no curso do processo e a de auxiliá-las na discussão da causa.

Os princípios antes citados exigem a participação das partes nas provas e, por não haver tarifação legal, o juiz tem poder alargado para dirigir a instrução, o que confere aos interessados diretos uma participação importante no auxílio desta tarefa judicial.

Na lei de regência não há prazo mínimo estabelecido entre a citação e a audiência onde se dá a defesa, mas nem por isto o Direito ao contraditório deve ser atropelado. Certamente não é o caso de trazer-se para o procedimento que aqui se desenvolve, que por disposição constitucional deve ser célere (art. 98), os prazos do processo tradicional.

Entretanto, é de bom alvitre que se examine, em cada caso, se a celeridade impediu a parte de apresentar argumentos ou provas que permitam uma melhor análise dos fatos e dos interesses em disputa, tendo por parâmetro o princípio da proporcionalidade.

O valor maior que se dá à participação e a grande freqüência com que as partes comparecem sem advogados, exigem que a celeridade não se constitua em privação das partes do conhecimento dos termos da demanda, como a delimitação precisa do objeto e da causa de pedir, devendo-se, ainda permitir a manifestação sobre os fatos e argumentos trazidos pela outra parte.

Se isto não ocorre o processo não se submete aos princípios do contraditório e da ampla defesa e se transforma em verdadeiro processo inquisitorial em afronta às garantias do cidadão. Sobre este perigo já se pronunciou a advertência de que: “...inadmissível, por tais razões, submetam-se os litigantes pura e simplesmente ao impulso do órgão julgante e ao sem empenho em chegar a uma correta definição da causa, ou se restrinja este a apaticamente recolher o resultado da atuação das partes. Em vez do juiz ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal (a exemplo do sucedido na Idade Média com o processo romano-canônico), importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça...”²¹¹

Assim, o princípio do contraditório, mais uma vez, irá implicar no estabelecimento de regras novas, estabelecidas casuisticamente e balizadas nos Direitos fundamentais, compatíveis com situações de fato criadas por um processo mais participativo.

O caráter dialético do processo, que decorre do princípio do contraditório, também se expressa na produção de provas, que, nos Juizados Especiais, é caracterizado por uma ampla liberdade judicial pela inexistência de regras a que deva se submeter a atividade prática de demonstração de fatos (art. 32 da Lei 9.099/95) e pela autorização para produção de prova de ofício, em clara conotação do caráter público-social do processo, em oposição à idéia privatista do processo civil tradicional.

Em face desta maior liberdade, urge que as partes participem da instrução, opinando e manifestando-se sobre as provas produzidas, sob pena de transformar aquela liberdade judicial de dirigir a instrução na busca da prova em procedimento inquisitorial, o que representaria um retrocesso no reconhecimento do devido processo legal como uma das garantias do Estado Democrático de Direito.

²¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 140

Neste sentido, é de salutar importância que, mesmo sem previsão específica na lei, seja incluída uma oportunidade para que as partes (ou seus advogados) se manifestem sobre as provas produzidas.

Uma compreensão adequada do devido processo legal reclama a participação dos interessados em todo o processo, sob a direção do juiz, e inclui a oportunidade para um debate final sobre os interesses em jogo, para que a decisão seja a mais razoável possível.

Outra manifestação do contraditório é o duplo grau de jurisdição, que se expressa na possibilidade de impugnação das decisões judiciais contrárias aos interesses das partes.

O ato de julgar não se esgota na busca da única solução correta como parece ser a ideia central do positivismo jurídico. Caso assim se queira entender, o recurso terá a finalidade de corrigir eventual erro no julgamento de primeiro grau. Teremos, então, que nos conformar com a pessimista conclusão de que é alto o grau de erro nos julgamentos em face do alto percentual de reforma.

Preferimos pensar que o ato de julgar baseia-se na escolha dentre as várias soluções possíveis que a interpretação de um texto normativo admite e a que nos leva a análise das provas, aquela que seja mais adequada para o caso concreto, com base na análise dos argumentos vários que são apresentados antes da decisão. Isto, no nosso entender, representa uma manifestação da equidade, pois os elementos da realidade, as necessidades concretas passam também a fazer parte da decisão.

É importante lembrar que as decisões judiciais necessitam de aceitabilidade, o que se alcança quando as partes a cumprem sem recurso, quando a decisão é confirmada pela superior instância, ou até mesmo quando a decisão é modificada para substituição de um argumento de ordem prática ou empírica, ou outro, de ordem sistemática, como a necessidade de compatibilizar o caso concreto com a generalidade dos precedentes.

Por outro lado, o procedimento instituído pela Lei nº 9.099/95 ressalta aspectos da equidade ao reforçar poderes dos julgados de primeiro grau. Este reforço decorre do caráter público-social do processo em que a sua marcha não fica dependente do alvedrio das partes que, diante de qualquer ato do juiz que lhe cause contrariedade possa recorrer à superior instância para buscar sua modificação.

No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, somente a decisão final é passível de recurso (art. 41), o qual deve ser julgado por juízes de primeiro grau, dos

quais se supõe contato mais imediato com a realidade dos conflitos. Mesmo neste caso, quando impugnadas as decisões, a presunção de legitimidade é do ato judicial, o que significa que a interposição de recurso não impede a execução do julgado.

É importante que as decisões que têm por base a racionalidade, ou seja, o critério da melhor solução, tenham a garantia do duplo exame. Isto não significa, entretanto, que o interesse individual de reapreciação de uma decisão que já foi submetida a todo um processo, em que todas as oportunidades para o diálogo se esgotaram, e em que a solução foi dada por juiz investido de seus predicamentos se sobreponha ao interesse público-social de se alcançar à efetividade da jurisdição.

4.3.7. Publicidade e motivação

Há outra garantia fundamental que visa impedir que a lei restrinja a publicidade dos atos processuais, ressalvadas as hipóteses de proteção da intimidade ou do interesse público (art. 5º, LX da Constituição), acrescida da regra de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes” (art. 93, inciso IX da Constituição Federal).

A limitação da presença da parte na prática dos atos processuais, diante do texto constitucional, somente se justifica se houve violação de sua intimidade ou questão de ordem pública que o justifique.

Eventuais restrições se justificam, por exemplo, no processo penal quando o réu é pessoa comprovadamente violenta, de modo a oferecer algum risco à integridade ou à tranquilidade da vítima, ou quando o interesse em discussão afetar direta ou indiretamente a intimidade da pessoa, como em determinadas questões envolvendo a saúde, a família etc.

Estes casos se apresentam de forma excepcional, o que indica não ser adequada a adoção de uma regra geral limitadora, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, pelo menos enquanto mantenham a competência atual.

Não há justificativa, portanto, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, para que se determine a limitação prevista no art. 395, parágrafo único do Código de Processo Civil, o qual veda à parte assistir o depoimento da parte contrária.

O devido processo legal, na sua conotação substantiva, que é ligada ao princípio da proporcionalidade, não autoriza a que se impeça à parte acompanhar a

produção do ato processual. Somente em casos excepcionais, devidamente justificados, é que se pode reconhecer a existência de questão de interesse público a justificar a ausência do interessado na prática do ato processual.

Esta regra tem especial valor nos casos em que a parte comparece em juízo desacompanhada de advogado, e que, portanto, a sua possibilidade de argumentar diante da prova produzida e dos atos praticados durante o depoimento do *ex adverso* em audiência se anula.

Ora, se o procedimento criado para as causas de menor complexidade reforça o caráter dialógico, e a própria lei coloca a argumentação prática como o norte do diálogo processual, nada mais coerente do que permitir às próprias partes se manifestarem sobre seus interesses, e, para isto, têm de conhecer todos os atos do processo.

A publicidade, sob este aspecto, garante não apenas a transparência indispensável para o combate ao arbítrio, mas também é garantia do devido processo legal, na medida em que garante a participação das partes em condições de igualdade.

A garantia da motivação das decisões judiciais tem por finalidade permitir conhecer as razões sobre as quais se funda a tutela jurídica buscada, amparando ou rejeitando a pretensão deduzida. Este princípio decorre da publicidade, pois ele exige que os elementos que orientam o julgador não sejam meros dados de ordem íntima deste, mas se manifeste publicamente no processo.

A fundamentação das decisões judiciais não indica apenas a necessidade de que esta faça referência ao preceito normativo, mas também exige argumentos de ordem prática que bem caracterizam o ato de decidir como o ato de concreção do Direito.

A argumentação jurídica envolve tanto aspectos dogmáticos quanto aspectos empíricos colhidos da Economia, Política, Sociologia e também elementos sobre o estado de coisas que nos remetem à argumentação prática.

O tema ganha relevância no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis em face da ampla participação das partes no processo e na produção de provas e da expressa liberdade que tem o juiz de “dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”. Esta regra, que no âmbito do Código de Processo Civil era subsidiária, aplicável apenas na falta de norma jurídica particular (art. 335), no âmbito da Lei nº 9.099/95 é a regra geral da fundamentação das decisões judiciais.

Embora os juízes, de regra, sejam pessoas vividas, o que denota presunção de experiência prática, os temas referentes a este aspecto são também de conhecimento do homem médio, o que permite que se mantenha um diálogo com a intermediação do juiz.

5. OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, OS PRINCÍPIOS E AS NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL

SUMÁRIO. 5.1. A base constitucional da organização e do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis. 5.2. O princípio da Oralidade. 5.3. Outros princípios do procedimento. 5.4. A preferência ao consenso e agir comunicativo nos Juizados Especiais Cíveis.

5.1. A base constitucional da organização e do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis

5.1.1. A organização dos Juizados Especiais Cíveis

O acesso à justiça como uma das garantias fundamentais é destacada na Constituição Federal e sua efetivação exsurge como decorrência da igualdade substancial.

O legislador constituinte preocupou-se não apenas em impedir que o acesso à justiça fosse restringido, mas foi além, determinando ao Estado a realização de atos concretos no sentido de dar eficácia a esta garantia, e, além disso, estabeleceu uma pauta mínima para a sua realização, criando órgãos e procedimento próprios para o processamento das causas de menor complexidade, onde o acesso, por inúmeros fatores, era limitado.

A criação de um sistema de órgãos à parte teve o benefício de evitar que o novel procedimento judicial fosse influenciado por uma cultura e uma praxe que, embora se mostrando adequada para os conflitos mais complexos, é inadequada para as causas de menor complexidade.

O que se procura agora é substituir a praxe e a cultura formalista, inspiradas no positivismo jurídico e no Direito liberal que são próprias do sistema tradicional do Código de Processo Civil por uma cultura jurídica mais informal.

Com efeito, o procedimento sumário do Código de Processo Civil, que se mostra relativamente simples, não alcançou o nível de celeridade que dele se esperava justamente porque foi incluído como parte de um sistema organizacional e cultural próprio para causas mais complexas, e que se utilizava, inclusive do procedimento ordinário em muitos dos seus pontos, em especial no sistema recursal.

A estrutura organizacional dos Juizados Especiais Cíveis compreende órgãos de primeiro grau, competentes para o processo, o julgamento e a execução dos litígios, com recurso para o próprio Juizado Especial, que, neste caso funcionará de forma colegiada.

O Supremo Tribunal Federal é o único órgão de contato entre o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis e o sistema tradicional, mesmo assim, tão-somente em matéria constitucional (art. 102, inciso III da Constituição Federal).

5.1.2. Participação social

O princípio pluralista posto no texto constitucional, e a abertura que se promoveu no sentido da participação dos cidadãos nos negócios do Estado, indicam o rompimento de limites rígidos entre a estrutura estatal e a atividade privada, com um capítulo especial na estrutura dos Juizados Especiais Cíveis.

O constituinte reconhece a presença de cidadãos que não integram a carreira como colaboradores na administração dos negócios da justiça, ao prever que os Juizados Especiais sejam compostos por “... juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução das causas cíveis de menor complexidade...” (art. 98).

A permissão concedida a terceiros, pessoas leigas ou para-profissionais, para que participem do processo como juízes,²¹² apresenta-se como uma das medidas cuja finalidade é ampliar o acesso à justiça. A participação de pessoas leigas, isto é, que não integram a carreira profissional, longe de representar uma ameaça ao monopólio da jurisdição, fortalecem-na com o alargamento do seu campo de atuação.

A magistratura passa a contar, cada vez mais, perante a sociedade, com o respaldo de quem garante o exercício de Direitos de forma eficaz e efetiva, e não apenas formalmente.

O exercício da magistratura não fica dissociado da magistratura de carreira, mas unitária e integrada em um inteligente sistema de compartilhamento de atribuições em que o juiz leigo colhe a prova e prolata uma proposta de decisão, a qual é homologada pelo juiz togado, se com ela concordar, podendo, no entanto, modificá-la, se assim entender mais adequado (art. 44 da Lei 9.099/95).

²¹² CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1988, p. 21.

O mesmo se diga dos conciliadores que, embora não sejam previstos na Constituição, também têm se apresentado como relevantes agentes participantes das alternativas à jurisdição, contribuindo para o acesso à justiça.

A participação de leigos não significa vulgarização do exercício da função jurisdicional. Ao contrário, contribui para aproximá-la da sociedade, desmistificando o Direito, e colocando-o como instrumento da justiça, como um componente da vida, da mesma forma como fazem parte da vida os conflitos que as pessoas não conseguem resolver por si só.

5.1.3. O procedimento dos Juizados Especiais Cíveis

O legislador constituinte também foi muito sensível às necessidades de um procedimento diferenciado para as causas de menor complexidade ao prever um procedimento próprio para estas causas.

A necessidade de romper com a cultura formalista é expressa no desenho de um procedimento pautado por princípios que rompem com a técnica tradicional e, aliados aos princípios constitucionais relacionados com o devido processo legal, dão o arcabouço de um procedimento oral, célere, que ressalta a participação dos interessados e da sociedade e que busca a decisão consensual como forma de solução do conflito.

O legislador ordinário, por sua vez, interpreta este objetivo regrado um procedimento embasado nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e preferência ao consenso.

Os princípios constitucionais e legais é que informam o modo de desenvolvimento do processo, em especial, orientando a forma, o tempo e o modo de realização dos atos processuais.

5.2. O princípio da Oralidade

5.2.1. Noções gerais e conceito

A oralidade é um método do procedimento que envolve as partes, advogados e juízes, num diálogo oral e ativo sobre os fatos e sobre o Direito. Ele não apenas acelera o procedimento, mas também tende a resultar em decisões que as

partes compreendem e freqüentemente aceitam com um maior grau de resignação”.²¹³

O princípio da oralidade, segundo Chiovenda, implica que “as deduções das partes devem normalmente fazer-se a viva voz na audiência, isto é, no momento e lugar em que o juiz se assenta para ouvir as partes e dirigir a marcha da causa”, além disso, caracteriza-se pela imediatidade e pela concentração.²¹⁴

A oralidade apresenta-se como um indispensável instrumento de comunicação entre as partes, o que permite a aproximação entre elas e propicia o diálogo que leva à solução consensual do conflito.

Ademais, permite a aproximação entre as partes e o juiz, o que facilita o conhecimento da lide e a busca da decisão mais razoável. A prevalência da palavra é instrumento de considerável utilidade como meio de conhecimento da verdade dos fatos, porque estimula um contato pessoal entre o juiz e as partes e entre o juiz e as testemunhas. O julgador, assim, põe-se em contato direto com o litígio que lhe transmitem os contendores, em sua versão original e autêntica.

É de Mário Pagano, a lição de que: “... na viva voz fala também a fisionomia, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias diversas, as quais modificam e desenvolvem o sentido das expressões gerais e lhes subministram outros indícios a favor ou contra a afirmação da palavra”.²¹⁵

Este contato direto permite ao juiz que conheça suas reações aos relatos de suas versões, possibilitando, de imediato, aferir-lhe a credibilidade ou corrigir-lhe as incoerências por acaso apresentadas. Como destaca Bentham: “... não pode o juiz conhecer por suas próprias observações esses caracteres da verdade tão relevantes e tão naturais que se manifestam na fisionomia, no som da voz, na firmeza, na prontidão, nas emoções de medo, na simplicidade da inocência, no embaraço da má-fé”²¹⁶.

²¹³ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1988, p. 59.

²¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de Direito Processual Civil*, vol I e III. Campinas: Bookseller, 2000. vol, 1, p. 74

²¹⁵ *apud* CHIOVENDA, Giuseppe: *Ibidem*, vol III, p. 57.

²¹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 58.

Não é a fisionomia, que indica, por si só, a veracidade de uma afirmação, mas ela dá mais vida ao diálogo, permitindo que este tenha por objeto também estas reações ou contradições.

5.2.2. Notícia história

Em Roma, à época das *legis actiones* eram poucos os atos processuais escritos. O processo, nas ações da lei, era todo oral, quer diante do magistrado (*in jure*), quer diante do juiz popular (*apud indicem*)²¹⁷, não obstante o formalismo que é característico dessa época. Tal era a expressão deste princípio que a causa era exposta ao juiz popular pelas partes, de forma oral,²¹⁸ cabendo ao autor a realização dos atos necessários para trazer o réu a juízo, podendo até mesmo usar a força física para compeli-lo.

O mesmo acontecia com as declarações das partes e a deliberação do magistrado. A tudo isso assistiam os parentes e amigos dos interessados, para que pudessem registrar na memória os atos processuais.²¹⁹

Somente no período formulário a oralidade é amenizada com o estabelecimento da fórmula, que é um documento escrito. Os demais atos, no entanto, continuam subordinados à forma oral.

O processo Romano era oral, porque era dominado pelo princípio da livre convicção do juiz. A oralidade lhe permitia formar sua convicção com a observação pessoal e direta do material da causa, tanto das pretensões que eram apresentadas pelas próprias partes, quanto pelos depoimentos das testemunhas. Aos juízes era recomendado que interrogassem diretamente as testemunhas evitando delegações e atas: “o valor das testemunhas que depõem em pessoa é muito diferente do valor das atas que se costumam ler”.²²⁰

Também o processo germânico era oral, mas por outro motivo. É que era costume se tratar os negócios judiciais em assembléias públicas. Além disso, a cultura germânica primitiva era uma cultura oral, e por isso a cultura jurídica também o era.²²¹

²¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1988, p. 193.

²¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 207.

²¹⁹ SANTOS, Moacir Amaral: *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1^o. Volume p. 40.

²²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de Direito Processual Civil*, vol I e III. Campinas: Bookseller, 2000, vol I, p. 160

²²¹ *Idem, ibidem*, p. 171

Importante observar que o processo oral foi gradativamente substituído pelo processo escrito e isto coincidiu com a mudança no sistema de provas, com a substituição do sistema da livre convicção, que orientou o processo Romano, pelo sistema da prova legal.

A partir do século XII, no período do Direito comum, assiste-se, no processo à queda do princípio da livre convicção do juiz e a prova passa a ser regulada por um complexo de normas formais (sistema da prova legal) que disciplinam minuciosamente os meios de prova admissíveis, o modo como se devem desenvolver e a influência que podem ter sobre o convencimento do juiz.²²²

Há, portanto, íntima conexão entre a oralidade e o sistema de apreciação das provas. Não foi sem razão que a oralidade foi erigida ao nível de princípio constitucional do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis.

O que se pretendeu foi, através do princípio da oralidade, construir um sistema que destaca sobremaneira o papel do juiz, reforçando a sua atuação na produção e valoração da prova, habilitando-o a melhor decidir.

5.2.3. Características do processo oral

Ligadas ao princípio da oralidade estão características que não podem ser esquecidas. Tratamos dos princípios da imediatidade, do princípio da identidade física, do princípio da concentração e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

A oralidade caracteriza-se pela prevalência da palavra falada como meio de expressão combinada com uso de meios escritos de preparação e de documentação. A complexidade da cultura moderna não admite um processo puramente oral, tornando, assim, indispensável, que alguns atos do processo sejam escritos. Pode-se classificar um processo como escrito ou oral apenas em face da forma como preponderem as formas processuais.

A escrita deve servir para preparar o debate e para, em nome da segurança jurídica, registrar os atos essenciais do processo. Nada além disso. É clara a opção do legislador pelo procedimento oral ao estabelecer a excepcionalidade da forma escrita. Somente os atos essenciais do processo serão registrados, assim mesmo de forma resumida (art. 13 § 3º da Lei 9.099/95).

²²² CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de Direito Processual Civil*, vol I e III. Campinas: Bookseller, 2000, vol I, p. 163

O critério da imediatidade exige que o julgador tenha proximidade com as provas mediante um contato pessoal com as partes e com as testemunhas, pois assim poderá, com os depoimentos, perceber as divergências de suas versões, bem como esclarecer pontos relevantes sobre os fatos.

É necessário que o juiz que presidiu o processo seja o mesmo a julgar a causa. Obviamente, se todo o princípio da oralidade está relacionado com um melhor conhecimento da verdade pelo juiz, e isto tem por fim maior o julgamento da causa, não teria sentido que, após a instrução, outro fosse o julgador.

A lei permite que o juiz togado possa modificar a sentença redigida pelo juiz leigo. Isto, entretanto, não se constitui em exceção ao critério da identidade física, pois para isto o juiz baseia-se na apreciação dos fatos realizada pelo prolator da sentença. Não sendo este o caso, ou seja, se não concordar com as conclusões do juiz leigo é que prolatará nova decisão, podendo, inclusive, realizar novas diligências.

De qualquer sorte, prevalecerá a identidade física do juiz que presidiu a instrução, e tirou dos fatos a ilação a que o seu raciocínio o levou. O juiz que não teve imediatidade com a instrução pode desconhecer detalhes relevantes para a solução da lide, por mais autêntico que tenha sido o seu registro.

O princípio da concentração também se relaciona com a oralidade. Exige-se que as provas sejam produzidas em uma única audiência, somente admitindo-se a sua prorrogação em casos excepcionais, e, mesmo assim, em um interregno de tempo exíguo para que aquelas sensações captadas não se percam na memória.

Decorrência disto também é a regra de que as decisões tomadas em audiência são irrecorríveis. Tal regra impede que o processo seja constantemente paralisado para discussão de questões acessórias.

5.2.4. Oralidade na Lei dos Juizados Especiais Cíveis

A prevalência da palavra falada informou uma das importantes inovações que foi a possibilidade de formulação de pedido oral (art. 14, § 3º), com o seu registro em fichas ou formulários impressos, o que se constitui em simples ato de registro, sem exigências de caráter técnico, como é da feição da petição inicial no procedimento do Código de Processo Civil.

Com esta praxe eliminam-se as formalidades processuais referentes aos pressupostos processuais que não sejam essenciais, como aquelas referentes à capacidade postulatória, e ao enquadramento técnico do pedido. Basta a descrição do

conflito, os dados essenciais da lide, e a formulação do pedido compatível devendo o funcionário da Secretaria do Juizado reduzir a escrito a pretensão.

É compreensível que, podendo o pedido ser formulado por pessoa leiga, e na forma oral, não se possa exigir que esta exponha os fatos com a precisão de quem sabe identificar quais os detalhes mais importantes para o reconhecimento da sua pretensão, nem que indique os fundamentos jurídicos do pedido. As circunstâncias do evento surgirão no curso da instrução processual.

Mesmo nos pedidos escritos, a forma deve ser simplificada. O que é indispensável é que o fato que dá fundamento ao pedido seja exposto e este seja apresentado de forma clara e objetiva. A essência da formalidade é atingir o princípio do contraditório e este é alcançado na medida em que a exposição do fato, de forma resumida, e do pedido, possam identificar, junto ao réu, o conflito de interesses, permitindo que este apresente defesa.

À parte ré devem ser apresentados os elementos suficientes para que promova sua defesa, podendo o autor, oralmente, esclarecer eventual questão formal sobre os elementos do processo.

Por isto não são compatíveis com o processo oral as exigências de ordem técnica, como determinação para emenda à inicial, pois estas foram eliminadas do procedimento e são próprias do processo escrito. As preclusões do processo escrito são incompatíveis com a concentração do processo oral, em que a liberdade na prática dos atos processuais deve ser a tônica.

Também a defesa deve observar o princípio da oralidade. Pelo mesmo motivo antes apontado, não cabe exigir-se da parte ré, que não tem conhecimentos técnicos suficientes e que desconhece as exigências de ordem técnica, que exponha de forma escrita a sua defesa.

Aliás, não vejo mesmo como se exigir da parte a formulação de contestação, no sentido técnico da palavra, embora seja este o termo utilizado pela Lei nº 9.099/95. Aqui, este termo deve ser entendido como o ato através do qual o réu expõe a sua defesa, sem as exigências do Código de Processo Civil, especialmente aquelas referentes à exposição do Direito e à especificação de prova. A contestação, prevista no art. 30 da Lei nº 9.099/95, deve veicular a matéria de fato referente ao conflito e aos interesses em jogo.

A defesa do réu em audiência ocorre mesmo com o seu depoimento pessoal, que é a oportunidade em que ele alega todos os fatos e considerações que

possam ser úteis a um julgamento justo, devendo constar da ata de audiência apenas um resumo de suas considerações.

O princípio da oralidade também se expressa na concentração. Os incidentes que possam interferir no regular prosseguimento da audiência são decididos mesmo na audiência, seguindo-se à instrução oral, com registro magnético dos depoimentos das partes, testemunhas e parecer técnico de perito, se houver.

Não há, no procedimento dos Juizados Especiais, previsão legal para a produção de debates orais. Trata-se, entretanto, de ato indispensável em face do princípio do contraditório e da oralidade do procedimento. Este é o momento último para que as partes possam se manifestar sobre os depoimentos da parte contrária, das testemunhas, do perito, enfim, a última defesa antes da decisão.

Em face do caráter informal e simples, o debate deve ser dirigido à argumentação prática geral, sobre os fatos e à argumentação jurídica. Evidentemente quando as partes não têm formação jurídica, e não são representadas, os debates giram em torno da argumentação prática geral, ocasião em que o caráter dialógico do processo adquire conotação especial e as partes podem, autonomamente, fazer exercício da sua cidadania.

Por vezes, é inevitável uma argumentação jurídica, ocasião em que aspectos da realidade entropõe-se a aspectos da dogmática. Não é difícil para o leigo argumentar em questões que juridicamente se enquadram como culpa, cumprimento de obrigação, etc. Fora destes casos, quando as questões envolvem complicadas formulações técnicas, contratos de difícil deslinde, etc, determina a lei que a parte seja assistida por defensor que se encontra à disposição do Juízo (art. 9º § 2º da Lei n.º 9.099/95).

5.3. Outros princípios do procedimento

5.3.1. Celeridade

A celeridade é outro princípio que, dada a sua importância, tem foro constitucional. Estabeleceu o constituinte que o procedimento é oral e sumariíssimo, denotando o caráter célere que se pretendeu com a implantação dos Juizados Especiais Cíveis.

A celeridade apresenta-se, assim, como um princípio de primeira grandeza na solução das causas de menor complexidade, e que deve ser perseguido,

em todo momento processual, para que sejam atingidos os fins a que se propôs o legislador constituinte com a implantação do microssistema dos Juizados Especiais Cíveis.

Nos procedimentos do Código de Processo Civil, o tempo gasto na solução dos litígios judiciais, de regra, não tem consonância com a velocidade do nosso tempo e não é adequado para os conflitos mais singelos. O princípio da celeridade decorre também do fato de ser a morosidade um dos mais importantes obstáculos ao acesso à justiça, o que tem contribuído para o desgaste do Poder Judiciário.

Por isto, o tema ganhou foro de nível constitucional não só aqui, mas também na Europa onde a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconheceu, explicitamente, no seu art. 1º, que “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um “prazo razoável” é justiça inacessível”.²²³

Neste sentido, o que fez o legislador ordinário, ao editar a Lei nº. 9.099/95, com o procedimento simples e célere, baseado na oralidade, foi apenas dar eficácia ao mandamento constitucional que determinou a adoção de um rito sumariíssimo.

A lei ordinária desincumbiu-se deste mister estabelecendo um procedimento consistente em poucos atos que, em decorrência mesmo do princípio da oralidade, é concentrado de modo a evitar que o complexo dos atos concatenados impeçam a verdadeira garantia do devido processo legal, que é o acesso à justiça.

Pela lei, o julgamento deve ocorrer em um prazo máximo 30 (trinta) dias, contando-se 15 (quinze) dias para a primeira audiência e mais 15 (quinze) dias para a segunda, ocasião em que a sentença será proferida, após a instrução (e os debates), como prevê o art. 16 e 27 da Lei nº. 9.099/95.

Além disso, o recurso tem efeito meramente devolutivo, o que possibilita o início da execução imediatamente após a sentença. Com isto, busca-se celeridade na prestação jurisdicional.

²²³ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1988, p. 21.

5.3.2. Simplicidade

A simplicidade é característica daquilo que não é complexo. Trata-se de princípio que não se restringe à definição das causas que, por decisão constitucional, são de competência dos Juizados Especiais Cíveis, mas de princípio que desta definição flui para alcançar também o procedimento, a forma de produção dos atos processuais, as provas a serem produzidas no processo e, até mesmo, a linguagem a ser utilizada.

Destaco que os Juizados Especiais Cíveis não foram preparados para o processamento de toda e qualquer causa, mas apenas daquelas mais simples ou de menor complexidade, definidas em razão do menor valor ou da menor complexidade na instrução, como as ações de despejo para uso próprio ou as decorrentes de incidentes de trânsito.

Também se estabeleceu a simplicidade para o procedimento. Uma das regras de importante efeito prático na simplificação do processo, na Lei nº. 9.099/95, é a que estabelece procedimento único para os processos, com o abandono dos chamados “processos sumários” como técnica que consiste em um “corte” na totalidade do conflito, trazendo-o para o processo através de uma demanda que não corresponde à sua plenitude.

Sobre o tema, Ovídio Baptista da Silva destaca que “... se não todas, ao menos a grande maioria das ações especiais – além de apresentarem particularidades rituais que as fazem distintas do procedimento ordinário – correspondem também a pretensões de Direito material de conteúdo menor do que as reais dimensões do conflito de interesses em que se acham envolvidos os litigantes”.²²⁴

Ora, se o Direito de ação é autônomo em relação ao Direito material, não há racionalidade em se estabelecer como regra que cada demanda seja discutida mediante um procedimento especial com rito distinto, mesmo porque o conflito pode gerar várias demandas.

Com o rito processual único se elimina, pelo menos para as causas que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis, a grande quantidade de ritos especiais que trazem para o processo uma complexidade que não encontra justificativa em exigências de ordem prática, ou mesmo de ordem teórica, à luz de uma doutrina mais progressista.

²²⁴ SILVA, Ovídio Baptista da e GOMES, Luiz Fábio: *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 116.

Neste sentido, a simplicidade adquire a missão de alcançar também a economia processual, na medida em que permite que no mesmo processo se possa tratar da totalidade da lide, o que representa alcançar também a celeridade.

Isto aumenta as possibilidades de diálogo entre as partes e o juiz, pois não se manifesta, como nas chamadas tutelas de cognição sumária, a limitação da discussão do conflito a um determinado aspecto dele, de modo a se tratar da solução do conflito como um todo. Em consequência, também a legitimidade da decisão é maior, na medida em que envolve todos os interessados.

As formalidades processuais foram abolidas, elevando-se o princípio da instrumentalidade das formas a um patamar superior (art. 13), indicando uma verdadeira dessacralização do processo. Já não são indispensáveis o relatório da sentença, os depoimentos por escrito ou a petição escrita.

Na Lei dos Juizados Especiais algumas medidas simplificadoras foram adotadas, como a possibilidade do exercício do *jus postulandi* pelas partes naquelas causas cujo valor não seja maior que 20 vezes o salário mínimo. Enfim, os Juizados Especiais caminham no sentido de eliminar toda e qualquer complexidade que não esteja intimamente vinculada à efetividade dos princípios e garantias constitucionais referentes ao processo.

No campo da prova, a complexidade não se refere às formalidades, às valorações destas, ao estilo do sistema legal de provas. A complexidade que impede a adoção do rito dos Juizados Especiais Cíveis é aquela associada a instrumentos de busca de resultados incompatíveis com a celeridade e economia processual. Assim, prova complexa é, por exemplo, aquela que exige aplicação de conhecimentos tecnológicos que não podem ser demonstrados com simplicidade, em uma audiência ou mediante um relatório singelo.

O uso de uma linguagem rebuscada, ou mesmo o uso indiscriminado de termos técnicos, pode afastar do discurso jurídico os mais interessados no debate que são as partes e isto pode ocorrer de modo deliberado ou não: "... a linguagem técnica, tal como o formalismo em geral, é um distanciador e como tal pode ser usado como expediente de recuo retórico sempre que, num dado momento do discurso, e segundo as regras de economia que lhe são próprias, tal recuo seja um acelerador da implantação persuasiva da normatividade".²²⁵

²²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa: *O Discurso e o poder, ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, P. 34.

A simplicidade, ao contrário, tem o sentido de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado instrumento jurídico.

Neste contexto, não se admite que o diálogo processual tenha por base exclusivamente conceitos técnico-jurídicos. A possibilidade de o leigo postular em juízo exige que os operadores substituam a sua linguagem e a retórica própria da sua profissão por uma mais adequada à nova realidade e passem a enfrentar muito mais proximamente os fatos, bem como a estabelecer uma relação maior entre as proposições abstratas e a realidade, de modo a desmistificar o Direito, a torná-lo algo cada vez mais um produto das necessidades sociais.

5.3.3. Economia processual

A economia processual deve ser objetivo a ser perseguido na condução do processo, com a otimização dos recursos colocados à disposição do processo. Deve-se buscar alcançar a melhor utilização possível dos instrumentos legais para a prática dos atos processuais, e o melhor aproveitamento dos atos, evitando-se o desperdício de tempo e de atividade, o que exige criatividade dos operadores do Direito.

Uma das barreiras ao acesso à justiça é representada pelos custos, que no âmbito do Código de Processo Civil incluem os honorários do profissional liberal encarregado de exercer o *jus postulandi*, os tributos, as despesas e o próprio tempo gasto na prática de atos processuais, além da privação de bens e recursos durante a espera pela solução da lide.

Para alcançar a economia processual, a lei aboliu as taxas para os processos em primeiro grau, ressalvadas as hipóteses de litigância de má-fé. Com isto, as despesas realizadas pelo Estado com o pagamento de salários de juízes e de serventuários, imóveis, etc., não são repassadas às partes na forma de taxas, mas custeadas por toda a sociedade.

A economia processual também tem aplicação na disciplina do pagamento de honorários advocatícios. Embora não se tenha permitido a cobrança dos ônus da sucumbência, ficou resguardada a hipóteses de exercício do *jus postulandi* pela própria parte nas demandas de valor inferior a 20 salários mínimos, com a possibilidade de renúncia ao excedente.

Talvez neste tema o legislador não tenha escolhido a melhor solução. Se por um lado é louvável o reconhecimento do *jus postulandi* nas causas de valor inferior, por outro lado não parece ser equitativo que nas demandas de valor superior, caso em que o autor se vê obrigado a arcar com despesas advocatícias sem que tenha contribuído para a violação do Direito de outrem, o autor cubra as despesas do processo que foi o meio necessário para o reconhecimento do seu crédito.

O objetivo da economia processual não é somente evitar o pagamento das despesas do processo. Há ainda o tempo gasto em audiências, em busca de provas, em busca de informações perante os cartórios judiciais, que tem um valor econômico. Além disso, há também a privação, pelo legítimo titular, da disponibilidade do bem ou da coisa que está em litígio, durante o processo.

Para alcançar este objetivo, os atos devem ser praticados da forma mais racional a possível, com utilização de tecnologia compatível com o nosso tempo, principalmente com a utilização da informática e de redes de comunicação, para a prática e registro de atos processuais, possibilitando-se, inclusive, a utilização de tais redes para a prática de alguns atos.

5.3.4. Informalidade

Um dos aspectos do formalismo é a expressão da garantia do devido processo legal, que exige o cumprimento das garantias processuais, como a igualdade, o contraditório, a segurança, etc... não obstante a expressão “forma”, em Direito, corresponder dentre outros aspectos, a “uma certa teoria da justiça, em que o justo passa a depender pura e simplesmente da conformidade do ato à lei”.²²⁶

O formalismo, no sentido do devido processo legal substancial e procedimental, não pode, em face do procedimento adotado para os Juizados Especiais Cíveis, ser ignorado.

Neste sentido, a forma constitui-se “na própria estruturação e organização interna do processo por coordenar a atividade dos sujeitos processuais, integrado ainda pela forma em sentido estrito e pelas formalidades necessárias para o curso e desenvolvimento do procedimento”.²²⁷

²²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de: *Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo. Ed. Saraiva. 1997, p 3

²²⁷ *Idem, ibidem*, p. 217

O contexto em que foi posto o princípio da informalidade não indica a dispensa do devido processo legal ou uma espécie de informalidade radical.

A informalidade que pretende a lei refere-se à relatividade das bases internas do formalismo processual. A adequação e a flexibilidade do procedimento, devem garantir os princípios constitucionais do processo, que se expressam no princípio da instrumentalidade das formas, previsto no art. 13 da Lei nº. 9.099/95.

Os atos processuais devem ser praticados de forma a se manter a isonomia entre as partes, o contraditório, a imparcialidade, a publicidade, etc. como manifestação de um processo justo.

Neste aspecto, a informalidade deve ser instrumento da equidade no sentido de “... inarredável mediação entre o caráter abstrato da regra e as exigências do caso concreto. Neste trabalho de adaptação, impõe-se fundamentalmente verificar os fins da norma e do processo, pois o Direito processual apresenta, sobretudo, caráter finalístico”.²²⁸

A informalidade, neste aspecto, desponta como critério que não busca tão-somente informalizar, deformalizar ou simplificar os atos, mas uma nova maneira de fazer justiça e distribuí-la, sem estimular o conflito ou o seu prosseguimento. O objetivo fundamental da informalidade consiste na minimização e, principalmente na humanização do litígio, de modo a restabelecer ou estimular a pacífica coexistência entre os indivíduos do grupo social.

O processo pautado pela informalidade não pode perder-se na solução de questões processuais, mas deve resolver as questões de mérito. A constatação da adequação do procedimento dos Juizados Especiais para este mister pode ser realizada em qualquer revista de jurisprudência especializada, quando comparada com repositórios de jurisprudência da jurisdição tradicional nos dados sobre as questões processuais e questões de mérito como objeto de julgamentos.

A forma, que já esteve ligada a aspectos religiosos, chega a nossos dias com uma carga de racionalidade própria do nosso tempo, que permite o diálogo direto entre partes e juízes no sentido de desmistificação da figura do julgador, colocando os interessados frente a frente com o juiz e evidenciando o ato de julgar como uma atividade da vida concreta, do dia-a-dia.

²²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de: *Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo. Ed. Saraiva. 1997, p. 225

A instrumentalidade das formas deve ser perseguida como meio de alcançar a economia processual. A simples aplicação da teoria das nulidades ao processo civil, apresenta-se como procedimento inadequado e contribui para o fracasso do objetivo de solução do conflito de forma justa. Tanto é assim, que tal teoria, no processo civil tradicional foi obtemperada com o princípio do prejuízo.

No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, o princípio da instrumentalidade das formas deve ser valorizado ainda mais e sempre confrontado com os princípios constitucionais.

5.4. A preferência ao consenso e agir comunicativo nos Juizados Especiais Cíveis

5.4.1. Ação comunicativa e os Juizados Especiais Cíveis

A razão comunicativa, caracterizada pela interação de sujeitos capazes de linguagem com meios verbais e extraverbais, tem importante papel no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, cujos princípios conduzem a um processo com melhores condições de promoção da decisão heterônoma mais razoável. Neste campo, a ação comunicativa se traduz em um processo baseado no diálogo e na comunicação que são objetivos buscados pelos princípios da oralidade, da informalidade e da simplicidade.

A razão comunicativa destaca-se mais ainda na promoção de soluções autônomas para os conflitos, mesmo aqueles que já se encontram judicializados.

A solução derivada da livre vontade das partes decorre de um processo em que, em lugar do Direito como meio de comunicação, são utilizados procedimentos de regularização de conflitos, que são adequados à estrutura do agir orientado ao entender-se: “Em lugar da autoridade, vem o debate, ou seja, processos de formação discursiva de vontade e procedimentos de debate e decisões orientadas ao consenso.”²²⁹

O diálogo permite que uma parte entenda melhor sua relação com a outra e compreenda os interesses que subjazem ao conflito. Com o diálogo busca-se a solução que seja mais adequada para ambos os contendores.

²²⁹ ENCARNAÇÃO, João Batista da: *Filosofia do Direito em Habermas: a Hermenêutica*. Lorena: Editora Stiliano. 1999, p. 79.

Dentre os meios autônomos de solução de conflitos destaca-se a conciliação, mediante a qual, através do diálogo, as partes encontram uma solução para o conflito, que não necessita coincidir com aquela prevista no ordenamento jurídico ou que, provavelmente, seria a decisão judicial a ser proferida.

A busca da conciliação tem se apresentado como um dos princípios básicos dos Juizados Especiais, previsto inclusive na constituição (art. 98) e na Lei nº. 9.099/95 (art. 2º).

5.4.2. A conciliação nos Juizados Especiais Cíveis

A conciliação é abordada aqui em sentido genérico, como mecanismo de resgate e fortalecimento da autonomia individual na busca de meios não jurisdicionais para a solução de conflitos de forma justa, esteja ou não o conflito veiculado em um processo judicial.

A conciliação, neste sentido, identifica-se com a mediação, embora considerável parte dos estudiosos do assunto façam distinção entre os dois meios de solução de conflitos. As distinções apresentadas, referentes à maior ou menor atuação do terceiro que intermedia a comunicação entre as partes, ou ao local onde ocorra o procedimento de diálogo (conforme seja judicial ou extrajudicial), em nada modifica a base principiológica em que se firmam.

Em razão disso, reputamos a distinção de conceitos como simples formalismo nominalista, razão pela qual optamos por tratar a oportunidade para conciliação, nos Juizados Especiais Cíveis, como oportunidade para mediação. Na realidade, existem várias formas de conciliação (judicial, extrajudicial), as quais se propõem a explorar os conflitos em variadas intensidades.

A conciliação permite uma abordagem interdisciplinar que procura uma interação entre o indivíduo e a cultura e vice-versa. Esta abordagem interdisciplinar envolve questões que são objeto de várias ciências e áreas do conhecimento, como Direito, Psicologia, Administração, Semiótica, Semiologia, Comunicação etc...

Isto nos permite “ir além da lei”, desde que se trate de questão de natureza privada disponível, e também a idéia de alteridade, que é a capacidade de se colocar no lugar do outro. A mediação é uma forma alterativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do Direito positivo.

Uma abordagem interdisciplinar permite um mecanismo para solução de conflitos através da gestão do mesmo pelas próprias partes e da mediação de um terceiro neutro, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos.

A conciliação deve sempre ser voluntária. Embora a presença das partes na audiência de conciliação seja obrigatória, estas podem se recusar a participar do processo de negociação, o que é muito comum. Quando isto ocorre, o interessado não pode ser compelido a apresentar proposta, o máximo que se pode fazer é dissuadir a parte de sua posição e convencê-la a fazer parte do processo de negociação.

Na conciliação não se deve levar em conta a posição adversarial de autor contra réu, nem réu contra autor. Não se disputam posições, mas se busca harmonizar interesses que em um processo adversarial estariam apresentados como antagônicos, e isto pode resultar até mesmo em ganhos recíprocos.

É necessária a atuação de um terceiro, sem ligação de qualquer espécie com as partes, sem demonstração de antagonismo ou simpatia a qualquer das partes, seja de natureza ideológica, política, religiosa, preferência esportiva, etc. Essa atuação requer que se alcance credibilidade suficiente para que o processo de conciliação seja dirigido com eficiência, “filtrando” eventuais agressões ou ruídos de comunicação.

Diferentemente das decisões judiciais, baseadas em proposições jurídicas que nem sempre socorrem o interesse das partes, na conciliação as decisões são autônomas, vinculadas aos interesses que possam ser harmonizados, tendo como limites apenas os Direitos indisponíveis (questões de estado, de família, etc...), não sendo tolerado, de igual forma, decisões tomadas com má-fé ou imorais.

A mediação ou conciliação é desenvolvida, preferencialmente, em um ambiente privado e somente será divulgada se esta for a vontade das partes. No caso da conciliação nos Juizados Especiais, em razão das limitações de ordem material, não há a privacidade que seria desejável, mas mesmo assim, deve-se buscar resguardar, na medida do possível, que as questões trazidas pelas partes, às vezes de natureza íntima, pessoal (como questões de família, por exemplo), não venham ao domínio público. Cabe ao conciliador, portanto, garantir às partes que o que for dito ali não será publicado, nem vincula uma eventual decisão judicial.

Outra característica da mediação ou conciliação, é que ela não é um processo formal. A formalidade apresenta-se apenas no seu resultado, que é o acordo, homologado pelo Juiz, que garante a efetividade do que ficou acertado.

É fundamental para o êxito da conciliação a existência de equilíbrio entre as partes, o que exige uma mínima análise sobre o ponto de vista da instrução e condições sociais das partes envolvidas, devendo o conciliador zelar para que eventual desnível não importe em superioridade no diálogo que busca a solução do conflito. Deve-se conferir às partes a oportunidade para se manifestarem, bem como para compreenderem todo o procedimento.

A conciliação exige também a redução dos obstáculos de comunicação existentes entre os participantes. Para isto é necessário que se elimine a concepção adversarial do conflito, baseada no binômio ganhador/perdedor. Esta concepção freqüentemente obscurece as origens do conflito e dificultam a busca de uma solução consensual.

É indispensável ressaltar a separação entre as pessoas e os problemas em que elas se encontram envolvidas, procurando, assim, evitar que as emoções e as opiniões inviabilizem um processo de comunicação que leve à solução autônoma do conflito.

Outra técnica é a consideração das necessidades de cada envolvido. Quando os interesses de cada participante do processo de conciliação são definidos com precisão e com fidelidade, é mais fácil encaminhar a discussão em torno de concessões recíprocas como instrumento para satisfazer a ambos.

Finalmente, a maximização do uso de alternativas deve ser perseguida, com a invenção de opções previstas ou não na norma legal, como forma de satisfazer aos interesses em jogo, explorando, ao máximo, as possibilidades de ganhos recíprocos. Não é razoável trabalhar com a pressuposição do tudo ou nada, ou de uma solução única para o conflito.

Deve ser trabalhada, também, a preparação dos participantes para que aceitem as conseqüências de suas próprias decisões. É indispensável que o acordo seja realizado tendo em vista a futura execução. Não é objetivo da realização do acordo tentar resolver o conflito como quem tenta extinguir um processo, mas deve-se sempre ter em mira a possibilidade de cumprimento pelas partes, pois isto sim, representa a solução da lide.

A conciliação é um instrumento eficaz de acesso à justiça.²³⁰ Através da conciliação há um considerável ganho de tempo na solução de conflitos postos em

²³⁰ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, p. 83.

juízo. Ademais, no conflito em que se chega a um acordo em juízo, uma maior efetividade da justiça é alcançada em razão das próprias formalidades inerentes ao ambiente judiciário, representadas por acordos escritos e homologados por juízes, que conferem um grau maior de segurança.

Quando as partes têm um relacionamento prolongado ou duradouro, como nas relações de parentesco, vizinhança, etc., o importante é restaurar laços de convívio, o que dificilmente é alcançado com decisões heterônomas.

A prática judicial e extrajudicial da conciliação, nos últimos anos, demonstrou que a valorização da autonomia da vontade na realização de acordos não reside apenas no descongestionamento dos juízos e cartórios. Trata-se também de manifestação de um novo paradigma na busca da justiça, distanciado do paradigma tradicional do formalismo legal, que é substituído pelo princípio da autodeterminação, pela crença no cidadão como sujeito de seu próprio destino, e capaz de promover a solução de seus conflitos de forma legítima, ou seja, mediante o diálogo. Tais regras e princípios têm representado um considerável avanço no acesso e na efetividade da justiça e também no resgate da autonomia das partes.

5.4.3. A preferência ao consenso como forma de solução de conflitos

Na Lei n.º. 9.099/95, a preferência à conciliação destaca-se como base do microsistema processual dos Juizados Especiais Cíveis (art. 2º). Esta preferência é explícita ao ser admitida a formação de título executivo a partir de acordos em causas para as quais os Juizados Especiais são incompetentes em razão do valor (art. 3º, § 3º), da Lei 9.099/95, mas também permite a realização de acordos em matérias não postas em juízo (art. 17), e até mesmo para as causas em que os Juizados Especiais Cíveis não sejam competentes em razão da matéria, com encaminhamento ao juízo competente para homologação (art. 57 da Lei n.º. 9.099/95 e 584, inciso III do CPC, com a redação dada pela Lei n.º. 10.358/2001).

O princípio conciliatório encontra-se ainda, na separação das audiências de conciliação e de instrução e julgamento, (art. 16 e 27 da Lei n.º. 9.099/95) de forma a que a parte se prepare psicologicamente para um ou outro ato e na obrigatoriedade de audiência e conciliação também na execução de títulos executivos extrajudiciais (art. 53, § 1º da Lei n.º. 9.099/95).

Tais regras e princípios têm representado um considerável avanço no acesso à justiça e no resgate da autonomia das partes o que é demonstrado pelo índice de acordos em que há cumprimento voluntário superior ao número de

sentenças condenatórias cumpridas voluntariamente, o que leva a concluir que o estímulo à conciliação representa um salto qualitativo na prestação jurisdicional.

Destaque-se que esta tendência revela uma opção pluralista, especialmente em face da constatação de que estes mecanismos não podem ter um caráter universalista. Elas são úteis na medida em que se apresentam como mais uma “porta” para o Direito. Não há solução uniforme para todos os problemas. Como nos ensina Aristóteles, a justiça é o meio-termo entre perda e ganho, e as pessoas procuram o juiz com a finalidade de encontrar este meio-termo.²³¹ Se as partes, que melhor conhecem os fatos e os interesses que são circunstâncias do conflito, puderem alcançar uma solução autônoma para ele, muito mais próximo se estará da justiça que poderiam encontrar no Poder Judiciário.

Neste aspecto, a conciliação é uma excepcional oportunidade para o exercício da equidade, mas uma equidade que se traduz na realização de justiça de acordo com a vontade e interesse das partes.

²³¹ ARISTÓTELES: *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2001, p. 111.

6. EQÜIDADE, PROVAS E ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

SUMÁRIO. 6.1. Prova e liberdade judicial. 6.2. Prova em uma perspectiva constitucional. 6.3. Prova e argumentação nos Juizados Especiais Cíveis.

6.1. Prova e liberdade judicial

6.1.1. Livre convencimento e sistema legal de provas

A extensão dos poderes do juiz na produção e na valoração das provas é matéria de especial interesse no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, em face não apenas das características do seu procedimento, mas também em razão de uma nova postura que se exige do juiz em um processo compatível com o Estado Democrático de Direito, que é o signo do século que agora se inicia.

O papel do juiz na produção das provas sempre foi de especial interesse, desde Roma, onde o processo era presidido pela oralidade e pelo princípio do livre convencimento. Cabia à parte trazer as provas a juízo e o juiz tinha poder absoluto sobre sua valoração, segundo a parêmia *mibi factum, dabo tibi ius*.

O sistema da prova legal presidiu o processo medieval, quando ao juiz não era conferido o poder de valorar o conteúdo da prova segundo critérios subjetivos. Assim, por exemplo, o testemunho de um servo não tinha a mesma força do testemunho de um nobre.²³² Este sistema vinculava a atividade do juiz às hipóteses e às formas com que as provas deveriam ser produzidas, bem como à sua valoração, deixando ao juiz o papel de mero aplicador passivo da norma.

O sistema de provas do Código de Processo Civil conserva resquícios tanto do Direito Romano quanto do Direito medieval. Isto se manifesta na especificação das provas, que faz a produção das provas depender da iniciativa das partes, como no antigo Direito Romano, bem como na existência de várias regras sobre os meios de descobrimento da verdade, inspirada no sistema legal de provas.

²³² SILVA, Ovídio Baptista da e GOMES, Luiz Fábio: *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.p. 296.

Assim é que ainda subsistem alguns resquícios deste sistema, por exemplo, o depoimento de uma pessoa impedida não tem o mesmo valor legal que o de uma pessoa não impedida, mesmo que o seu depoimento esteja em consonância com o conjunto probatório (art. 405, a contrário senso), a não ser que não haja outras provas a serem produzidas.

Da mesma forma, não pode ser aceito o testemunho do incapaz, mesmo que ele tenha credibilidade, em face dos demais elementos do processo e do conhecimento prático (art. 405 e 405, § 1º, do Código de Processo Civil). De igual forma é o legislador, e não o juiz, quem valora a prova no caso de revelia (art. 319), considerando verdadeiros os fatos alegados pelo autor, sem submetê-los ao critério de verossimilhança.

Também se nega valor à reprodução de documentos não autenticados, sem se indagar sobre a idoneidade que tenham para demonstrar a verdade, mesmo que sua autenticidade não seja contestada (art. 365, III) e existem ainda regras sobre o valor das provas no caso de prova testemunhal para contratos acima do equivalente a 10 salários mínimos (art. 407 do Código de Processo Civil).

Tudo isto deixa a impressão de que o legislador não delegou por completo ao juiz uma das mais importantes atividades do exercício da jurisdição, que é o ato de valorar a prova, a qual tem por finalidade reproduzir, no processo, o estado de coisas.

Não obstante o sistema da persuasão racional ser o que rege a produção e apreciação das provas, ainda é grande a influência do sistema da prova legal no Código de Processo Civil.

O papel do juiz em um sistema de provas com estas características é bastante tímido, pressionado entre as valorações tarifárias próprias do sistema legal de provas e o poder dispositivo das partes. A sua função eqüitativa é bastante limitada e o papel que lhe cabe aproxima-se de um operador que trabalha sob o critério único da subsunção.

Uma tendência oposta a esta é a de se valorizar um ativismo judicial do tipo inquisitorial, que também não é garantia de um processo justo.²³³ Naquele sistema, o Estado coloca-se como tutor dos interesses individuais e o Direito privado é absorvido pelo Direito público.

²³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de: *Do formalismo no Processo Civil*: São Paulo. Ed. Saraiva. 1997, p. 138

O Direito patrimonial do indivíduo passa a ser interesse deste apenas enquanto membro de um determinado grupo social, o que implica em negação da liberdade individual. Um processo deste estilo não é libertário e, portanto, não promove a dignidade da pessoa humana, porque não observa a esfera da autonomia privada.

O processo moderno, pautado pelos princípios do Estado Democrático de Direito não pode estar vinculado a nenhuma destas tendências extremas. A atuação judicial característica das tendências da atualidade não se confunde com arbitrariedade, mas tem como parâmetro uma inarredável atitude dialógica por parte do juiz.

O juiz deve ter papel ativo na condução do processo, de forma a anular os obstáculos que impedem que o processo funcione como um espaço comunicativo no qual se realiza a solução de conflitos segundo a ética da democracia, a qual se expressa no valor da dignidade humana. Tais obstáculos são identificados no formalismo, nos altos custos, na morosidade, na falta de informação, e que atingem especialmente os interessados em litígios de pequena monta.

A colaboração das partes tem relevante papel na formação de um processo que se funda da certeza de que uma decisão será tomada (não se admitem soluções *no liquet*) e na incerteza quanto ao seu resultado: “... a incerteza motiva a aceitação dum papel e conjuntamente também da relação desse papel, que absorve gradualmente a incerteza. Se não existir essa incerteza, então não ocorre um processo jurídico singular...”, certeza esta que leva a que “...todos os outros participantes tem de ser induzidos através do próprio sistema específico do processo jurídico a uma cooperação justificativa da causa”.²³⁴

O ativismo judicial associado à colaboração das partes deve dar o norte do processo com fundamento nos valores da democracia, os quais adquirem sua melhor expressão nos princípios decorrentes do devido processo legal.

Neste novo processo, inspirado no princípio do devido processo legal, a livre investigação e valoração das provas, ao lado da oralidade, da publicidade e do fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz apresentam-se como indispensável instrumento na busca do fundamento de um processo justo, sendo este o sentido que orientou o legislador ao editar a Lei n.º. 9.099/95.

²³⁴ LUHMANN, Niklas: *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 46.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis foi criado um sistema de provas que se orienta no sentido do respeito ao devido processo legal, do fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz, o que relativiza o critério do ônus subjetivo e da prova tarifada encontrada no Código de Processo Civil.

Este processo, mais dialógico e aproximativo mostra-se mais adequado para os conflitos típicos de uma sociedade de massa e, em especial, para aquela classe de conflitos que, em razão de sua menor complexidade, sempre estiveram excluídos do âmbito da prestação jurisdicional.

6.1.2. Prova e motivação no Direito da atualidade

A produção de prova judicial envolve não apenas a reprodução dos fatos no processo, mas também a argumentação a respeito deles, com o objetivo de se inferir outros fatos não completamente demonstrados, conhecidos como prova indiciária, e sobre as conseqüências jurídicas dos fatos demonstrados.

Não é suficiente que seja demonstrado o fato com o objetivo de que o juiz se convença da sua existência. Exige-se também que o juiz exponha os motivos que o levaram a convencer-se daquela conclusão (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal). Por isto, a prova deixa de ser um problema da parte e passa a ser também um problema do juiz.

A argumentação prática tem, assim, a função de demonstrar a ocorrência do fato e, portanto, acha-se intimamente vinculada ao dever de motivar, não se podendo afirmar a realização deste sem o auxílio daquela.

Dada a diversidade de fatos que fazem parte do cotidiano, levando às mais diferenciadas combinações de conseqüências jurídicas, não é possível disciplinar detalhadamente os meios de demonstração de sua ocorrência.

Somente em um sistema de discurso mais livre é possível se chegar ao assentimento sobre a ocorrência de um fato, daí porque a motivação, em tema de prova, deve ser a argumentação fundada na estrutura do real, e não em simples interpretação ou aplicação de um preceito jurídico. Como lembra Perelman: “... a motivação da sentença jamais pode limitar-se à explicitação dos institutos, por mais generosos que sejam: sua função é tornar a decisão aceitável por juristas e, principalmente, pelas instâncias superiores que teriam de conhecê-la”.²³⁵

²³⁵ PERELMAN, Chaïm: *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 223.

Estes argumentos, quando colocados em um procedimento orientado pela técnica tradicional, inspirada no sistema da prova legal, quase sempre giram em torno da interpretação ou aplicação de um dispositivo legal, ou seja, a argumentação é majoritariamente dogmático-jurídica e o ato da procura da verdade apresentar-se-á como uma limitada subsunção, sem preocupações com aspectos não legais, como a busca da justiça.

Em um processo dialógico, a técnica jurídica é substituída pela argumentação com base em princípios, em que sobressaem aspectos axiológicos e práticos. Aqui sobressairão, como objetivos do processo, a solução do conflito segundo o parâmetro do justo, em que a argumentação sobre provas será voltada para a reprodução mais fiel possível dos fatos, de acordo com valores jurídicos, como a boa-fé.

Viehweg, sobre este ponto, lembra que: “... quem se envolve em uma situação discursiva, assume deveres, o que outra vez é algo bastante compreensível para o jurista prático. Pois este conhece os seus deveres processuais, que lhe incumbe cumprir como deveres de afirmação, fundamentação, defesa e esclarecimento”.²³⁶

A argumentação se voltará à estrutura do real, com análise sobre ligações de sucessão, como vínculo causal, relação de fim e meio, ligação de co-existência, etc.

A argumentação prática não é arbitrária, mas controlada. O controle da subjetividade ocorre com a publicidade que é ínsita ao devido processo legal, obtemperada com o contraditório e o duplo grau de jurisdição. As razões da decisão devem ser expostas, em face do princípio constante do art 93, inciso IX da Constituição Federal, com o que se dá também publicidade à atividade jurisdicional. Mais do que a simples publicidade, tal regra permite uma argumentação racional em segundo grau de jurisdição, com o que o juiz é controlado também por esse auditório especializado.

É interessante, para o juiz e para as partes, que haja consenso em torno da decisão, o que indica a necessidade de se tentar eliminar qualquer resistência em relação a ele, evitando, por conseqüência, o maior número possível de subjetivismo na apreciação das provas. A sua preocupação, portanto, será a de demonstrar que a decisão é a melhor solução para o conflito, e tentar convencer os integrantes da comunidade jurídica (partes, advogados, juízes de segundo grau), de que deve ser mantida e executada.

²³⁶ VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 107

6.2. Prova em uma perspectiva constitucional

6.2.1. Prova e a superação da dicotomia privado-público no processo

O Direito processual tradicionalmente teve caráter privado. Em Roma, era ônus da parte trazer a juízo o demandado, fazendo uso, inclusive, da força física, não cabendo ao juiz o poder de tomar iniciativas neste sentido. A iniciativa do impulso era das partes, embora o tribunal não carecesse, de todo, da faculdade de tomar certas decisões.²³⁷

O Direito processual, ou Direito “adjetivo”, era concebido como um apêndice, acessório do Direito substancial ou Direito material, e a ação nada mais era do que o Direito material em movimento, que mais tarde veio a inspirar a concepção civilista do Direito de ação.

O surgimento do Estado moderno repercutiu na teoria do Direito de ação, que passou a ser visto não mais como mera reação contra a lesão do Direito, mas como um Direito autônomo, exercitável contra o Estado e independente em face da relação jurídica de Direito material.

A visão de um processo de caráter público não foi absorvida com facilidade pela cultura jurídica. Como lembra Dinamarco, “nos espíritos permaneceu a marca privatista”,²³⁸ e mesmo em um Direito processual codificado permaneceu a tendência para aplicá-lo como se de Direito privado se tratasse.

Deste modo formou-se a cultura processual pátria, com a tônica na defesa de Direitos individuais disponíveis, em que se relega ao juiz um papel muito tímido, seja na condução do processo, seja na efetividade das decisões.

Basta lembrar o amplo poder de disposição das partes sobre as provas, os ônus dele decorrente e a dependência que o condutor do processo tem em relação à produção das provas, e até as restrições impostas ao juiz sobre a valoração das provas, como no caso da revelia do réu ou em hipóteses várias em que há resquício do sistema legal de provas.

²³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de: *Do formalismo no Processo Civil*: São Paulo. Ed. Saraiva. 1997, p. 17.

²³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel: *A instrumentalidade do processo*. 10ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2002, p. 52.

As funções atribuídas ao juiz na efetividade do Direito sempre foram muito limitadas. Tradicionalmente foi ressaltado o aspecto secundário da jurisdição e só muito recentemente se admite, por exemplo, a execução específica das obrigações de fazer.

De igual sorte, a divisão em processo de conhecimento e de execução, baseada na crença exacerbada na autonomia privada, que em muito prejudica a efetividade do processo. Presume-se que o objetivo primeiro do processo de conhecimento é apenas impor o cumprimento da obrigação, e, uma vez imposta, o devedor voluntariamente a cumprirá. Caso não cumpra, cabe ao credor, novamente, acionar o Judiciário para que haja o cumprimento, com subterfúgios em pressões sobre a vontade do obrigado no sentido de fazer cumprir a obrigação, e, só então, com eventual desapropriação dos bens do devedor.

Nestas linhas, caracteriza-se no Direito processual civil um aspecto privatista, supervalorizando a autonomia individual e fazendo depender da iniciativa das partes o impulso processual. Este processo não atende às necessidades da sociedade moderna, pois a promessa da igualdade formal, na qual ela se baseia, não foi cumprida. O fato de tal garantia estar insculpida nos textos constitucionais não permitiu que uma classe muito importante de demandas e de pessoas tivesse acesso à jurisdição.

Em oposição a esta abordagem, surge o Direito processual como Direito público. Ocorre que a tendência a um processo de cunho inquisitorial, em que o Estado se apresenta como tutor dos interesses individuais e estes são submetidos ao interesse público, também não atende às exigências do Estado Democrático de Direito, pois sufoca a autonomia individual.

O processo compatível com o Estado Democrático de Direito reclama uma nova visão em que se garanta o acesso à ordem jurídica justa, de modo que os Direitos e garantias fundamentais passam a ser o centro, a fonte principal do Direito, caindo por terra a tradicional dicotomia público-privado.

O Direito processual próprio para sociedade complexa dos nossos dias tem conotação público-social. O juiz, atuando como mediador eficiente na solução de conflitos, necessita de poderes para o que se exige uma nova concepção de processo. Não se mostra compatível com o papel que se exige do juiz, no processo moderno, a inércia e a omissão, deixando à iniciativa das partes o poder de direção probatória, pois esta também tem caráter público-social.

É neste contexto que se destacam aspectos sociais do Direito, como o reconhecimento de novos sujeitos processuais com legitimidade para atuarem independentemente de manifestação dos reais interessados, técnica que permite alcançar o exercício do Direito de ação em questões em que os sujeitos, por motivos vários, não se sentem estimulados a demandar em juízo, mas ao mesmo tempo se preserva a imparcialidade do julgador como garantia do princípio da demanda.

Tal processo centra-se na idéia de criar um processo civil no qual a parte menos hábil, menos culta, menos rica possa se encontrar em pé de igualdade material e não apenas formal em relação ao seu adversário.

A exigência de um processo em que o juiz exerce papel preponderante é cumprido no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, onde se permite a supressão das deficiências das partes mediante a aplicação do princípio da informalidade (art. 2º, da Lei nº. 9.099/95), da instrumentalidade das formas (art. 13 da Lei 9.099/95). Também na produção das provas o juiz exerce um papel mais ativo, podendo determinar a produção de provas, na concepção de que esta não se relaciona com singelos interesses privados, mas diz respeito à atividade de interesse público, que é a jurisdição.

O órgão judicial tem também o dever de advertir os litigantes a respeito das irregularidades e incompletudes de seus pedidos e alegações.

Um dos princípios que denotam o caráter público do processo é o princípio da preclusão e a divisão do processo em fases, o que exige que os atos sejam realizados na fase processual correspondente e dentro de determinado espaço de tempo, findo o qual o ato já não se poderá realizar.²³⁹ De outra parte, um sistema recursal que faz cada fase do processo se subordinar a preclusões que dependem do interesse das partes coloca em cheque os poderes de condução do processo de que deve dispor o juiz, submetendo-o à discricionariedade das partes.

Um procedimento oral, concentrado e informal mostra-se incompatível com um rígido sistema de preclusão, pois aqui as fases tendem a se confundir temporalmente. Ademais, no procedimento oral, o juiz tem papel de destaque na condução e produção de provas, o que dificulta o reconhecimento de preclusão, que pela sua própria natureza, ocorre em relação às partes.

A atividade do juiz, neste particular, caracteriza-se como supletiva e auxiliar, ultrapassando a posição de mero árbitro fiscalizador da observância das

²³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de: *Do formalismo no Processo Civil*: São Paulo. Ed. Saraiva. 1997, p. 170.

“regras do jogo” para alcançar *status* de ativo participante, com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte.

Ativismo judicial não se confunde com arbitrariedade. É indispensável uma atitude dialógica por parte do juiz. Não é o Estado-Juiz o senhor dos interesses em confronto, mas apenas um mediador, devendo as partes terem a oportunidade de expor suas pretensões de forma eficaz: “o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e, em contrapartida, o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”.²⁴⁰

O processo apresenta-se, neste contexto, como o espaço para um diálogo ponderado, em que a atividade dos interessados, mediada pelo Estado-Juiz dá-se em termos de cooperação na busca da decisão mais razoável. Dinamarco observa que: “é preciso, de um lado, reprimir a inquisitorialidade que dominou o processo penal autoritário; e, de outro, abandonar o comportamento desinteressado do juiz civil tradicionalmente conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo”.²⁴¹

Sob este paradigma, o processo apresenta-se como um espaço para o exercício da cidadania.

6.2.2. Direito à prova e ampla defesa

O acesso à ordem jurídica justa acha-se subordinado ao devido processo legal, e isto se traduz também no Direito à prova e à ampla defesa.

Os cidadãos têm Direito, não apenas de apresentar uma pretensão ao Estado-Juiz, mas de que tal pretensão seja apresentada na concepção dos elementos mínimos do processo, ou seja, o Direito de acesso abrange também a garantia da defesa, a garantia da produção de provas e da apresentação de argumentos jurídicos ou práticos em relação a tais provas e tais pretensões.

O princípio da ampla defesa não se conforma com a singela garantia de apresentação de argumentos. Ele exige também oportunidade para que argumentos da defesa sejam demonstrados durante a instrução processual, que é o momento adequado para a demonstração desses fatos.

²⁴⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de: *Do formalismo no Processo Civil*: São Paulo. Ed. Saraiva. 1997., p. 139.

²⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel: *A instrumentalidade do processo*. 10ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2002, p. 63.

O Direito à prova se confunde com a garantia da ampla defesa, na medida em que o primeiro apresenta-se como “... o Direito de realmente poder influir no convencimento do juiz, valendo-se de todos os meios de prova considerados úteis e idôneos para demonstrar a existência e a eficácia pertinentes e relevantes da causa”.²⁴²

Na lei n.º. 9.099/95 há ampla liberdade para o julgador, dispondo que “Todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes” (Art. 32). Os limites impostos à produção de provas são apenas os de natureza ética, com o que ficam afastadas as provas que violem as garantias constitucionais, o que, de resto, já estava estabelecido desde 1988.

Assim, não podem ser produzidas provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal), com violação do Direito à intimidade, à vida privada, à honra (inciso X) ou aquela que viola o sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas e de dados (inciso XII).

Sem limitações, o Direito à prova é amplo, e abrange o poder do juiz para determinar a sua produção independentemente de previsão específica na lei, como para apreciá-la segundo o valor que lhe é próprio.

O poder do julgador de produção e valoração das provas, independentemente de mediação normativa é exigência sem a qual a ampla defesa não estará completa. Como lembra Eduardo Cambi, “a eficácia ou força probante da prova consiste no seu concreto poder de persuasão racional do juiz, não sendo possível prever o seu resultado antes da realização do processo”.²⁴³

A relevância da ampla defesa no processo perante os Juizados Especiais Cíveis liga-se à importância que tem para estes, a argumentação prática à qual a Lei se refere ao dar ao juiz liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica (art. 5º da Lei n.º. 9.099/95).

Como todo Direito fundamental, o Direito à prova rege-se pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, está ligado à finalidade de permitir de forma adequada a demonstração da verdade relativa aos interesses em conflito. Na condução do

²⁴² CAMBI Eduardo: *Direito Constitucional à prova no Processo Civil*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001, p. 170.

²⁴³ *Idem, ibidem, p. 80.*

processo cabe ao juiz o papel de presidente da instrução, podendo inclusive, dispensar as provas desnecessárias ou inadequadas para o fato a ser provado (art. 33 da Lei nº. 9.099/95).

O Direito subjetivo à prova abrange um complexo que envolve a participação dos interessados em todas as fases do processo, e cujo conteúdo vai além da singela introdução do material probatório no processo, mas abrange também o Direito à utilização e efetiva produção das provas relevantes, pertinentes e admissíveis e, ainda, o Direito à argumentação com base nelas.

Este é o sentido substancial do Direito à prova, que se liga à eficácia do Direito material. A prova, como um meio que visa à formação do convencimento judicial, oferece ao órgão jurisdicional modos para o conhecimento dos fatos e, conseqüentemente, para a melhor aplicação do Direito substancial, pois o fato só se torna relevante se destinado a produzir conseqüências jurídicas.

6.2.3. Direito à prova e contraditório

O contraditório consiste no dever de audiência bilateral, em que é ínsita a dialética, a participação das partes no impulsionamento do processo e na decisão justa. O contraditório atende a anseios como a descoberta da verdade dos fatos e a concretização da justiça das decisões.

É um dos mais importantes consectários do devido processo legal e associa-se à necessidade de assegurar a igualdade de tratamento das partes. O contraditório não é apenas uma garantia formal a ser exigida do legislador ordinário que lhe assegure a efetividade, mas é garantia substancial deve ser realizado mesmo quando não haja previsão legal específica.

Nos Juizados Especiais Cíveis, o contraditório tem peculiaridades relativas à argumentação prática. Se, no contexto do Direito, o discurso jurídico é totalmente dependente do discurso prático geral,²⁴⁴ no processo de rito sumaríssimo ele ganha contornos especiais em face de os interessados não usarem necessariamente o discurso jurídico para a exposição da lide, em razão de poderem postular em causa própria, mesmo sem formação jurídica.

Além disso, no campo da prova, conforme se infere dos art. 5º, e 32 da Lei nº. 9.099/95, o que prevalece como critério principal é a experiência comum,

²⁴⁴ ALEXY, Robert: *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 270.

diferentemente do sistema do Código de Processo Civil, em que ela é subsidiária. Isto nos remete à argumentação prática, em que prevalecem critérios de razoabilidade, do que é aceitável sob o ponto de vista do auditório especializado, composto pelas partes e pelos juízes.

A argumentação prática, por estar intimamente ligada aos fatos da vida, deve ser objeto de debate do ponto de vista da realidade, na linha de um processo em que se eleva ao grau máximo o caráter participativo e dialógico a que nos remetem os princípios da oralidade (art. 98 da CF), da informalidade, e da simplicidade (art. 2º, da Lei nº. 9.099/95).

A audiência bilateral, que é ínsita ao conceito de processo judicial, deve servir de paradigma para todos os momentos do processo em que haja a formulação de alguma pretensão pela parte, bem como na instrução processual. Surge, assim, como momentos indispensáveis decorrentes deste caráter participativo e dialógico, a necessidade de oitiva das partes, independentemente das provas e alegações escritas produzidas por seus advogados, bem como, a oportunidade para os debates orais, após a colheita da prova.

Esta necessidade exsurge também do fato de o Juiz ter amplos poderes de iniciativa na produção de prova, como é do teor do art. 32 da Lei nº. 9.099/95. Se a liberdade do juiz na produção e valoração das prova é maior, deve-se dar às partes, que são as reais interessadas, a oportunidade de debaterem sobre as provas que foram produzidas, como instrumento hábil para conferir legitimidade a estas iniciativas heterônomas, até mesmo porque, como já referido, é do juiz o poder de valoração das provas e, se nesta valoração ele puder contar com a participação das partes, haverá de proferir uma decisão mais eqüitativa na valoração da prova. Em conseqüência, estará melhor habilitado para aplicar o Direito.

O caráter comunicativo do exercício da jurisdição extrai-se não apenas da participação das parte na produção de alegações e provas, mas também permeia a atividade jurisdicional. Não é por outro motivo que as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade. A motivação tem o objetivo de formar o convencimento das partes no sentido de que a decisão é a mais adequada diante do caso concreto, e, com isto, facilitando a efetivação desta decisão.

Com este sistema se permite às partes o controle da atividade jurisdicional, parecendo indicar que o ideal da jurisdição é um grande debate onde se possam esgotar todos os argumentos jurídicos e práticos referentes ao conflito, com o que se alcança o consenso dos interessados.

Este consenso, por vezes, é alcançado mais facilmente, em casos em que há acordo no início do processo. Em outros casos, somente após o exercício exauriente da jurisdição, com a busca de solução em cortes de recursos, havendo até mesmo casos em que o Estado tem que se desdobrar em atos concretos, como desapropriação e alienação de bens, utilizando-se do argumento da força para alcançar a eficácia da decisão.

Em todos estes momentos, o contraditório é instrumento da busca do consenso que pode mais adequadamente ser alcançado com a exposição de argumentos práticos em cujo fundo se encontre a equidade. Perelman lembra-nos que: “quando uma solução se impõe como a única equitativa, a insuficiência de motivos não acarretará a cassação: a Corte se esforçará para substituir os motivos do juiz de primeira instância por uma motivação mais aceitável e, se não o conseguir, contentar-se-á, à espera de algo melhor, com uma motivação puramente aparente. A corte, por outro lado, se resignará de má vontade a uma decisão conforme à letra da lei, mas que lhe pareça desarrazoada, inaceitável, por chocar seu senso de equidade”.²⁴⁵

6.3. Prova e argumentação nos Juizados Especiais Cíveis

6.3.1. Argumentação prática

Na linha do moderno Direito à prova, em que se ressalta a realização dos Direitos fundamentais e dos aspectos comunicativos, é que se orientou o legislador da Lei n.º. 9.099/95 ao estabelecer, no art. 5º, a ampla liberdade ao juiz na produção das provas, desvinculando-o da disposição do art. 335 do Código de Processo Civil.

No sistema de provas do Código de Processo Civil, vige o sistema legal no campo da confissão, da prova documental e das presunções legais. Na valoração da prova testemunhal, embora prevaleça o livre convencimento, existem algumas regras legais de valoração, como a referente ao objeto do contrato de até dez vezes o salário mínimo, ao grau de parentesco e à incapacidade da testemunha.

No microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, qualquer que seja a espécie de prova, deve ser apreciada livremente pelo juiz, o qual dará especial valor às regras de experiência comum. Não há regras legais sobre as provas e nem determinação para aplicação do Código de Processo Civil para a produção ou a

²⁴⁵ PERELMAN, Chaïm: *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 238

valoração das provas. Sem as amarras legais que limitam o poder de apreciação das provas, será possível se alcançar um sistema que se aproxime mais da verdade e dos interesses das partes.

A argumentação jurídica e, em especial, a argumentação prática têm sido objeto de importantes estudos, especialmente após a revalorização de uma nova forma de pensar o Direito, a partir de uma perspectiva dos Direitos e garantias constitucionais, que conferiram uma abordagem ética para o discurso do Direito.

Os argumentos práticos podem ser aplicados no discurso jurídico na justificação de premissas normativas necessárias para satisfazer as diferentes formas de argumentos, na justificação de uma escolha entre diferentes formas de argumento que levam a diferentes resultados, na justificação e exame de proposições da dogmática jurídica, na justificação de quaisquer casos de distinguir ou prevalecer, e, ainda, diretamente na justificação de afirmações usadas na justificação interna.²⁴⁶

A argumentação prática não elimina nem reduz a importância da dogmática jurídica, mas tem com esta relação de complementaridade, no equilíbrio entre transformação e conservação, entre a busca da justiça e a preocupação com a segurança jurídica. Trata-se de atividade que se refere tanto à aplicação quanto à interpretação, à extração de sentido e direção a partir da norma abstrata, com a utilização de elementos de ordem sociológica, axiológica etc., que, no contexto da argumentação jurídica, se submetem a regras e condições especiais, não redutíveis à argumentação prática geral.²⁴⁷

Os argumentos empíricos, baseados em fatos, em ações, em motivos, eventos e estados de coisas de ordem sociológica, econômica, psicológico, etc. são importantes por terem papel fundamental na evolução do Direito, mas, sobretudo, por se constituírem em elementos de comunicação entre o abstrato da concepção normativa e o interesse da vida.

A investigação dos fatos é questão de relevância na busca da decisão justa, pois é a partir desta investigação que se firma a verdade para determinação da conexão entre o abstrato e o concreto na realização do Direito. Através da investigação da realidade fática, se obtêm reflexos na atividade judicante. Os argumentos baseados em fatos têm alcançado cada vez mais relevância no Direito, após a superação do sistema da prova legal da mistificação de determinadas formalidades probatórias.

²⁴⁶ ALEXY, Robert: *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 266.

²⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 271.

Os argumentos baseados em fatos, que se relacionam com as chamadas presunções simples, comuns ou “*hominis*”, ganham especial relevo no procedimento que se desenvolve perante os Juizados Especiais Cíveis, na medida em que permitem ao juiz ampla liberdade na apreciação da prova, ainda que não alegadas pelas partes, e também na argumentação com base nelas.

Tais presunções não se confundem com arbitrariedade, pois aqui o processo é submetido à exigência constitucional da ampla defesa e do contraditório e da exigência de motivação racional.

Assim se reforça o papel do julgador na apreciação das provas e se abandona o sistema das tarifas probatórias através de argumentos racionais, convincentes, mediante os quais alcança o consenso em torno das questões fáticas que são o substrato de um julgamento.

Com a abolição da tortura e a relativa força de convicção que tem a confissão, abriu-se caminho para uma concepção mais flexível da prova em matéria criminal, cujo valor é apreciado soberanamente pelo julgador, pois “... o estudo da prova e a introdução das técnicas de laboratório demonstraram, ao mesmo tempo, a fragilidade dos depoimentos, o valor dos indícios, tais como as impressões digitais”.²⁴⁸

Os elementos de cunho místico, incontestáveis, são substituídos por elementos de cunho pragmático, passíveis de discussão e modificação, o que permite buscar a decisão que se apresenta como a melhor diante do caso concreto.

Com estes métodos vão surgindo regras de experiência que sempre estão abertas às necessidades sociais que variam no tempo e no espaço. Foi assim, por exemplo, que surgiu a regra de experiência que presume a culpa do motorista que colide na traseira, em face da observação de que é dever de todo condutor de veículo ter cautela e cuidado de modo e imprimir condições de velocidade e distância que garantam a segurança de seu veículo e evitem sinistros. A experiência comum também indicou a necessidade de se estabelecer outra regra para afastar a presunção quando o motorista que trafega à frente muda de faixa repentinamente.

O que há de novo no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis é que os argumentos empíricos já não são meras regras subsidiárias, mas a regra principal

²⁴⁸ PERELMAN, Chaïm: *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 224.

na apreciação, diante da disposição de que “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para aprecia-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” (Art. 5º). Nisto há um forte conteúdo de equidade na medida em que, no campo da produção probatória, a reprodução da realidade não encontra amarras em normas legais, concepções dogmáticas ou místicas, mas, ao contrário, encontra na liberdade o melhor caminho para o consenso.

Isto abre uma importante porta no sentido da busca da verdade e permite a construção de um processo mais justo, com instrumentos facilitadores da absorção de elementos extra-jurídicos. As concepções dogmáticas e místicas são substituídas por padrões pragmáticos limitados eticamente, em que ficam afastadas as provas violadoras de Direito à intimidade previstos na Constituição e assegurados os consectários do devido processo legal (art. 5º, incisos XXXV, LV, LVI, da Constituição Federal).

A investigação de fatos é atividade de difícil enquadramento em sistemas jurídicos de forma exauriente. Não há como se prever no plano normativo todos os fatos de possível ocorrência na vida, atribuindo-lhes significato jurídico. Mesmo no Direito Penal, que se rege pela técnica da tipicidade, o tipo não passa de uma previsão abstrata e generalizante, onde o que mais conta é o resultado ou um perigo efetivo.

Vieweg demonstrou a necessidade de a argumentação ser tratada à maneira tópica: “... o estado de coisas tem de ser provisoriamente interpretado mediante um panorama prévio aproximativo, o que novamente ocorre à maneira tópica. Cada audiência de um litigante no processo, interrogatório de uma testemunha e com freqüência também de um perito deixam isto especialmente claro... o que de um modo simplista se chama aplicação do Direito é, visto de uma maneira mais profunda, uma recíproca aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico” este movimento circular a que Engisch se refere como de “ida e volta do olhar”.²⁴⁹

A investigação dos fatos é questão de relevância na busca da decisão justa, pois é a partir desta investigação que se firma a verdade para determinar a conexão entre o abstrato e o concreto na realização do Direito.

Nos procedimentos regidos pelo Código de Processo Civil alguns fatores são responsáveis por um certo distanciamento entre os fatos da realidade e aqueles que o juiz considera como existentes na atividade de aplicação do Direito e realização da decisão que encerra o litígio, dos quais se podem apontar os ônus que são

²⁴⁹ VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 83.

impostos às partes em face dos fatos a serem provados, as presunções legais, a preclusão, etc... A verdade real, então, é substituída pela verdade segundo as provas produzidas pelas partes, pelas que, nos estreitos limites impostos pelo tempo, em face da celeridade e das limitações de ordem material são determinadas e realizadas pelo juiz de ofício, e supridas com as regras de experiência comum.²⁵⁰

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis há uma tentativa de aproximação entre a verdade real e a verdade formal favorecida pela relativização das regras sobre o ônus probatório, que agora é substituído por uma postura mais ativa do juiz na produção da prova, o qual passa a agir independentemente de requerimento da parte (art. 33 da Lei n.º 9.099/95).

Há, ainda, a substituição das presunções legais por presunções simples, o que direciona as decisões jurídicas no sentido do pragmatismo, distanciando-as das concepções idealistas, restando, então, como mecanismo de afastamento entre a realidade e a abstração do preceito normativo, as preclusões que se mantêm como indispensável técnica de garantia da segurança jurídica, mas, mesmo assim, relativizadas por exigência própria de um procedimento oral e concentrado.

A aceitação da verdade formal nestes termos atende ao objetivo do processo judicial que é a de pacificação social mediante a realização da justiça.

6.3.2. Tipicidade e valoração da prova

A busca da verdade sempre foi um problema no processo. Desde os rudimentos da história do processo, o grande obstáculo a ser ultrapassado na busca da solução justa de um caso foi encontrar afirmações sobre o estado de coisas que pudessem dar suporte a decisões que se apresentem como adequadas sob o ponto de vista da justiça e da segurança jurídica.

A verdade, no Direito, é uma questão muito complexa. Se a questão da verdade, na definição e compreensão do Direito como ordenamento jurídico, é de difícil solução, tal não é muito diferente da verdade, enquanto fato da vida que serve de suporte a interesses juridicamente protegidos.

Do antigo sistema do livre convencimento se passou, no Direito medieval, para um sistema em que as provas eram manifestações místicas associadas a divindades, como as ordálias e juízes dos deuses, evoluindo, no auge do legalismo, para um sistema tarifário, em que se atribuía um valor específico a cada tipo de prova,

²⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de: *Do formalismo no Processo Civil*: São Paulo. Ed. Saraiva. 1997, p. 146.

até se chegar ao sistema moderno, baseado na livre investigação fundamentada, que se baseia na liberdade do juiz em apreciar a prova, com a necessidade de que sejam apresentados argumentos racionais em relação a elas.

A cultura legalista, entretanto, não tem permitido que este sistema se desenvolva adequadamente, impondo inúmeras regras na apreciação e na valoração da prova. Basta ver que o atual Código de Processo Civil apresenta dispositivos que têm por objetivo específico disciplinar a produção do depoimento de partes, oitiva de testemunhas, apresentação de documentos, chegando até mesmo a indicar critérios de valoração da prova, o que é prerrogativa indissociável do ato de julgar.

A pretensão de aproximação da verdade jurídica à verdade segundo o fato da vida chegou no ponto máximo na apreciação da prova, oportunidade em que, mais do que em qualquer outra, se pretende encaixar os fatos da vida nas formas legais, segundo o critério tradicional da verdade formal. Neste campo, o que se perquire não é o fato relevante que originou o conflito, ou o fato da vida que impede a sua solução, mas sim o fato que se enquadra em uma previsão legal e pode ser reproduzido no processo como expressão da realidade.

É certo que o Código de Processo Civil estabelece uma certa liberdade na valoração das provas atípicas (art. 131), e, por outro lado, esta liberdade não é tão ampla na produção das provas. Não obstante o sistema vigente ser o da persuasão racional, a lei ainda submete vários fatos à tipificação, exigindo que o fato da vida se enquadre em um ritual para ter validade.

A Lei n.º. 9.099/95 abandonou por completo este sistema, estabelecendo regras mínimas para a produção de provas, e não apresentando nenhuma regra sobre a valoração de prova.

Uma das importantes garantias, decorrente da ampla defesa, é a permissão para a produção de qualquer prova, independentemente de previsão em lei, com o que se permite ao juiz, afastando-se das previsões legais estáticas, investigar a verdade que se apresente como útil ao processo.

Como não há regras sobre a produção de provas, nem sobre o valor que tem cada uma delas, não se aplicam as regras de tarifação próprias do sistema tradicional, como é o caso dos arts. 378, 401 e 405 do Código de Processo Civil.

Assim, o valor probatório de uma fotocópia não pode estar subordinada ao ritual formalístico da autenticação pelo tabelião. Se a sua autenticidade for contestada, os demais elementos probatório certamente darão maior grau de certeza

ao julgador quanto ao seu valor do que o mero ato mecânico da autenticação, que, como se sabe, é apenas superficial.

Da mesma forma, as autenticações de firma de que trata o art. 369 do Código de Processo Civil não se aplicam ao procedimento dos Juizados Especiais Cíveis. A falsidade de uma assinatura é muito mais facilmente detectada em uma audiência de instrução e julgamento, com a análise de vários elementos probatórios e diante do contraditório, do que uma simples assinatura de um tabelião, que, quase sempre sequer tem contato com as pessoas em relação às quais firmou a autenticidade do documento.

De igual sorte, a lei dá relativo valor ao depoimento das testemunhas suspeitas e impedidos, como se o valor do depoimento das demais fosse absoluto (art. 405, § 4º, do Código de Processo Civil). No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, como não há regras sobre a produção e valor destas provas, o que vale para aferir a idoneidade da prova é a verossimilhança, extraído de todos os elementos do processo e dos fatos da vida.

Isto não significa o retorno ao sistema do livre convencimento. O processo liga-se às diretrizes do Estado Democrático de Direito e é garantido por regras e princípios constitucionais que asseguram às partes que, na busca da verdade, ao mesmo tempo em que concede mais ampla liberdade ao juiz, permite aproximá-lo dos fatos e do conflito de interesses que se formalizou no processo.

Embora o sistema seja o da oralidade, que está associada ao livre convencimento, a persuasão racional rege o procedimento. O juiz tem liberdade na produção da prova, mas também tem o dever de motivar a decisão, o que significa que deve recorrer à sabedoria prática, à experiência comum, pois tem o dever, para com a sociedade, de justificar a sua atuação.

A Constituição exige que as razões da decisão sejam expostas. Esta regra tem por objetivo impor um certo controle à atividade do juiz de valorar a prova. Se é certo que o juiz tem liberdade para dar a cada elemento de demonstração dos fatos o valor que merece, segundo as máximas da experiência comum, é certo também que tal liberdade não é absoluta, ao estilo do antigo processo oral e do livre convencimento.

A motivação tem por objetivo trazer a público as razões do convencimento, reconstruindo a linha de pensamento que levou o juiz a decidir. Com isto se possibilita que também a parte expresse assentimento às razões da decisão. Assim, a valoração dada às provas não é apenas a valoração do julgador, mas também

a valoração das partes, se com ela se resignaram, ou da comunidade jurídica, se por outro modo se alcançou a coisa julgada.

De qualquer sorte, a valoração principal que se dá à prova é aquela alcançada com a participação do juiz que diretamente conheceu da prova e dos interessados. Se, no âmbito dos procedimentos do Código de Processo Civil, o valor da prova típica é relativa, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis reforçam-se os aspectos da equidade na medida em que o preceito normativo não media o processo de procura e descoberta da verdade.

Neste campo, a busca da verdade está muito mais voltada para aspectos da verossimilhança, alcançada por meio do diálogo e do debate sobre elementos da realidade.

Com isto, se dá também publicidade à atividade jurisdicional. Mais do que a simples publicidade, tal regra permite uma argumentação racional em segundo grau de jurisdição, em caso de recurso, com o que o juiz é controlado também por este auditório especializado. Neste caso, o orador tem, naturalmente, a pretensão de obter o consenso em torno do seu discurso, e irá trabalhar com afinco para eliminar qualquer resistência em relação a ele, eliminando, por conseqüência, o maior número possível de subjetivismo na apreciação das provas. A sua preocupação, portanto, será a de demonstrar que a sua decisão foi justa, e tentar convencer os interessados (partes, advogados, juízes de segundo grau), de que a sua decisão deve ser mantida, e, portanto, ela é a melhor solução para o conflito.

Além disso, a necessidade de reconhecimento da verdade formal está associada a vários institutos de Direito processual, como a revelia, as conseqüências do ônus da prova, as preclusões, etc...

6.3.3. Prova e revelia

Tradicionalmente, a revelia tem como conseqüência a perda da faculdade de apresentar defesa e a presunção de veracidade dos fatos apresentados pelo autor (art. 319 do Código de Processo Civil). No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, a lei somente autoriza tal conclusão quando o juiz se convencer destas alegações (art. 20 da Lei 9.099/95), mesmo que se trate de matéria referente a Direitos disponíveis, referindo-se, mais uma vez, embora implicitamente, à preferência pela experiência comum como critério de apreciação dos fatos.

A ausência do réu não autoriza por si só a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, pois, de qualquer sorte, o juiz deve apreciar as alegações e

provas produzidas por este. O que vale aqui é o convencimento do juiz, na linha do que já havia sido fixado no art. 5º da Lei nº. 9.099/95.

Este é um dos pontos em que se pode reconhecer como superado o aspecto privatístico do processo, porque o reconhecimento da veracidade dos fatos não pode ficar apenas ao alvedrio do legislador ou do interesse individual das partes, mas exige que se subordine também a aspecto de verossimilhança, com o que se reforça a atuação do juiz.

O dever de motivar exige que o magistrado exponha as circunstâncias que o levaram a concluir pela ocorrência de um fato determinado. Por isto a conclusão não pode ser inferida diante de uma preclusão, mas exige que se abordem fatos apresentados pelo autor, segundo o critério da verossimilhança, e também que tenha poderes para determinar a produção de provas, como a oitiva do autor, a juntada de documentos, etc.

O convencimento sobre os fatos é expressão da persuasão racional, na medida em que, em cada caso de revelia, terá de argumentar sobre o estado de coisas para concluir sobre a ocorrência dos fatos, utilizando-se da experiência como instrumento de persuasão.

6.3.4. Prova e ônus da prova

Segundo a doutrina, as regras sobre o ônus da prova têm a função de servir de parâmetro de conduta para as partes, predeterminando quais os fatos que cada uma delas deve provar, estimulando, com isto, suas atividades, bem como parâmetro de julgamento, distribuindo, entre as partes, as conseqüências jurídicas e os riscos decorrentes da suficiência ou da ausência de produção de prova, permitindo, com isto, que em caso de dúvida quanto à existência do fato, o juiz possa decidir”.²⁵¹

O Código de Processo Civil adotou uma regra subjetiva de distribuição do ônus da prova, determinando que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu Direito, e, ao réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do Direito do autor. Tais regras têm conotação tarifária que relega a um papel secundário a atuação do julgador, representando, ademais, formalismo excessivo que pode comprometer a justiça da decisão, em nome de uma suposta autonomia individual.

²⁵¹ CAMBI Eduardo: *Direito Constitucional à prova no Processo Civil*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001, p. 40.

Por este sistema, a distribuição do ônus de provar os fatos relevantes da demanda está associada à posição que a partes ocupa no processo. Não há aquela cooperação a que se refere Luhman, a qual exige que todas as partes tragam ao processo os elementos de convicção necessários à demonstração da verdade.²⁵²

Um procedimento em que se ressalta o caráter público e democrático, e em que o papel do juiz não é o de mero árbitro, não é compatível com um critério puramente subjetivo na distribuição do ônus da prova.

Como a verdade dos fatos está muito ligada à experiência de vida e menos ligada a um ônus individual, exige-se, também neste tema, a utilização da equidade como instrumento de julgamento.

Em relação de consumo, por exemplo, a busca da verdade não pode funcionar com base no critério do ônus subjetivo. O que determina o ônus da demonstração da verdade não é a posição de consumidor ou de fornecedor de bens e serviços, mas aspectos de nítido conteúdo pragmático, que não são definidos pela lei, e sim pela análise da situação concreta, e que se expressam, no plano normativo, em cláusulas de conteúdo aberto, como a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações (art. 5º inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor).

Estes critérios levam em consideração a parte que tenha maior possibilidade de reproduzir a realidade no processo, ou de quem tenha o dever de maior organização empresarial, ou de quem assuma o maior risco, em negócios realizados com um nível de informalidade maior, que geralmente está associado a um maior lucro, bem como a afirmação da existência de situação da vida que seja mais plausível, mais comum.

Nestes casos, é normal presumir-se que o consumidor tenha considerável desvantagem na relação de Direito material, desde a fraca possibilidade de travar negociação com o fornecedor, seja pela pouca informação sobre o produto ou serviço, seja a precária capacidade de organização de prova para futura utilização, seja pela forma como o produto é oferecido, o que o coloca em situação de hipossuficiência.

O fornecedor de produtos e serviços, ao contrário, além de melhor condição ao entabular um negócio, tem maior capacidade de organização, ou pelo

²⁵² LUHMANN, Niklas: *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980., p. 46.

menos, tem o dever de melhor organizar-se, devendo arcar com o ônus do descumprimento de tal dever.

Certamente, não é em toda relação de consumo que se justificam tais exigências em relação ao fornecedor. Há casos em que o consumidor encontra-se em condições culturais, de instrução, de poder de barganha que o colocam em situação de isonomia perante o fornecedor. Para estes casos, a regra da vida, a experiência comum determina que as partes sejam tratadas em condições de igualdade. Não há justificativa para que o ônus da prova fique somente com o fornecedor. Tal ônus deve ser repartido de forma justa para que não se caracterize a violação ao princípio da igualdade.

Desta forma demonstra-se que a repartição do ônus da prova não leva em conta, nas relações de consumo, a posição ocupada pelos sujeitos processuais, nem mesmo a posição ocupada pelos sujeitos da relação de Direito material, mas a situação da vida que coloca o consumidor em posição de desigualdade. É correto dizer, portanto, que o critério para a repartição do ônus da prova é o que restabelece a igualdade, isto é, a idéia da igualdade substancial, a qual contém uma forte carga de equidade.

Os critérios estabelecidos pelo Código de Processo Civil, que leva em conta a posição ocupada pelos sujeitos da relação processual, não são suficientes para compreender o ônus da prova. Isto porque, o que interessa para o julgamento é a verdade produzida no processo, os fatos que foram demonstrados, e não quem os demonstrou. O juiz atribui concretamente eficácia à prova produzida, sem examinar regras sobre o ônus: “... o aspecto subjetivo do ônus da prova refere-se a quem interessa produzir certa prova e qual das partes será prejudicada pela decisão a ser tomada em decorrência da falta da prova, enquanto o aspecto objetivo do ônus da prova concerne à regra de julgamento, isto é, regula a decisão sobre o fato incerto ou desconhecido”.²⁵³

No procedimento da Lei nº. 9.099/95, além das questões de consumo, há também outras em que é necessário restabelecer a igualdade, mas mesmo nestes há motivos para que o critério do ônus da prova não seja meramente subjetivo.

É que as partes, sendo leigas, não têm conhecimento sobre os ônus e deveres processuais tradicionalmente reconhecidos, mas de conhecimento restrito aos participantes da cultura jurídica.

²⁵³ CAMBI Eduardo: *Direito Constitucional à prova no Processo Civil*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001, p. 40.

Com o reconhecimento dos poderes de iniciativa probatória do juiz (art. 35, parágrafo único), que lhe permite a produção de prova de ofício, perde sentido qualquer disciplina sobre o ônus da prova sob pena de aquela atividade do juiz poder desequilibrar a igualdade entre as partes.

Como o ativismo judicial é indispensável para um processo que não se pauta por critérios dogmáticos, a saída é a construção de uma nova doutrina de deveres na produção da prova, em que cada parte tem interesse na demonstração dos fatos que lhes favoreça, remanescendo com o juiz poderes para suprir eventual deficiência no curso do processo.

O processo civil moderno não pode contentar-se com a idéia privatista de que a produção da prova é interesse individual de cada parte. Trata-se de importante interesse público social ligado ao exercício da jurisdição, em que as provas produzidas pertencem à relação jurídica processual e não às partes.

Cada sujeito tem liberdade de produzir as provas que desejar, mas, considerando o fato de o Direito ser caracterizado pela previsibilidade, é sempre bom lembrar que a incerteza constitui essência do processo judicial. Uma interpretação e aplicação simplista das regras sobre o ônus da prova, pelo critério subjetivo, traz a falsa esperança de certeza no julgamento que pode colocar em risco a colaboração da parte na busca da verdade.

A aplicação das regras sobre distribuição do ônus da prova somente tem lugar no momento em que o juiz sentencia, e mesmo assim, quando a instrução não foi suficiente para se chegar mais próximo da realidade fática.

Lembramos que a categoria ônus probatório visa distribuir as tarefas no processo, mas, de outro lado, autoriza o juiz a decidir, mesmo quando não haja provas suficientes, segundo critérios determinados abstratamente pelo legislador, quando o ideal seria a análise da maior quantidade possível de elementos que fosse possível trazer ao processo, independentemente do dever que o legislador impôs às partes na produção da prova.

Qualquer regra que estabeleça um resultado certo no que se refere à valoração de provas a não ser pelo juiz, corre o mesmo risco que representaram as ordálias, espécies de prova tarifada que pretendia substituir a atividade eqüitativa do juiz.

O princípio da motivação, que exige do juiz a publicação das razões que o levaram a tomar esta ou aquela decisão, dá o norte neste campo, no sentido de não se admitir que o legislador se substitua ao juiz na valoração das provas. A valoração das provas deve surgir do contraditório, das manifestações das partes em relação aos fatos trazidos ao processo e, finalmente, ponderadas pelo juiz.

Neste aspecto, é de se pôr em dúvida a adequação de certas regras que estabelecem a valoração probatória. Cremos que o valor de tais provas deve estar relacionado com a verossimilhança, com a credibilidade que lhes é própria, com a normalidade dos fatos que pretendam provar e com os demais elementos trazidos ao processo, inclusive a eventual impugnação de tais provas com base nos fatos que constituem a sua essência.

Por isto, o legislador da Lei nº. 9.099/95 andou bem ao deixar a disciplina da prova no seu devido lugar, ou seja, a experiência comum não é regra subsidiária de apreciação da prova, como consta do art. 335 do Código de Processo Civil, mas a regra principal. Toda prova a ser produzida nos Juizados Especiais Cíveis deve ser eqüitativa, deve ser consoante a justiça, analisadas as circunstâncias do caso concreto. Não se tratando de prova ilícita e sendo submetida, posteriormente, ao contraditório, a prova é admitida no processo, devendo o juiz apreciar, de acordo com o seu conjunto, emitindo, então, a sua decisão.

Também neste aspecto, o processo se direciona no sentido de uma maior liberdade judicial com o objetivo de aproximar elementos da realidade e elementos do preceito abstrato da norma, indicando uma preocupação do microsistema com os aspectos da justiça eqüitativa.

Mais do que uma preocupação com a igualdade formal, em que se presume que as partes estão em posição de igualdade perante a lei, e se lhes impõem deveres e ônus, a preocupação do sistema é com a igualdade substancial, cujo sentido é, partindo da constatação de que nem sempre existe igualdade entre os litigantes, ou entre classes distintas de litigantes, permitir que se apresentem alguns benefícios em favor de quem se encontra em situação de desigualdade.

7. CONCLUSÕES

1 - O Direito, como instrumento social de solução de conflitos esteve historicamente tendente a equilibrar-se entre duas tendências, de um lado, a garantia da realização da segurança jurídica, quando privilegia preceitos normativos expressos em costumes ou em normas e de outro lado, garantia da realização da justiça, quando põe em destaque as necessidades sociais de cada momento, e de cada caso concreto, ou ideais que se sobrepõem às normas jurídicas. Disto surge a importância de se conhecer o quanto se aceita, em cada sociedade, a liberdade judicial na criação do Direito e quais os seus limites.

O tema está presente nas discussões dos filósofos e juristas desde a Grécia, a tal ponto de ter influenciado o surgimento do Direito Romano, ter influenciado a mais importante mudança no *Common law* e ter transposto o curso da história para atingir nossos dias como tema da atualidade.

2 - O Direito moderno surgiu da crença na idéia de que seria possível submeter a justiça a um sistema fundado na razão humana. O Direito natural pressupõe que a natureza identifica-se com o bem e este é uma manifestação da ordem racional à qual basta que o homem se ajuste para a realização do reino da justiça. O Direito natural é a manifestação maior da eqüidade, de inspiração universalista e apresenta como uma de suas principais conquistas o reconhecimento do controle do Estado pela sociedade, e se expressa nas declarações de Direitos humanos de cunho universalista e no reconhecimento da soberania do povo para, através de seus representantes, afirmar o Direito, bem como para reformar o seu conjunto. Assim, se imaginou que seria possível compatibilizar o Direito positivo com o Direito natural.

A codificação do Direito e as correntes que proclamaram um tratamento científico para o Direito não foram suficientes para pacificar as posições em torno da necessidade de aplicação da lei igual para todos. Assim, a eqüidade ainda resiste, não mais nos moldes em que existiu na formação do Direito Romano, ou no antigo sistema da *equity* anglo-saxã, ou seja, como critério de distribuição de justiça, desvinculado de parâmetros previamente estabelecidos e aceitos socialmente, mas na praxe judiciária impulsionada pelas escolas e teorias que descobriram que a codificação e a diferenciação da sociedade moderna não é suficiente para alcançar a justiça, que é o objetivo de toda organização social.

3 - Imediatamente após a edição do primeiro Código Civil, o Código de Napoleão, as divergências entre jus-naturalismo e positivismo jurídico afloraram.

As correntes do pensamento jurídico, principalmente na França e na Alemanha vieram demonstrar que a codificação, ao invés de acabar com a divergência, acirrou-a. Algumas escolas ressaltaram a importância de se privilegiar a busca do Direito no ideal de justiça, como a escola do Direito livre, o realismo jurídico e a jurisprudência dos interesses, enquanto outras se concentraram na necessidade da segurança jurídica, como a escola da exegese e a escola da jurisprudência dos conceitos.

4 - No plano metodológico a discussão orientou-se entre a possibilidade de um tratamento científico do Direito e um tratamento do Direito como campo do conhecimento prático. No primeiro sentido orientou-se a sociologia do Direito e a teoria pura do Direito. Assim é que, durante muito tempo o Direito foi concebido como uma ciência, a qual tem por objeto a norma imposta pela autoridade com competência para tal ou uma exigência de ordem social reconhecida tradicionalmente. Escapam ao âmbito do Direito qualquer outra consideração, como, por exemplo, a adequação daquela para as necessidades sociais ou do caso concreto ou a razoabilidade.

O argumento da autoridade competente, no entanto, não foi suficiente para atender aos reclamos de uma sociedade constantemente agredida por regimes totalitários, o que afasta o Direito, cada vez mais, do conceito de justiça. Surge, então, a necessidade, tanto no plano metodológico, quanto no plano da praxe, de um novo fundamento para o Direito, que não seja o simples reconhecimento da autoridade como competente para editar uma norma, ou a concepção abstrata de justiça.

A primeira crítica vem com a tópica, e a constatação de que as soluções para os problemas jurídicos nem sempre ocorrem no plano das concepções sistemáticas. Em muitas ocasiões o jurista necessita utilizar-se do conhecimento prático para a solução de questões que são essencialmente jurídicas, embora tenham contato com o Direito, como, por exemplo, o reconhecimento do estado de fato, as vicissitudes da linguagem, etc. Nestas situações o intérprete trabalha com *topoi*, que são lugares comuns, voltados para um tipo de saber que não é sistematizado nem cientificamente, nem no plano do Direito positivo.

O Direito apresenta-se, assim, como um campo para um discurso em que os participantes devem estar muito mais voltados para encontrar soluções adequadas, segundo uma lógica que não é apodítica, mas é a lógica do razoável. As respostas do Direito não são as respostas do tipo certo e errado, mas do tipo adequado e inadequado, pois não há uma resposta única para o caso concreto.

A argumentação prática, de forte presença na decisão judicial, apesar de submeter-se irressignada aos preceitos sistemáticos, não pode conviver sem eles,

como demonstra Canaris, ao formular uma nova concepção de sistema, não do tipo axiomático, ao estilo da concepção do Direito como uma espécie de “matemática social”, mas uma espécie de sistema que assegura campos para a erupção da equidade na mobilidade, na abertura e nas denominadas cláusulas gerais.

5 - O Direito constitucional, na atualidade, adquiriu importância ímpar com o Estado Social de Direito e passou a ser visto como o centro estrutural do sistema constitucional, que reconhece, inclusive, valor à produção normativa por sujeitos não integrantes do Estado. O Estado é o centro principal da produção normativa, mas não é o único. Existem outros sujeitos cujo papel mediador entre o público e o privado deve ser reconhecido.

Isto não significa, entretanto, que o Direito é anárquico. Alguns parâmetros devem ser observados como decorrência do nível de organização social que alcançamos. É indispensável que seja assegurado o Estado de Direito, os Direitos humanos fundamentais, a separação de poderes como pressupostos de uma organização social justa, ao mesmo tempo em que se reconhece a autonomia individual. Cremos não se enquadrar nestes pressupostos algum tipo de pluralismo que descarta o papel do Estado como mediador dos interesses particulares e grupais, assim como os que dispensam a importância do ordenamento jurídico como parâmetro de expectativas a serem legitimadas por meio das decisões judiciais.

6 - Neste contexto, a equidade é prestigiada como parâmetro de criação judicial do Direito, com o que se alcança a concretização dos Direitos e garantias fundamentais na solução dos casos concretos, utilizando-se, para isto, de eficientes argumentos de ordem dogmática e prática, com instrumentos como a interpretação da norma abstrata, a interpretação dos fatos, a direção do processo, valorizando, na medida do possível, elementos de ordem sistemática e elementos tópicos.

7 - A criação judicial como realização dos Direitos fundamentais é fenômeno representativo do Direito na atualidade em todo o mundo. Os sistemas funcionais da modernidade são complexos, o que significa dizer que os sistemas (jurídico, econômico, político, ético, etc) são diferenciados. A complexidade, entretanto, não é radical. Há intercomunicação entre os sistemas de forma que o sistema jurídico recebe influência de outros sistemas, ao passo que, também, os influencia, até mesmo como decorrência do Estado de Direito que é típico da modernidade.

Isto leva o Direito a atuar também em sintonia com o sistema ético, em intercomunicação que se concretiza através dos Direitos e garantias fundamentais,

o que leva a uma nova visão do Direito, que tem por centro a Constituição e os princípios constitucionais garantidores dos Direitos fundamentais, onde a atividade judicial passa a ter grande importância no desenvolvimento do Direito. Os juízes cada vez mais assumem papéis políticos sem que, com isto, signifique que passem a substituir os políticos. O que se verifica em todo o mundo é uma atividade criadora intensa do poder judiciário, que decorre também da expansão do próprio estado, o qual passou a assumir um papel, não apenas de árbitro dos interesses sociais em jogo, mas também de participante deste jogo, com o Estado Social de Direito.

8 - Em face das características dos princípios, que passam a assumir um novo e importante papel no Direito da atualidade, se destaca um fraco nível de determinações, que lhe permite compatibilizar-se com outros mantendo a unidade e coerência sistemática, as decisões, inclusive as decisões judiciais passam a ser vistas e tratadas como frutos de diálogo.

O processo ganha, assim, forte conteúdo do agir comunicativo e o Direito reforça o seu aspecto procedimental. A ação é vista como um Direito constitucional, inaugurando um novo ramo denominado Direito processual constitucional. O novo processo não pode ser vinculado à concepção tradicional, de cunho privatista, que serve de mero instrumento dos Direitos subjetivos, e cuja condução fica a cargo das partes, das quais depende o impulso inicial e a produção da prova. Também não pode ter conotação inquisitorial, em que o Estado atua como guardião dos interesses particulares. O novo processo deve ser visto como instrumento social de solução de conflitos, com caráter público-social, e identificado com a ação comunicativa e com a valorização dos poderes judiciais de direção do processo, com o que se garante o princípio do acesso à justiça.

O procedimento instituído é instrumento democrático para o acesso à justiça nas causas de menor complexidade, não apenas no plano formal mas no plano substancial, o que se denota com uma atividade estatal que não apenas veda o uso de instrumento de impedimento ao uso deste Direito, mas lhe garante efetividade.

9 - Os princípios decorrentes do devido processo legal são de observância obrigatória nos Juizados Especiais como decorrência da própria característica de órgão do Poder Judiciário. Isto significa que todo e qualquer processo deve ser pautado pela observância do devido processo legal, com a observância das formalidades mínimas para o exercício da jurisdição, como o princípio da inércia, da igualdade, do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e motivação. Trata-se de uma nova visão sobre o formalismo.

Além disso, os Juizados Especiais regem-se por princípios procedimentais que lhe são próprios, ligados à necessidade de uma maior ação comunicativa e da necessidade de eliminação de apontadas barreiras no acesso à Justiça. A criação de princípios próprios para os Juizados Especiais denota a formação de um novo sistema processual, desvinculado do Código de Processo Civil, o qual não pode servir de fonte subsidiária para os Juizados Especiais, porque fundado em pressupostos e filosofia própria, incompatível com a realidade que agora se afigura.

Este novo sistema é caracterizado por uma forte presença de normas de natureza principiológica e base em conhecimento prático, como a experiência comum. Além disso, reclama do juiz uma intensa atividade criativa no campo processual e até mesmo na condução do processo na direção dos mecanismos para solução de controvérsia.

10 - Um campo em que esta atividade criativa do juiz mais se destaca é no campo do Direito probatório. Aqui a lei se afasta da frustrada tentativa de criação de regras rígidas, ao estilo das provas tarifadas, para deixar à discricionariedade do juiz a produção e a valoração da prova. Há autorização, inclusive, para a produção de provas de ofício, ou seja, sem requerimento da parte, o que reflete, no Direito processual, o abandono do caráter privatista do processo e o tratamento da prova como ela deve ser, ou seja, como demonstração de fatos da vida que comumente se rebelam contra as formulações axiomáticas, e para os quais são de grande utilidade a sabedoria prática e o conhecimento tecnológico, a primeira traduzida na lei pela experiência comum, sacramentada pelos princípios constitucionais, em especial o do contraditório e da ampla defesa.

Neste terreno a atividade judicial encaminha-se para a argumentação prática, com importantes reflexos na forma de motivação das decisões e uma revisão das conseqüências da revelia e do dogma do ônus da prova.

Neste aspecto, o procedimento instituído para os Juizados Especiais apresenta-se como um instrumento adequado para cumprir os objetivos do processo em uma sociedade que se pretende moderna – o fortalecimento da ação comunicativa e a realização de Direitos fundamentais.

8. BIBLIOGRAFIA

8.1. Livros

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.

_____. *O que é justiça? uma abordagem dialética*. São Paulo: Alfa-Omega, 1995.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da Ciência do Direito*. São Paulo: Max Limonard, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Derecho y razón práctica*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía Del Derecho y Política, 1993.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martins Claret, 2001.

_____. *Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito alternativo: notas sobre as condições de possibilidade*. São Paulo: Acadêmica, 1991. (Lições de Direito Alternativo).

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy. 2000.

BARCERLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 3. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da Moral e da legislação*. São Paulo: Victor Civita, 1984. (Coleção Os Pensadores).

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia de Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: Editora UnB, 1997.

_____. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora UnB, 1997.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1999.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *As ideologias e o poder em crise, pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRETONE, Mário. *História do Direito Romano*. Lisboa: Estampa, 1998.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Teoria e prática do Direito alternativo*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

CARDOZO, Benjamim. *La Naturaleza de la funcion judicial*. Buenos Aires: Ediciones Arayu, 1955.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHIOVENDA, Guisepe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1 e 2.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa: *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

COSTA, Alexandre Araújo: *Introdução ao Direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

COULANGES, Fustel de: *A cidade antiga*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo. Martins Claret, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DEL VECCHIO, Giogio. *Filosofia del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1963.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora UnB, 1986. (Cadernos UnB).

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

- ENCARNAÇÃO, João Batista da. *Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica*. Lorena: Stiliano, 1999.
- FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FELIPPE, Márcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- _____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GAYO. *Institutas. Texto traducido, notas e introduccion por Alfredo Di Pietro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e Direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- _____. *O processo em evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro; Forense, 1984.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Barcelona: Ediciones Paidós, 1991.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Tradução, Apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover Publications – publicação original: 1881.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo, sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

LIMA, Maria Rosinete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MELLO, Celso Albuquerque et al. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao Direito*. Lisboa: Moraes, 1979.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MORAES, Silvana Campos. *Juizado Especial Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MULLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência, o comissário*. Olinda: Gajop, 1985. (Cadernos Gajop, n. 1).
- PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1996.
- PEGORARO, Olinto A. *Ética é justiça*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. São Paulo: Editora da USP, 1974.

- POLETTI, Ronaldo. *Elementos de Direito Romano Público e Privado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1961. v. 1.
- RIGUAX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à Epistemologia jurídica*. São Paulo, 1968.
- _____. *Pluralismo e liberdade*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.
- _____. *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducion al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1981.
- _____. *Nueva filosofia de la interpretacion del Derecho*. Mexico: Porrúa, 1973.
- REINALDO FILHO, Demócrito Ramos Reinaldo. *Juízados Especiais: comentários à Lei n. 9.099, de 26-09-1995*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Trad. José S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971.
- _____. *Direito e justiça*. São Paulo: Edições Profissionais, 2000.
- RUSSEL, Bertrand. *Significado e verdade*. Trad. Alberto Oliva. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A participação popular na administração da justiça*. Lisboa: Livros Horizonte, 1982. p. 84-87.
- _____. *O discurso e o poder: ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SERRA, Antonio Truyol. *Historia de la Filosofia del Derecho*. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1954.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito brasileiro*. 1º Volume. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Luiz Fábio. *Teoria geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SIMPSON, A. W. Brian. *Leading cases in the Common Law*. New York: Oxford University Press, 1995.

SOBRINHO Elcio de Cresci. *Deveres de veracidade das partes no Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Movimentos sociais – emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: ARRUDA JR. (ed.). *L. Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

_____. *Para uma crítica da eficácia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonard, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

WARAT, Luis Alberto: *O Direito e sua Linguagem*. 2ª. versão. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

8.2. Artigos

ADEODATO, João Maurício. Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos. *Anuário do Mestrado em Direito*, UFPE, Recife, 1992.

_____. Ética, jusnaturalismo e positivismo no Direito. *Anuário do Mestrado em Direito*, UFPE, Recife, n. 7, p. 200-216, 1995, 2000.

_____. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 48, p. 156-173, 2000.

ARRUDA, Jr. Edmundo Lima de. Direito Alternativo – notas sobre as condições de possibilidade. In: : ARRUDA JR., L. (Ed.). *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 71-98.

GOMES, Simone de Paula. Razão comunicativa nos Juizados Especiais Cíveis. *Revista dos Juizados Especiais do Distrito Federal*, Brasília, v. 10, 2001.

MARINHO, Josaphat. O direito e as contradições da lei e da vida. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa: Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José E (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 39-65

_____. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In. SOUZA JR., José Geraldo de (Org.). *O Direito achado na rua*. Brasília: UnB, 1987. p. 46-51.

8.3. Documentos

Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984 – Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas.

Digesto de Justiniano, *Liber Primus* – tradução de Hélcio Maciel França Madeira, editora Revista dos Tribunais. 3ª. Edição revista da tradução bilíngüe Latim-Português.

Institutas de Justiniano – edição bilíngüe Latim-Espanhol. Buenos Aires: Editora Heliasta S R L.